

Enciclopedia de
**filosofía
y teoría del derecho**

VOLUMEN DOS

Jorge Luis FABRA ZAMORA
Verónica RODRÍGUEZ BLANCO
Editores

Jorge Luis Fabra Zamora
Editor general



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

ENCICLOPEDIA DE FILOSOFÍA
Y TEORÍA DEL DERECHO

JORGE LUIS FABRA ZAMORA

Editor general

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 713

Formación en computadora: Arturo de Jesús Flores Ávalos

ENCICLOPEDIA DE FILOSOFÍA Y TEORÍA DEL DERECHO

VOLUMEN DOS

JORGE LUIS FABRA ZAMORA
VERÓNICA RODRÍGUEZ BLANCO

Editores



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
MÉXICO, 2015

Primera edición: 17 de marzo de 2015

DR © 2015, Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México
ISBN obra completa: 978-607-02-6593-8
ISBN volumen tres: 978-607-02-6617-1

La presente Enciclopedia es producto de investigación del Grupo de Investigaciones Sociales y Jurídicas del Programa de Derecho de la Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco-Cartagena, en convenio con la Universidad de Medellín.

CONTENIDO

Prefacio	XIII
Jorge Luis FABRA ZAMORA	

Introducción al volumen dos	XVII
---------------------------------------	------

NORMA Y SISTEMA JURÍDICOS

Capítulo 24	
Norma jurídica	895
Jan SIECKMANN	

Capítulo 25	
Validez.	947
Maris KÖPCKE TINTURÉ	

Capítulo 26	
Sistemas jurídicos	979
Jorge Luis RODRÍGUEZ	

Capítulo 27	
Fuentes del derecho.	1019
Josep AGUILÓ REGLA	

Capítulo 28	
La identificación del derecho	1067
Joseph VILLAJOSANA	

Capítulo 29	
Derecho y moral	1105
John GARDNER	

NORMATIVIDAD Y AUTORIDAD DEL DERECHO

Capítulo 30	
Obligación jurídica	1123
Hernán G. BOUVIER	
Capítulo 31	
Normatividad del derecho.	1147
Nicola MUFFATO	
Capítulo 32	
Autoridad	1177
Juan VEGA GÓMEZ	
Capítulo 33	
La obligación de obedecer el derecho	1193
Juan Francisco IOSA	
Capítulo 34	
La neutralidad del derecho	1247
Hugo Omar SELEME	
Capítulo 35	
Derecho, planes y racionalidad práctica	1275
Bruno CELANO	

RAZONAMIENTO JURÍDICO E INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO

Capítulo 36	
Conflictos normativos	1307
David MARTÍNEZ ZORRILLA	
Capítulo 37	
Interpretación jurídica	1349
Isabel LIFANTE VIDAL	

Capítulo 38	
Discrecionalidad judicial	1389
Juan B. ETCHEVERRY	
Capítulo 39	
Razonamiento jurídico	1419
Manuel ATIENZA RODRÍGUEZ	

RESPONSABILIDAD Y CAUSALIDAD

Capítulo 40	
La responsabilidad en el derecho: una aproximación sistémica	1455
Pablo DE LARRAÑAGA MONJARAZ	
Capítulo 41	
La causalidad en el derecho	1479
Tony HONORÉ	

DERECHOS E IGUALDAD

Capítulo 42	
Concepto de derechos	1503
Juan Antonio CRUZ PARCERO	
Capítulo 43	
Derechos humanos	1521
Horacio SPECTOR	
Capítulo 44	
Derechos fundamentales	1571
Carlos BERNAL PULIDO	
Capítulo 45	
Igualdad	1595
Marcelo ALEGRE	
Julio MONTERO	
Ezequiel MONTI	

Capítulo 46

El principio de igualdad y la no discriminación
por razón de sexo 1639

Rosa María RICOY CASAS

Capítulo 47

Derechos sociales. 1677

Rodolfo ARANGO RIVADENEIRA

Contribuyentes 1713

PREFACIO

El objetivo de esta *Enciclopedia* es ofrecer a los lectores hispano-parlantes una guía de los temas más importantes de la discusión actual en los campos de la filosofía del derecho y la teoría jurídica. Cada uno de los capítulos cumple la difícil misión de presentar, al mismo tiempo, un texto introductorio con la aproximación general a los principales argumentos y debates en algunos de los temas fundacionales del área, y un punto de partida para futuras investigaciones. Más que agregar un título a la abundante bibliografía existente, hemos querido proporcionar una obra de referencia que enriquezca la disciplina con análisis originales y nuevas perspectivas.

La obra está constituida por tres volúmenes. En el primer volumen hemos pretendido reflejar las aproximaciones generales al fenómeno jurídico. Se propone en él cubrir por igual las concepciones generales del derecho y otras aproximaciones empíricas e interdisciplinarias, que desde diferentes modos iluminan diversos aspectos del mismo. En el segundo volumen se abordan argumentos y debates teóricos más específicos sobre los conceptos centrales de la filosofía del derecho y la teoría jurídica. La filosofía jurídica aplicada a las diferentes ramas del derecho es el objeto del tercer volumen.

Los editores esperamos que estos artículos y demás recursos (bibliografías, referencias internas, etc.) sean de utilidad para juristas y filósofos. También, que los docentes los aprovechen como material para cursos de pre-grado y posgrado en derecho, filosofía del derecho, filosofía moral, filosofía política, ciencia política y otras ciencias sociales.

Se han hecho todos los esfuerzos para proporcionar trabajos de la más alta calidad filosófica, pero accesibles para el público general: hemos intentado que los trabajos no sólo sean informativos, rigurosos y comprensivos, sino que, en la medida de lo posible, sean también filosóficamente frescos y estimulantes, que estén escritos en un lenguaje llano, y que presenten de forma coherente la relevancia filosófica de cada uno de los tópicos y debates.

Nos dimos cuenta de que para cumplir estas directrices los autores necesitaban más libertad y mayor espacio del que los artículos de enciclopedia normalmente permiten. Por esta razón, pusimos como guías

editoriales que las entradas tuvieran hasta 15.000 palabras. Aunque la mayor parte de los capítulos de esta *Enciclopedia* están dentro de este límite, varios autores se excedieron significativamente. Lo hemos permitido para privilegiar la substancia sobre la forma, y conservar en su integridad lo que creemos son algunas de las contribuciones más notables al pensamiento jurídico ibero-americano contemporáneo.

La selección de los temas y los autores no ha sido fácil. La elección de temas que reflejen las aproximaciones más relevantes en filosofía jurídica siempre será cuestionable. Necesariamente no todos los temas relevantes podían ser incluidos, algunos no pudieron recibir el tratamiento que nos habría gustado darles. Sin embargo, hemos tratado de mantener el mayor nivel posible de sistematicidad, coherencia y comprensibilidad en la escogencia de los temas y su organización en la obra.

La selección de autores también forma parte de un proyecto sopesado. La idea principal que ha orientado la selección de autores ha sido solicitar siempre contribuciones a especialistas en cada uno de los tópicos abordados. Ello nos ha llevado a solicitar aportes a muchos de los autores más consolidados de la filosofía del derecho, sin por ello renunciar a ofrecerles la oportunidad a jóvenes investigadores para presentar sus tesis. Hemos evitado al máximo incluir entradas escritas originalmente en idioma diferente al español, pero en algunos casos ha sido inevitable. Además, hemos optado por incluir autores de diferentes nacionalidades, formación intelectual y líneas de investigación. Hemos intentado que aquí se encontraran representadas la mayor parte de las corrientes de la filosofía jurídica iberoamericana y por lo menos tres generaciones de sus estudiosos.

En resumen, este proyecto ha resultado substancialmente como los editores lo concebimos: una colección sistemática de ensayos sobre temas fundamentales de la filosofía del derecho actual, escritos por algunos de los más ilustres representantes del área en Iberoamérica, con la misión no solo de capturar el estado actual de la reflexión filosófica-jurídica en Hispanoamérica, sino también de ampliarla y de señalar algunas líneas para desarrollo futuro. Somos conscientes de que esta obra en su conjunto diste de ser un producto terminado, pero creemos que a pesar de sus excusables errores hemos logrado capturar el carácter de la filosofía del derecho en la actualidad, como ella es: interesante, creativa y diversa.

Esta es una obra colectiva en su concepción y realización. He tenido el honor y la fortuna de contar con tres magníficos co-editores: Álvaro Núñez Vaquero, Verónica Rodríguez Blanco y Ezequiel Spector, quienes han realizado un excelente trabajo. Álvaro, estuvo desde el comienzo de este proyecto, dio su orientación central y lo rescató en varias ocasiones. Verónica, sin duda la más experimentada, posee una energía y visión filosófica sin par que se ve reflejada a lo largo de toda la obra. Ezequiel, con gran pericia y talento, supo cristalizar expeditamente el tomo de filosofía del derecho aplicada. Las excelentes cualidades de este colectivo garantizan una obra con debate previo a su nacimiento y la unidad necesaria para cristalizar un plan con excelente criterio profesional.

Aprovecho esta oportunidad para agradecer a un buen número de personas que prestaron su apoyo en los casi cuatro años de trabajo en este proyecto. Este proyecto no habría visto la luz sin el fundamental apoyo de Carlos Bernal Pulido, Yezid Carrillo, Jules Coleman, Xavier Díez de Urdanivia, Ken Himma y Wil Waluchow. Piero Maiterigentilli, Anabel Gómez, Léider Gómez, Francisco Martínez y Alejandro Robledo Rodríguez gentilmente colaboraron con algunas traducciones. Varios de los autores de capítulos merecen especial reconocimiento por su compromiso y apoyo incondicional con el proyecto en general, en especial: Pablo Bonorino, Andrés Botero, Hernán Bouvier, José Calvo, Pompeu Casanovas, Maris Kopke, Cristóbal Orrego y Horacio Spector. Además, debo mencionar a Juan Acosta, Jaime Ángel, Jorge Benítez, Mitchell Berman, Brian Bix, Shannon Buckley, Geoff Callaghan, Thica Castellanos, Rubén Duarte, Rafael Escudero, Mario Echeverría, Isabel Fanlo, Javier Franco, Daniel Flórez, Roberto Gamboa, Juan Sebastián García, Leonardo García J., Roberto Gargarella, Léider González, Matt Grellette, Óscar Guardiola Rivera, Hernán Gullco, Jesús Hernández, Violetta Ighneski, Pablo Márquez, Agustín Menéndez, David Mercado, Claudio Michelin, Miguel Morón, Juan Morante, Yirah Morante, Pablo Navarro, Hjalmar Newmark, Jorge Pallares Bossa, Adriana Padrón, John O. Phillips, Miguel Raad, Gregorio Robles Morchón, Ricardo Sanín, Stefan Sciaraffa, Pedro Serna, Fabio Shecaria y Salomón Verhelst, con quienes compartí o comenté aspectos específicos de este proyecto o me ayudaron de una u otra forma en su concepción y finalización.

Mis padres Jorge y Nancy, mi esposa Laura y mi hijo Jorgito han sabido perdonar que le dedicara tanto tiempo a este proyecto. Además, debo agradecer al equipo de la UNAM, particularmente a Imer Flores,

Juan Vega y, muy especialmente, a Enrique Cáceres por su apoyo en el momento definitivo de realización de esta obra. Finalmente, y para resaltar en este prefacio, agradecer a los contribuyentes por su cooperación con este proyecto, el esfuerzo en alcanzar textos de excelente calidad y, especialmente, por la paciencia. Sé que esta obra ha necesitado años para ver la luz, más tiempo del planeado, pero confío en que la espera nos premie a todos con una *Enciclopedia* plétora de contenidos que sea una ventana abierta a futuros debates, una guía amigable en los temas más importantes de la discusión actual de la filosofía del derecho y la teoría jurídica.

Jorge Luis Fabra Zamora
Hamilton, ON Canadá
Febrero de 2014

INTRODUCCIÓN AL VOLUMEN DOS

El volumen dos se encarga de los conceptos centrales de la filosofía del derecho, los tópicos fundamentales presentes en la mayor parte de las disputas del estudio teórico del derecho. Estos conceptos incluyen las piedras angulares de la teoría jurídica (sección I) y los temas fundamentales de la jurisprudencia normativa (sección II). Además, también se tratan los varios conceptos filosóficos que se encuentra en el nervio del razonamiento jurídico (sección III), las nociones de responsabilidad y causalidad (sección IV) y los diferentes debates al respecto de la noción y tipos de derechos (sección V). Las presentes contribuciones no pretenden cubrir todo los tópicos centrales, ni siquiera todo las aristas de cada uno de estos complejos temas; sino que pretenden proporcionar una introducción general a cada uno de ellos, una caracterización de su estructura y de sus conexiones con otros conceptos.

La primera sección se aboca al estudio de las nociones de norma, sistema jurídicos, y los demás elementos fundamentales de la teoría del derecho. Jan Sieckmann presenta en el capítulo 24 los principales aspectos de la teoría general de las normas jurídicas, centrandó su exposición en la teoría semántica de la norma y las diferencias entre reglas y principios. En el capítulo 25, María Isabel Kopcke discute los principales problemas conceptuales relacionados con la validez y defiende una concepción particular, según la cual, la validez es la solución a un problema de coordinación: el problema de la identificación del derecho. Los diferentes aspectos de la noción de sistema jurídico (incluyendo su relación con la validez, su concepción, su estructura y sus propiedades formales) son estudiadas por Jorge Luis Rodríguez en el capítulo 26. Josep Aguiló Regla discute en el capítulo 27 la conceptualización de la idea de fuentes de derecho, además de los aspectos centrales de varias fuentes incluyendo los actos jurídicos, la jurisprudencia y la costumbre. Finaliza la sección Josep Villajosana, quién defiende una concepción positivista del problema de la identificación del derecho en el capítulo 28.

La segunda sección examina los problemas de la normatividad y autoridad del derecho. En el capítulo 29, John Gardner discute desde una pers-

pectiva positivista unos de los temas clásicos de la filosofía del derecho: las diferentes relaciones entre el derecho y la moral. Varios aspectos del problema de la obligación jurídica son el objeto de discusión de Hernán Bouvier en el capítulo 30. Nicola Muffato presenta en el capítulo 31 una reconstrucción analítica y diversas precisiones conceptuales frente al problema de la normatividad del derecho. En el capítulo 32, Juan Vega busca plantear las preguntas fundamentales y las principales avenidas de respuesta a la problemática de la autoridad jurídica. Juan Iosa escrudiña en el capítulo 33 las diversas teorías acerca de la obligación de obedecer al derecho, concluyendo que ninguna de ellas es satisfactoria. En el capítulo 34, Hugo Seleme expone los aspectos centrales de la neutralidad como un límite al derecho en los estados liberales. La sección finaliza en el capítulo 35 con la reseña que Bruno Celano hace de los principales aspectos de teoría de los planes del derecho de Scott Shapiro, enfatizando la relación entre los planes y razón práctica.

La tercera sección es una indagación sobre diversos conceptos centrales al razonamiento jurídico y la interpretación y aplicación del derecho. En el capítulo 36, David Martínez Zorrilla expone los diferentes criterios que existen para la resolución de antinomias, colisiones entre principios y otros conflictos normativos. Isabel Lifante, en el capítulo 37, se dedica a la delimitación conceptual, objeto, sujetos, métodos y cánones de la interpretación jurídica. El problema de la discrecionalidad judicial y sus causas es el objeto de discusión de Juan Bautista Etcheverry en el capítulo 38. Manuel Atienza finaliza la sección el capítulo 39 con un análisis de los aspectos centrales del razonamiento jurídico, incluyendo sus aspectos formales, materiales y pragmáticos.

La cuarta sección se centra en dos conceptos vitales para la teorización de las diferentes áreas del derecho: los conceptos de responsabilidad y causalidad. En el capítulo 40, Pablo Larrañaga presenta una aproximación sistémica al concepto de responsabilidad; mientras que Anthony Honoré aclara y discute los aspectos centrales de la causalidad en el derecho, centrándose en su aplicación en la responsabilidad civil.

Finalmente, la última sección se ocupa de los diversos aspectos relacionados con la noción de derechos. La elucidación del concepto de derecho subjetivo es la tarea de Juan Cruz Parceró en el capítulo 42. Horacio Spector, en el capítulo 43, centra su atención problemas filosóficos que surgen

de la noción de derechos humanos. Por su parte, Carlos Bernal Pulido, en el capítulo 44, trata de los propiedades formales y materiales para identificar derechos fundamentales. Los capítulos 45 y 46 se centran en el problema de la igualdad. Mientras que en el capítulo 45, Marcelo Alegre, Julio Montero y Ezequiel Monti presentan el problema de la igualdad aplicándolo a dos problemas (igualdad en el plano global e igualdad intergeneracional); en el capítulo 46, Rosa Ricoy se ocupa especialmente de la igualdad de género como un derecho subjetivo. El volumen finaliza en el capítulo 47, con la discusión de Rodolfo Arango del concepto, estructura y exigibilidad de los derechos sociales.

Jorge Luis FABRA ZAMORA
Verónica RODRÍGUEZ BLANCO

CAPÍTULO 24

NORMA JURÍDICA

Jan SIECKMANN*

SUMARIO: I. *El Concepto de la Norma Jurídica*. II. *Estructura de las Normas Jurídicas*. III. *Reglas y Principios*. IV. *Bibliografía*.

I. EL CONCEPTO DE LA NORMA JURÍDICA

El concepto de la norma jurídica es uno de los más centrales de la jurisprudencia. La estructura y las propiedades de las normas jurídicas se reflejan en el derecho mismo. En general, las teorías del derecho empiezan con una explicación del concepto de la norma jurídica.¹ Sin embargo, no es claro lo que ha de entenderse por norma jurídica. Esta falta de claridad se deriva en parte de los problemas vinculados con el concepto de norma en general. Además, existen diversas interpretaciones acerca de lo que constituye el carácter jurídico de una norma.

* Profesor de Derecho Público en la Facultad de Derecho de la Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

¹ Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*. Weidenfels-Nicholson, Indianapolis-Cambridge, 1954 [1832]; Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*. 2.ed. Deuticke, Wien, 1960 (*Teoría pura del Derecho*. Trad. Roberto Vernengo Editorial Porrúa, México, 1979); Hart, H.L.A., *The Concept of Law*. 2.ed. Clarendon, Oxford, 1994, p. 54 y ss. (El concepto del Derecho. (Trad. Genaro R. Carrió) Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995. En cambio, Joseph Raz pretende que una teoría del sistema del derecho es un requisito para desarrollar una definición adecuada de la norma jurídica (Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System*. 2.ed. Clarendon, Oxford, 1980 [1970], p. 2). Sin embargo, el primer capítulo sistemático de este libro, después de un análisis de la teoría de Austin, trata de la teoría de las normas, y antes de llegar a las preguntas sobre la existencia y la identidad de los sistemas jurídicos, Raz analiza el sistema jurídico como sistema de normas (cap. VI) y como sistema de normas jurídicas (cap. VII). Esto no corresponde a su pretensión de desarrollar una teoría del sistema jurídico como presupuesto de una teoría de la norma jurídica, sino más bien apoya a la tesis que el análisis del concepto de la norma jurídica es central para cualquier teoría del Derecho.

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 2, pp. 895-945.

1. *Teoría de las normas*

La teoría de las normas es altamente controversial. El término se utiliza de maneras tan diversas lo que ha llevado a sugerir evitarlo en las teorías sobre los sistemas normativos y la argumentación práctica.² Sin embargo, no existe una mejor alternativa terminológica, y el hecho de que un término teórico central sea usado de distintas maneras no parece suficiente para abandonarlo. Además, una teoría de las normas se puede limitar a los casos claros y paradigmáticos, aunque queden algunas dudas acerca del alcance de este concepto en otros ámbitos. Por eso, el siguiente análisis trata de desarrollar una concepción de las normas que parece ser la más adecuada, llamada la “concepción semántica de las normas”, y va a tratar las alternativas y las dudas sólo a partir de esta concepción.

La concepción semántica

La concepción semántica de las normas sostiene que normas son el contenido de enunciados que expresan lo que es obligatorio, prohibido o permitido, o lo que al menos se puede expresar de esa manera.³ Enunciados explícitamente normativos son, por ejemplo, “Es obligatorio pagar sus impuestos”, “Está prohibido fumar en este lugar”, o “Está permitido expresar su opinión”. Estos significan, respectivamente, que es obligatorio pagar sus impuestos, que está prohibido fumar en cierto lugar, o que está permitido expresar su opinión. Pero las normas también pueden ser expresadas de manera implícita. Así, un enunciado que parece descriptivo puede expresar una norma, como cuando, por ejemplo, alguien dice “No se fuma aquí,” para advertir que no se debe fumar en aquel lugar. Incluso un gesto como levantar y mover el dedo índice de determinada manera puede, en cierto contexto, expresar una prohibición. Pero siempre es posible expresar la norma de manera lingüística.

Entonces, las normas pueden definirse como los contenidos de enunciados normativos. A cada norma corresponde al menos un enunciado normativo que la expresa, aunque diversas formulaciones normativas pueden expresar la misma norma y, además, una norma puede ser expresada por enunciados no normativos o por otros símbolos. Así, normas deben ser

² Hage, Jaap, *Studies in Legal Logic*. Springer, Dordrecht, 2005, p. 202.

³ Sieckmann, Jan, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. Nomos, Baden-Baden, 1990, p. 29. También Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*. 2.ed. (trad. Carlos Bernal Pulido) Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

distinguidas de su formulación⁴ y, además, de los actos de habla en los que se usan los enunciados normativos.

Sin embargo, esta concepción es ambigua debido a la variedad de los enunciados normativos. En particular, debe aclararse si estos enunciados están usados en aserciones normativas y entonces expresan proposiciones normativas, o si es posible que sólo formulan una norma sin decir nada acerca de su existencia o validez. Por ejemplo, “No se debe mentir” puede constatar la norma de que no se debe mentir. Así, la frase “no se debe mentir” expresa la proposición normativa que existe una norma que prohíbe mentir. Pero un enunciado normativo no necesariamente presenta una aserción o proposición normativa. “No se debe respirar” es un enunciado normativo que expresa una norma, pero tal norma no existe, y por eso sería equivocado hacer tal aserción. Sin embargo, es posible expresar normas que no son válidas. Entonces, los enunciados normativos no siempre son usados en aserciones normativas. Parece que se pueden usar enunciados normativos sin pretender su verdad y sólo para formular una norma sin presentarla como existente o válida. Así, se debe distinguir entre las meras formulaciones de normas y las aserciones normativas que adscriben validez a una norma.

Además, deben distinguirse las normas como meros contenidos normativos de los hechos o estados de cosas normativos presentados por proposiciones normativas. Esta diferencia puede expresarse presentando normas como “N”, proposiciones normativas como “VAL N”. Ahora bien, frente a la concepción de una norma como entidad semántica normativa sin validez podría objetarse que un enunciado “No se debe respirar” expresa no sólo una norma sino una proposición normativa. Aunque la norma expresada no sea válida, el enunciado adscribe validez y es, por eso, falso. De hecho es difícil dar un ejemplo claro de un enunciado que sólo expresa una norma en sentido puramente semántico y sin adscribir validez. Sin embargo, es necesario hacer tal distinción. La diferencia se ve claramente cuando se trata de la negación de un enunciado normativo. La negación de una norma “No se debe hacer X” ($\neg Op$)⁵ tiene otro sentido que la negación de una proposición normativa “No es válido que se debe hacer X” ($\neg VAL Op$). De la negación de la obligación Op sigue que es permitido no hacer X (porque $\neg Op$ es equivalente a $P\neg p$). Pero de la negación de la proposición

⁴ Cfr. también Rodríguez, Jorge, *Lógica de los sistemas jurídicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 14. (Véase además, SISTEMAS JURÍDICOS)

⁵ “ \neg ” significa la negación “no”, “O” el operador deóntico “es obligatorio” y “p” la descripción de un acto “hacer X”.

normativa VAL Op sigue sólo que no es válido una norma con tal contenido (\neg VAL Op), no se sigue la validez del correspondiente permiso VAL $P\neg p$. Esto se muestra claramente con el siguiente ejemplo. Supongamos que el derecho federal tiene prioridad frente al derecho de las provincias, y que las provincias tienen la competencia de legislar en el marco de las normas federales. Además, que el derecho federal no incluye una obligación de hacer X (por ejemplo, tener extintor de incendios en el garaje). Si en el derecho federal la no-validez de una norma que obliga a hacer X implicaría la validez de un permiso para hacer X, las provincias no podrían promulgar tal obligación. Pero entonces la idea de que el derecho federal deja un marco de legislar para las provincias sería insostenible, y un sistema federal como el esbozado sería imposible. Sin embargo, es claro que existen tales sistemas. Por eso, no es correcta la inferencia de la no-validez de una obligación de hacer algo a la validez de un permiso del mismo acto. Por otro lado, no hay duda que en el nivel de las normas, la no-obligación de hacer algo equivale al permiso de no hacerlo.⁶ Entonces, es necesario distinguir entre normas y sus formulaciones por un lado y las proposiciones normativas y los hechos y estado de cosas normativos por el otro.

Como las normas son distintas de proposiciones normativas, quedan tres candidatos para el concepto de normas:⁷

- el contenido normativo que expresa una norma meramente en sentido semántico, sin atribuir validez o existencia;
- el hecho normativo de que es válido cierta norma;⁸
- el estado de cosas (meramente posible) de que es válido cierta norma.

Aunque tiene sentido y es común llamar “normas” a los hechos normativos, este uso no puede reemplazar la definición de normas como meras entidades semánticas sin atribución de validez. Como los hechos normativos consisten en la validez de normas, presuponen el concepto de la norma en sentido meramente semántico.

A diferencia de los hechos normativos, los estados de cosas normativos pueden existir o no, entonces no representan una norma válida sino sólo una norma posible. Sin embargo, aunque sea posible, no parece necesario llamar “norma” a un estado de cosas normativo no existente, porque el concepto de la norma como contenido de un enunciado semántico ya permite formular normas sin atribuirles validez.

⁶ Acerca de la interdefinibilidad de las modalidades deónticas *cf.* abajo, II.1.A.

⁷ Ver también Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, *op. cit.*, p. 30.

⁸ *Cfr.* Hage, *Studies in Legal Logic*, *op. cit.*, p. 202: normas como hechos deónticos. También Heidemann, Carsten, *Die Norm als Tatsache*. Nomos, Baden-Baden, 1997.

En fin, queda como más plausible y elemental la concepción de normas como los contenidos de los enunciados normativos. Sin embargo, esta concepción enfrenta algunos problemas, algunos de índole filosófico, otros respecto a su adecuación como teoría de las normas.

Uno de los problemas filosóficos es que se duda la existencia de contenidos como entidades ideales o abstractas, o al menos su adecuación para un análisis lógico de las normas.⁹ Las dudas acerca de la existencia de entidades abstractas proponen en particular teorías empiricistas que tratan de explicar el lenguaje sólo sobre la base de acciones y reacciones empíricas.¹⁰ Sin embargo, es posible construir contenidos como entidades abstractas sobre la base de la práctica lingüística. Se puede expresar la misma norma de distintas maneras. Así, el uso de diversos símbolos o de los mismos símbolos en diversos contextos se entiende de la misma manera. Entonces hay algo que queda igual en diversos usos de enunciados o símbolos, lo que permite abstraer de diferencias en la formulación lingüística y de los particularidades del contexto en la cual se usa estas formulaciones. Lo que queda igual en diversas formulaciones lingüísticas que se considera como intercambiable puede ser calificado como el contenido de estas formulaciones.¹¹ Es al menos posible sostener la noción del contenido como entidad abstracta.¹²

Otro problema filosófico concierne la capacidad de normas o enunciados normativos de ser calificados como verdaderos o falsos.¹³ Para una teoría semántica que define el significado de los enunciados a través de los valores de verdad, los enunciados normativos sin valores de verdad no pueden tener significado.¹⁴ Sin embargo, hay alternativas a estas teorías semánticas,¹⁵ y además la tesis de que enunciados normativos no pueden ser verdaderos o falsos es discutible. Al menos los enunciados sobre la validez de las normas son capaces de ser verdaderos o falsos, en cuanto que

⁹ Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1975, p. 24.

¹⁰ Por ejemplo Quine, W.V.O., *Philosophy of Logic*. Englewood cliffs, NJ, 1970, p. 3.

¹¹ Acerca de esta concepción Patzig, Günther, "Satz und Tatsache" en *Idem, Tatsachen, Normen, Sätze, Reclam*, Stuttgart 1980, p. 30.

¹² También Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, *op. cit.*, p. 24, admiten que el enfoque a entidades lingüísticas no prejuzga la posición acerca del estatus ontológico de las normas.

¹³ El problema llamado "el dilema de Jørgensen". Cfr. Rodríguez, *Lógica de los sistemas jurídicos*, *op. cit.*, p. 179; Zuleta, Hugo, *Normas y justificación. Una investigación lógica*. Marcial Pons, Madrid *et al.*, 2008, p. 49.

¹⁴ También Rodríguez, *Lógica de los sistemas jurídicos*, p. 16 n. 10.

¹⁵ Cfr. Brandom, Robert, *Making it Explicit: Reasoning, Representing, & Discursive Commitment*, Cambridge (Mass.)-London, Harvard University Press, 1994.

una norma cumpla o no cumpla los criterios de validez de este enunciado.¹⁶ En cualquier caso es posible entender los enunciados normativos, y esto proporciona una buena razón para rechazar la semántica exclusivamente basada sobre valores de verdad o la tesis de que los enunciados normativos no pueden ser verdaderos o falsos, o las dos posiciones.

Entonces parece sostenible la definición de normas como los contenidos de los enunciados normativos. Otra pregunta es si tal caracterización es suficiente o si es necesario suplementarla con otras concepciones de normas.

Alternativas

Las alternativas a la concepción semántica de las normas son concepciones de las normas como entidades lingüísticas, pragmáticas o empíricas. A su vez, en relación de cada una de estas concepciones pueden distinguirse concepciones “puras” y “mixtas”.

- *La dimensión lingüística*: la concepción lingüística identifica la norma con el enunciado normativo.¹⁷ De esta forma evitaría el problema de identificación de la norma, problema que presentaría la concepción semántica de la norma. Sin embargo, lo que interesa en el derecho como en otras prácticas normativas no es el enunciado sino el contenido normativo. Por eso, se sugiere una concepción “mixta”, según la cual la norma no es el contenido de un enunciado normativo en sí mismo, sino la combinación de tal contenido con su formulación lingüística.¹⁸ Sin embargo, queda el problema de que existen diversas formulaciones para el mismo contenido, y no tiene sentido sostener que cualquier diferencia en la formulación de una norma constituye otra norma. Por eso, la combinación de la dimensión semántica con la lingüística no parece adecuada.

- *La dimensión pragmática*: Una concepción pragmática de las normas las considera como actos de habla prescriptivos,¹⁹ como, por ejemplo, la defi-

¹⁶ Cfr. también Hage, *Studies in Legal Logic*, op. cit., p. 202.

¹⁷ En este sentido Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, op. cit., p. 23.

¹⁸ Rodríguez, *Lógica de los sistemas jurídicos*, op. cit., p. 14: “concepción mixta”.

¹⁹ Esto sería una “concepción expresiva” en el sentido de Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, “The Expressive Conception of Norms”, en R. Hilpinen (ed.), *New Studies in Deontic Logic*, Dordrecht, Springer, 1981, pp. 96-97; *idem*, “Pragmatic Foundations for a Logic of Norms”, *Rechtstheorie*, vol. 15, 1984, pp. 453-464: “expressive” v. “hyletic” conception of norms. Criticando la concepción expresiva de las normas Weinberger, Ota, “The Expressive Conception of Norms - An Impasse for the Logic of Norms”, *Law & Philosophy*, vol. 4, 1985, pp. 165-198; Hage, *Studies in Legal Logic*, op. cit., pp. 161-164.

nición de normas como imperativos.²⁰ Sin embargo, esta concepción no presenta una alternativa plausible a la concepción semántica.²¹ Primero, la norma no puede ser el acto de habla mismo, porque las normas no son actos. A lo mejor la norma podría ser el resultado de un acto prescriptivo. Sin embargo, no todas las normas resultan de actos prescriptivos. Además, no es claro que significa “prescriptivo”. La prescriptividad del acto no significa necesariamente crear una norma. Actos prescriptivos pueden ser distinguidos de actos constitutivos de normas.²² Pero si el acto no crea una norma, entonces ¿qué agrega a la norma que podría ser calificado como prescriptivo? La norma puede ser prescriptiva por su contenido o por su función de guiar acciones, pero esto no se sigue del carácter del acto que expresa la norma.

Un modo de diferenciar la prescriptividad del acto de habla de la prescriptividad de la norma misma es la concepción expresiva de la norma, según la cual el operador deóntico se refiere exclusivamente al nivel pragmático y no al contenido de un acto de habla normativo, es decir, no forma parte del contenido de la norma. Se presenta la norma como !p, donde “!” representa un imperativo y “p” la acción demandada.²³ El acto pragmático entonces consiste en que alguien exige p. Pero si no es posible expresar el contenido del acto de manera semántica, representándolo por una norma “Se debe hacer p”, resulta difícil de entender los actos prescriptivos. Parece que —según la concepción expresiva— alguien exige p, pero no puede decir que se debe hacer p. Pero entonces no se puede saber si tal exigencia expresa una norma. Cualquier caracterización del contenido normativo tiene carácter semántico, aunque por supuesto este contenido no necesariamente está explícito, sino que puede ser implícito en un acto prescriptivo que exige hacer algo. Pero si es posible expresar el contenido prescriptivo del acto de habla, este acto puede ser presentado como acto de habla que se refiere a tal contenido normativo (por ejemplo, establece, afirma o reclama cumplimiento de tal norma). Entonces presupone la concepción semántica.

Queda la posibilidad de una concepción “mixta”, es decir, entender normas, no como actos prescriptivos, sino como contenidos de actos de prescripción.²⁴ Así, se combina un elemento semántico con un elemento

²⁰ Austin, John, *Lectures on Jurisprudence.*, vol. 1, 4.ed., London, 1873, p. 98.

²¹ Cfr. también la crítica en Hage, *Studies in Legal Logic, op. cit.*, pp.1 61-164.

²² Cfr. Hage, *Studies in Legal Logic, op. cit.*, pp. 166-167.

²³ Alchourrón y Bulygin, “The Expressive Conception of Norms”, *op. cit.*, p. 96.

²⁴ En este sentido Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre.* 2.ed. Deuticke, Wien, 1960, pp. 4-5, p. 7, (*Teoría pura del Derecho.* (Trad. Roberto Vernengo) Editorial Porrúa, Mexico, 1979, pp. 18-

pragmático.²⁵ Sin embargo, las normas no siempre poseen contenidos de actos de prescripción.²⁶ Existen otras maneras en que se puede referir a una norma. Además, si la norma es válida, el acto en que la norma fue expresado parece irrelevante para la aplicación de la norma. La validez de la norma significa que se debe aplicarla según su contenido. No tiene relevancia el acto o los actos en los cuales la norma fue expresada. Por eso, la combinación de la dimensión semántica con la pragmática tampoco parece adecuada como concepción de normas.

- *Dimensión Empírica*: Hay concepciones de las normas que las consideran como entidades empíricas,²⁷ como hechos institucionales, sociales o mentales. Sin embargo, no se pueden identificar las normas como meros hechos empíricos sin contenido.²⁸ Lo que parece posible es una concepción “mixta” que combina el contenido normativo con el hecho de su aceptación institucional, social o mental. En este sentido se pueden entender, por ejemplo, normas sociales²⁹ o institucionales.³⁰ Esto, sin embargo, presupone el concepto de la norma como contenido normativo, porque el hecho empírico debe referirse a este contenido. Normas como entidades empíricas pueden existir en dos versiones: como mero hecho empírico o como norma válida sobre la base de ciertas circunstancias. Para establecer una norma válida, el hecho empírico de la aceptación de la norma debe ser adecuado para fundamentar la validez de la norma en un sentido normativo, es decir, debe justificar la pretensión que se debe aplicar y seguir la norma.

19, p. 21), quien entiende la norma como sentido objetivo de un acto de voluntad (*Willensakt*).

²⁵ Esto parece la posición de Rodríguez, *Lógica de los sistemas jurídicos*, *op. cit.*, p. 14, quien considera como norma órdenes incluidos en actos de prescripción, entonces no el acto de prescripción mismo.

²⁶ Hage, *Studies in Legal Logic*, *op. cit.*, p. 162. *Cfr.* también Rodríguez, *Lógica de los sistemas jurídicos*, *op. cit.*, p. 13, quien, sin embargo, limita el uso del término “norma” al sentido prescriptivo, *Ibidem*, p. 14.

²⁷ Geiger, Theodor, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*. Luchterhand, Berlin-Neuwied, 1964, pp. 61-2, pp. 68 y ss.

²⁸ Ross, Alf, *Directives and Norms*, Routledge & Kegan Paul, London, 1968, pp. 78 y ss.

²⁹ Ross, *Directives and Norms*, *op. cit.*, distingue entre normas y directrices y entiende directrices como contenido semántico (p. 78) y normas como directrices que tienen cierta relación de correspondencia con hechos sociales (p. 82, p. 93). También la concepción de la regla social de Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, pp. 54 y ss. (*El Concepto de Derecho*, pp. 69 y ss.), combina contenidos normativos con hechos sociales.

³⁰ *Cfr.* MacCormick, Neil y Weinberger, Ota, *An Institutional Theory of Law*. Reidel, Dordrecht, 1985.

Validez y norma en sentido semántico

La definición de la norma como contenido normativo no presupone que la norma tenga VALIDEZ. Es una concepción puramente semántica. Sin embargo, existen concepciones que vinculan el concepto de la norma con su validez o incluso con distintos criterios de validez.

La referencia a criterios de validez se encuentra en concepciones empíricas o pragmáticas de las normas, cuando las normas son identificadas sólo en términos del contenido de una práctica social o en términos del contenido de un acto prescriptivo y entonces no existen afuera de tales contextos. Estas concepciones parecen problemáticas porque vinculan el concepto de la norma con cierta teoría de la validez de las normas, teorías de la validez que, además, pueden ser bien dudosas.³¹

En cambio, la concepción de normas como hechos deónticos considera la validez de normas como una condición conceptual, así que algo que no tiene validez no es una norma. Esto es una idea muy común.³² Sin embargo, ¿qué es entonces este contenido normativo que no tiene validez? Para hablar sobre la validez de algo se requiere un objeto a que se puede atribuir validez.³³ Y parece más natural considerar este contenido normativo como norma.

Además, cuando existen diversos tipos de validez (como validez empírica, normativa, absoluta, relativa, estricta, prima facie, en principio, definitiva), una definición de normas que incluya la propiedad de validez también debe definir de qué tipo de validez se trata. Parece más adecuado tratar este tema en una teoría de la validez de las normas en vez de en el concepto de la norma mismo.

Normas y proposiciones normativas

Las normas deben ser distinguidas de las proposiciones normativas, que expresan que cierta norma es válida o existe en un sentido normativo. Sin embargo, existen diversas interpretaciones de esta distinción.³⁴ Von Wright

³¹ Cfr. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit.

³² Por ejemplo, Kelsen, *Reine Rechtslehre*, op. cit., p. 9 (*Teoría pura del derecho*, op. cit., p. 23), caracteriza validez como forma específica de la existencia de las normas. Entonces, sin validez no existe una norma. También Raz, Joseph, *The Authority of Law*. Clarendon, Oxford, 1979, p. 148.

³³ Cfr. también Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit. (*Theorie der Grundrechte*, p. 47).

³⁴ Sin embargo, existen otras caracterizaciones de las proposiciones normativas: aserciones de la pertenencia de una norma a cierto sistema normativo (Rodríguez, Jorge y Sucar, Germán, "Trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del dere-

la conecta con el uso prescriptivo y descriptivo de los enunciados normativos.³⁵ Cuando se usan enunciados normativos prescriptivamente, expresan normas, cuando se los usa descriptivamente, para informar que ciertas prescripciones existen, expresan proposiciones normativas.³⁶ Sin embargo, la distinción entre uso prescriptivo y uso descriptivo no es clara, y en cualquier caso la misma no representa de manera adecuada la distinción entre normas y proposiciones normativas. El uso descriptivo colapsa en un uso prescriptivo cuando alguien informa sobre la existencia de una norma que él cree válida en el sentido de que los destinatarios deben seguir esta norma. Para sostener la distinción entre los usos descriptivo y prescriptivo de las normas, se debería asumir que el uso prescriptivo consiste en dar prescripciones, es decir, crear normas. Pero no siempre cuando se expresa una norma se pretende crear una norma. Además, incluso en actos prescriptivos que pretenden crear una norma es necesario distinguir entre el acto (la prescripción) y su objeto (la norma que se pretende crear). Y es necesario que se pueda identificar el contenido de este objeto. Entonces, esta concepción presupone un contenido normativo, el cual se puede llamar “norma”.

En el marco de la concepción semántica de la norma, las normas como contenidos normativos pueden ser objeto de actos prescriptivos y de actos descriptivos. La diferencia entre norma y proposición normativa no se encuentra en el uso prescriptivo o descriptivo, sino resulta de la diferencia entre enunciados normativos básicos y enunciados de meta-nivel acerca de estos enunciados normativos y sus contenidos. Además, es necesario distinguir entre proposiciones normativas en sentido estricto y en sentido amplio.

En sentido estricto, proposiciones normativas constatan la validez de una norma.³⁷ Dicen explícita o implícitamente que cierta norma es válida.

cho” en Bayon, Juan Carlos y Rodríguez, Jorge, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 110); significados de expresiones deónticas usadas para enunciar que un acto es obligatorio, prohibido o permitido de acuerdo con una norma o un conjunto de normas dados (Bayon, Juan Carlos, “Proposiciones normativas e indeterminación del Derecho” en Bayón y Rodríguez, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*, *op. cit.*, p. 30).

³⁵ Von Wright, Georg Henrik, *Norm and Action*. Routledge & Kegan, London, 1963, 145. Así también Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, *op. cit.*, p. 173, y, aunque con algunos matices, la distinción de norma jurídica (Rechtsnorm) y enunciado jurídico (Rechtssatz) en Kelsen, *Reine Rechtslehre*, *op. cit.*, pp. 59, 83 (*Teoría pura del derecho*, *op. cit.*, pp., 70 y 93).

³⁶ Según Zuleta, *Normas y justificación. Una investigación lógica*, *op. cit.*, p. 50.

³⁷ Rodríguez, *Lógica de los sistemas jurídicos*, *op. cit.*, p. 17, también distingue un uso amplio que incluye cualquier aserción metalingüística acerca de una norma, de un sentido estricto, que, sin embargo, para Rodríguez, es la predicación de la pertenencia de una norma a

Esta proposición está implícita ya en el uso directo y no calificado de un enunciado normativo, por ejemplo, cuando se dice “No se debe fumar”. Usar tal enunciado significa constatar que la norma que señala que no se debe fumar es válida. El significado de la proposición normativa es el hecho de que la norma expresada es válida en cierto sentido. Esto puede depender de los criterios de validez de cierto sistema normativo. Pero siempre es validez en un sentido normativo, es decir, se constata que la norma tiene los efectos normativos que pretende tener, en particular, que se debe aplicar y seguir esta norma.

Se habla de proposiciones normativas también cuando se atribuye validez no en sentido normativo, sino sólo en el sentido que una norma pertenece a cierto sistema normativo según ciertos criterios.³⁸ Sin embargo, cuando los criterios de validez tienen carácter meramente descriptivo sin la implicación normativa de que se debe aplicar y seguir la norma, tales proposiciones de hecho son proposiciones descriptivas acerca de normas, no proposiciones normativas en sentido estricto.

2. *La norma jurídica*

La norma jurídica puede entenderse como especie de las normas en general, que se caracteriza sólo por el hecho de que pertenece a un SISTEMA JURÍDICO. Sin embargo, es a veces entendida como una subclase de normas con propiedades específicas y distintas, en particular, de las normas morales, o ni siquiera como una subclase de las normas en general, sino de manera específicamente jurídica.

Según la concepción semántica de las normas, la característica de las normas jurídicas es que pertenecen a un sistema jurídico, lo que es tema de la teoría de la VALIDEZ JURÍDICA. Así, el concepto de la norma jurídica combina el concepto de norma en general con la propiedad de tener validez jurídica. Cualquier tipo de norma podría ser una norma jurídica. No existen delimitaciones desde el concepto de la norma en este respecto. Sin embargo, queda por aclarar qué se entiende por “sistema jurídico”. Este consiste en normas identificadas por ciertos criterios de validez jurídica. Pero puede incluir también normas particulares que resultan de la aplica-

cierto sistema. Queda la pregunta si tal pertenencia implica la validez normativa de una norma. Si no, no se trata de una proposición normativa en sentido estricto, sino de una proposición descriptiva acerca de una norma.

³⁸ Alchourrón y Buljgin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, op. cit., pp. 23 y 118.

ción de normas generales a casos concretos.³⁹ Sin embargo, cuando se habla de una norma jurídica, parece que no se refiere a normas particulares que resultan de la aplicación de normas jurídicas, como, por ejemplo, las normas particulares incluidas en contratos, actos administrativos o sentencias judiciales, sino sólo a normas directamente identificadas como parte del derecho.

Por otro lado, existen concepciones de la norma jurídica a las que se le asigna propiedades específicas, así que el concepto de la norma jurídica queda delimitado en comparación con el concepto de la norma. Así, se distingue normas jurídicas de las normas morales según el criterio de que el derecho consiste en normas para la conducta exterior, la moral de normas para la conducta interior.⁴⁰ Sin embargo, no parece posible sostener tal distinción en el nivel conceptual. Más bien parece un postulado de una teoría liberal del Estado de derecho que el derecho sólo reglamente la conducta exterior. Otro ejemplo es la definición de Kelsen de normas jurídicas como autorizaciones para aplicar sanciones bajo ciertas condiciones.⁴¹ Así excluye cualquier otro tipo de norma del sistema jurídico, o las considera sólo como normas incompletas.

Otra concepción de la norma jurídica las define de manera tal que ni siquiera tienen las características de normas en el sentido de contenidos deónticos. La teoría de la norma como sanción condicionada entiende las normas jurídicas como imperativos hipotéticos o técnicos: No dicen que se debe hacer algo (una acción X), sino sólo que cuando se quiere evitar la sanción se debe hacer X. Así, se distingue normas jurídicas de las normas éticas o morales no sólo por los criterios de validez, sino también porque normas jurídicas no establecen obligaciones.⁴² Sin embargo, esta teoría parece insostenible porque no corresponde al sentido que se da a las normas jurídicas: una norma del derecho penal no sólo establece la consecuencia de cometer un delito sino que incluye la prohibición de cierta conducta.

³⁹ En este sentido Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, op. cit., p. 58.

⁴⁰ Criticando esta distinción Radbruch, Gustav, *Filosofía del derecho*. Comares, Granada, 1999, cap. 5 (orig. *Rechtsphilosophie* [1932], p. 41 y ss.).

⁴¹ Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*. Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1945, pp. 58 y ss.; *Idem.*, 1960, 82-83. Cfr. Paulson, Stanley, "La reconstrucción radical kelseniana de la norma jurídica" en Clérico, L. y Sieckmann, J. (eds.). *La teoría del derecho de Hans Kelsen*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, 18, 27 y ss.

⁴² Claramente Binder, Julius, *Rechtsnorm und Rechtspflicht*. Deichert, Leipzig, 1912, p. 45; *Idem.*, *Der Adressat der Rechtsnorm und seine Verpflichtung*. Deichert, Leipzig, 1927: el derecho obliga jurídicamente a nada.

En fin, parece más plausible usar la concepción semántica de las normas y permitir diversas estructuras y tipos de validez que pueden tener estas normas.

II. ESTRUCTURAS DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Como elemento básico del sistema jurídico, la estructura de las normas jurídicas se refleja en la estructura del sistema jurídico. Por eso el análisis de su estructura es de alta importancia. Sin embargo, aunque algunos aspectos parecen bien claros, también existen grandes controversias acerca de este tema.

1. *Estructura básica*

La estructura básica de la norma incluye como núcleo una norma que consiste en un deber, prohibición, permiso, expresado por un operador deóntico, y el contenido de la norma a que se refiere este operador y las condiciones de aplicación.⁴³ También pueden incluir un cuantificador, lo que es necesario para representar normas generales.⁴⁴

A. *Modalidades deónticas*

Los operadores deónticos pueden ser representados por las letras O, F y P.⁴⁵ Significan

O := es obligatorio
F := es prohibido
P := es permitido.

⁴³ Von Wright, *Norm and Action*, *op. cit.*, p. 70, distingue entre seis elementos de normas prescriptivas: el carácter normativo, el contenido normativo, la condición de aplicación, la autoridad que promulga la norma, el destinatario y la ocasión. Sólo los tres primeros se consideran como elementos comunes en todas las normas.

⁴⁴ En el derecho, se encuentra también normas que parecen no tener contenido deóntico, como normas constitutivas o definitorias. Sin embargo, no es necesario cambiar el concepto de las normas para incluirlas. Son normas en cuanto existe la obligación de aplicar y seguirlas, o contribuyen a la determinación de la situación jurídica, así que forman partes de normas, que pueden ser consideradas también como normas.

⁴⁵ Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, *op. cit.*, p. 74.

Si se denota el contenido normativo por “p”, se presenta normas obligatorias por Op, normas prohibitivas por Fp y normas permisivas por Pp.

Una característica importante es que los operadores deónticos son interdefinibles.⁴⁶ Cualquier norma puede ser expresada usando la modalidad de obligación, prohibición o permiso con la ayuda de la negación (\neg). El enunciado de que p es obligatorio es equivalente a lo que es prohibido que no-p, y también equivalente a que no es permitido no-p. Relaciones análogas valen a partir de la prohibición y permiso. Las relaciones correspondientes son:

$$\begin{aligned}Op &\Leftrightarrow F\neg p \Leftrightarrow \neg P\neg p \\Fp &\Leftrightarrow O\neg p \Leftrightarrow \neg Pp \\Pp &\Leftrightarrow \neg F\neg p \Leftrightarrow \neg O\neg p.\end{aligned}$$

La interdefinibilidad de las modalidades deónticas es importante porque muestra que se puede presentar cualquier sistema normativo sobre la base de cualquier operador deóntico.⁴⁷ Por eso no hay motivo para limitar normas a obligaciones y prohibiciones⁴⁸ o entender permisos sólo como normas dependientes sin relevancia en sí mismo.⁴⁹ También existen normas permisivas.⁵⁰ Un tipo especial de permisiones son las libertades. La libertad (L) de actuar de cierta manera equivale a la permisión de la acción (Pp) junto con la permisión de omitirla ($P\neg p$):⁵¹

$$L := Pp \ \& \ P\neg p.$$

⁴⁶ Von Wright, Georg Henrik, “Deontic Logic” en *Mind*, vol. 60, 1951, pp. 1-15.

⁴⁷ Cfr. Von Wright, *Idem*.

⁴⁸ Así en particular la concepción de las normas como imperativos, cfr. Binder, *Rechtsnorm und Rechtspflicht*, op. cit., p. 18. También Raz, *The Concept of a Legal System*, op. cit., p. 170 y ss.

⁴⁹ Varios autores distinguen entre permisos fuertes, que resultan de una reglamentación, y débiles, que resultan de la ausencia de una reglamentación, y consideran como normas sólo permisos fuertes. Cfr. Opalek, Kazimierz y Wolenski, Jan, “On Strong and Weak Permissions” en *Rechtstheorie*, vol. 4, 1973, pp. 169-182; Raz, Joseph, *Practical Reason and Norms*. 3.ed. Clarendon, Oxford, 1999, p. 89; y Von Wright, *Norm and Action*, op. cit., p. 86.

⁵⁰ Cfr. también Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, op. cit.; idem, “Permissions and Permissive Norms” en W. Krawietz et al. (eds.), *Theorie der Normen*, Berlin 1984 (trad. “Permisos y normas permisivas” en Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 215-238.); Bulygin, Eugenio, “Sobre la equivalencia pragmática entre permiso y no prohibición” en Clérico, L. y Sieckmann, J. (eds.). *La teoría del derecho de Hans Kelsen. Universidad Externado de Colombia*, Bogotá, 2011, pp. 45-72.

⁵¹ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., 194.

B. *El contenido de la norma*

Con respecto al contenido de la norma que es objeto de la modalidad deóntica, se discute si consiste en la descripción de una acción o un tipo de acción⁵² o, en cambio, en una proposición.⁵³ La segunda opción parece preferible porque facilita el análisis lógico de las normas y está abierto acerca de la cuestión si el contenido normativo es una acción o no.⁵⁴

El contenido de la norma puede incluir también la determinación del destinatario o de la clase de destinatarios. Sin embargo, parece posible construir normas que no tienen destinatario explícito, sino que la determinación del destinatario forma parte de la aplicación de la norma.⁵⁵

C. *La estructura condicional*

Acerca de las condiciones de aplicación, parece difícil encontrar una norma general válida que no tenga tales condiciones. Un problema es, sin embargo, como representar las condiciones de aplicación. Según la concepción “puente”,⁵⁶ la estructura de la norma puede representarse como un condicional que tiene las condiciones de aplicación como antecedente y el núcleo normativo como consecuencia, por ejemplo:

$q \rightarrow Op.$

Una presentación alternativa es la concepción “insular”:⁵⁷

$O(q \rightarrow p).$

⁵² Así Von Wright, *Norm and Action*, *op. cit.*, p. 71: acciones o actividades. Sin embargo, considera también reglas ideales que no se refieren a lo que se debe hacer, sino a lo que debe ser (p. 14). *Cfr.* también Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, *op. cit.*, quienes, sin embargo, también consideran contenidos complejos que resultan de conjunciones o disyunciones. Así parece que tratan los contenidos normativos como proposiciones.

⁵³ *Cfr.* Harty, John F., *Agency and Deontic Logic*. Oxford University Press, Oxford-New York, 2001, pp. 3-4, que sostiene la necesidad de distinguir entre las dos versiones.

⁵⁴ Sin embargo, Harty, *Ibidem*, pp. 4, advierte que la interpretación como proposiciones tiene desventajas con respecto de lógica deóntica.

⁵⁵ *Cfr.* Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, 467.

⁵⁶ Alchourrón, Carlos E. “Detachment and Defeasibility in Deontic Logic” en *Studia Lógica*, vol. 57, 1996, pp. 5-18; *cf.* también Zuleta, *Normas y justificación. Una investigación lógica*, *op. cit.*, p. 99.

⁵⁷ *Cfr.* Zuleta, *Normas y justificación. Una investigación lógica*, p. 99.

Ambos tienen ventajas y desventajas. Parece que la concepción “puente” sólo es aplicable cuando la norma vale estricta o definitivamente, porque cuando aún existen argumentos en contra de la aplicación de esta norma, la conclusión Op no estaría justificada como inferencia deductiva. Para analizar las normas que pueden entrar en conflicto con otras normas parece más adecuado la concepción “insular”.

D. *Normas generales y particulares*

Las normas pueden tener carácter general o particular. Las normas generales establecen exigencias para todos los miembros de una clase de individuos. Por ejemplo: “Para todos los individuos está prohibido fumar en restaurantes.” Las normas particulares establecen normas para un individuo determinado. Por ejemplo: “‘a’ debe estar presente en el lugar de su trabajo.” La estructura de una norma particular puede ser representada como:

ORa.

La representación de las normas generales requiere el uso del cuantificador “Para todo x...”, que puede ser denotado como “(x)” o “ $\forall x$ ”. Las normas generales entonces se representan de la siguiente manera:

(x)(ORx).

Con la cuantificación es posible expresar también las normas existenciales, por ejemplo “Debe existir un x que realice p”. El cuantificador existencial puede representarse como “ $(\exists x)$ ”, una norma existencial como:

$(\exists x)(ORx)$.

Existe interdefinibilidad entre normas generales y existenciales de distintos modalidades deónticas. Una obligación general es equivalente a la negación de que alguien tiene permiso de cierta acción.

$(x)(ORx) \Leftrightarrow (\neg \exists x)(P-Rx)$.

Una permisión general es equivalente a la negación de que existe alguien para quien está obligatorio cierta acción.

$(x)(PRx) \Leftrightarrow (\neg \exists x)(O-Rx)$.

Más allá de la cuantificación sobre los destinatarios de las normas, parece interesante la cuantificación sobre las acciones. Así, se puede distinguir entre la permisión general y la permisión existencial de cierto tipo de acción. Por ejemplo: “Todas las acciones de expresión son permitidas” y “Algunas acciones de expresión son permitidas”. La permisión existencial equivale a la negación de la prohibición de cierto tipo de acto. La permisión en el sentido de que un tipo de acción no está prohibido significa que hay al menos una acción de este tipo que no está prohibida. En cambio, la permisión general no sólo dice que un tipo de acción no está prohibido, sino establece de manera positiva que todas las acciones de este tipo están permitidas. Esto parece adecuado como interpretación de los derechos fundamentales de libertad. Para expresar esta diferencia, es necesario cuantificar sobre las acciones. Sin embargo, esto es un tema que no puede ser profundizado aquí.⁵⁸

2. Estructuras complejas

Más allá de las normas elementales existen tipos de normas más complejas, que se refieren a normas elementales aunque sea discutible cuál es esta relación. Las discusiones más importantes se refieren a normas de competencias y a derechos subjetivos o individuales.

A. Normas de competencia

Las normas de competencia establecen que ciertos actores son capaces de determinar la situación normativa por su propia acción. Algunos ejemplos son la competencia de legislar, de emitir un acto administrativo, de pronunciar una sentencia, de celebrar un contrato o de hacer una promesa. En estos casos, la situación normativa está determinada (y puede ser cambiada) por el acto que se ejerce sobre la base de la competencia.

Las competencias no son meros permisos,⁵⁹ aunque en general una competencia está vinculada con una permisión débil o negativa en el sentido de que no está prohibido el ejercicio de la competencia. La capacidad de cambiar la situación jurídica por la realización de una acción prohibida

⁵⁸ Por algunas reflexiones sobre este tema *cfr.* Sieckmann, Jan, *El modelo de los principios del derecho*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, pp. 46-56.

⁵⁹ *Cfr.* también Bulygin, Eugenio, “On Norms of Competence” *Law and Philosophy*, vol. 11 1992, pp. 201-216; Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales, op. cit.*, pp. 202 y ss.; Ruiter, Dick W.P., *Institutionelle Rechtsstatsachen*. Nomos, Baden-Baden, 1995, p. 93 (orig. *Institutional Legal Facts*. Springer, New York, 1993); Spaak, Torben, *The Concept of Legal Competence. An Essay in Conceptual Analysis*. Ashgate, Dartmouth, 1994.

no se considera una competencia jurídica, por ejemplo, no implica el ejercicio de una competencia la comisión de un delito que obliga a la justicia a perseguir el delito. La calificación del acto como permitido, obligatorio o prohibido no parece relevante para el concepto de la competencia. Para delimitar el concepto de la competencia parece más plausible restringirlo a casos en que el cambio de la situación jurídica es el objetivo directo del acto, es decir, forma parte de su contenido.⁶⁰

En general, ejercer una competencia requiere una acción intencional dirigida a determinar la situación normativa de cierta manera. Así, la estructura de una norma de competencia es:

Si alguien (x) bajo ciertas circunstancias (C) realiza (D) un acto y con la intención (INT) de establecer la situación normativa representada por la norma n, entonces n es válido.

$$(x)(y)(n)C(x,y,n) \& D(x,y) \& INT(y,VALn) \rightarrow VALn.$$

(Para todos actores x, acciones y y normas n vale: Si x, y y n cumplen con las condiciones C y x ejerce un acto y y y tiene la intención de establecer la validez de n, entonces n es válida.)

Entonces, las normas de competencia conectan normas en sentido semántico con la dimensión de validez a través de actos intencionales.⁶¹ Otorgan el poder de determinar intencionalmente la situación normativa a ciertos actores. Alguien tiene la competencia para tal determinación cuando cumple las condiciones establecidas en la norma de competencia, que pueden referirse, por un lado, a propiedades del actor y, por otro lado, a propiedades del acto o de la situación. Cuando el actor cumple con las condiciones personales, tiene una competencia en sentido abstracto. Cuando todas las condiciones están dadas, tiene la competencia para cierto acto normativo en concreto.

B. *Derechos subjetivos o individuales*

Los derechos establecen relaciones entre normas, los sujetos titulares del derecho y los sujetos obligados por las normas. Los derechos son asignados a ciertas personas. En este sentido, se trata de derechos subjetivos.

⁶⁰ Con todo, la competencia no presenta otra modalidad deóntica sino una estructura normativa específica que se refiere a modalidades deónticas, aunque ellas pueden quedar indeterminadas.

⁶¹ Cfr. Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, op. cit., p. 47.

La estructura de un derecho puede representarse como una relación

$R(a,b,N)$

(a tiene el derecho contra b para que b cumpla con N).⁶²

El derecho de a contra b acerca de N es equivalente con la obligación de b frente a a de cumplir con N:

$O(b,a,N)$.⁶³

Podría pensarse que los DERECHOS SUBJETIVOS son meramente reflejos de las normas que establecen OBLIGACIONES de ciertos destinatarios frente a ciertos beneficiarios.⁶⁴ El contenido de estas normas ya debe definir a los sujetos titulares y a los sujetos obligados. Los derechos subjetivos no agregan nada de contenido normativo sino sólo sirven para presentar el contenido del sistema jurídico desde otra perspectiva: la de los sujetos titulares de los derechos. Describen su posición jurídica, pero sólo existen según las normas jurídicas objetivas, es decir, las normas jurídicas descritas desde una perspectiva objetiva y no relacionada a una determinada persona. Sin embargo, puede diferenciarse entre normas y posiciones normativas. Al menos, se trata de distintas maneras de presentar el sistema jurídico.⁶⁵

Además, una interpretación más fuerte de los derechos subjetivos es posible. Aunque las normas deben definir los sujetos obligados y, si hay, beneficiarios, pueden existir otras relaciones más allá del contenido de las normas. Los sujetos obligados por los derechos subjetivos de una norma no son necesariamente idénticos con los destinatarios de la norma. Por ejemplo, el Estado puede tener la obligación de establecer y aplicar normas que reglamenten las relaciones entre vecinos de manera equilibrada, a su vez esas normas obligan a los vecinos, por ejemplo, a no realizar ruidos molestos. Así, los derechos subjetivos introducen otra dimensión en el sistema jurídico, más allá de las normas. Definen quién está obligado a establecer y a aplicar ciertas normas y quién puede exigir cumplimiento de las normas.

⁶² Cfr. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., 163 y ss., siguiendo Hohfeld, W.N., *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*. Yale University Press, New Haven, 1923.

⁶³ Acerca de la equivalencia entre derechos y obligaciones Kramer, Matthew H., "Rights without Trimmings" en Kramer, M., Simmonds, N.E. y Steiner, H., *A Debate over Rights*. Oxford University Press, Oxford, 1998, pp. 9, 31 y ss.

⁶⁴ Así Kelsen, *Reine Rechtslehre*, op. cit., p. 132 (*Teoría pura del derecho*, op. cit., p. 140).

⁶⁵ En este sentido Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., 155 y ss.

Como la aplicación de las normas es obligación no sólo, pero especialmente de la justicia, la concepción del derecho subjetivo como derecho a la aplicación de cierta norma implica que los derechos subjetivos son exigibles judicialmente. Esto corresponde a un entendimiento tradicional de los derechos subjetivos como derechos justiciables (“Ningún derecho sin recurso”). Cuando un derecho se refiere también a la obligación de establecer y mantener vigente ciertas normas, tiene carácter constitucional, porque vincula incluso al Legislador. No todos los derechos subjetivos tienen carácter constitucional, pero al menos se entiende por qué los derechos subjetivos son de gran importancia en el derecho constitucional. Cuando se desarrollan los derechos subjetivos sistemáticamente para hacerlos lo más fuerte posible, aparece su carácter constitucional. Así, la idea de los derechos subjetivos está directamente conectada con la de la CONSTITUCIÓN.

III. REGLAS Y PRINCIPIOS

La distinción entre reglas y principios es un tema de la teoría de las normas que destaca por su importancia teórica y práctica, porque tiene relevancia para el método de la aplicación de las normas jurídicas y para la estructura del sistema jurídico en total. La tesis es que reglas y principios son normas de distinta estructura. La idea de que el derecho incluye principios con características distintas de otras normas jurídicas es bien conocida desde hace mucho tiempo y fue sostenida - con diversas terminologías - por varios autores.⁶⁶ Sin embargo, su relevancia para los debates iusfilosóficos actuales resulta de la distinción entre reglas y principios propuesta por Ronald Dworkin.⁶⁷ Esta distinción formaba la base de su crítica al POSITIVISMO JURÍDICO de H.L.A. Hart y también está vinculada con la tesis de que los principios deben aplicarse a través del método de la ponderación,⁶⁸ que es

⁶⁶ Por ejemplo, Heller, Hermann, *Teoría del Estado*. Fondo de Cultura Económica, México, 1942, pp. 240-241; Esser, Josef, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. 3ed. Mohr, Tübingen, 1974; Larenz, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 5.ed. Berlin et al., Springer, 1983, pp. 456 y ss.

⁶⁷ Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1977, pp. 22 y ss. (véase, DERECHO COMO INTERPRETACIÓN)

⁶⁸ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 70 y ss. También Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, pp. 26 y ss. Aunque no usa el término “ponderar” o “balancear”, asigna a principios la “dimensión de peso o importancia”.

distinto del método jurídico tradicional de la subsunción y deducción.⁶⁹ La ponderación de principios tiene, a su vez, especial importancia en la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales y humanos, cuando se usa el principio de proporcionalidad como estándar para la resolución de conflictos entre derechos, principios u otros objetivos.⁷⁰ Esta línea de argumentación se encuentra en la jurisprudencia de varios Tribunales y Cortes Supremas,⁷¹ lo que le da alta importancia a la concepción de los principios y el método de la ponderación para el desarrollo de los sistemas de DERECHOS FUNDAMENTALES y DERECHOS HUMANOS. Sin embargo, existen profundas controversias acerca de la distinción entre reglas y principios.

Desde los primeros ataques de Dworkin al positivismo jurídico, las sugerencias de cómo establecer una distinción entre reglas y principios⁷² aún continúan siendo objeto de debates. Se cuestiona la validez de la distinción estricta entre principios y reglas,⁷³ y se pone en duda la racionalidad y legitimidad de la ponderación de principios,⁷⁴ en particular su aplicación en el control de constitucionalidad de las leyes⁷⁵ y en el ámbito de los derechos

⁶⁹ Alexy, Robert, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison” en *Ratio Juris*, vol. 16, 2003, pp. 433-449; Schauer, Frederick, “Ponderación, subsunción y el rol restringente del texto jurídico” en Beade, Gustavo y Clérico, Laura (eds.). *Desafíos a la ponderación*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp. 51-77; Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, op. cit., p. 18.

⁷⁰ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., 91 y ss.; Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad*. Eudeba, Buenos Aires, 2009; Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 2.ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

⁷¹ Sería un tema aparte constatar precisamente cuales Tribunales y Cortes usan el principio de proporcionalidad, pero es una tendencia al menos en Europa y Latinoamérica que se amplía el uso de este principio. Véase Beatty, David, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press. Oxford, 2004; Clérico, Laura, “Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: Capaldo/Sieckmann/Clérico, *Internacionalización del Derecho Constitucional; Constitucionalización del Derecho Internacional*. EUDEBA, Buenos Aires, 2012.

⁷² Véase Sieckmann, Jan, “Prinzipien, ideale Sollen und normative Argumente” en *ARSP*, vol. 97, 2011.

⁷³ Cf. Raz, Joseph, “Legal Principles and the Limits of Law” en *The Yale Law Journal*, vol. 81, 1972, pp. 823-854; Bayón, Juan C., *La normatividad del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 357 y ss.; Prieto Sanchís, Luis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, op. cit., pp. 32 y ss.; *Idem.*, *Constitucionalismo y Positivismo*. 2. ed., Distribuciones Fontamara, Mexico, 1999, p. 31; García Figueroa, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 131 y ss.; Marmor, Andrei, *Positive Law and Objective Values*, Clarendon, Oxford, 2001, pp. 83-84.

⁷⁴ Por ejemplo, Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*. Trotta, Madrid, 1998, pp. 326 y ss.

⁷⁵ *Idem.*, pp. 334 y ss.

humanos.⁷⁶ Además se defiende el positivismo jurídico, rechazando la distinción entre reglas y principios o al menos su relevancia para el tema de la relación entre derecho y moral. El cuadro se complica aún más porque el mismo Dworkin ha sostenido que su crítica del positivismo jurídico no depende de la distinción entre reglas y principios⁷⁷ y, además, ha criticado el método de la ponderación,⁷⁸ proponiendo un método de la interpretación constructiva en el que la concepción de principios no parece tener relevancia.⁷⁹ Así, cabe preguntarse si los desarrollos actuales de las teorías NO-POSITIVISTAS y de la teoría principialista de derechos fundamentales y humanos se fundamentan en un error.

1. *La tesis de Ronald Dworkin*

Ronald Dworkin sostenía la tesis de que los sistemas jurídicos contienen no sólo reglas, sino también principios con características lógicas distintas de las reglas, que el positivismo jurídico no puede acomodar.⁸⁰ Por ejemplo, es un principio jurídico que nadie debe aprovecharse de su propio fraude. Este principio fue usado para justificar que el asesino del testador no tiene derecho a su herencia, en contra de las leyes según las cuales el sería heredero. Según Dworkin, las reglas tienen estructura condicional y se aplican de modo “todo o nada”, siempre y cuando los supuestos de hecho estén dados, así que reglas en conflicto no pueden ser válidas al mismo tiempo. Los principios tienen otra estructura, pueden entrar en conflicto, tienen una dimensión de peso y se aplican en forma de la ponderación con principios en conflicto.⁸¹ Esta diferencia estructural se corresponde con otra respecto de la identificación o validez jurídica de las reglas y principios. Las reglas pueden identificarse a través de una regla de identificación (regla de

⁷⁶ Tsakyrakis, Stavros, “Proportionality: An Assault on Human Rights?” en *I-Con*, vol. 7 2009, p. 469.

⁷⁷ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, p. 71.

⁷⁸ Dworkin, Ronald, *Is Democracy Possible Here?* Princeton University Press, Princeton, 2006, p. 26. Refutando esta crítica Beade, Gustavo. “El carácter deontológico de la ponderación. Un análisis de las posiciones de Alexy y Dworkin en relación con el caso de la Ley de Seguridad Aérea alemana” en Beade, Gustavo y Clérico, Laura (eds.). *Desafíos a la ponderación*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp. 253-297, 275 y ss.

⁷⁹ Dworkin, Ronald, *Law's Empire*. Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1986; *Idem.*, *Justice in Robes*. Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2006. Véase además, DERECHO COMO INTERPRETACIÓN.

⁸⁰ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, pp. 22 y ss.

⁸¹ *Idem.*, pp. 24 y ss.

reconocimiento) que define los criterios de validez de un sistema jurídico y se establece a través de la práctica de los órganos jurídicos. Es decir, las reglas se identifican según criterios positivos. En cambio, para Dworkin los principios tienen validez por razones de moral política, y no son sólo identificables a través de criterios formales, como sugiere el positivismo jurídico.

La existencia de principios en el derecho más allá de las reglas positivas tiene consecuencias para la aplicación del derecho. En un sistema de reglas, o hay una regla que determina el caso, entonces el juez debe seguir esta regla, o no hay una regla con tal efecto, entonces no hay solución jurídica y el juez debe establecer una solución actuando como legislador. En un sistema que incluye principios la situación es diferente. Incluso en casos que se encuentran previstos por una regla, los jueces deben aplicar principios jurídicos y por eso deben buscar la solución correcta según estos principios. Así, según Dworkin, incluso en los casos difíciles hay derecho y la obligación del juez es de encontrarlo y aplicarlo. Pero este derecho no puede identificarse sólo según criterios positivistas de la validez jurídica sino refiriéndose a las razones de la moral política.

La tesis de Dworkin acerca de la existencia de principios en el derecho recibió muchas críticas. En las controversias sobre la tesis de la diferencia entre reglas y principios, parece útil, siguiendo a Alexy, distinguir tres posiciones:⁸²

- la tesis de la separación fuerte o estricta, que sostiene que existe una diferencia lógica, estructural o cualitativa entre las reglas y los principios;⁸³
- la tesis de la separación débil, de que existe una diferencia pero meramente gradual, por ejemplo, en el grado de generalidad;⁸⁴
- el rechazo de cualquier tesis de la separación entre reglas y principios.⁸⁵

⁸² Alexy, Robert, “Zum Begriff des Rechtsprinzips” en *Rechtstheorie*, Beih. 1, 1979, pp. 59 y ss.

⁸³ Es este sentido Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, op. cit., p. 206. No queda claro la posición de Ávila, Humberto Bergman, *Theorie der Rechtsprinzipien*. Duncker & Humblot, Berlin 2006, pp. 54, 59 y ss. Caracteriza principios como determinaciones de objetivos y reglas como normas directamente destinado a compartimiento, pero rechaza una distinción estricta.

⁸⁴ Alexy mismo ha usado este criterio en su “Teoría de la argumentación jurídica”. Pero no se debe confundir esta posición anterior con la que ha tomado en la discusión de reglas y principios y en sus trabajos posteriores. Una distinción gradual sugieren Raz, “Legal Principles and the Limits of Law”, op. cit., pp. 823-854; Bayón, *La normatividad del derecho*, op. cit., pp. 357 y ss.; Prieto Sanchís, Luis, *Sobre principios y normas*, op. cit., pp. 32 y ss.; *Idem. Constitucionalismo y Positivismo*, op. cit., p. 31; García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico*, op. cit., pp. 131 y ss.; Marmor *Positive law and objective values*, op. cit., pp. 83-84.

Cuál de estas tesis sea la correcta depende de la definición de reglas y principios. Sin embargo, tal definición y en particular el concepto de principio siguen siendo controvertidos, no sólo entre defensores y opositores de las diversas tesis de separación o no-separación, sino también entre los defensores de la teoría principialista, que sostienen la tesis de la separación fuerte.⁸⁶ Existen diversos usos del término “principio”, algunos de ellos directamente opuestos. Una interpretación clásica entiende los principios como fundamentos o axiomas que tienen validez absoluta e indiscutible.⁸⁷ En cambio, la interpretación de Dworkin que entiende los principios como argumentos en la ponderación asigna sólo una validez *prima facie* a los principios, mientras las reglas se caracterizan por su carácter de aplicación todo-o-nada. Otra división fundamental se refiere al uso normativo o descriptivo de los principios. Pueden entenderse como normas básicas de un sistema o como descripciones de estructuras o características generales. En el ámbito del uso normativo, los principios son calificados como normas de alto grado de generalidad, de indeterminación, o de importancia. Además, los principios son caracterizados por su vínculo con valores o con la corrección moral.⁸⁸

Más allá de estas diferencias, existe la posición que opone principios a normas,⁸⁹ lo que corresponde a una distinción común entre valores y nor-

⁸⁵ Günther, Klaus, *Der Sinn für Angemessenheit*. Suhrkamp, Frankfurt/M. 1988, p. 270; Steiff, Johannes, *Rechtsfindung im Umweltrecht. Nomos*, Baden-Baden 2006, pp. 137 y ss., con la tesis que existe meramente una diferencia en la aplicación, no en la estructura.

⁸⁶ Pueden compararse las diferentes concepciones en “Sobre la estructura de los principios jurídicos”. en *Idem.*, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 93 y ss.; Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho*. 3.ed. Ariel Derecho, Barcelona, 2005; Jansen, Nils, *Die Struktur der Gerechtigkeit*. Nomos, Baden-Baden, 1998; Sieckmann, *El modelo de los principios del derecho*, *op. cit.*, pp. 81 y ss.

⁸⁷ *Cfr.* Koch, Hans-Joachim. “Rechtsprinzipien im Bauplanungsrecht”. en Schilcher, B.; Koller, P., y Funk, B.-C. (eds.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Böhlau, Wien 2000, p. 245 y ss.

⁸⁸ Hart, H.L.A., “Postscript” en *Idem*, *The Concept of Law*. 2.ed. Clarendon Press. Oxford, 1994, p. 260: normas generales y vinculadas con valores.

⁸⁹ Por ejemplo, Prieto Sanchís, como muestra el título “Sobre principios y normas” (*Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992); Weinberger, Ota, “Revision des traditionellen Rechtsatzkonzepts”. en Schiller, B.; Koller, P. y Funk, B.-Ch., (eds.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Böhlau, Wien 2000, pp. 53-68. También en Dworkin, *Los derechos en serio* (Ariel, Barcelona, 1984) se traduce “model of rules” como “modelo de las normas”, así destruyendo el punto de Dworkin de que principios son otro tipo de normas, distinto de las reglas.

mas.⁹⁰ Sin embargo, esta posición vincula a las normas con cierto tipo de validez y no es compatible con una definición de las normas que es neutral respecto a varios tipos de validez.⁹¹ Por eso, los principios califican como normas.

Cabe destacar que el problema no es elucidar cuál sea el concepto “correcto” de los principios. El objetivo debe ser, más bien, elaborar una construcción conceptual teóricamente fértil que permita poner de relieve estructuras centrales del derecho. La caracterización de los principios como razones para los juicios de ponderación se presenta como la más fructífera en este sentido.⁹² Conforme a ella, los principios son normas que pueden entrar en colisión y que han de ponderarse entre sí; son argumentos a favor de juicios normativos y no, en cambio, normas que guíen directamente la conducta. Este enfoque lo introdujo Ronald Dworkin,⁹³ y sería precisado después por Robert Alexy mediante la definición de los principios como mandatos de optimización.⁹⁴

Frente a una distinción estricta entre reglas y principios se objeta, sin embargo, que no existe ninguna diferencia lógica –es decir, estructural – entre las reglas y los principios, sino a lo sumo una diferencia gradual.⁹⁵ No sólo los principios podrían ponderarse entre sí, sino también las reglas;⁹⁶ y prácticamente no existirían reglas que puedan ser aplicadas, como afirma Dworkin,⁹⁷ en forma de “todo-o-nada”. En fin, se duda que exista la categoría de principios y se sospecha que la teoría de los principios tenga objeto.⁹⁸

Con respecto de estas críticas cabe destacar, primero, que no es suficiente para rechazar la distinción entre reglas y principios usar alguna caracterización de reglas y principios, por ejemplo, según su grado de generalidad,

⁹⁰ Cfr., por ejemplo, Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, pp. 328-329. Véase la crítica a Habermas en Arango, R. "Concepciones deontológicas y teleológicas de los derechos fundamentales" en Clérico, L., Sieckmann, J., Oliver-Lalana, D., *Derechos fundamentales, principios y argumentación*, Granada: Comares, pp. 73-90.

⁹¹ Calificando principios como normas también Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 32 y ss.; Riechelmann, Frank, “Sind Grundrechte keine Normen?” en *Rechtstheorie*, vol. 37, 2006, pp. 381 y ss.; Schinkel, B., “Prinzipien, Regeln und Modelle: Eine Analyse des Kanons der zivilprozessualen Maximen” en *Rechtstheorie*, vol. 37, 2006, p. 414.

⁹² Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, *op. cit.*, p. 87.

⁹³ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, *op. cit.*, pp. 74 ss.

⁹⁴ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 67-68.

⁹⁵ Cfr. arriba n. 84.

⁹⁶ Así, por ejemplo, Peczenik, Aleksander, *On Law and Reason*. Klumer, Dordrecht, 1989, pp. 74 ss.

⁹⁷ Así también Alexy, “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, *op. cit.*

⁹⁸ Poscher, Ralf, “Insights, Errors and Self-Misconceptions of the Theory of Principles”. en *Ratio Juris*, vol. 22, 2009, pp. 425-454.

y demostrar que no se sigue de esta caracterización las propiedades que Dworkin u otros autores han atribuido a las reglas y principios. Así, por ejemplo, la crítica que establece que se puede ponderar igualmente reglas y no sólo principios erra al blanco puesto que los principios son definidos como razones que entran en la ponderación y las reglas como normas que se aplican de manera estricta y sin ponderación. El hecho de que existan otras posibilidades de caracterizar las reglas y los principios no constituye ninguna objeción frente a una definición que distingue reglas y principios según su capacidad de ser objeto de ponderaciones o no.

Para descartar la posibilidad de distinguir reglas y principios sería necesario refutar cada una de las tesis particulares u ofrecer un argumento teórico que establezca que no sea posible una distinción entre reglas y principios. Pero no hay tal argumento. Además, si fuese acertada la tesis que sostiene que no existe una diferencia lógica entre reglas y principios, lo que las críticas pondrían en cuestión no sería la teoría de los principios, sino más bien la asunción de que hay en el derecho reglas con carácter de aplicación todo-o-nada, es decir, normas definitivas. Se daría entonces la paradójica situación de que los teóricos del principialismo defendiesen los elementos “reglados” del derecho, o sea, la existencia de normas directamente aplicables mediante subsunción, mientras que quienes critican la tesis principialista deberían concebir el derecho según un modelo puro de principios y de ponderación. Ahora bien, ocurre que las reglas, entendidas como normas que guían directamente la conducta, constituyen un elemento esencial del derecho. Los órdenes jurídicos no pueden estar compuestos sólo de infinitas ponderaciones de principios, sino que tienen que fijar qué normas son definitivamente válidas y deben, por tanto, ser efectivamente aplicadas y observadas.⁹⁹ Y si el derecho no puede concebirse como un sistema integrado tan sólo por reglas con el carácter de todo-o-nada, tiene que existir entonces alguna distinción entre reglas y principios, y los sistemas jurídicos se han de estructurar con arreglo a tal distinción. De ahí que una teoría del derecho y en particular de los derechos fundamentales no pueda renunciar a la distinción entre los principios, en el sentido de argumentos para la ponderación, y las reglas, en el sentido de normas definitivas. Lo que falta por resolver es cómo establecer esta distinción.

⁹⁹ Esto parece tan evidente que cabría incluso hablar de un modelo principialista del derecho, y no de un modelo de reglas/principios, reservando esta última denominación para aquellos modelos que admiten reglas no justificadas mediante principios o ponderaciones de principios; *cfr.* Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, *op. cit.*, p. 254.

2. Alexy: Principios como mandatos de optimización

Una de las concepciones más influyentes en la discusión actual sobre reglas y principios es la definición de los principios como mandatos de optimización propuesta por Alexy. La distinción entre reglas y principios es un elemento principal en la teoría de Robert Alexy, en particular, pero no sólo, en su teoría de los derechos fundamentales.¹⁰⁰ Alexy defiende la tesis de la separación fuerte. Además sostiene que cada norma o es un principio o una regla. Según la definición inicial alexiana, los principios son mandatos de optimización, esto es, normas que ordenan cumplir o realizar algo en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas.¹⁰¹ En cambio, las reglas contienen determinaciones en al ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible.¹⁰²

Así explica la diferencia en el “compartimiento” de las reglas y los principios en el caso de conflicto o colisión. El conflicto entre reglas se resuelve declarando una de las reglas inválida o introduciendo una excepción a la regla, mientras una colisión de principios se resuelve a través de una ponderación, la cual establece una relación de prioridad condicionada entre los principios en conflicto en el caso concreto. Pero los principios colisionantes valen a la vez a pesar de la colisión,¹⁰³ y su validez como principio no está afectada por la determinación de la relación de prioridad condicionada.

La definición de los principios como mandatos de optimización, sin embargo, suscita diversos problemas. Ante todo, hay que señalar que los mandatos de optimización no son susceptibles de ponderación.¹⁰⁴ Al hacerse depender de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes, su contenido queda debilitado hasta tal punto que no puede producirse ninguna colisión con otros mandatos de optimización.¹⁰⁵ De ahí que los mandatos de opti-

¹⁰⁰ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit. Pero cfr. también el “argumento de los principios” para la conexión necesaria entre derecho y moral en Alexy, *Concepto y validez del derecho*, op. cit..

¹⁰¹ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 67-68.

¹⁰² *Idem.*, p. 68.

¹⁰³ Cfr. “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, op. cit. y *Idem.* “Rechtsregeln und Rechtsprinzipien”. en *ARSP*, Beih. 25, 1985, p.18.

¹⁰⁴ Aarnio, Aulis, “Las reglas en serio”. en Aarnio, A., Garzón, E. y Uusitalo, J. (comps.). *La normatividad del derecho*. Gedisa, Barcelona, 1997, p. 27; Buchwald, Delf, *Der Begriff der rationalen juristischen Begründung*. Nomos, Baden-Baden, 1990, 160 ss.; Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, op. cit., p. 65.

¹⁰⁵ Así y todo, sería posible determinar el ámbito de aplicación definitivo de un mandato de optimización ponderándolo con las normas con las que entra en colisión. En determinados supuestos, lo que estaría ordenado entonces sería no optimizar. Pero, al justificar esta restricción, habría asimismo que tomar en cuenta el mandato de optimización que se limita,

mización hayan siempre de ser satisfechos por completo. Tienen el carácter de reglas de segundo nivel.

Para dar cuenta de esto, Alexy ha modificado su definición de los principios, y distingue ahora entre los mandatos de optimización, por un lado, y los principios como normas que deben optimizarse, por otro.¹⁰⁶ No obstante, esta modificación conduce a otro problema. En cuanto normas que deben optimizarse, los principios son los objetos de las ponderaciones, pero como tales no tienen ninguna estructura lógica específica.¹⁰⁷ Se puede tratar de normas de mandato, de normas de permiso, de competencias, o de otros tipos de normas. Pero entonces ya no es posible mantener una tesis estricta de separación que afirme la existencia de una diferencia lógica entre las reglas y los principios. Y sin embargo, esta tesis era una pieza clave en la teoría de los principios de Alexy.

Un problema fundamental es que la concepción de los principios como normas que deben optimizarse no puede explicar la función de los principios como razones en la ponderación. La idea de la ponderación de principios en colisión no toma los principios como meros objetos de ponderación, sino como argumentos a favor de resultados de ponderación determinados pero mutuamente incompatibles. Así, en el conflicto entre la libertad de expresión y la protección del honor, aquella sirve como argumento para justificar que se deban permitir ciertas manifestaciones aunque lesionen el honor, mientras que el principio de protección del honor es un argumento a favor de que tales manifestaciones no deban permitirse. Si los principios se conciben únicamente como los objetos de la ponderación, no es posible averiguar qué función argumentativa tienen en ella. Como mucho, cabría formular posibles resultados de la ponderación. Pero la justificación de la ponderación tendría lugar sin ellos, de modo que podría renunciarse a esta concepción de los principios sin perder nada. En resumen, la concepción alexiana de los principios como mandatos de optimización no logra dar cuenta de la función de los principios como razones para los juicios de ponderación.

con lo que éste siempre permanecería aplicable. No es por ello correcto que los principios – por ejemplo los principios formales que amparan la libertad de configuración normativa del legislador– puedan justificar una excepción al mandato iusfundamental de optimización, frente a lo que sostiene Scherzberg, Arno, *Grundrechtsschutz und “Eingriffsintensität”*. Dunker & Humblot, Berlin, 1989, 175.

¹⁰⁶ Alexy, Robert, “On the Structure of Legal Principles”. en *Ratio Juris*, vol. 13, 2000, p. 304.

¹⁰⁷ Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, op. cit., p. 87.

3. *Alternativas*

Existen otros enfoques sobre la definición de los principios. En particular, se defienden concepciones de los principios como normas *prima facie*,¹⁰⁸ como normas *pro tanto*,¹⁰⁹ o como normas abiertas, indeterminadas o incompletas.¹¹⁰ Sin embargo, todos estos enfoques adolecen de un defecto similar: debilitan el contenido o el tipo de validez de los principios hasta tal punto que la norma resultante ya no tiene la función de una razón para una decisión ponderativa. Lo mismo vale para las concepciones que, en vez del contenido o tipo de validez, modifican la relación de inferencia entre supuestos de hecho y consecuencia jurídica como derrotable, usando una lógica no-monótona,¹¹¹ que en realidad sólo presentan otro manera de construir normas *prima facie*. Ninguna de estas concepciones puede explicar cómo han de entenderse los principios en colisión como razones para una determinada solución justamente en la situación de colisión.

Normas prima facie o derrotables

Una norma *prima facie* puede formularse, por ejemplo, de este modo:

En casos normales, también las manifestaciones de opinión que lesionan el honor están permitidas.

O también así:

Según los argumentos disponibles hasta ahora, también las manifestaciones de opinión que lesionan el honor están permitidas.

¹⁰⁸ Peczenik, *On Law and Reason*, *op. cit.*, pp. 74 y ss.; también Alexy, “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, *op. cit.* con la tesis de que el diferente carácter *prima facie* de las reglas y de los principios se corresponde con una diferencia en lo que unas y otros determinan con respecto a las normas en colisión (*Festsetzungsgehalt*).

¹⁰⁹ Jansen, *Die Struktur der Gerechtigkeit*, p. 101, siguiendo a Hurley, Susa, *Natural Reasons*. Oxford University Press, Oxford, 1989, 261. También Alexy, Robert, “Deber ideal”. en Clérico, L. y Sieckmann, J. y Oliver Lalana, D.(eds.). *Derechos fundamentales, principios y argumentación*. Comares, Granada, 2011, pp. 15-35, 18.

¹¹⁰ Atienza y Ruiz Manero, *Las piezas del derecho*, p. 30 (respecto de los principios en sentido estricto: configuración del caso abierta), p. 33 (respecto de directrices o normas programáticas: configuración del caso y del modelo del conducta prescrito son abiertas). También Buchwald, Delf, *Prinzipien des Rechtsstaats*. Shaker, Aachen, 1996, p. 70 y ss.

¹¹¹ Ver Sieckmann, Jan, “Why non-monotonic logic is inadequate to represent balancing arguments”. en *Artificial Intelligence and Law*, vol. 11, 2003, pp. 211-219.

La distinción de dos variantes se desprende de caracterizaciones diferentes de la propiedad de *prima facie*, que cabría denominar, respectivamente, probabilística y procedimental. La primera atiende al nivel de aplicación efectiva de una norma en relación con su ámbito de aplicación posible.¹¹² La segunda ve el rasgo de *prima facie* en el carácter incompleto de la justificación, que todavía no ha tomado en consideración todos los puntos de vista relevantes.¹¹³

Ninguna de ambas normas sirve como argumento para una decisión ponderativa, porque el enunciado sobre lo que es válido en casos normales, o según el estado actual de la argumentación, no entraña ninguna proposición acerca de cómo haya de decidirse en el caso de una colisión con principios contrapuestos.

Una versión particular de la concepción de normas *prima facie* es la de la derrotabilidad de las normas. Aunque queda ambiguo qué se entiende por derrotabilidad,¹¹⁴ una interpretación importante es la que se refiere a una lógica no-monotónica. En esta lógica, no vale la ley de la agregación en el antecedente de un condicional,¹¹⁵ nueva información puede invalidar premisas que habían sido aceptadas como verdaderas. Sin embargo, la derrotabilidad de una norma no puede explicar la función de los principios como argumentos en la ponderación. Pues en la ponderación aparece nueva información en la forma de argumentos en conflicto, y con esto la norma derrotable ya no tiene relevancia para fundamentar una solución del conflicto normativo.¹¹⁶

A. Normas *pro tanto*

Para evitar algunas ambigüedades del término "*prima facie*", se puede hablar de normas *pro tanto*. Así se limita la perspectiva a sólo una norma, dejando de lado otras normas que podrían ser relevantes. En el ejemplo de

¹¹² Así, por ejemplo, Nortmann, Ulrich, *Deontische Logik ohne Paradoxien*. philosophia Verlag, München, 1989, p. 33 y ss.

¹¹³ Así, por ejemplo, Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, p. 270.

¹¹⁴ Véase Rodríguez, Jorge y Sucar, Germán, "Trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho. en Bayon, Juan Carlos y Rodríguez, Jorge *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*, *op. cit.*, pp. 115-118; Hage, *Studies in Legal Logic*, pp. 8-15.

¹¹⁵ Si $p \rightarrow r$ entonces $p \& q \rightarrow r$.

¹¹⁶ Sieckmann, Jan, "Why non-monotonic logic is inadequate to represent balancing arguments", *op. cit.*.

la libertad de expresión, el contenido de una norma *pro tanto* puede formularse como sigue:

Siguiendo el principio de libertad de expresión, las manifestaciones de opinión que lesionan el honor están permitidas.

Puede que esto sea correcto, pero en una ponderación no basta con atender al contenido de sólo uno de los principios en colisión. Pues de la sola norma *pro tanto* no se deriva ninguna suerte de implicación o exigencia respecto de la decisión ponderativa que haya de tomarse en caso de colisión.

B. *Normas incompletas*

La concepción de los principios como normas incompletas los caracterizan como normas con supuestos de hechos incompletos y abiertos que contienen únicamente condiciones de aplicación necesarias pero no suficientes. Atienza y Ruiz Manero además distinguen normas con supuestos de hechos incompletos y normas en las cuales la caracterización de las consecuencias está incompleta.¹¹⁷

Un ejemplo de una norma con supuesto de hecho incompleto es

Las manifestaciones de opinión están permitidas.

Ciertamente, es correcto que los principios no contienen las excepciones que puedan establecerse en razón de una ponderación con principios contrapuestos, y en esa medida no contienen un supuesto de hecho completo que permita extraer una consecuencia jurídica definitiva. Ahora bien, que un supuesto de hecho sea incompleto no dice nada acerca de cómo pueden las normas tener la función de razones para una decisión ponderativa.

Lo mismo vale en el caso que el consecuente de la normas esté definido de manera abierta, así que no quede determinado cuando se encuentra cumplida la norma. En fin, ninguno de estos enfoques resulta adecuado para mostrar la estructura lógica de las razones que sustentan las decisiones ponderativas.

4. *Los principios como argumentos normativos*

Persiste entonces el problema acerca de cómo entender y construir los principios. La idea central es que forman argumentos para ponderar. Pue-

¹¹⁷ Atienza y Ruiz Manero, *Las piezas del derecho*, op. cit., p. 30, 33.

den entrar en conflicto y justo aparecen como argumentos a favor de una solución determinada en la situación de conflicto con otros principios. No sólo no pierden su validez cuando entran en conflicto,¹¹⁸ sino que tampoco pierden su relevancia y fuerza para resolver el caso concreto. Pero, ¿cómo se puede aceptar que se debe hacer algo y al mismo tiempo que se debe hacer otra cosa que es incompatible con la primera?

La concepción de los principios como “argumentos normativos” asume que los principios no sólo son los objetos de las ponderaciones, sino que constituyen razones para los juicios ponderativos. Según esta idea, los principios son normas que se utilizan como argumentos a favor de juicios de ponderación. Su estructura lógica es la de mandatos de validez reiterados.¹¹⁹

Para explicar esto, se ha de considerar primeramente la estructura de las ponderaciones. Por ejemplo, en el conflicto de la libertad de expresión con el derecho al honor en el caso de una comunicación ofensiva, el principio de libertad de expresión representa un argumento a favor de cierto resultado de la ponderación: la permisión de realizar determinadas manifestaciones que lesionan el honor. Exige que se reconozca esta permisión como definitivamente válida. En cambio, el derecho de honor exige que se reconozca una prohibición de tal manifestación como definitivamente válida. En este punto queda por aclarar algo que nos remite a dos concepciones básicamente distintas de la justificación o fundamentación de normas. Podría decirse que la libertad de expresión constituye un argumento que permite sostener que determinada manifestación *está* permitida, o bien que determinada manifestación *debe estar* permitida. En cambio, desde la perspectiva del derecho de honor podría decirse que determinada manifestación *está* prohibida, o bien que *debe estar* prohibida.

Consideremos el lado de la libertad de expresión. La primera formulación implica que existe la permisión correspondiente, es decir, que existe una permisión jurídicamente válida (o con validez moral u otra forma de validez normativa). Los juicios de ponderación son concebidos, en este supuesto, como juicios epistémicos o cognitivos, de modo que el resultado de la ponderación existe con independencia del juicio de ponderación. El argumento pretende reflejar una situación jurídica dada, y el juicio de ponderación representa el descubrimiento de la misma.

¹¹⁸ Esto puede explicar también las concepciones de normas *prima facie* o derrotables.

¹¹⁹ Al respecto, con más detalle, Sieckmann, Jan, “Principles as Normative Arguments”. *Rechtstheorie*, Beiheft 21, 2005, p. 197 ss.; *Idem*. *El modelo de los principios del derecho*, *op. cit.*, pp. 59 ss. y 81 ss.

Ahora bien, esta concepción resulta problemática, porque de acuerdo con ella el proceso de ponderación cobra un carácter puramente heurístico, y se convierte en un proceso de deliberación en el que el juicio correcto que corresponde a la situación jurídica dada se llega sopesando los distintos argumentos. Sin embargo, para que ese proceso pueda funcionar, debería haber criterios que permitiesen hallar el resultado correcto; y si tales criterios existen, ponderar razones y contra-razones para justificar la decisión resulta superfluo.

Esta crítica conduce a la segunda posición, esto es, a la interpretación de las razones de la ponderación como exigencias o pretensiones de que debe aceptarse un determinado resultado de la ponderación y, por tanto, de que una determinada norma debe ser válida definitivamente. Y así, el argumento de la libertad de expresión se entiende como la pretensión de que las manifestaciones de opinión deben estar permitidas, incluso aun cuando lesionen el honor, y no como la afirmación de que tal permisión es válida. El problema de la argumentación normativa es el procesamiento racional de pretensiones de este tipo en busca de normas objetivamente válidas. Esto podría calificarse como un racionalismo no cognitivista. La argumentación normativa, según esta concepción, consiste en aplicar exigencias de racionalidad a pretensiones normativas que no están justificadas cognitivamente, sino que se determinan de manera autónoma.¹²⁰ Estas pretensiones justifican los argumentos normativos en la medida en que satisfagan las condiciones de la argumentación racional y, en especial, en la medida en que sean generalizables (en el sentido de que cualquier sujeto racional podría aceptarlas). Su ponderación constituye el núcleo de la argumentación autónoma.

Puesto que demandan la validez de una norma, los argumentos normativos tienen la estructura de mandatos de validez. En el caso de la libertad de expresión, por lo tanto, tales argumentos dicen:

Debe ser definitivamente válido que todas las manifestaciones de opinión estén permitidas.

O también:

Toda manifestación de opinión debe estar permitida.

Con ello, sin embargo, todavía no queda resuelto el problema de la estructura de los principios como razones para las ponderaciones. Y es que

¹²⁰ Véase al respecto Sieckmann, *El modelo de los principios del derecho*, op. cit., pp. 115 y ss.

no está claro qué tipo de validez tenga el “deber ser” contenido en tales mandatos de validez. Alguna forma de validez ha de poseer para ser relevante como argumento, pero no puede ser válido definitivamente, pues los principios que entren en colisión con ese “deber ser” pueden igualmente pretender validez, lo cual estaría excluido en el caso de un mandato de validez definitivo.

La solución a este problema consiste en la iteración de los mandatos de validez. Según esta idea, un argumento normativo que se usa como razón para una decisión ponderativa consiste en una estructura infinita de mandatos de validez, donde la validez de cada uno de estos mandatos viene exigida por un mandato de validez de nivel superior. Han de existir, pues, mandatos de validez de orden superior, tales como

Debe ser definitivamente válido que debe ser definitivamente válido que todas las manifestaciones de opinión están permitidas.

Debe ser definitivamente válido que debe ser definitivamente válido que debe ser definitivamente válido que todas las manifestaciones de opinión están permitidas.

Las estructuras de este tipo no son tan extrañas como pueda parecer a primera vista. Los argumentos sobre intereses muestran esta estructura. Si se asume que la validez de una norma es útil para la consecución de un interés, un argumento a favor de la libertad de expresión basado en intereses contiene los siguientes elementos:

(1) El interés en la libertad de las manifestaciones de opinión justifica la pretensión de que la libertad de las manifestaciones de opinión debe ser válida definitivamente.

Si existe un interés en la libertad de las manifestaciones de opinión, entonces la libertad de las manifestaciones de opinión debe ser válida definitivamente.

(2) Asumiendo que la validez definitiva de la libertad de las manifestaciones de opinión sirve al interés en la libertad de opinión, vale también:

Si existe un interés en la libertad de las manifestaciones de opinión, entonces existe también un interés en la validez definitiva de la libertad de las manifestaciones de opinión.

(3) Este interés de segundo nivel justifica, a su vez, la pretensión de que un mandato como éste debe ser válido:

Si existe un interés en la validez definitiva de la libertad de las manifestaciones de opinión, entonces un mandato de validez definitiva de la libertad de las manifestaciones de opinión debe ser válido definitivamente.

Esta argumentación puede continuarse tanto como uno quiera. Los argumentos basados en intereses, por tanto, implican una estructura de mandatos de validez reiterables indefinidamente.¹²¹

En una moral autónoma ha de asumirse, además, que las exigencias basadas en intereses son legítimas. Y dado que, en una moral autónoma, la justificación de normas tiene que recurrir en último término al consentimiento de los sujetos autónomos, los intereses individuales no pueden rechazarse en general como irrelevantes. Se debe admitir que corresponde a los sujetos autónomos presentar sus intereses en forma de exigencias normativas. Tales exigencias deben ser tomadas en consideración como argumentos normativos por parte de otros sujetos autónomos. Esto es, no pueden pretender validez estricta o definitiva, sino que han de ponderarse con otros argumentos normativos relevantes.

Esta concepción de los argumentos normativos muestra que los principios poseen una estructura lógica específica en cuanto razones para las ponderaciones. Los principios son argumentos normativos.

En contra de esta concepción, con todo, se han elevado varias objeciones. Así, Alexy piensa que con ella no se puede explicar el tipo de validez que poseen los principios; y para mostrarlo, interpreta la idea de los mandatos de validez reiterativos como una “oscilación” entre las normas en sentido puramente semántico y las proposiciones normativas. Las primeras no elevan ninguna pretensión de validez, por lo que serían “demasiado poco” para valer como razones de la ponderación; y las segundas pretenden la validez definitiva de una norma, con lo que resultarían “demasiado” para valer como razones de la ponderación. De tal suerte, ese oscilar entre normas en sentido puramente semántico y proposiciones normativas no podría dar cuenta del carácter de razones de la ponderación.¹²² Alexy expone todo esto con una claridad extraordinaria, sólo que incurre en la falacia del hombre de paja. El enfoque que él denomina “tesis de la oscilación” considera, en cada uno de los casos, normas de un nivel determinado y, por tanto, estructuras finitas. Y en efecto, de la consideración infinita de estructuras finitas no se derivan las propiedades de una estructura infinita. Todo

¹²¹ Conviene notar que los argumentos autoritativos o tradicionales no permiten esta justificación.

¹²² Alexy, Robert, “Sobre la estructura de los principios jurídicos”, *op. cit.*, p. 105 ss.

esto no tiene nada que ver con la concepción de los mandatos de validez reiterativos.

Hay algunas objeciones más, pero están basadas en malentendidos o resultan demasiado vagas como para que puedan poner en cuestión la concepción defendida aquí.¹²³ En conclusión, pues, interesa retener que existe una distinción lógica entre los principios y las reglas: los principios son argumentos normativos con la estructura de mandatos de validez reiterativos, y las reglas son el contenido de aserciones normativas de la validez definitiva de normas.¹²⁴

Interesa destacar que la separación entre principios y normas definitivas puede mantenerse, definiendo los principios como argumentos normativos que constituyen, al mismo tiempo, razones y objetos de los juicios de ponderación.¹²⁵

5. Principios y el positivismo jurídico

A. La crítica de Dworkin

La tesis de Dworkin era que el positivismo jurídico no puede dar cuenta de la existencia de principios en el sistema jurídico. Será imposible identificar los principios con un *test* formal de su proveniencia (*test of pedigree*), como lo representa la “regla de identificación” (*rule of recognition*) sugerido por Hart como último criterio de la validez jurídica, porque los principios valen por

¹²³ Sobre este punto, véase Sieckmann, “Principles as Normative Arguments”, *op. cit.*, p. 206 ss.

¹²⁴ Así y todo, el concepto de los principios no debe circunscribirse al de las razones para ponderaciones. Las normas con validez estricta pueden calificarse asimismo como principios cuando poseen carácter fundamental. También el modelo de principios contiene este tipo de normas estrictamente válidas, por ejemplo el deber de respetar la autonomía individual, o el mandato de optimización de los principios en colisión. Parece plausible, por tanto, caracterizar los principios por su carácter fundamental. Esto significa que para ellos no resulta necesaria ninguna justificación adicional, es decir, que poseen validez intrínseca y, en este sentido, constituyen el punto de partida de la argumentación, ya sea una argumentación en forma de ponderación o de otro tipo. En cambio, la estructura lógica de las razones para las ponderaciones se expresa mediante la distinción entre argumentos normativos y proposiciones normativas.

¹²⁵ Sin embargo, la distinción lógica de principios como argumentos normativos y reglas como normas definitivas no muestra que la distinción es completa, es decir, que cada norma o es principio o regla. Pueden existir normas con estructuras que no entran en la distinción de principios y reglas esbozada. *Cfr.* Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, *op. cit.*, pp. 74, 86-87.

razones de la moral política.¹²⁶ Como adelantamos, luego Dworkin advirtió que su crítica al positivismo jurídico no dependía de la distinción lógica entre reglas y principios.¹²⁷ Además, Dworkin destacó que no sostiene que para identificar a los principios jurídicos sea necesario una regla de identificación más compleja, sino que se debe rechazar la idea de que el sistema jurídico consista de reglas y principios que se identifican según determinados criterios.¹²⁸ En esta línea de argumentación, Alexy ha formulado el “argumento de los principios”, que sostiene que las ponderaciones, que la aplicación de los principios requiere, están en cierto grado abiertas en sus resultados y así abren el derecho para el discurso racional práctico.¹²⁹

La tesis ANTI-POSITIVISTA de Dworkin ha generado una multitud de respuestas.¹³⁰ La defensa del POSITIVISMO JURÍDICO tomaba en general dos líneas: el positivismo duro o “excluyente” sostiene que el derecho sólo puede ser identificado por criterios empírico-analíticos, pero nunca según criterios de la moral política. El positivismo blando o “incluyente” admite que el derecho positivo mismo puede establecer la corrección moral como un criterio de validez jurídica, así incorporando principios de la moral política en el derecho.¹³¹

B. Positivismos excluyente e incluyente

El positivismo “excluyente” se caracteriza por la tesis de que la corrección moral nunca puede ser un criterio de validez jurídica.¹³² Por otro lado, el positivismo “incluyente” sostiene que incluso en sistemas jurídicos modernos del tipo anglo-americano que incorporan principios de la moral política en el derecho, es adecuado el positivismo jurídico, porque la relevancia de

¹²⁶ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, op. cit., p. 68.

¹²⁷ *Idem*, p. 72.

¹²⁸ *Idem*, p. 76. También Dworkin, *Ronald, Justice in Robes*. Harvard University Press, Cambridge (Mass.)/London, 2006, p. 2.

¹²⁹ Alexy, Robert, *Concepto y validez del derecho*. 2.ed. (Trad. Jorge M. Seña) Gedisa, Barcelona, 1997, cap. 2, III. 4.3.

¹³⁰ *Cfr.*, por ejemplo, las contribuciones en Ripstein, A. (ed.). *Dworkin*. Cambridge, Cambridge University Press, 2007; Burley, J. (ed.). *Dworkin and his Critics*. Oxford, Blackwell, 2004; Cohen, M. (ed.). *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*. Duckworth, London, 1983, y las respuestas de Dworkin en *Taking Rights Seriously*, op. cit.

¹³¹ *Cfr.* Waluchow, Wilfrid J., *Inclusive Legal Positivism*. Clarendon, Oxford, 1994. Véase, POSITIVISMO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO.

¹³² Especialmente Raz, Joseph, *The Authority of Law*. Clarendon, Oxford, 1979. Terminología de Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, op. cit. En sustancia, la distinción ya se encuentra en Coleman, Jules, “Negative and Positive Positivism” en Cohen, M. (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, London, pp. 28-48.

la corrección moral para la validez jurídica resulta de que el derecho positivo mismo incluye este criterio.¹³³

El problema del positivismo excluyente es que presenta una concepción muy limitada del derecho, que no corresponde a lo que se entiende por derecho al menos en sistemas jurídicos desarrollados y en particular en sistemas del tipo democrático-constitucional que incluyen derechos fundamentales. En estos sistemas, se acepta como principios jurídicos o constitucionales normas que parecen necesarias o justificadas por razones de la moral política, como los principios de libertad, igualdad, democracia, y sus interpretaciones. Desde una perspectiva teórica, es posible negar este hecho y definir el contenido del derecho según otros criterios, es decir, criterios meramente empírico-analíticos. Pero así se presenta una concepción del derecho que no corresponde al derecho positivo, sino que más bien atribuye al derecho un contenido contrario a lo que el derecho de hecho sostiene. Esto es meramente un ejercicio teórico sin relevancia para la práctica jurídica o, cuando se reclama que la práctica jurídica debe seguir esta concepción, resulta ser una posición normativa y no-positivista del derecho.

El problema del positivismo incluyente es que, aunque puede dar cuenta de los principios de la moral política en el derecho, no representa de manera adecuada las razones de por qué se aceptan estos principios como jurídicamente válidos. Estas razones se refieren sólo en parte a criterios formales. La razón para reconocer determinados principios de la política moral como jurídicamente válidos no es el hecho de que hay apoyo formal para estos principios en textos autoritativos, sino es el hecho de que estos principios parecen correctos y necesarios en cualquier sistema jurídico que pueda reclamar legitimidad. Reconocer estos principios como jurídicamente válidos significa reconocer su validez con independencia de su reconocimiento formal por el derecho positivo. Así, el derecho positivo toma una posición no-positivista. Además, aunque fuera así que todos los principios morales que se encuentran en el derecho estuvieran incorporados por el derecho positivo mismo, después que logren validez jurídica el derecho positivo ya no podría disponer sobre su validez.¹³⁴ Cualquier modificación requiere una justificación frente a estos principios, que debe ser una justifi-

¹³³ Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, *op. cit.*

¹³⁴ Se puede explicar este fenómeno con la estructura de principios como reiterados requerimientos de validez. Cualquier acto que trata de cancelar o modificar un principio enfrenta la exigencia de reconocer la validez del principio que está incluida en el principio mismo. Desde la perspectiva del principio, su validez no depende de un acto positivo, sino está fundada en el principio mismo.

cación normativa o moral. Así, el positivismo pierde su relevancia para el derecho positivo. Y, como en el caso del positivismo excluyente, una concepción que mantiene que la validez jurídica depende de criterios positivos no corresponde al derecho positivo, sino que presenta una posición teórica que determina el contenido del derecho según otros criterios diferentes a los que usa el derecho positivo. Así, también el positivismo incluyente resulta ser una posición no positivista.

El hecho de que el positivismo excluyente como el positivismo incluyente en realidad no sean posiciones positivistas (que definen lo que es el derecho sólo por criterios formales, es decir, empírico-analíticos), sino que son posiciones normativas acerca de la definición correcta del contenido del derecho, no descarta la posibilidad de que sean correctas como teorías normativas acerca del concepto del derecho. Pero si esto es así, deben competir con otras teorías normativas, que admiten o incluso reclaman como necesario una vinculación de la validez jurídica con criterios de la corrección moral. Aunque es posible que el resultado de esta argumentación sea una posición positivista, esto parece poco plausible. Se deben ofrecer argumentos acerca de por qué el contenido del derecho debería ser definido sólo según criterios positivistas. Estos argumentos podrían ser argumentos de la seguridad jurídica o de la autoridad del legislador. Pero tales argumentos se refieren de nuevo a principios que, desde la perspectiva de la teoría de los principios del derecho, califican como principios jurídicos. Y como la validez de estos principios no se deriva sólo del derecho positivo, una posición “positivista” que invoca tales argumentos resulta incoherente: Debe sostener que la teoría del derecho puede usar criterios normativos, pero el derecho no.

6. *Los derechos fundamentales como principios*

Cabe aclarar cómo penetran los principios en el sistema jurídico sin actos de incorporación. La teoría principialista es también controvertida en este punto, en particular, con respecto de la interpretación de los derechos fundamentales como principios. Los críticos de la teoría principialista reclaman una argumentación basada en el derecho positivo que justifique la interpretación de los derechos fundamentales garantizados por la constitución como principios.¹³⁵ Esa justificación no podría derivarse tan sólo de la mera posibilidad de reconstruir los derechos fundamentales a la luz de la

¹³⁵ Véase en este sentido también Borowski, Martín, *La estructura de los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 55.

teoría de los principios. Aunque esto sea correcto, existe otra posibilidad: la validez necesaria y no contingente de los principios morales en el sistema jurídico.

Es cierto que la tesis analítica de la diferencia lógica entre reglas y principios no es suficiente para establecer la validez jurídica de los principios. Sin embargo, la crítica erra en sostener que la interpretación de una norma jurídica como principio sólo es posible sobre la base de argumentos de índole iuspositivista. Tal interpretación puede ser justificada por argumentos teóricos sobre el carácter del derecho y de su validez que muestran que se debe reconocer principios como válidos jurídicamente. Un argumento para la necesidad de los principios en el derecho se basa sobre la distinción de la validez moral, en el sentido de una validez normativa, la validez jurídica, y la validez jurídico-constitucional de los principios.

(1) Una justificación de las normas, que muestra que son válidas en sentido normativo, sólo es posible dentro de un modelo de principios. Esta validez normativa será designada aquí también como validez moral. Por modelo de principios (o principialista) se entiende una concepción de la justificación normativa según la cual las normas sustantivas que guían directamente la conducta sólo pueden ser justificadas sobre la base de la ponderación de argumentos normativos.¹³⁶ La necesidad de justificar normas de conformidad con el modelo de los principios obedece a que la justificación normativa debe recurrir a los intereses que aducen los sujetos autónomos. Tales intereses justifican los argumentos normativos en la medida en que sean legítimos, esto es, en cuanto sean formalmente universalizables o susceptibles de consenso (*konsensfähig*).¹³⁷ Los intereses individuales

¹³⁶ Sobre esta concepción del modelo de principios, *cf.* Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, *op. cit.*, pp. 141 y ss.

¹³⁷ Si un individuo hace valer, por ejemplo, que no sólo se le debería garantizar su libertad jurídica, sino también la libertad fáctica, en el sentido de la posibilidad de hacer uso de las libertades jurídicas, entonces esa demanda justifica un argumento normativo. Y en cuanto argumento no cabe ponerlo en cuestión, pues dentro de una moral autónoma no puede negarse que los sujetos autónomos estén legitimados para aducir intereses y demandas. Éstas deben a su vez ser tomadas en cuenta por otros sujetos autónomos al juzgar qué normas deben ser válidas en su comunidad. Si esto se cuestionara y se intentasen justificar las normas sin atender a los intereses y demandas aducidos por sujetos autónomos, no podría lograrse la aceptación voluntaria de esas normas por parte de los sujetos autónomos. Puesto que no parece existir una alternativa a una justificación moral autónoma, la justificación normativa sería del todo imposible por esa vía. Debe concederse a los sujetos autónomos, por tanto, el derecho de hacer valer demandas basadas en intereses; y se debe asumir que cada uno de los demás sujetos autónomos tiene la obligación de tomar en consideración

y los argumentos normativos basados en ellos, no obstante, se encuentran a menudo en conflicto unos con otros. De ahí que el problema esencial de la argumentación práctica sea la ponderación de argumentos normativos contrapuestos; y de ahí también que, cuando existe un conflicto de intereses, y por tanto es necesaria una justificación, las normas definitivamente válidas sólo puedan justificarse sobre la base de una ponderación de argumentos normativos.

(2) El modelo de principios, en este sentido, interpreta el derecho como un orden racional que requiere justificaciones para sus normas, y lo ve como un intento de justificar y organizar el orden social conforme a principios de la moral política. Los principios justificados en razón de su contenido —que serán designados aquí como principios morales— no adquieren validez jurídica sólo por ser reconocidos por el derecho positivo, sino que el derecho positivo únicamente puede negarles validez en la medida en que ello sea compatible con la pretensión de legitimidad que él mismo eleva. La justificación se sigue de una concepción del derecho como orden racional, y no como un orden primariamente coactivo o de poder.¹³⁸ De acuerdo con esta idea, no puede crearse derecho fijando autoritativamente cualesquiera contenidos,¹³⁹ sino que debe existir el intento de transformar los principios justificados por argumentos racionales en derecho positivo.¹⁴⁰

Puesto que la concepción del derecho como orden racional se deriva de que los principios materialmente justificados son también jurídicamente válidos al menos en principio, en cuanto que su validez jurídica no está excluida por el derecho positivo de manera legítima o justificada, la siguiente cuestión es la de la validez jurídico-constitucional de los principios. Reconocerles rango constitucional exige una justificación especial, que depende ya de la concepción de la constitución que se tome como referencia. Esto encuentra expresión en una tercera tesis:

tales demandas, como argumentos normativos, en sus juicios (de ponderación) morales. Sieckmann, Jan, *The Logic of Autonomy*. Hart Publishing, Oxford/Portland, 2012.

¹³⁸ Esto no excluye que el derecho establecido autoritativamente tenga contenidos racionales. Pero, según esta concepción, los principios racionales son válidos sólo por razón de su politización o establecimiento autoritativo.

¹³⁹ Así, la tesis de Kelsen, *Reine Rechtslehre*, *op. cit.*, p. 201 (*Teoría pura del derecho*, *op. cit.*, p. 205): “cualquier contenido que sea puede ser derecho”.

¹⁴⁰ La definición de derecho de Radbruch como realidad que tiene el sentido de servir a la idea de derecho (o sea, a la justicia) puede entenderse también en el sentido de dicha pretensión de corrección. *Cfr.* Radbruch, *Filosofía del derecho*, *op. cit.*, p. 38 (*Rechtsphilosophie*, 1, *op. cit.*, p. 31).

(3) En un modelo principialista de la constitución, la validez jurídico-constitucional de los principios puede justificarse en razón de su corrección material o de contenido.

La diferencia entre derecho ordinario y derecho constitucional resulta evidente cuando, como es habitual en los Estados constitucionales modernos, se asume la primacía de las normas constitucionales sobre el derecho ordinario. Pero este modo de entender la constitución es demasiado restringido. Siendo más precisos, hay que distinguir al menos tres concepciones de la CONSTITUCIÓN: como derecho justificado en forma pre-positiva, como conjunto de principios que vinculan a los órganos de creación jurídica, y como orden normativo de rango superior o dotado de primacía.

- *La constitución como derecho prepositivo.* La constitución puede entenderse como un conjunto de normas cuya validez es independiente de su reconocimiento jurídico-positivo. No hace falta conectar con ello una vinculación o una pretensión de primacía frente al legislador ordinario.¹⁴¹ Si se concibe la constitución en este sentido prepositivo —que no es suprapositivo—, es posible aceptar que la validez jurídica de los principios se justifique con argumentos morales. Por demás, contamos con el argumento de que el derecho en general, y la constitución en particular, deberían interpretarse como un orden racional, no como un mero orden coactivo o de poder. Esta argumentación, con todo, no es suficiente para aquellas constituciones que pretenden tener primacía y eficacia vinculante.

- *La constitución como norma vinculante para el legislador y para los demás órganos creadores de derecho.* Conforme a esta concepción, la constitución obliga a los órganos productores de derecho a considerar debidamente los principios constitucionales en sus decisiones o sentencias. Ésta es una concepción procedimental de la vinculación constitucional, según la cual la constitución no establece normas que las regulaciones de derecho ordinario hayan de cumplir, pero sí contiene obligaciones, en especial para el legislador, de realizar o plasmar en el derecho ordinario los principios constitucionales.

¹⁴¹ En este sentido puede asignarse al *common law* la condición de constitución del derecho inglés. Pese a que el parlamento puede ignorar o no tener en cuenta las reglas del *common law*, los tribunales ingleses, mediante “presunciones interpretativas” en este caso, intentan acotar las contravenciones del *common law* tanto como sea posible. En este sentido, el *common law* constituye un orden normativo que antecede a las leyes del parlamento, pero sin primacía sobre ellas. Con todo, hay otras concepciones del *common law* como constitución, como la concepción de Dicey del “*rule of law*” como vinculación de los poderes públicos a los derechos individuales desarrollados en el *common law*, o la concepción según la cual el *common law* predetermina la “*manner and form*” de la legislación.

- *La constitución como orden dotado de primacía*. Esta concepción asigna primacía a la constitución sobre el derecho ordinario. Ello presupone que la constitución contiene normas con las cuales las regulaciones de derecho ordinario pueden entrar en conflicto. La noción de primacía constitucional ha de diferenciarse, por tanto, de la de vinculación del legislador a la constitución.¹⁴² La validez jurídica que en principio tienen los principios de la moral política vincula al legislador, pero no es suficiente para establecer la prioridad de estos principios en el orden jurídico.

IV. BIBLIOGRAFÍA CITADA

1. *Bibliografía Citada*

- AARNIO, Aulis, “Las reglas en serio”, en Aarnio, A., Garzón, E. y Uusitalo, J. (comps.). *La normatividad del derecho*. Gedisa, Barcelona, 1997.
- ALCHOURRÓN, Carlos E., “Detachment and Defeasibility in Deontic Logic en *Studia Lógica*, vol. 57, 1996.
- ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1975 (orig. *Normative Systems*. Springer, Wien-New York, 1971).
- ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, “The Expressive Conception of Norms” en R. Hilpinen (ed.), *New Studies in Deontic Logic*, Dordrecht 1981.
- ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, “Pragmatic Foundations for a Logic of Norms” en *Rechtstheorie*, vol. 15, 1984.
- ALCHOURRÓN, Carlos, E. y BULYGIN, Eugenio, “Permissions and Permissive Norms” en W. Krawietz et al. (eds.). *Theorie der Normen*. Berlin 1984 (trad. “Permisos y normas permisivas” en Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991).
- ALEXY, Robert, “Zum Begriff des Rechtsprinzips” en *Rechtstheorie*, Suppl. 1: Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, 1979.

¹⁴² La concepción de la vinculación constitucional no presupone que en el plano constitucional estén ya incluidas normas sustantivas definitivas con las que las regulaciones de derecho ordinario puedan entrar en conflicto. En este modelo, la vinculación constitucional se deriva tan sólo de principios que vinculan las decisiones ponderativas estatales.

- _____, “Rechtsregeln und Rechtsprinzipien” en *ARSP*, Beih. NF 25, 1985.
- _____, *Concepto y validez del derecho*. 2.ed. (Trad. Jorge M. Seña) Gedisa, Barcelona, 1997 (orig. *Begriff und Geltung des Rechts*. Alber, Freiburg-München, 1994).
- _____, “On the Structure of Legal Principles” en *Ratio Juris*, vol. 13, 2000.
- _____, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison” en *Ratio Juris*, vol. 16, 2003.
- _____, “Sobre la estructura de los principios jurídicos” en Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- _____, *Teoría de los derechos fundamentales*. 2.ed. (trad. Carlos Bernal Pulido), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- _____, “Deber ideal” en Clérico, L., Sieckmann, J. y Oliver Lalana, D. (eds.). *Derechos fundamentales, principios y argumentación*. Comares, Granada, 2011.
- ARANGO, Rodolfo, "Concepciones deontológicas y teleológicas de los derechos fundamentales" en Clérico, L., Sieckmann, J., Oliver-Lalana, D., *Derechos fundamentales, principios y argumentación*, Comares, Granada, 2011.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. 3.ed. Ariel Derecho, Barcelona, 2005.
- AUSTIN, John, *Lectures on Jurisprudence*. vol. 1, 4.ed., London, 1873.
- ÁVILA, Humberto Bergman, *Theorie der Rechtsprinzipien*. Duncker & Humblot, Berlin 2006.
- BAYÓN, Juan C., *La normatividad del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- BEADE, Gustavo, “El carácter deontológico de la ponderación. Un análisis de las posiciones de Alexy y Dworkin en relación con el caso de la Ley de Seguridad Aérea alemana” en Beade, Gustavo y Clérico, Laura (eds.). *Desafíos a la ponderación. Universidad Externado de Colombia*, Bogotá, 2011.
- BEATTY, David, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press. Oxford, 2004.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 2.ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.
- BINDER, Julius, *Rechtsnorm und Rechtspflicht*. Deichert. Leipzig. 1912.

- _____, *Der Adressat der Rechtsnorm und seine Verpflichtung*. Deichert, Leipzig, 1927.
- BOROWSKI, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- BRANDOM, Robert, *Making it Explicit. Reasoning, Representing, & Discursive Commitment*, Cambridge (Mass.)-London, Harvard University Press, 1994.
- BUCHWALD, Delf, *Der Begriff der rationalen juristischen Begründung*. Nomos, Baden-Baden, 1990.
- _____, *Prinzipien des Rechtsstaats*. Shaker, Aachen, 1996.
- BULYGIN, Eugenio, "On Norms of Competence" en *Law and Philosophy*, vol. 11, 1992.
- _____, "Sobre la equivalencia pragmática entre permiso y no prohibición" en Clérico, L. y Sieckmann, J. (eds.). *La teoría del derecho de Hans Kelsen*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.
- BURLEY, J. (ed.), *Dworkin and his Critiques*. Oxford, Blackwell, 2004.
- CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad*. Eudeba, Buenos Aires, 2009 (orig. *Die Struktur der Verhältnismässigkeit*. Nomos, Baden-Baden, 2001).
- CLÉRICO, Laura, „Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: Capaldo, G., Sieckmann, J y Clérico, L., *Internacionalización del Derecho Constitucional; Constitucionalización del Derecho Internacional*. EUDEBA, Buenos Aires, 2012.
- COHEN, M. (ed.). *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*. Duckworth, London, 1983.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, Cambridge-Mass., 1977.
- _____, *Los derechos en serio*. Ariel, Barcelona, 1984.
- _____, *Law's Empire*. Harvard University Press, Cambridge-Mass., 1986.
- _____, *Justice in Robes*. Harvard University Press, Cambridge-Mass., 2006.
- _____, *Is Democracy Possible Here?* Princeton University Press, Princeton, 2006.
- ESSER, Josef, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. 3ed. Mohr, Tübingen, 1974.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- GEIGER, Theodor, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*. Luchterhand, Berlin-Neuwied, 1964.

- GÜNTHER, Klaus, *Der Sinn für Angemessenheit*. Suhrkamp, Frankfurt/M., 1988.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*. Trotta, Madrid, 1998.
- HAGE, Jaap, *Studies in Legal Logic*. Springer, Dordrecht, 2005.
- HART, H.L.A., *The Concept of Law*. 2.ed. Clarendon, Oxford, 1994 (*El concepto del Derecho*. [Trad. Genaro R. Carrió] Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995).
- , “El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral” [1958], en el *Idem, Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, 1962.
- HEIDEMANN, Carsten, *Die Norm als Tatsache*. Nomos, Baden-Baden, 1997.
- HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*. Fondo de Cultura Económica, México, 1942.
- HOHFELD, W.N., *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*. Yale University Press, New Haven, 1923.
- HORTY, John F., *Agency and Deontic Logic*. Oxford University Press, Oxford-New York, 2001.
- HURLEY, Susan, *Natural Reasons*. Oxford University Press, Oxford, 1989.
- JANSEN, Nils, *Die Struktur der Gerechtigkeit*. Nomos, Baden-Baden, 1998.
- KELSEN, Hans, *General Theory of Law and State*. Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1945.
- , *Reine Rechtslehre*. 2.ed. Deuticke, Wien, 1960.
- , *Teoría Pura del Derecho*. (Trad. Roberto Vernengo) Porrúa, México, 1979.
- KOCH, Hans-Joachim. “Rechtsprinzipien im Bauplanungsrecht“ en Schilcher, B.; Koller, P., y Funk, B.-C. (ed.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Böhlau, Wien 2000.
- KRAMER, Matthew H. “Rights without Trimmings” en Kramer, M.; Simmonds, N.E. y H. Steiner. *A Debate over Rights*. Oxford University Press, Oxford, 1998.
- LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 5.ed. Berlin *et al.*, Springer, 1983.
- MACCORMICK, Neil y WEINBERGER, Ota, *An Institutional Theory of Law*. Reidel, Dordrecht, 1985.
- MARMOR, Andrei, *Positive Law and Objective Values*, Clarendon, Oxford, 2001.
- NORTMANN, Ulrich, *Deontische Logik ohne Paradoxien*. philosophia Verlag, München, 1989.

- OPALEK, Kazimierz y WOLENSKI, Jan, “On Strong and Weak Permissions” en *Rechtstheorie*, vol. 4, 1973.
- PATZIG, Günther, “Satz und Tatsache” en *Idem, Tatsachen, Normen, Sätze*, Reclam, Stuttgart 1980.
- PAULSON, Stanley, “La reconstrucción radical kelseniana de la norma jurídica” en Clérico, L. y Sieckmann, J. (eds.). *La teoría del derecho de Hans Kelsen*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.
- PECZENIK, Aleksander, *On Law and Reason*. Klumer, Dordrecht, 1989.
- POSCHER, Ralf, “Insights, Errors and Self-Misconceptions of the Theory of Principles” en *Ratio Juris*, vol. 22, 2009.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- , *Constitucionalismo y Positivismo*. 2a. ed., Distribuciones Fontamara, Mexico, 1999.
- QUINE, W.O.V., *Philosophy of Logic*. Englewood Cliffs, NJ, 1970.
- RADBRUCH, Gustav, *Filosofía del Derecho*. Comares, Granada, 1999 (orig. *Rechtsphilosophie*, 1932).
- RAZ, Joseph, “Legal Principles and the Limits of Law” en *The Yale Law Journal*, vol. 81, 1972.
- , *The Authority of Law*. Clarendon, Oxford, 1979.
- , *The Concept of a Legal System*. 2. ed., Clarendon, Oxford, 1980.
- , *Practical Reason and Norms*. 3.ed. Clarendon, Oxford, 1999.
- RIEHELMANN, Frank, “Sind Grundrechte keine Normen?” en *Rechtstheorie*, vol. 37, 2006.
- RIPSTEIN, A. (ed.). *Dworkin*. Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- RODRÍGUEZ, Jorge, *Lógica de los sistemas jurídicos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- RODRÍGUEZ, Jorge y SUCAR, Germán, “Trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho” en Bayon, Juan Carlos y Rodríguez, Jorge, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- ROSS, Alf, *Directives and Norms*, Routledge & Kegan, London, 1968.
- SCHAUER, Frederick, “Ponderación, subsunción y el rol restringente del texto jurídico”. En Beade, Gustavo y Clérico, Laura (eds.). *Desafíos a la ponderación*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.
- SCHERZBERG, Arno, *Grundrechtsschutz und “Eingriffssintensität”*. Dunker & Humblot, Berlin, 1989.

- SCHINKEL, B., “Prinzipien, Regeln und Modelle: Eine Analyse des Kanons der zivilprozessualen Maximen” en *Rechtstheorie*, vol. 37, 2006.
- SIECKMANN, Jan, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. Nomos, Baden-Baden, 1990.
- _____, “Why non-monotonic logic is inadequate to represent balancing arguments” en *Artificial Intelligence and Law*, vol. 11, 2003.
- _____, “Principles as Normative Arguments” en *Rechtstheorie*, Beiheft 21, 2005, pp. 197-210.
- _____, *El modelo de los principios del derecho*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.
- _____, “Prinzipien, ideale Sollen und normative Argumente” en *ARSP*, vol. 97, 2011.
- _____, *The Logic of Autonomy*. Hart Publishing, Oxford/Portland, 2012.
- STEIFF, Johannes, *Rechtsfindung im Umweltrecht*. Nomos, Baden-Baden, 2006.
- TSAKYRAKIS, Stavros, “Proportionality: An Assault on Human Rights?” en *I-Con*, vol. 7 2009.
- VON WRIGHT, Georg Henrik, “Deontic Logic” en *Mind*, vol. 60, 1951, pp. 1-15.
- _____, *Norm and Action*. Routledge & Kegan, London, 1963.
- WEINBERGER, Ota, “The Expressive Conception of Norms - An Impasse for the Logic of Norms” en *Law & Philosophy*, vol. 4, 1985.
- _____, “Revision des traditionellen Rechtssatzkonzepts ” en Schiller, B.; Koller, P. y Funk, B.-Ch., *Regeln*, (eds.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Böhlau, Wien 2000.
- WALUCHOW, Wilfrid J., *Inclusive Legal Positivism*. Clarendon, Oxford, 1994.
- ZULETA, Hugo, *Normas y justificación. Una investigación lógica*. Marcial Pons. Madrid *et al.*, 2008.

2. Bibliografía seleccionada

- ALEXANDER, Larry y Kress, Ken, “Against Legal Principles” en Marmor, A. (ed.), *Law and Interpretation*, Oxford, 1995.
- ALEXY, Robert, “Zum Begriff des Rechtsprinzips” en *Rechtstheorie*, Suppl. 1: Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, 1979.
- _____, “Rechtsregeln und Rechtsprinzipien” en *ARSP*, Beih. NF 25, 1985.
- _____, *Concepto y validez del derecho*. 2.ed. (Trad. Jorge M. Seña) Gedisa, Barcelona, 1997
- _____, “On the Structure of Legal Principles” en *Ratio Juris*, vol. 13, 2000.

- _____, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison” en *Ratio Juris*, vol. 16, 2003.
- _____, “Sobre la estructura de los principios jurídicos” en Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- _____, *Teoría de los derechos fundamentales*. 2.ed. (trad. Carlos Bernal Pulido), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- _____, “Deber ideal” en Clérico, L., Sieckmann, J. y Oliver Lalana, D. (eds.). *Derechos fundamentales, principios y argumentación*. Comares, Granada, 2011.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. 3.ed. Ariel Derecho, Barcelona, 2005
- ÁVILA, Humberto Bergman, *Theorie der Rechtsprinzipien*. Duncker & Humblot, Berlin 2006.
- BAYON, Juan Carlos y RODRÍGUEZ, Jorge, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- BOBBIO, Norberto, *Teoria della norma giuridica*. Giapichelli, Torino, 1958.
- BOROWSKI, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- CLÉRICO, Laura; SIECKMANN, Jan y OLIVER LALANA, Daniel (eds.). *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*. Comares, Granada, 2011.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, Cambridge-Mass., 1977.
- _____, *Los derechos en serio*. Ariel, Barcelona, 1984.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- HAGE, Jaap, *Studies in Legal Logic*. Springer, Dordrecht, 2005.
- HARRIS, James W., *Law and Legal Science*. Clarendon, Oxford, 1979.
- HART, H.L.A., *Postscriptum a “El Concepto del Derecho”*. (Trad. R. Tamayo) UNAM, Mexico, 2001.
- MORESO, José Juan, *La Constitución: modelo para armar*. Marcial Pons, Barcelona, 2009.
- PERRY, Stephen, “Two Models of Legal Principles” en *Iowa Law Review* vol. 92, 1997.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

- RAZ, Joseph, "Legal Principles and the Limits of Law" en *The Yale Law Journal*, vol. 81, 1972.
- _____, *Practical Reason and Norms*. 3.ed. Clarendon, Oxford, 1999.
- RODRÍGUEZ, Jorge, *Lógica de los sistemas jurídicos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- SIECKMANN, Jan, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. Nomos, Baden-Baden, 1990.
- _____, "Principles as Normative Arguments" en *Rechtstheorie*, Beiheft 21, 2005.
- _____, *El modelo de los principios del derecho*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.
- _____, "Prinzipien, ideale Sollen und normative Argumente" en *ARSP*, vol. 97 2011.
- _____, *The Logic of Autonomy*. Hart Publishing, Oxford/Portland, 2012.
- SIECKMANN, Jan (ed.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales*. Marcial Pons, Barcelona, 2011.

3. *Lecturas de Apoyo*

- ATIENZA, Manuel, *Introducción al derecho*. Fontamara, Mexico, 2007.
- AUSTIN, John L., *Como hacer cosas con palabras*. Paidós, Barcelona, 1991 (orig. How to Do Things with Words. Clarendon, Oxford, 1962).
- BERNAL PULIDO, Carlos, "Estudio introductorio" en Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2.ed., trad. Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, XXVI-LVI.
- BULYGIN, Eugenio, "Lógica deóntica" en Alchourrón, C.E. Mendez, J.M. y Orayen, R. (dir.), *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. 7, Trotta, Madrid, 1995.
- HANSSON, Sven Ove, *The Structure of Values and Norms*. Cambridge University Press, Cambridge (UK), 2001.
- HART, H.L.A., *The Concept of Law* 2.ed. Clarendon, Oxford, 1994 [1991], (*El concepto del Derecho*. Trad. Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995).
- HILPINEN, Risto (ed.), *Deontic Logic. Introductory and Systematic Readings*. Reidel, Dordrecht, 1971.
- _____, (ed.) *New Studies in Deontic Logic. Norms, Actions, and the Foundation of Ethics*. Reidel, Dordrecht, 1981.

- HOHFELD, W.N., *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*. Yale University Press, New Haven, 1923.
- KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho* (Trad. Roberto Vernengo). UNA, México, 1979.
- , *Allgemeine Theorie der Normen*. 1979 (posthum) (en Castellano: *Teoría General de las Normas*, trad. Delory Jacobs, H. Trillas, Mexico, 1994).
- MACNAMARA, Paul, “Deontic Logic” en *Stanford Encyclopedia in Philosophy*. <http://plato.stanford.edu/entries/logic-deontic/> (28/2/2012).
- ROSS, Alf, *Directives and Norms*, Routledge & Kegan, London, 1968 (en Castellano: *Lógica de las normas*. Tecnos, Madrid, 1971).
- SOBREVILLA, David, “El modelo jurídico de reglas, principios y procedimientos de Robert Alexy” en *Isonomía*, 1996.
- WRIGHT, Georg Henrik von, *Norm and Action*. Routledge & Kegan, London, 1963.
- ZULETA, Hugo, “Deontic Logic” en *IVR-Encyclopaedia of Legal Theory, Jurisprudence and Philosophy of Law*, http://ivr-enc.info/index.php?title=Main_Page (28/2/2012).

CAPÍTULO 25

VALIDEZ

Maris KÖPCKE TINTURÉ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Validez y conceptos afines*. III. *Criterios de validez*. IV. *¿Qué es la validez?* V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Todo aquel que razona de acuerdo a derecho utiliza el concepto de validez: tanto quien ejerce el derecho, como quien lo estudia, como quien simplemente vive de acuerdo con sus reglas. Cada día se imponen sentencias penales por la contravención de reglas que consideramos válidas; dedicamos costosos procesos judiciales a establecer la validez de resoluciones administrativas, de testamentos o de matrimonios; los manuales de derecho detallan las causas invalidez de sendos negocios jurídicos; y el pasajero comprueba que su título de transporte sea válido antes de subir al autobús. El concepto de validez es omnipresente. Y, sin lugar a dudas, es importante: pues en su nombre constantemente se sacrifican los intereses y las expectativas de muchas personas.

Pero a pesar de la importancia y centralidad del concepto, y de la mucha literatura dedicada a él, está relativamente poco entendido. La doctrina jurídica y la teoría del derecho predominantemente estudian la validez de un modo *indirecto*. Por un lado, estudian la diferencia (y relación) entre la validez y conceptos afines, como la eficacia o (desde un ángulo más teórico) el valor moral o la **NORMATIVIDAD** del derecho. Por otro lado, tanto la doctrina como la teoría del derecho estudian los factores con que comprobamos la validez de un acto o negocio: los llamados criterios de validez. Ambas líneas de investigación son importantes, pero en última instancia evitan preguntarse directamente: ¿qué es la validez? El contraste con conceptos afines nos demuestra, sobre todo, *qué no es* la validez, y el estudio de

* Fellow and Tutor in Law, Worcester College, University of Oxford

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 2, pp. 947-978.

los criterios de validez nos informa de *cómo se comprueba* la validez. Esto último por sí mismo dice poco acerca del concepto de validez: el hecho de que un testamento válido requiera tres firmas en lugar de dos sugiere que los criterios de validez son muchas veces arbitrarios, pero no nos revela qué significa la validez. No nos explica qué estamos diciendo cuando, una vez comprobados los criterios, afirmamos que un contrato o un reglamento son *válidos*.

La ausencia de una detallada investigación directa sobre la validez es un hecho curioso. La pregunta “¿qué es la validez?” suele parecerle ociosa tanto al profesional como al ciudadano. Nos da la impresión de que entendemos perfectamente lo que significa que un contrato sea válido – nos parece que la respuesta es obvia – y que por tanto las cuestiones de interés son las que van más allá, como la diferencia entre la validez y otros conceptos, o la naturaleza de los criterios de validez. Y si bien es cierto que uno puede operar perfectamente en el sistema jurídico sin plantearse qué significa la validez, no es menos cierto que la respuesta no es tan obvia como podría parecer. En efecto, si uno formula esta pregunta a varias personas, muy posiblemente reciba un catálogo de respuestas distintas (todas ellas supuestamente “obvias”). Con frecuencia se le responderá que lo que es válido está hecho “conforme a derecho”. Y es verdad que los actos válidos, por ejemplo los que dan lugar a la conclusión de un contrato, suelen ser actos conformes a derecho. Pero de ello no se sigue que los todos los actos conformes a derecho sean también actos válidos. Cuando nos paramos en un semáforo rojo realizamos un acto conforme a derecho, pero no un acto válido (ni inválido). Tiene sentido hablar de la validez de un contrato o testamento, pero no de la validez de una “parada en rojo”. Y es que cuando realizamos un acto válido, creamos un objeto: nuestro acto da lugar a una entidad (el contrato, el testamento, etc.) que en cierto modo tendrá una existencia propia y persistirá más allá del momento de su creación, y a veces durante generaciones. Por ello, otra respuesta recurrente a la pregunta sobre la validez es que aquello que es válido ha sido “creado siguiendo los criterios establecidos”. El problema, nuevamente, es que muchas cosas que no son válidas también se crean siguiendo los criterios establecidos: por ejemplo, los canalones que cocinamos siguiendo una receta. Pero los canalones no tienen consecuencias jurídicas, mientras que los contratos y los testamentos sí las tienen. ¿Habría que decir, entonces, que lo que es válido es aquello que tiene consecuencias jurídicas? Al igual que las anteriores respuestas, ésta también es insuficiente. Pues hay muchos actos e incluso acontecimientos naturales que tienen consecuencias jurídicas –por ejemplo,

los asesinatos y los terremotos— y no por ello se les tilda de válidos. Y la combinación de las dos respuestas anteriores tampoco corre mejor suerte. No es válido todo aquello creado siguiendo los criterios establecidos y que tiene consecuencias jurídicas. De lo contrario sería válida una pintada de un *graffiti* en un coche oficial.

Esta artículo examinará en primer lugar las aproximaciones indirectas al concepto de validez, que no por ser indirectas carecen de importancia e interés teórico. La sección II tratará de la distinción teórica entre validez y conceptos afines, y la sección III considerará el análisis teórico de los criterios de validez. A lo largo de estas dos secciones, supondremos (al igual que hace la literatura) que tenemos una idea aproximada de lo que es la validez, sin intentar detallarla. Con esta información sobre la mesa, estaremos en condiciones de preguntarnos directamente en qué consiste la validez. Daremos este paso en la sección IV, mediante una reflexión acerca de la *razón de ser* de la validez. Trataremos de entender qué función desempeña el concepto de validez en el sistema jurídico, y de este modo comprenderemos mejor qué es. Se verá que esta explicación directa engloba y trasciende las explicaciones indirectas: nos revela por qué la validez difiere de conceptos afines y por qué los criterios de validez tienen la naturaleza que tienen. Y, de paso, nos ayuda a comprender por qué una pregunta tan importante es sistemáticamente descuidada.

II. VALIDEZ Y CONCEPTOS AFINES

Estudiar las diferencias entre la validez y conceptos afines es, en cierto modo, explicar el concepto de validez por contraposición. El derecho positivo y la doctrina se sirven de la distinción entre validez y otros conceptos, en especial el concepto de eficacia. La teoría del derecho busca generalizar estas distinciones y darles una base más firme (o, por el contrario, cuestionarlas y en algún caso disolverlas). Asimismo, la teoría del derecho ha añadido otras distinciones que no se plantean de modo explícito en el derecho positivo, pero que subyacen al método y razonamiento jurídicos: en especial, las distinciones entre validez y valor moral, entre validez y verdad, y entre validez y normatividad.

1. *Validez y eficacia*

La validez de una regla jurídica, dice Hart, depende exclusivamente de su conformidad con los criterios establecidos en la regla de reconocimiento del ordenamiento en cuestión.¹ No depende de la frecuencia con que la regla es invocada o aplicada en la práctica; incluso una regla caída en desuso puede permanecer válida mientras no haya sido revocada de acuerdo con un método establecido por la regla de reconocimiento. El hecho de que una regla se utilice o no concierne a su eficacia; la validez de la regla no se mide por su eficacia, sino por su conformidad en forma y contenido con otras reglas, en última instancia con la regla de reconocimiento. Hart recalca la distinción entre la validez de una regla individual y la existencia misma del sistema jurídico. La existencia del sistema jurídico sí depende directamente de su eficacia, explica Hart: si la mayoría de las reglas del sistema no fueran observadas ni invocadas por la mayoría de la población, en especial por los oficiales, el sistema no podría existir.

Esta es, a grandes rasgos, la posición ortodoxa (es decir, la más extendida) en la teoría del derecho contemporánea sobre la relación entre validez y eficacia. Es la posición que también encontramos en Kelsen, quien la formula con especial nitidez.² Kelsen insiste en que el “fundamento” de la validez de una regla³ sólo puede derivar de otra regla, nunca de un mero hecho. Dado que la eficacia es un hecho, hay una suerte de barrera conceptual y lógica que separa la validez de la eficacia. Kelsen, sin embargo, apunta –en la línea de Hart– que un sistema jurídico no sería tal si no fuera “eficaz en términos generales”.⁴ La eficacia del sistema es, por tanto, condición indirecta de la validez de una regla, pues es condición de la existencia del sistema al que la norma pertenece. Validez y eficacia son realidades distintas, pero hay una relación semi-causal que va de la eficacia a la validez.

Las escuela del REALISMO JURÍDICO AMERICANO niega la distinción entre validez y eficacia. Según Oliver Wendell Holmes, el padre de esta

¹ Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, 3a ed., Oxford University Press, Oxford, 2012 [1961], pp. 103 y 116 (véase, además, POSITIVISMO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO).

² Por ejemplo, Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*. (Wedberg, trad.) Russell, Nueva York, 1945, p. 110 y ss.; y Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*. (Roberto Vernengo, Traductor) México, Porrúa, 1998 [1960], pp. 205 y ss.

³ Kelsen habla de “normas”, no de “reglas”, pero la distinción es irrelevante a los efectos de este artículo.

⁴ Kelsen, *Teoría Pura*, *op. cit.*, nota 2, p. 209, *passim*.

escuela, el sistema jurídico no consiste de reglas.⁵ Es una ilusión, dice Holmes, creer que existen reglas jurídicas válidas que regulan situaciones concretas antes de que éstas sucedan y de que sean juzgadas. El verdadero derecho sale por boca del juez cuando éste decide un caso concreto: no hay derecho antes de la decisión; sólo cabe la predicción de lo que el juez decidirá. Esa predicción (“profecía”) es el derecho. En el ideario de Holmes (y del realismo americano) no existe la distinción entre una regla válida y una regla eficaz. Para empezar no existen reglas, pues su característica generalidad escapa a la lógica del caso concreto. Sólo lo que el juez *hace* es derecho. El derecho es aquel mero hecho que la posición ortodoxa denominaría la aplicación de la regla válida al caso concreto. El derecho es la colección de comportamientos sentenciadores de los jueces o, mejor dicho, las predicciones que podamos hacer de estos comportamientos. La de Holmes es una posición radical, que elimina la validez y la reduce a la eficacia entendida solamente como la acción sentenciadora del juez. La inquietud de Holmes y los demás realistas americanos tiene un núcleo comprensible: Holmes y sus colegas luchaban contra una imagen excesivamente idealizada del derecho, entonces extendida (en los EEUU de finales del s. XIX), según la cual el derecho válido carecía de lagunas y los jueces por ende no tenían más que “descubrir” la solución en las reglas preexistentes.⁶ Esta imagen distorsionada dio lugar a más de una escandalosa sentencia en que los jueces del tribunal supremo americano supuestamente enmascaraban su ejercicio de discreción refugiándose en una retórica deductiva, y así evitaban afrontar la tarea de argumentar y justificar moralmente su decisión de fuerte carga ideológica. Para dismantelar esta falsa concepción “deductiva” de la labor del juez, Holmes se afina en el otro extremo: no es que las reglas a veces tengan lagunas que requieran discreción – es que no hay reglas.

A pesar de su valor histórico, la posición del realismo americano es difícilmente sostenible como teoría del derecho. Tal como apuntaron Hart y otros, la posición sufre de incoherencias internas. Si el derecho es la predicción del comportamiento de los jueces, ¿cómo identificaremos a los jueces? Sin reglas de competencia que identifiquen a los jueces, se evapora la institución del poder judicial. Además, decir que el derecho es la predicción de lo que hará el juez no da cuenta del razonamiento *por parte del juez*. Sin du-

⁵ Holmes, Oliver Wendell, Jr., “The Path of the Law”, *Harvard Law Review*, vol. 10, 1897, pp. 457 y ss.

⁶ Kennedy, Duncan, *The Rise and Fall of Classical Legal Thought*. Beard Books, Washington DC, 2006 [1975]. Más recientemente, Dworkin afirma también – aunque sobre otra base – que el derecho no tiene lagunas (sección II.3).

da, un juez no decide en función de lo que predice que él mismo va a decidir. Y más allá, la posición del realismo americano no deja espacio lógico al error de derecho judicial, algo que no encaja con nuestra concepción de la naturaleza del proceso judicial, incluida la posibilidad de apelación.

Debemos preferir, por tanto, una posición menos radical. La distinción entre validez y eficacia, esbozada más arriba, da cabida a la existencia de reglas: reglas válidas que regulan la mayoría de situaciones antes de que éstas sean juzgadas, y reglas que determinan (entre otras cosas) quién ocupa la posición del juez. La existencia de reglas da sentido al paradigmático razonamiento del juez y de otros operadores del derecho, un razonamiento que pasa por buscar en el pasado decisiones válidas que regulen los hechos sobre los que se debe decidir. El juez, al resolver el caso, puede equivocarse de varios modos, y terminar por no dar efecto a las reglas válidas pertinentes: con lo que una regla válida pertinente podría no ser eficaz (en ese caso).

Con todo, hay una parte de verdad en la exageración del realismo americano. Y es importante no perderla de vista. Todo sistema jurídico tiene mecanismos para poner fin a las disputas, con o sin error judicial. Una vez resuelta la apelación en última instancia, o transcurrido el periodo de apelación sin interponer recurso, una decisión jurídica deviene firme: *res judicata* (cosa juzgada). A efectos jurídicos debe tratarse como correcta, a pesar de que contenga un error que en circunstancias normales afectaría a su validez. La decisión deviene válida más por el hecho de ser firme, no por cumplir con los criterios de validez. “*Here all that succeeds is success*”⁷ decía Hart aptamente en alusión a fenómenos como este, que tiene paralelismos en otras instituciones jurídicas, como el estatus de ciertas inscripciones registrales o de ciertas situaciones de anulabilidad no impugnadas. Y tiene paralelismos también con situaciones de cambio constitucional por revolución o golpe de estado.⁸ Todas estas realidades, grandes y pequeñas, ponen de manifiesto que la relación entre validez y eficacia es más rica y compleja de lo que una lectura simple de la posición ortodoxa podría sugerir. El mismo Kelsen incluyó la caída en desuso de una regla jurídica individual (*desuetudo*) como causa de invalidez de esa regla.⁹ Y remarcó que los tribuna-

⁷ Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, nota 1, p. 153. Hart critica la lectura Kelseniana de estos fenómenos por no atribuir la importancia debida al hecho social de aceptación (Hart, HLA., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford University Press, Oxford, 1983, cap. 15: “Kelsen’s Doctrine of the Unity of Law”).

⁸ Finnis, John, *Philosophy of Law: Collected Essays Volumen IV*. Oxford University Press, Oxford, 2011, cap. 21: “Revolutions and Continuity of Law” [1973].

⁹ Kelsen, *General Theory*, *op. cit.*, nota 2, p. 119; Kelsen, *Teoría Pura*, *op. cit.*, nota 2, p. 24.

les de última instancia tienen un sorprendente poder (poco utilizado, según Kelsen) de introducir casi cualquier cambio en el sistema jurídico valiéndose del *res judicata*.

Conviene, pues, separar conceptualmente validez y eficacia, pero al tiempo reparar en su importante interdependencia que autores como Hart y Kelsen acaso apuntaron algo tímidamente.¹⁰

2. Validez y valor moral

Lo que es jurídicamente válido puede no ser moralmente correcto. Validez jurídica y valor moral no coinciden necesariamente. Una regla no es jurídicamente válida por el hecho de ser moralmente correcta. Y una regla puede ser jurídicamente válida a pesar de ser moralmente incorrecta. La validez de una regla depende de la adecuación del acto que la crea a los criterios de validez establecidos por otras reglas del sistema, reglas que a su vez son válidas porque cumplen con sus correspondientes criterios de validez. He aquí otra posición ortodoxa en la teoría del derecho contemporánea: el derecho es positivo. Dicho de otro modo: el contenido normativo del sistema jurídico está en función solamente del significado jurídico de *actos* humanos de creación de derecho. Actos de creación de derecho son actos (normalmente intencionales) que dan lugar o bien a reglas jurídicas o bien a negocios jurídicos (dependiendo de la generalidad de su alcance y de la naturaleza pública o privada del actor).¹¹ Puesto que los actos son humanos, y los humanos somos moralmente falible, existe la posibilidad de que aquello que es jurídicamente válido sea inmoral.

Esta posición, que afirma la positividad del derecho, tiene dos principales alternativas. La primera alternativa es la que sostiene que el valor moral de una regla es condición *suficiente* de su validez jurídica. Según esta posición, hay reglas jurídicas que no tienen su origen en un acto de creación de derecho, sino que son jurídicamente válidas por el mero hecho de ser reglas

¹⁰ En este sentido, resulta interesante el trabajo del REALISTA JURÍDICO escandinavo Alf Ross, que desarrolló el concepto de vigencia del derecho como algo distinto a la eficacia y a la validez: Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*. (Genaro Carrió, trad.) Buenos Aires, Universitaria, 1994 [1953], cap. 2.

¹¹ Para una articulación de la diferencia entre la creación de una regla y la creación de un negocio, Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System*, 2a. ed., Oxford University Press, Oxford, 1980 [1970], pp. 162 y ss.; Raz, Joseph, *Practical Reason and Norms*. Hutchinson, Londres, 1975, pp. 103 y ss. Comoquiera que se trace, la diferencia entre regla y negocio es solamente una distinción de grado, aunque útil y muy arraigada en la tradición jurídica civilista.

morales. La versión extrema de esta posición sostendría que el valor moral es también condición necesaria de la validez: es decir, que ninguna regla jurídica tiene su origen en un acto de creación del derecho, sino que el conjunto de reglas jurídicas es idéntico al conjunto de reglas morales. No sé de ningún autor que haya sostenido la versión extrema de esta posición. La versión moderada (el valor moral es condición suficiente pero no necesaria de la validez) quizá podría atribuirse al primer Dworkin, quien mantuvo – contra Hart – que el sistema jurídico consiste no sólo de reglas que tienen su origen en un acto humano de creación (como decía Hart) sino que también consiste de principios morales cuya juridicidad depende de su corrección moral (y de su encaje con las reglas existentes).¹²

La segunda alternativa a la afirmación de la positividad del derecho sostiene que el valor moral es condición *necesaria* (aunque no suficiente) de la validez jurídica. Esta posición no niega que las reglas tengan su origen en un acto de creación humana, pero sí niega que su validez dependa solamente de su conformidad con los criterios de validez establecidos por otras reglas. Según esta posición, una supuesta regla correctamente creada pero inmoral no es, en realidad, una regla jurídica válida. El corolario de esta posición es que toda regla jurídica válida es moralmente valiosa o al menos moralmente tolerable. Radbruch explícitamente adoptó esta posición, y más adelante le siguieron Alexy y MacCormick.¹³ Según estos autores (salvando los matices de cada uno), la inmoralidad extrema de una regla impide que ésta sea jurídicamente válida. En cierto modo, el Dworkin más reciente (el de *Law's Empire*) también adopta esta posición.¹⁴ Según él, las proposiciones de derecho son verdaderas si encajan con las “decisiones políticas pasadas” y están moralmente justificadas. Si una proposición no cumple con alguno de los dos requisitos no es jurídicamente verdadera. (Se apreciará que el Dworkin más reciente no habla ni de reglas ni de validez, y por ello su asimilación a la posición que aquí examinamos es sólo aproximada: sección II.3.)

La posición que sostiene que el valor moral es condición necesaria de la validez se ha atribuido erróneamente a la escuela clásica del derecho natu-

¹² Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*. Duckworth, London, 1977, caps. 2-4. (véase, además, DERECHO COMO INTERPRETACIÓN).

¹³ Radbruch, Gustav, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, *Süddeutsche Juristenzeitung*, núm. 1, 1946, pp. 105 y ss.; Alexy, Robert, *Begriff und Geltung des Rechts*. Karl Alber, München, 1992, pp. 70 y ss.; MacCormick, Neil, *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*. Oxford University Press, Oxford, 2007, cap. 15.

¹⁴ Dworkin, Ronald, *Law's Empire*. Hart Publishing, Oxford, 1986, *passim*.

ral. El origen del error quizá sea una lectura equivocada, sacada de contexto, del adagio de Santo Tomás de Aquino “*lex injusta non est lex*” (una ley injusta no es una ley).¹⁵ En realidad, con esta frase o eslogan Aquino no hace más que resumir un argumento que ha elaborado con anterioridad. El argumento es que es útil distinguir dos sentidos de “derecho”. Un sentido es el de la validez, del derecho considerado válido en un ordenamiento dado. En este sentido, una regla no deja jurídica por el mero hecho de ser inmoral: el valor moral no afecta a la validez. Sin embargo, cabe hablar de derecho también en un sentido más rico. El propósito o razón de ser del derecho, dice Aquino, es promover el bien común (sección IV.1). Por ello, el derecho moralmente valioso es – en este segundo sentido – más propiamente derecho que el derecho injusto. Tal como apunta Finnis, la distinción entre estos dos sentidos de “derecho” se corresponde con una distinción que realizamos a menudo en el habla cotidiana, por ejemplo cuando decimos que un mal argumento no es propiamente un argumento, o que un cuchillo desafilado no es propiamente un cuchillo, o que un placebo no es propiamente una medicina. El eslogan “*lex injusta non est lex*” combina ambos sentidos de “derecho” (“ley”) en una sola frase: una ley (válida en un ordenamiento) injusta no es propiamente una ley (no cumple con la razón de ser del derecho).

Es importante entender que la tesis del DERECHO NATURAL CLÁSICO sobre el primer sentido de derecho, el de la validez, no es una mera concesión a la práctica jurídica que *de hecho* trata de “válidos” determinados actos y reglas independientemente de su valor moral. Por supuesto, es importante que una teoría jurídica refleje en la medida de lo posible la práctica del derecho (al fin y al cabo, la teoría del derecho trata de explicar una realidad social). Pero la afirmación de la positividad del derecho por parte de la escuela clásica tiene un fundamento aún más fuerte. No se trata tampoco del argumento esgrimido por Bentham y Hart,¹⁶ de que la distinción entre el derecho que es y el que debe ser facilita la crítica del primero (es dudoso que posiciones cuidadosas como las de Radbruch o el primer Dworkin verdaderamente dificulten la crítica del derecho). La escuela clásica afirma, incluso celebra, la positividad del derecho *porque considera que es moralmente necesaria*: es imprescindible que el derecho sea positivo – y por tanto moralmente falible – para que éste pueda cumplir con su razón de ser moral, que

¹⁵ En este sentido, Finnis, John. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford University Press, Oxford, 2011 [1980], cap. 12.

¹⁶ Hart, HLA, *Essays on Bentham*. Oxford University Press, Oxford, 1982, cap. 1; Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, *op. cit.*, nota 7, cap. 2: “Positivism and the Separation of Law and Morals” [1958].

es la de hacer justicia. Es una tesis fundamental del pensamiento clásico que *es moralmente necesario que la validez del derecho no dependa (principalmente) de su valor moral*. En la sección IV tendremos ocasión de explicar y defender esta tesis, aparentemente paradójica, que es clave para entender la función y el funcionamiento de la validez.

A efectos presentes, basta con decir que debemos preferir la afirmación de la positividad (en el sentido explicado) por encima de sus diversas negaciones, puesto que es la posición que mejor encaja con la práctica jurídica y además responde al argumento clásico de por qué el bien común de una comunidad humana requiere la existencia de un ordenamiento jurídico. Con todo, conviene no hacer una lectura demasiado rígida y simplista de esta posición. Al igual que dijimos acerca de la relación entre eficacia y validez (II.A), es importante comprender todos los matices de la posición ortodoxa para no quedarnos con una caricatura. La afirmación de la positividad es compatible con una serie de debates acerca del posible carácter moral o no de algunos criterios de validez (establecidos por una regla positiva). Quienes participan en estos debates aceptan que el derecho es positivo, pero debaten sobre si una regla positiva puede o no establecer criterios de validez que impliquen juicios morales. Trataremos estos debates en la sección III, dedicada a los criterios de validez.

3. *Validez y verdad (de proposiciones jurídicas)*

Como hemos apuntado más arriba, el Dworkin más reciente (desde *Law's Empire*) rechaza utilizar el concepto de validez e incluso el concepto de regla jurídica, como sí había hecho en trabajos anteriores. Su teoría del derecho como integridad (*law as integrity*) concibe el contenido del derecho como un todo unitario, un todo que no se subdivide en reglas o principios u otros estándares jurídicos. Dworkin nos explica cómo identificar el derecho aplicable a un determinado tipo de situación. Esto debe hacerse, nos dice, mediante el “juicio interpretativo”. Este juicio, a grandes rasgos, consiste en determinar qué respuesta i) mejor encaja con otras decisiones ya tomadas en el ordenamiento y ii) es moralmente superior. Según Dworkin, esta fórmula nos llevará a descubrir en cada caso una única respuesta moral y jurídicamente correcta. Cuando enunciemos esta respuesta – por ejemplo, “está legalmente prohibido consumir marihuana” – nuestro enunciado será verdadero. Dworkin denomina a los enunciados sobre el derecho aplicable “proposiciones

jurídicas” (*propositions of law*).¹⁷ Las proposiciones jurídicas serán verdaderas o falsas en función de que se cumplan o no los dos elementos del juicio interpretativo (véase, DERECHO COMO INTERPRETACIÓN).

El concepto de validez, entendido tal y como ha sido esbozado en las secciones anteriores, es extraño a la teoría del derecho como integridad, por dos motivos. En primer lugar, no cabe hablar en esa teoría de la validez de reglas porque la teoría no concibe la existencia de *reglas* u otros estándares jurídicos. En segundo lugar, no cabe hablar de actos válidos de creación de derecho porque, en sentido escrito, el derecho no es *creado* sino descubierto: en concreto, surge de la interacción entre “decisiones políticas pasadas” y consideraciones morales.

Por tanto, lo que Dworkin denomina la verdad de las proposiciones jurídicas no equivale a lo que otras teorías denominan la validez de las reglas. Lo interesante de este contraste no es la distinción entre regla y enunciado. Esta distinción la manejan muchos autores, pues es aplicable a cualquier teoría del derecho que conciba la existencia de reglas jurídicas. Así, Kelsen y Raz, entre otros, recalcan que una regla es susceptible de ser válida o inválida (no verdadera o falsa), mientras que un enunciado jurídico es susceptible de ser verdadero o falso (no válido o inválido).¹⁸ La peculiaridad de la teoría de Dworkin es que en ella no tiene cabida la validez (sólo la verdad de enunciados) porque la teoría rechaza subdividir el contenido del derecho en unidades denominadas “reglas” creadas respectivamente por actos. Y este modo de ver las cosas tiene un punto de verdad.

En efecto, es sin duda una simplificación entender que cada acto de creación de derecho da lugar a una regla jurídica, como si hubiera una correspondencia de 1:1 entre actos de creación y reglas creadas. Con frecuencia, el contenido de una regla jurídica – por ejemplo, de obligación – deriva de múltiples actos de creación de derecho, que incluso se han realizado con gran distancia temporal. (Pongamos que la obligación contractual de un determinado tipo de vendedor se deriva de una combinación de varios artículos del Código Civil y del Código de Comercio, de regulación regional, y de varias líneas de jurisprudencia del Tribunal Supremo, interpretados a la luz de una directiva europea y de la costumbre comercial local.) Dworkin tiene razón en que el *sistema* y el razonamiento jurídicos son más complejos de lo que la mayoría de transacciones jurídicas cotidianas podrían sugerir. Esa complejidad se aprecia especialmente en los casos controvertidos, plagados de ambigüedades e intereses incommensurables,

¹⁷ Dworkin, *Law's Empire*, *op. cit.*, nota 14, p. 4.

¹⁸ Kelsen, *Teoría Pura*, *op. cit.*, nota 2, pp. 84 y ss.; Raz, *Practical Reason*, *op. cit.*, nota 11, pp. 170 y ss.; Raz, Joseph, *The Authority of Law*. Oxford University Press, Oxford, 1979, cap. 8.

que son los casos que suelen llegar a los tribunales de última instancia. Pero Dworkin distorsiona la realidad del derecho al centrarse únicamente en este último tipo de caso y dejar de lado la gran proporción de cuestiones legales rutinarias que se resuelven con una simple ojeada a un par de textos creados respectivamente por actos válidos datables (por ejemplo, un acta notarial y la Ley de Sociedades). De este modo, Dworkin descuida la función de *necesaria simplificación* que desempeña el concepto de validez en el día a día del derecho (sección IV).

Debe rechazarse también la negación de la positividad del derecho por parte de Dworkin (por las razones expuestas en la sección II.2), así como su tesis de la única respuesta correcta (por razones que exceden el cometido de este artículo).¹⁹

4. *Validez y normatividad*

El concepto de la **NORMATIVIDAD DEL DERECHO** tiene más de un significado. Es un concepto ambiguo, además de vago. A veces incluso se utiliza como comodín. Mi intención no es desglosar todos sus significados, sino incidir en aquellos que presentan una relación relevante con el concepto de validez.

En sentido amplio, la normatividad del derecho es simplemente su cualidad de consistir de normas – de reglas. Todas las reglas jurídicas son válidas. Pero hay un tipo de reglas jurídicas especialmente relacionadas con la validez. Hart trazó una importante distinción entre reglas de obligación y reglas que confieren poderes. Las reglas que confieren poderes son las reglas que establecen los criterios de validez de todo de creación de derecho. Ejercitar los poderes conferidos por este tipo de regla es exactamente lo mismo que realizar un acto válido. El poder que confieren estas normas es poder jurídico. Es la capacidad de alterar nuestras relaciones jurídicas o las de otras personas mediante un acto por el que expresamos nuestra voluntad de alterar nuestras relaciones jurídicas a través de esa misma expresión de voluntad (“os declaro marido y mujer”, “doy mi voto a X”, etc.: sección IV.3).

En sentido más estricto, la normatividad del derecho es su obligatoriedad: su capacidad de imponer **OBLIGACIONES**. Hay que distinguir aquí entre obligatoriedad jurídica y obligatoriedad moral. Hemos tocado la segunda al tratar de la relación entre validez y valor moral (sección II.2). Si lo

¹⁹ Una crítica contundente se encuentra en Finnis, *Philosophy of Law, op. cit.*, nota 8, cap. 12 [1987].

que es válido no es necesariamente moralmente correcto, tampoco es necesariamente moralmente obligatorio. Cabe añadir que hay circunstancias en que puede ser moralmente obligatorio o tolerable cumplir con una regla inmoral (por ejemplo, para evitar la desestabilización de un sistema generalmente justo), pero en tales casos sería un abuso del lenguaje decir que es el derecho (inmoral) el que impone la obligación moral.

La relación entre validez y obligatoriedad jurídica es más estrecha. Incluso se ha llegado a afirmar que validez significa obligatoriedad.²⁰ Pero esta asimilación omite un paso intermedio algo reduccionista: supone que todas las reglas imponen obligaciones. Esto no es el caso. Aunque sólo sea por esto, debemos rechazar una explicación de la validez que la identifique sin más con la obligatoriedad del derecho, y seguir en busca de una explicación directa de la validez.

III. CRITERIOS DE VALIDEZ

Para operar en el derecho, como ciudadano y especialmente como profesional, debemos conocer los criterios de validez. Esto es esencial a fin de poder identificar cuál es nuestra posición jurídica (o la de nuestro cliente) respecto a cualquier tipo de situación: es decir, cuáles son los deberes, derechos y poderes jurídicos que nos corresponden. Es por ello que los estudios de derecho versan en gran medida sobre los criterios de validez de sendos negocios jurídicos y actos jurídicos públicos. La doctrina sistematiza los criterios de validez para cada institución jurídica, y tiende a clasificarlos de diversas formas (por ejemplo, como requisitos cuya ausencia conlleva o bien nulidad de pleno derecho o bien anulabilidad).

La teoría del derecho da un paso más en el terreno de la abstracción: busca determinar cuál es la naturaleza de los criterios de validez. Es decir, se pregunta qué tienen en común todos los criterios de validez, o si no hay un denominador común, qué *tipos* de criterios de validez hay. La principal división aquí está entre quienes consideran que la validez depende solamente de “fuentes sociales” y quienes consideran que depende también (o incluso únicamente) de cuestiones morales. Estamos ante el mismo debate que apuntamos en la sección II.2: el debate entre quienes afirman y quienes niegan la positividad del derecho. Ya indicamos allí las razones por las que debe preferirse la primera posición y cómo debe entenderse. Quienes

²⁰ Kelsen, *Teoría Pura*, *op. cit.*, nota 2, en especial partes I y V; Raz, *Authority of Law*, *op. cit.*, nota 18, p. 150.

consideran que la validez depende solamente de “fuentes sociales” consideran que todos los criterios de validez son establecidos por actos humanos de creación de derecho.

Esta posición genérica, sin embargo, engloba varias posiciones específicas que, a su vez, pugnan entre sí. Podríamos decir la pugna concierne no la *fuerza* de los criterios de validez sino su *contenido*. La fuente de un criterio de validez es un acto humano de creación de derecho. Pero ¿cuál puede ser el contenido de un criterio de validez? En especial, ¿puede una fuente social establecer un criterio de validez que suponga un juicio *moral*? Si, por ejemplo, un artículo de una ley establece que “las cláusulas contractuales injustas no son válidas”, y esa ley no define legalmente al término “injustas”, ¿debemos decir que la justicia es uno de los criterios de validez de un contrato?

A simple vista, eso parecería. Pero una serie de autores sostienen que, por motivos conceptuales (que comentaremos más abajo), los criterios de validez no pueden implicar juicios morales. Estos autores no niegan que el contenido de los criterios de validez puede ser muy diverso: en efecto, puede hacer referencia a cuestiones procedimentales, temporales, de forma, de competencia, y por supuesto también sustantivas. Según estos autores, cualquier requisito que establezca (válidamente) una fuente social será criterio de validez – con excepción de las consideraciones morales. Como afirma Raz, “los criterios para identificar el contenido del derecho y determinar su existencia dependen exclusivamente de hechos relativos al comportamiento humano, capaces de ser descritos en términos moralmente neutros y de ser aplicados sin recurrir a un razonamiento moral”.²¹ Esta posición se ha denominado “positivismo excluyente”.²² De acuerdo con el positivismo excluyente, el término “injustas” en el ejemplo anterior no hace que la validez de los contratos dependa de su justicia, sino que implícitamente confiere discreción a los jueces para que determinen la validez de futuros contratos según lo que ellos consideren que es una cláusula injusta. Por ende, las cláusulas injustas no son inválidas antes de que un juez dicte

²¹ Raz, *Authority of Law*, *op. cit.*, nota 18, pp. 38-9.

²² Por ejemplo, Marmor, Andrei, “Exclusive Legal Positivism”, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Coleman, J. y Shapiro, S. (ed.) Oxford Handbooks Series, Oxford University Press, Oxford, 2002, cap. 3 (véase, además, POSITIVISMO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO).

sentencia, y si un juez decide que son válidas no incurre en error de derecho (sino sólo en error moral).²³

Frente al positivismo excluyente se halla el llamado “positivismo incluyente”.²⁴ En su concepción más plausible, el positivismo incluyente sostiene que es posible (aunque no ocurra necesariamente en todo sistema jurídico) que una fuente social establezca un criterio de validez que, al referirse a consideraciones morales, las “incorpore” en el derecho haciendo así que la validez dependa de un juicio moral. En nuestro ejemplo, ello significaría que la disposición sobre las cláusulas contractuales “incorpora” en el derecho las consideraciones morales referentes a la justicia de los contratos, de manera que la validez de futuros contratos dependerá de su justicia. Por consiguiente, una cláusula injusta será inválida *ab initio*, y el juez que así no lo declare cometerá un error de derecho (y no sólo un error moral).

¿Cómo adjudicar entre el positivismo excluyente y el incluyente? Uno de los principales argumentos esgrimidos a favor del positivismo excluyente está basado en la teoría de Raz sobre la AUTORIDAD. Muy sucintamente, según Raz:

(i) es conceptualmente cierto que todo sistema jurídico pretende tener autoridad;

(ii) dado lo pretende, es capaz de tener autoridad;

(iii) dado que es capaz de tener autoridad, es posible identificar el contenido de sus directrices sin recurrir a juicios morales.²⁵

La justificación de (iii) se halla en la concepción raziana de la autoridad. Según esta concepción, quien tiene autoridad ofrece a sus sujetos “razones de segundo orden” que reflejan y *reemplazan* las razones (morales) de primer orden por las que el sujeto debería regirse en ausencia de la autoridad. La autoridad tiene mejor acceso que el sujeto a esas razones, y menor margen de error al ponderarlas, por lo que el sujeto que obedezca a la autoridad logrará una mayor conformidad con esas razones que si intenta ponderarlas por su cuenta. Para que la autoridad pueda desempeñar este “servicio” de mediación entre el sujeto y sus razones de primer orden, es esencial –

²³ Gardner, John, “Justification under Authority”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 23 núm. 1, 2010, pp. 71-2.

²⁴ Por ejemplo, Himma, Kenneth, “Inclusive Legal Positivism”, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Coleman, J. y Shapiro, S. (ed.) Oxford Handbooks Series, Oxford University Press, Oxford, 2002, cap. 4; Waluchow, Wil, *Inclusive Legal Positivism*. Oxford University Press, Oxford, 1994; y, Kramer, Matthew, *Where Law and Morality Meet*. Oxford University Press, Oxford, 2004 (véase, además, POSITIVISMO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO).

²⁵ Raz, Joseph, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, 2a. ed., Oxford University Press, Oxford, 1995 [1994], pp. 215 y ss.

dice Raz – que el sujeto pueda identificar la directriz de la autoridad (las razones de segundo orden) sin tener para ello que ponderar las razones que la directriz busca reemplazar. De ahí el positivismo excluyente de Raz.

Cabe cuestionar este argumento en cada uno de sus pasos. Aquí solamente apuntaremos dos posibles puntos débiles del positivismo excluyente como lo hemos presentado aquí. En primer lugar, la concepción de la autoridad del derecho en que se basa el paso (iii) puede tacharse de demasiado rígida. En la sección IV presentaremos una concepción algo distinta de la razón de ser del derecho, es decir, del fundamento de su autoridad. Es una concepción inspirada en la tradición clásica de pensamiento jurídico, que ya anticipamos en la sección II.2. Según esta concepción, para que el derecho pueda cumplir con su cometido moral sólo es necesario que la validez no dependa *principalmente* de juicios morales. La presencia de juicios morales no tiene por qué eliminarse *por completo*, y de hecho es importante que el sistema retenga (sobre todo a través de instituciones especializadas) la capacidad de evaluar la validez de cualquier acto jurídico a la luz – directamente – de su valor moral. Ello ocurre, por ejemplo, cuando un tribunal constitucional revisa la compatibilidad de una ley ordinaria con la parte material de la constitución interpretando para ello conceptos morales, como referidos a derechos fundamentales. Podemos añadir, además, que la presencia ocasional de criterios de validez morales no compromete la eficacia del sistema jurídico. No hay duda de que un sistema jurídico no puede existir si la mayoría de sus reglas no son regularmente cumplidas e invocadas por una parte importante de la población, especialmente los oficiales. Para que el derecho sea eficaz, es preciso que personas muy diversas generalmente identifiquen los mismos actos humanos como actos válidos creadores de derecho. Es obvio que si la IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO generalmente involucrara juicios morales y políticos, sobre los que cabe esperar poco consenso en una gran población, no habría suficientes criterios de identificación comunes para la subsistencia del sistema. Pero ello no significa que la eficacia del sistema requiera la ausencia *total* de criterios morales. De hecho, es posible que la ausencia total de criterios morales merme la eficacia tanto como su presencia excesiva.

El segundo punto débil del positivismo excluyente radica en su difícil adecuación a la práctica y razonamiento jurídicos, dada su concepción poco natural de las lagunas en el derecho. Según el positivismo excluyente, y volviendo al ejemplo anterior, el término “injustas” en la ley sobre cláusulas contractuales crea una laguna en el derecho. Es un concepto moral no legalmente definido, y por tanto no forma parte del contenido de la regla

jurídica. En consecuencia, la validez de las cláusulas permanece indeterminada hasta el momento en que decide el juez. Esta posición sin duda recuerda al REALISMO JURÍDICO (sección II.1), por lo demás tan desacreditado por los defensores del positivismo excluyente. Nótese que el positivismo excluyente realiza esta concesión al realismo solamente en lo que respecta a los conceptos morales. Si, en lugar de decir “injustas”, la ley de nuestro ejemplo dijera o “relativas a órganos humanos” o “manuscritas” o “añadidas después de la firma”, el positivismo excluyente no tendría inconveniente en sostener que las cláusulas que pertenecen a estas categorías son inválidas *ab initio*, con independencia de la decisión del juez.²⁶ La excepción concierne solamente los conceptos *morales*, y la razón de esta excepción se encuentra en la concepción de la autoridad comentada más arriba. Más allá de la rigidez posiblemente innecesaria de esta concepción de la autoridad, es importante señalar que el razonamiento jurídico ordinario no la refleja. A muchos profesionales del derecho les sorprendería la afirmación de que los conceptos morales en el derecho equivalen a lagunas – de que, por tanto, una ley según la cual “las cláusulas contractuales injustas no son válidas” no invalida las cláusulas contractuales injustas. Esta lectura artificiosa pierde gran parte de su fundamento si resulta que la razón de ser del derecho (y por tanto su autoridad) es compatible con la presencia restringida de criterios de validez morales. Abordamos la razón de ser del derecho en la próxima sección.

IV. ¿QUÉ ES LA VALIDEZ?

En la introducción a este artículo sugerimos que para comprender realmente qué es la validez debíamos preguntarnos cómo funciona y para qué sirve. Tal como sostienen Aristóteles y la tradición clásica del derecho natural, en el estudio de fenómenos sociales la pregunta fundamental es el *por*

²⁶ Es importante recordar la diferencia entre la vaguedad de un concepto y su carácter moral. Todo concepto jurídico vago genera lagunas con respecto a los casos fronterizos (“vehículo”, “posesión”, etc.). Los conceptos morales son especialmente vagos, y por tanto casi siempre generarán lagunas con respecto a los casos fronterizos. Por tanto, aunque rechacemos el positivismo excluyente, deberemos entender que la ley sobre cláusulas contractuales no determina el estatus jurídico de las cláusulas ligeramente injustas. Pero esto es porque el término “injustas” es vago; no porque sea moral. Para la visión raziana de las lagunas, que incluye los conceptos morales como una categoría independiente de lagunas, Raz, *Authority of Law*, *op. cit.*, nota 18, pp. 70 y ss.

qué, antes del *qué* o el *cómo*.²⁷ El *por qué* nos revelará el *qué*. Las aproximaciones indirectas al concepto de validez que hemos comentado en las secciones II y III eluden plantearse directamente para qué sirve la validez. Sin embargo, muchas de estas aproximaciones se basan, aun implícitamente, en una concepción de la razón de ser del derecho y de la validez jurídica. Así, por ejemplo, una versión del positivismo excluyente sostiene que no hay criterios de validez morales porque de otro modo el derecho no podría funcionar como una autoridad (sección III). Y Dworkin, por su parte, entiende que la función del derecho (y de la teoría del derecho) es justificar la fuerza sancionadora del sistema, y que su justificación pasa por demostrar que viene requerida, en cada extremo y ocasión, por razones morales pre-existentes (de ahí la negación de la positividad del derecho y la afirmación de la tesis de la única respuesta correcta). A lo largo de las secciones anteriores, hemos expuesto y evaluado las aproximaciones indirectas al concepto de validez a la luz tanto de la práctica jurídica como de la razón de ser del derecho. En la presente sección ampliaremos esta última cuestión. En especial, buscaremos entender qué función desempeñan en un sistema jurídico el concepto de validez y los criterios de validez. El resultado será una explicación directa de la validez, una explicación que entre otras cosas dotará de un fundamento más firme a los argumentos sobre la relación de la validez con conceptos afines y sobre la naturaleza de los criterios.

1. *La razón de ser del derecho*

Cuando nos preguntamos por la razón de ser del derecho no nos preguntamos para qué fines puede utilizarse el sistema jurídico (o parte de él). Es evidente (y la historia lo corrobora) que los fines a los que *de hecho* se puede destinar la actividad jurídica son múltiples, y muchos de ellos perversos. Cuando nos preguntamos por la razón de ser del derecho, en la línea de la tradición clásica del pensamiento jurídico, nos preguntamos si un sistema jurídico, por el hecho de serlo, tiene una *mayor capacidad* para lograr un fin moralmente necesario de la que tiene cualquier alternativa al derecho. La cuestión, por tanto, consiste de (i) un juicio sobre la adecuación de un medio a un fin (¿tiene el derecho la *capacidad* de lograr un fin moralmente necesario?) y (ii) un juicio comparativo entre varios medios potencialmente

²⁷ Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, nota 15, cap. 1; Finnis, John, *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*. Oxford University Press, Oxford, 1998, cap. 2; Finnis, *Philosophy of Law*, *op. cit.*, nota 8, cap. 1.

adecuados al mismo fin (¿es la capacidad del derecho *mayor* que la de medios alternativos?).

Ambas preguntas deben responderse afirmativamente, por razones que aquí sólo podemos esbozar.

A. *La capacidad del derecho de promover el bien común*

Un sistema jurídico tiene la *capacidad* de lograr gran variedad de fines moralmente necesarios, fines que podemos englobar en la promoción de la justicia y la garantía de los derechos humanos en una comunidad – o, dicho otro modo, la promoción del bien común (donde “común” significa “de cada miembro de la comunidad”). Promover el bien común de una comunidad requiere, fundamentalmente, dos cosas. Requiere, en primer lugar, que los principios morales (de justicia, derechos humano, etc.) abstractos se transformen en directrices concretas que puedan guiar la conducta de un gran número de personas de forma más o menos uniforme y predecible. En segundo lugar, requiere que estas directrices concretas sean efectivamente cumplidas. Concreción y cumplimiento – esos son los dos grandes pasos que (por así decir) separan la mera existencia de principios morales abstractos de la promoción efectiva del bien común en una comunidad de personas de carne y hueso.

Decir que los principios morales en muchos casos necesitan ser concretados antes de poder servir como guías efectivas de conducta colectiva implica que los principios morales por sí mismos no resuelven muchas de las cuestiones que requieren solución en la vida de una comunidad. Esta posición meta-ética entiende que si bien existen verdades y principios morales objetivos y cognoscibles, éstos son tan generales que no dan respuesta a numerosas situaciones concretas.²⁸ Por ejemplo, toda persona está moralmente obligada a contribuir de modo equitativo a los gastos de su comunidad, pero los principios morales de equidad no especifican exactamente de qué modo debe contribuir, con qué regularidad y mediante qué procedimiento. También está moralmente prohibido lesionar a otra persona de modo negligente o ponerla en peligro, pero los principios morales guardan silencio sobre cómo exactamente debe regularse el tráfico de una ciudad, por qué lado debe conducirse, y cuál es el límite de velocidad en cada tramo. También es moralmente necesario poder probar ante terceros la ad-

²⁸ Influyentes desarrollos de esta posición en teoría del derecho: Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, nota 15, pp. 111-8; Finnis, John, *Fundamentals of Ethics*. Georgetown, Washington, 1983, pp. 86-94; Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*. Oxford University Press, Oxford, 1986, cap. 13.

quisición de un inmueble, pero los principios morales no determinan qué forma debe revestir una inscripción registral para servir a tal fin. Los ejemplos son inacabables, y en muchos casos suponen problemas de inconmensurabilidad (¿deben prohibirse las armas? ¿debe ayudarse a los pensionistas o a los parados?). En todos estos casos, hay más de una forma razonable de responder a las cuestiones concretas que se plantean. Los principios morales son vagos con respecto a esas cuestiones. Sin embargo, es imperativo que escojamos *una* de las opciones y la llevemos adelante, descartando las demás. Si no, todos estos problemas de justicia permanecerán sin solución.

Este tipo de problemas se han llamado problemas de coordinación.²⁹ Estamos ante un problema de coordinación cuando la consecución de un fin moralmente necesario requiere una conducta colectiva uniforme, y hay más de un patrón de conducta colectiva que en principio podría razonablemente servir a ese fin si fuera generalmente adoptado. Para que ese fin pueda verse realizado, debemos *concretar* públicamente el patrón de conducta y hacerlo *cumplir*. Estos son los dos aspectos en que puede consistir la *solución* de un problema de coordinación.

Como se desprende de los ejemplos anteriores, la promoción del bien común de una comunidad da lugar a numerosos y complejos problemas de coordinación. El derecho tiene la capacidad de promover el bien común solamente si tiene la capacidad de solucionar problemas de coordinación.

Y en efecto, tiene esa capacidad. Un sistema jurídico, por el hecho de serlo, tiene la capacidad de concretar patrones de conducta a gran escala y de hacerlos cumplir. Su capacidad de concretar patrones de conducta de modo público y ampliamente accesible deriva de la positividad (sección II.2). Esta concreción – que Aquino llamó *determinatio* – supone dar respuestas más detalladas de las que ofrecen los principios morales por sí mismos: supone, por así decirlo, *suplementar* los principios morales abiertos. Obviamente, para suplementar estos principios morales no puede recurrirse a consideraciones morales, que por hipótesis se han agotado, sino que son precisos actos humanos de decisión: esta es una razón por la que el derecho

²⁹ Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, nota 15, cap. 9; Finnis, *Philosophy of Law op. cit.*, nota 8, cap. 2; Raz, *Morality of Freedom*, *op. cit.*, nota 28, pp. 30, 49 y ss; Raz, Joseph. “Facing Up: A Reply”, *Southern California Law Review*, núm. 62, 1989, pp. 1189 y ss. Como se indica en esta literatura, no debe confundirse esta concepción de un problema de coordinación con la concepción homónima desarrollada en la teoría de juegos: Schelling, Thomas, *The Strategy of Conflict*. Oxford University Press, New York, 1963, pp. 81 y ss.; Lewis, David, *Convention: A Philosophical Study*. Blackwell, Oxford, 2002 [1969], pp. 8 y ss.; Ullmann-Margalit, Edna, *The Emergence of Norms*. Oxford University Press, Oxford, 1977, pp. 78 y ss.

debe ser positivo. La otra razón es que los principios morales, además de ser abiertos, son controvertidos: con frecuencia las personas no nos ponemos de acuerdo sobre su contenido, incluso cuando su contenido ofrece solamente una respuesta correcta. Si la identificación del patrón de conducta a seguir por cada persona en cada ocasión dependiera de un juicio moral, difícilmente lograríamos los múltiples patrones de conducta colectiva uniforme necesarios para la promoción del bien común.

La positividad también influye en la capacidad de un sistema jurídico de hacer cumplir las directrices así concretadas. De hecho, la capacidad de concretar y la capacidad de hacer cumplir se refuerzan mutuamente. Cuanto más precisa y públicamente accesible una directriz, más probable su seguimiento voluntario y más eficaz y justa su aplicación por la fuerza. A la inversa, cuanto más probable el seguimiento general de una directriz (voluntariamente o por la fuerza), más sentido tiene tratarla de regla común capaz de establecer un patrón de conducta colectiva.³⁰ Una directriz que no es eficaz no puede solucionar un problema de coordinación. La eficacia del derecho (sección II.1) está directamente relacionada con su razón de ser.

Por tanto, un sistema jurídico, por el hecho de serlo, tiene la capacidad de promover el bien común porque tiene la capacidad de solucionar problemas de coordinación concretando patrones de conducta colectiva a gran escala y haciéndolos cumplir de modo justo.

B. *La capacidad mayor del derecho*

Debemos preguntarnos ahora si esta capacidad del sistema jurídico es *mayor* que la de cualquier otro mecanismo de organización social no jurídico, como por ejemplo la costumbre, las exhortaciones *ad hoc* o la propaganda. Sólo si la capacidad del derecho es mayor podremos afirmar propiamente (de acuerdo con lo establecido antes) que la razón de ser del derecho es la solución de problemas de coordinación para el bien común. Para defender este punto es necesario profundizar en el mecanismo central a través del cual un sistema jurídico soluciona problemas de coordinación, lo que nos lleva a exponer la razón de ser de la validez.

³⁰ Sobre el concepto relacionado de “*saliency*”, Lewis, *Convention, op. cit.*, nota 29, p. 35; Finnis, *Philosophy of Law, op. cit.*, nota 8, pp. 59, 60, 63-4, 67, 70, 150, 256; también en este sentido Schelling, *Strategy, op. cit.*, nota 29, pp. 111 y ss., 293.

2. *La razón de ser de la validez*

¿Qué hace que un sistema jurídico sea especialmente apto para solucionar los problemas de coordinación de grandes comunidades humanas? Los problemas de coordinación que surgen en grandes comunidades humanas son, como hemos apuntado, muchos y complejos. Su ámbito cubre temáticas muy diversas: la protección de la integridad física y la salud, el uso y la distribución de recursos naturales, la educación, las formas y medios de comunicación, la resolución de conflictos, y un largo etcétera. Dada la dimensión de una comunidad de este tipo, las personas y grupos que conviven en ella también son diversos y la mayoría no se conocen entre sí. Para que la organización de la comunidad sea eficaz y – lo que es más importante – adecuada al bien común, es esencial que las soluciones que se adopten para los problemas de coordinación en cada ámbito sean *coherentes* entre sí y relativamente *estables* en el tiempo. Sólo si, por ejemplo, la resolución de conflictos responde a las directrices públicas previamente establecidas, sólo si la contribución de cada uno a los gastos comunes es proporcional a sus recursos, sólo si la ayuda y protección a la persona es independiente del estatus social, sólo si existe igualdad de oportunidad en el ámbito público y privado, puede la organización de una comunidad aspirar a ser justa. Es necesario, por tanto, que los patrones de conducta colectiva en cada ámbito sean consistentes y complementarios, no independientes entre sí y sujetos a fluctuaciones y abusos constantes. Sólo un *sistema* jurídico tiene la capacidad de efectuar una distribución de beneficios y cargas a gran escala de un modo equitativo y razonablemente estable. Y lo que convierte un amalgama de acciones individuales en un *sistema* capaz de este cometido es, esencialmente, el concepto de validez.

Para explicar este punto, conviene distinguir entre dos niveles de coordinación. El nivel primario es el cometido principal del sistema jurídico: es la coordinación de la vida social en las formas y para los fines que venimos indicando. Esta coordinación requiere concretar y publicitar patrones de conducta a gran escala y hacerlos cumplir de modo universal. Acabamos de ver que es esencial que haya consistencia entre todas estas soluciones de problemas de coordinación primarios. Para ello, debe ser la misma entidad – la misma “voz” – la que concrete las pautas a seguir en cada ámbito, de manera que todos la podamos reconocer como tal y actuar en consecuencia (tanto quienes la debemos obedecer como quienes la deben hacer cumplir). Pero, ¿cómo hacer que la “voz” del derecho sea públicamente identificable en tan diversos ámbitos y a los ojos de tantas personas distintas? Sin

duda hay más de un método razonable y factible de identificar públicamente los actos de creación de derecho (y así distinguirlos, por ejemplo, de las promesas electorales o las meras declaraciones de intenciones). La identificación, para ser efectiva, no debe depender principalmente de juicios de valor que no sean compartidos por la mayoría de personas, pues de ser así nunca nos pondríamos de acuerdo en qué es derecho. Pero esto deja abiertas muchas posibilidades: ¿votación por mayoría y publicación en el boletín oficial? ¿escritura pública? ¿ceremonia e inscripción registral? ¿las firmas de tres testigos? En efecto, como el lector habrá advertido, la identificación del derecho da lugar, en sí misma, a un problema de coordinación, un problema de segundo nivel pues no trata directamente de la coordinación de la actividad social sino de una condición necesaria para que esta coordinación primaria se desarrolle: la existencia de un método público y común de reconocimiento de las directrices del derecho.³¹

La solución a este problema de coordinación de segundo nivel, el de la identificación del derecho, viene dada por los criterios de validez. Como explicó Hart, en todo sistema jurídico al menos los oficiales identifican el derecho de acuerdo con unos mismos criterios de validez.³² Esta práctica oficial consistente determina lo que podríamos llamar los criterios de validez últimos: la identificación de las fuentes últimas del sistema y de los principales procedimientos de creación de derecho. En este escalón máximo de la jerarquía normativa, la solución al problema de coordinación de segundo nivel surge de modo espontáneo (contrariamente a los problemas de coordinación primarios, cuya solución requiere mecanismos de concreción y cumplimiento). Sin embargo, conforme descendemos en la jerarquía normativa del sistema, vemos que los criterios de identificación de actos subordinados de creación de derecho no surgen espontáneamente de una práctica social sino que son establecidos mediante actos deliberados. Así, por ejemplo, el legislador ordinario promulgará una ley que determine el procedimiento para crear válidamente una orden ministerial. Esta ley del legislador ordinario será un acto deliberado de creación de derecho que, a su vez, determinará cómo realizar e identificar otros actos de creación de derecho. Dicho de otro modo, esta ley del legislador ordinario será una regla que confiere poderes (sección II.4). Ello pone de relieve una importante verdad: el derecho es reflexivo. Como decía Kelsen, el derecho regula su propia creación. Por eso hay una jerarquía normativa y por eso el poder

³¹ Se hace eco de estos dos niveles de coordinación en Endicott, Timothy, “The Subsidiarity of Law and the Obligation to Obey”, *American Journal of Jurisprudence*, vol. 50, 2005, pp. 237-8.

³² Hart, *Concept of Law*, *op. cit.*, citado en nota 1, caps. 5 y 6.

de crear y modificar el derecho puede distribuirse entre tantas instituciones y personas sin que el sistema pierda esa coherencia fundamental que lo distingue del caos y la anarquía. Pues es el derecho mismo el que determina qué actos son derecho (salvo en el escalón máximo de la jerarquía normativa), y su forma de hacerlo son los criterios de validez, establecidos por reglas jurídicas válidas. El mecanismo de la validez, por tanto, permite que numerosas personas e instituciones, pasadas y presentes, participen en la concreción pública de patrones de conducta colectivos. El segundo nivel de coordinación, de esta manera, constituye un apoyo decisivo al primer nivel de coordinación: la existencia de un mecanismo universal para la identificación del derecho permite que haya consistencia y complementariedad entre las soluciones a problemas de coordinación establecidas en cada ámbito y situación.

Resulta evidente, pues, que un sistema jurídico tiene una *mayor* capacidad de coordinar la vida social por el bien común de la que tienen formas de ordenación social informales. Éstas carecen de un segundo nivel de coordinación y por tanto de las cualidades sistémicas y de estabilidad (y por ende justicia) de un sistema jurídico. Podemos afirmar, por tanto, que la razón de ser del derecho es la coordinación de la vida social por el bien común, y la que razón de ser de la validez es la de ser una pieza clave en la capacidad del derecho de alcanzar este cometido.

3. *El funcionamiento de la validez*

Cabe profundizar algo más en el funcionamiento de la validez. ¿Exactamente cuáles son las características de la validez que le permiten desempeñar la tarea que acabamos de describir? Retomamos aquí el argumento sobre cómo la positividad del derecho influye en su capacidad de solucionar problemas de coordinación (sección IV.1.A). El argumento tiene dos aspectos. (i) Por un lado, la positividad es necesaria porque son necesarios *actos de decisión* para suplementar y así concretar los principios morales abiertos. (ii) Por otro lado, la positividad es necesaria porque son necesarios criterios de identificación del derecho que puedan gozar de amplio *consenso* entre una población diversa, y los principios morales (incluso cuando ofrecen una respuesta correcta) gozan de menor consenso que consideraciones no morales relativas al procedimiento, la forma o el contenido de un acto de decisión. Vamos a comentar cada uno de estos aspectos a fin de entender mejor cómo funciona la validez y cuál es la naturaleza de sus criterios.

A. *Los actos de creación de derecho*

El contenido del sistema jurídico se crea, no se descubre: las posiciones jurídicas de cada persona en cada momento están en función solamente del significado jurídico de *actos* humanos de creación de derecho. Esto viene corroborado por la práctica del derecho y además tiene un claro por qué. Cualquier parte del contenido normativo del sistema – por ejemplo, nuestras obligaciones bajo un determinado régimen contractual – puede reconducirse en última instancia a *actos* de creación de derecho. Tanto pueden ser actos generales (la promulgación del código civil) o como particulares (la celebración de un contrato, una sentencia); tanto pueden ser actos recientes como remotos en el tiempo y sujetos a sucesivas enmiendas. Con frecuencia hablamos de la validez de una “ley”, de un “contrato”, de un “matrimonio”, incluso de un “ticket” o de una “regla”. Estas realidades no son en sí mismas actos humanos. Son, podríamos decir, *resultados* o *productos* más o menos remotos de actos humanos, y con frecuencia un mismo “producto” derivará de más de un acto de creación (como vimos en la sección II.3). Y aun así usamos el apelativo “válido” (o alguna de sus variaciones equivalentes)³³ para referirnos a estos productos, los tratamos de entidades (“el contrato”, “el código”...), en lugar de hablar siempre exclusivamente de las posiciones normativas que se desprenden del conjunto de estas entidades en tanto que son aplicables a una situación concreta (“tus obligaciones [derivadas del contrato, la ley, la jurisprudencia...] son...”).³⁴ La razón por la que tiene sentido fragmentar el contenido normativo del sistema en sendas entidades es doble. Por un lado, denota la conexión genética de estas entidades con actos de decisión: una conexión jurídicamente relevante porque el contenido de estas entidades dependerá (entre otras cosas) de ciertas características de sus actos de creación. Por otro lado, la subdivisión del contenido del derecho en pequeñas unidades supone una simplificación del razonamiento jurídico que resulta crucial para el desarrollo de las operaciones jurídicas cotidianas. Como apuntamos en la sección II.3, cabe reprochar a la teoría de Dworkin su falta de atención a estas consideraciones.

Los actos de decisión que dan lugar a cambios en el contenido normativo del sistema tienen una naturaleza peculiar. Paradigmáticamente, son

³³ Entre las variaciones equivalentes encontramos, por ejemplo, las expresiones de que algo “es” o “no es” un contrato, de que un acto administrativo es “ultra vires” o no, de que una patente ha “expirado”, etcétera.

³⁴ Estas observaciones encajan en cierto modo con la concepción del último Kelsen de la validez como “existencia ideal”, aunque esta concepción se refería a normas jurídicas solamente: Kelsen, Hans, *General Theory of Norms*. (Hartney, trad.) Oxford University Press, Oxford, 1991 [1979], Epígrafes 8 y 57-9.

actos intencionales por los que el agente expresa su intención de realizar un cambio en las posiciones jurídicas de sí mismo o de otros. La expresión de dicha intención es a veces literal y explícita (“por la presente acepto arrendar este inmueble...”, “concedo mi voto a...”, “os declaro marido y mujer”), a veces es completamente implícita (un apretón de manos, un silencio), y a veces está a medio camino (la firma de un documento de condiciones generales, una “x” en una papeleta). En todos estos casos, es la expresión misma de la intención – explícita o implícita – la que produce el efecto deseado. La expresión de la intención, por así decirlo, tiene un carácter “performativo”.³⁵ La mayoría de expresiones de intención que hacemos las personas en nuestra vida no tienen este carácter. Cuando decimos “sí, quiero estudiar derecho”, esa mera expresión de intención no nos sitúa al final de la carrera. Sin embargo, cuando decimos “sí, quiero casarme contigo” en el transcurso de una ceremonia de boda, nuestra expresión de intención *produce* el resultado que *describe*. ¿Qué distingue ambos tipos de expresión? Las expresiones de intención del segundo tipo, las que tienen un efecto performativo, se realizan de acuerdo con unos criterios preexistentes que establecen cómo expresar la intención para que produzca el efecto jurídico deseado. La misma expresión, efectuada sin cumplir estos criterios (por ejemplo, durante una conversación de bar), no tendrá efecto jurídico alguno. Es, por tanto, el cumplimiento de los criterios establecidos por el derecho lo que nos otorga el poder de alterar nuestras relaciones jurídicas mediante la expresión de nuestra intención de que así sea. Esos criterios no son otros que los criterios de validez, establecidos por reglas que confieren poderes: que nos confieren, en última instancia, el poder de participar en la tarea de coordinación social de un modo que respeta nuestra autonomía individual al tiempo que la hace compatible con la de otros.

Esta última consideración es importante. No todo lo que decidimos que sea derecho acabará siendo derecho. De otro modo, el caos sería completo. Las normas que confieren poderes (especialmente poderes privados) suelen dejar un amplio margen de discreción al que los ejerce. Pero la libertad no es completa, ni en cuanto a la forma ni en cuanto al contenido del ejercicio

³⁵ Sobre el uso “performativo” del lenguaje, Austin, J.L., *How To Do Things With Words*. (Urmson y Sbisá, Editores) Harvard University Press, Cambridge MA, 1975[1955]; Searle, John, *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*. Cambridge University Press, Cambridge, 1969. A pesar de que tanto J.L. Austin como Hart intuyeron la importante conexión entre el estudio de los poderes jurídicos y lo que Austin llamaba el uso “performativo” del lenguaje, ninguno de los dos desarrolló esta conexión (Hart, *Essays on Bentham, op. cit.*, nota 16, p. 217; Austin, *How to do Things, op. cit.*, esta nota, p. 4 nota 2, y pz. 19.

del poder. Por ejemplo, a pesar de la existencia del principio de libertad contractual, es posible que ciertas cláusulas que queramos incluir en un contrato nunca lleguen jurídicamente a formar parte de él porque estén en conflicto con alguna prohibición, o porque deban ser expresadas por escrito, o de cualquier otro modo vulneren un criterio de validez. El sistema jurídico funciona bien cuando encuentra un equilibrio justo entre la autonomía individual (y también la de instituciones públicas) y la necesidad de coherencia y consistencia entre los elementos del sistema. Demasiada coherencia supondría criterios de validez estrictos y costosos, y así poca relación entre lo que realmente queremos hacer y lo que jurídicamente logramos hacer. Demasiada libertad de forma y contenido supondría mucho margen para llevar a cabo jurídicamente nuestros deseos, pero un “sistema” tan poco coherente que sería ineficaz, incapaz de garantizar la consecución de los propósitos de los más débiles.

Hemos visto por qué el contenido del derecho es, y debe ser, determinado por *actos* humanos, actos de una naturaleza peculiar que permiten que la coordinación por parte del derecho se adapte con flexibilidad a los deseos de individuos y grupos sin perder por ello la coherencia necesaria para subsistir y garantizar igualdad y predictibilidad. Por ello, la validez es en primera instancia una cualidad de actos humanos, y derivadamente una cualidad que predicamos de los productos de esos actos, productos que agrupamos en “entidades” normativas para simplificar el razonamiento jurídico. Los criterios de validez establecidos por las reglas que confieren poderes son, y deben ser, relativos a características de los actos en cuestión, tanto de forma como de contenido, y no deben comprometer en exceso ni la autonomía individual ni, por otro lado, la coherencia y eficacia del sistema. De ahí la naturaleza de los criterios de validez defendida en la sección III.

B. *La necesidad de consenso*

Pasamos al argumento, relacionado, sobre el *consenso* necesario para la eficacia del sistema. La necesidad de consenso es otra razón por la que el contenido del derecho debe determinarse por actos, no directamente por juicios morales, y a ser posible por características de esos actos que sean fáciles de reconocer y no susciten gran disenso entre la población. Lo observamos en la práctica del derecho: cuanto mayor la importancia de certeza respecto a la ocurrencia y contenido de un acto jurídico, más “formales” los criterios de validez a fin de facilitar la identificación del acto en cuestión por terceros, en el tiempo y el espacio, y de restringir las posibilidades de impugnación. El fortalecimiento puede ser tal que el cumplimiento de cri-

terios procedimentales compense errores sustantivos, como ocurre con las sentencias firmes o con ciertas inscripciones registrales y otros documentos públicos. Aun en el caso de actos jurídicos que no requieren esta certeza extrema, los criterios de validez frecuentemente incluirán firmas, formularios, sellos, declaraciones públicas, o presencia de testigos. Son todos ellos elementos cotidianos en la práctica del derecho y tienen una razón de ser, una razón de ser moral.

¿Moral?, puede uno preguntarse. ¿Qué hay de moral en el requisito de que haya tres firmas en lugar de dos, o de que se emita la resolución hasta las 23.59h de un día determinado? Es cierto que muchos criterios de validez que encontramos diariamente son, en cierto sentido, arbitrarios. Son arbitrarios en el sentido de que podrían razonablemente haber sido diferentes. Si la ley dijera dos en lugar de tres testimonios, y todos siguieran este requisito, incluidos los tribunales, el efecto de la regla en cuestión seguramente sería el mismo. Pero la ley dice tres, y por ello lo jurídicamente correcto es que sean tres. Y, si la ley es razonable, también es lo moralmente correcto. Pues así se sigue de la lógica de los problemas de coordinación. La IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO, como ya indicamos (sección IV.2), da lugar a problemas de coordinación de segundo orden. La exacta combinación de criterios de validez no suele estar moralmente determinada: de entrada no hay una sola combinación que sea moralmente superior a las demás. (Las consideraciones morales incluyen, por supuesto, las consideraciones de eficacia, pues es moralmente necesario que el sistema funcione sin retrasos ni dilapidación de recursos). El razonamiento moral sí *descarta* sendas posibilidades: son generalmente inadecuados los criterios morales, que suscitan disenso; los criterios demasiado sofocantes de la autonomía individual; los criterios desproporcionadamente costosos, etc. Pero una vez descartadas las opciones inadecuadas, permanecen sobre la mesa muchas posibilidades, y es esencial que se encoja *una* y que gane aceptación general. En la medida que una combinación de criterios es ampliamente seguida, tenemos una razón – ahora sí – para considerarla moralmente superior a sus alternativas.

Nada de lo que se ha dicho en estas dos secciones (IV.2.A y IV.2.B) sobre el funcionamiento de la validez excluye la presencia ocasional de criterios de validez morales (sección III). Si una regla establece que ciertos actos no serán válidos si infringen determinado principio moral, ello deja intacta – incluso refuerza – la positividad del derecho y su aptitud para coordinar y generar el consenso necesario para ello.

4. *La naturaleza de la validez*

¿Qué es, entonces, la validez? En esencia, la validez es un sofisticado mecanismo de coordinación. Ofrece la solución a lo que hemos llamado el problema de coordinación secundario de todo sistema jurídico: el problema de la IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO. La razón de ser del derecho es la coordinación de la actividad social para el bien común. El derecho tiene la capacidad única de desempeñar esta tarea en gran medida gracias al mecanismo de la validez. Mediante la validez el derecho regula su propia creación. Lo hace de tal manera que da cabida a las decisiones de muy diversas personas y grupos, englobándolas en un marco institucional que ofrece coherencia, estabilidad, y *pro tanto* IGUALDAD y justicia.

Como hemos visto, esta manera de entender la validez como mecanismo de coordinación explica por qué la validez es distinta de la eficacia aunque está íntimamente relacionada con ella (sección II.1). Explica también por qué es moralmente necesaria la positividad del derecho y, en concreto, por qué es moralmente necesario que la validez de un acto no dependa principalmente de su valor moral (sección II.2). Hemos señalado, además, que la validez logra coordinar porque simplifica el razonamiento jurídico facilitando su subdivisión en unidades manejables (“regla”, “contrato”...) y que más o menos remotamente retienen su conexión con uno o más actos de creación (sección II.3). La validez no es, por tanto, lo mismo que la obligatoriedad del derecho (sección II.4): son las reglas que confieren poderes las que establecen los criterios de validez, y de este modo nos confieren el “poder” de contribuir responsablemente a dar forma al modo de vida que devendrá obligatorio en nuestra comunidad. En este sentido, decir que un acto es válido equivale a decir que el acto participa (o es capaz de participar) en la tarea de coordinación de la actividad social en interés del bien común.

Nos queda por resolver el interrogante con que abrimos el artículo. Si la validez es tan omnipresente en nuestras vidas y tan moralmente importante, ¿cómo es que tan pocas veces nos preguntamos para qué sirve, cómo funciona, y qué es? La respuesta a esta aparente paradoja viene dada por el funcionamiento mismo de la validez. El concepto de validez aísla del RAZONAMIENTO JURÍDICO las cuestiones controvertidas, incluida la reflexión sobre la razón de ser del derecho y sobre los méritos del acto en cuestión. De esta manera, la validez permite que actos jurídicos pasados mantengan su relevancia en el presente y futuro, y sean reconocidos como tales por quienes no presenciaron el acto y están en desacuerdo moral con su contenido. La función de la validez es la de suspender, apartar, relegar a un segundo plano cuestiones relativas al por qué, y concentrar toda la atención en los criterios: aquello que debemos

comprobar para saber qué es derecho. No es de extrañar, por tanto, que el razonamiento jurídico ordinario deje de lado cuestiones sobre la razón de ser de la validez misma. Ni es de extrañar que la doctrina haga lo propio. Esta omisión no es más que un síntoma de la operación de la validez. Un síntoma del que, por cierto, la teoría del derecho no debería contagiarse.

V. BIBLIOGRAFÍA

1. *Bibliografía citada*

- ALEXY, Robert, *Begriff und Geltung des Rechts*. Karl Alber, München, 1992.
- AUSTIN, J.L., *How To Do Things With Words*. 2a. ed., Urmson y Sbisá (eds.) Harvard University Press, Cambridge MA, 1975 [1955].
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*. Duckworth, London, 1977.
- _____, *Law's Empire*. Hart Publishing, Oxford, 1986.
- ENDICOTT, Timothy, "The Subsidiarity of Law and the Obligation to Obey", *American Journal of Jurisprudence*, vol. 50, 2005.
- FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*. 2a. ed., Oxford University Press, Oxford, 2011 [1980].
- _____, *Fundamentals of Ethics*, Georgetown, Washington, 1983.
- _____, *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1998.
- _____, *Philosophy of Law: Collected Essays Volumen IV*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- GARDNER, John. "Justification under Authority", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 23, núm. 1, 2010.
- HART, HLA, *The Concept of Law*, 3a. ed., Oxford University Press, Oxford, 2012 [1961].
- _____, *Essays on Bentham*, Oxford University Press, Oxford, 1982.
- _____, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1983.
- HIMMA, Kenneth. "Inclusive Legal Positivism", *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Coleman, J. y Shapiro, S. (eds.) Oxford Handbooks Series, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- HOLMES, Oliver Wendell, Jr. "The Path of the Law", *Harvard Law Review*, vol. 10, 1897.
- KELSEN, Hans, *General Theory of Law and State*, (Wedberg, trad.) Russell, Nueva York, 1945.

- _____, *Teoría Pura del Derecho*, 2a. ed., (Roberto Vernengo, trad.) México, Porrúa, 1998 [1960].
- KELSEN, Hans, *General Theory of Norms*. (Hartney, Traductor) Oxford University Press, Oxford, 1979 [1991].
- KENNEDY, Duncan, *The Rise and Fall of Classical Legal Thought*, Beard Books, Washington DC, 2006 [1975].
- KRAMER, Matthew, *Where Law and Morality Meet*, Oxford University Press, Oxford, 2004.
- LEWIS, David, *Convention: A Philosophical Study*, Blackwell, Oxford, 2002 [1969].
- MACCORMICK, Neil, *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- MARMOR, Andrei, “Exclusive Legal Positivism”, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Coleman, J. y Shapiro, S. (eds.) Oxford Handbooks Series, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- RADBRUCH, Gustav, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, *Süddeutsche Juristenzeitung*, núm. 1, 1946.
- RAZ, Joseph, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford University Press, Oxford, 1995 [1994].
- _____, “Facing Up: A Reply”, *Southern California Law Review*, núm. 62, 1989.
- _____, *Practical Reason and Norms*, Hutchinson, Londres, 1975.
- _____, *The Authority of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1979.
- _____, *The Concept of a Legal System*, 2a. ed., Oxford University Press, Oxford, 1980 [1970].
- _____, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1986.
- ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*. (Genaro Carrió, trad.) Buenos Aires, Universitaria, 1994 [1953].
- SCHELLING, Thomas, *The Strategy of Conflict*, Oxford University Press, New York, 1963.
- SEARLE, John, *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press, Cambridge, 1969.
- ULLMANN-MARGALIT, Edna, *The Emergence of Norms*, Oxford University Press, Oxford, 1977.
- WALUCHOW, Wil, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford University Press, Oxford, 1994.

2. Bibliografía seleccionada

- DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*. Hart Publishing, Oxford, 1986.
- ENDICOTT, Timothy. “Adjudication and the Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 27, 2007.

- FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, 2a. ed., Oxford University Press, Oxford, 2011 [1980].
- , *Philosophy of Law: Collected Essays Volúmen IV*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- HART, HLA. *The Concept of Law*, 3a. ed., Oxford University Press, Oxford, 2012 [1961].
- HOLMES, Oliver Wendell, Jr. “The Path of the Law”, *Harvard Law Review*, vol. 10, 1897.
- KELSEN, Hans, *General Theory of Law and State*. (Wedberg, trad.) Russell, Nueva York, 1945.
- , *Teoría Pura del Derecho*. 2a. ed., (Roberto Vernengo, trad.) México, Porrúa, 1998 [1960].
- KÖPCKE TINTURÉ, Maris, “Finnis on Legal and Moral Obligation” en John Keown y Robert George, eds., *Reason, Morality, and Law: The Jurisprudence of John Finnis*. Oxford University Press, Oxford, 2013.
- RAZ, Joseph, *The Authority of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1979.
- , *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1986.
- , *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford University Press, Oxford, 1995 [1994].
- ULLMANN-MARGALIT, Edna, *The Emergence of Norms*, Oxford University Press, Oxford, 1977.

3. *Lecturas de apoyo*

- DWORKIN, Ronald, *Justice in Robes*, Harvard University Press, Cambridge MA, 2006, cap. 7.
- GARDNER, John, “Legal Positivism: 5 V 2 Myths”, *American Journal of Jurisprudence*, vol. 46, 2001. “GARDNER”, “*American Journal of Jurisprudence*”
- , “Some Types of Law” en D. Edlin (ed.) *Common Law Theory*. Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- GREEN, Leslie. “Legal Obligation and Authority” en *Stanford Encyclopaedia of Philosophy*, 2003, <http://plato.stanford.edu/entries/legal-obligation/>.
- SIMMONDS, Nigel, *Central Issues in Jurisprudence*, 3a. ed., Sweet&Maxwell, London, 2008 [1986].

CAPÍTULO 26

SISTEMAS JURÍDICOS

Jorge Luis RODRÍGUEZ*

SUMARIO: I. *Validez de las normas e identidad de los sistemas jurídicos.* II. *Concepciones y estructura de los sistemas jurídicos.* III: *Propiedades formales de los sistemas jurídicos estáticos.* IV. *Sistemas jurídicos dinámicos y caracterización del derecho.* V. *Bibliografía.*

I. VALIDEZ DE LAS NORMAS E IDENTIDAD DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS

En su reciente libro *Legality*,¹ Scott Shapiro presenta como una paradoja la de la misma posibilidad del derecho o, si se quiere, de la existencia de un sistema jurídico. Nos propone imaginar que el derecho fue “inventado” por primera vez el 1 de enero del año 10.000 antes de Cristo: el aldeano más viejo de cierta comunidad (Lex) propone a sus conciudadanos dictar un conjunto de normas orientadas a solucionar los problemas más apremiantes del grupo; afirma que sabrán cuándo ha dictado una norma si emite una directiva bajo un cierto árbol del lugar; sostiene que también será el encargado de resolver las controversias respecto del modo de aplicar esas normas, siendo sus juicios finales al respecto, y que cuando muera todas las normas que haya dictado permanecerán vigentes y uno de sus hijos asumirá como nuevo líder, pudiendo por cierto modificar las normas tal como lo desee. Prácticamente todos los demás habitantes del lugar están de acuerdo con esta propuesta y dispuestos a aceptarla, salvo uno (Phil), quien afirma que aunque ella suena bastante bien, en realidad no puede funcionar. Y ello porque para que Lex tenga la potestad para hacer, cambiar o aplicar las normas para la comunidad tendría que haber una norma que le confiera tal potestad; sin embargo, semejante norma no puede existir, pues-

* Profesor de la Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina.

¹ Véase Shapiro, Scott, *Legality*. Cambridge, Mas., Harvard University Press, 2011, pp. 36 y ss. (véase, además, PLANES, DERECHO Y RAZÓN PRÁCTICA).

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 2, pp. 979-1018.

to que en caso de existir debería haber alguien con la potestad para crearla, lo que a su vez requeriría de otra norma que confiera tal potestad, y ello conduciría a un regreso al infinito; por otra parte, Lex no podría crearla él mismo porque igualmente necesitaría de una norma que le confiera tal potestad, y tampoco el pueblo en asamblea podría conferírsela, puesto que en tal caso se requeriría igualmente de una norma que confiera al pueblo la potestad para hacerlo, que tampoco existe. En conclusión, nadie podría crear ni modificar normas para la comunidad, de modo que poseer autoridad jurídica resultaría imposible. Por supuesto, Shapiro concluye el relato diciendo que ni Lex ni el resto de la comunidad le prestan la menor atención a la objeción de Phil: Lex sencillamente comienza a dictar normas y la comunidad comienza a obedecerlas.

Es, creo, un gran mérito de esta presentación de la cuestión el poner en evidencia lo absurdo que ella resulta.² Si el problema consistiera en determinar un orden de prioridad entre las nociones de NORMA JURÍDICA y AUTORIDAD JURÍDICA —así parece entenderlo Shapiro cuando sostiene que éste es un problema con la misma estructura del problema de la prioridad entre el huevo y la gallina—,³ la respuesta sería sencilla: el concepto de autoridad es normativo, esto es, no hay ninguna propiedad empírica cuya posesión convierta a una persona o grupo de personas en una autoridad. Se requiere de una norma para atribuir competencia a alguien como autoridad. En cambio, el significado de una expresión lingüística puede ser calificado como “norma” en la medida en que pretenda influir sobre nuestra conducta para que hagamos o dejemos de hacer ciertas cosas, con independencia de que quien la formule pueda ser calificado como “autoridad”. Por consiguiente, la prioridad en este caso es clara: la noción de norma jurídica tiene prioridad conceptual sobre la noción de autoridad jurídica. Si en cambio el problema consistiera en determinar en qué medida nos obliga una norma si no podemos decir que ella ha sido dictada por una autoridad, la respuesta también parece sencilla: el problema de determinar si una norma nos obliga o no, sea que ella provenga o no de una autoridad, es un problema relativo a su justificación —política, ideológica o moral—, comple-

² No estoy muy convencido, en cambio, de que el propio Shapiro sea consciente de esta virtud de su planteo, dado que se toma en serio el problema al punto de utilizarlo como estrategia de presentación de las diferentes corrientes de pensamiento en la historia de la teoría jurídica (véase Shapiro, *op. cit.*, p. 42).

³ Véase Shapiro, *op. cit.*, p. 39.

tamente independiente de nuestras reconstrucciones conceptuales.⁴ Y si el problema consistiera en determinar qué es lo que permite considerar que una norma o autoridad es *jurídica*, la respuesta también parece simple: una autoridad es jurídica si está investida de tal carácter por una norma jurídica, y una norma es jurídica en la medida en que sea parte de un conjunto de normas orientado a regular la conducta de un grupo social que posea un cierto grado de complejidad al que, en virtud de tal característica, hemos convenido en denominar *derecho*.

Lo expuesto pone de manifiesto la relevancia que comporta la noción de sistema jurídico para una adecuada caracterización del derecho. La mayoría de los teóricos y filósofos del derecho han resaltado que el derecho no es un mero conglomerado de normas, sino que ellas se encuentran organizadas en *sistemas* más o menos complejos, esto es, conjuntos dotados de una cierta estructura u orden interno. No obstante, resulta un tanto paradójico que haya sido Hans Kelsen uno de los principales propulsores del desarrollo de la teoría de los sistemas jurídicos, siendo que Kelsen siempre defendió la idea de que lo que permite distinguir a un sistema jurídico de otros sistemas normativos como la moral, estaba dado por una característica propia de todas las normas jurídicas –la imputación de una sanción coactiva–.

Las ideas de Kelsen sobre las relaciones de derivación entre normas y los rasgos formales de los sistemas jurídicos, tales como su estructura jerárquica, se cuentan entre los pasos decisivos de un desarrollo adecuado de esta rama de la teoría del derecho. Sin embargo, el que su pensamiento haya sido fundamental para la disciplina no significa que se encuentre libre de complejas dificultades. Entre las más notorias se cuentan la caracterización kelseniana de una de las nociones capitales de la teoría de los sistemas

⁴ Como lo apunta correctamente Bayón, cuando un agente acepta que debe realizar cierta acción *p* porque ello ha sido prescripto por cierta autoridad *A*, la estructura de su razonamiento práctico ha de interpretarse del siguiente modo: “1) se debe hacer lo que prescriba la autoridad *A*; 2) *A* prescribe que debe realizarse *p*; por consiguiente: 3) se debe hacer *p*”. Ahora bien, la premisa 1) en el razonamiento anterior puede expresar un deber independiente o dependiente de lo prescripto por alguna otra autoridad *A'*. Pero no es posible concebir una cadena infinita de razonamientos prácticos en los que la premisa mayor sea siempre la conclusión de un similar razonamiento previo, de modo que esa cadena debe romperse en algún punto aceptando un deber independiente de las prescripciones de toda autoridad, o bien debe aceptarse que no existe el deber de obedecer a ninguna autoridad (Bayón, Juan Carlos, *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 268-270). Por ello, aceptar que debe obedecerse a una autoridad reposa en última instancia en un juicio de deber independiente de las directivas de una autoridad y, consiguientemente, seguir las directivas de una autoridad sólo puede justificarse apelando a otro tipo de normas.

jurídicos: la de la VALIDEZ JURÍDICA, así como su controvertida teoría de la *norma fundante básica*, dificultad intrínsecamente vincula con la paradoja de la posibilidad de Shapiro.

Para Kelsen la validez de una norma depende de que ella haya sido creada de conformidad con lo que disponen normas de jerarquía superior, fundamentalmente en lo que hace al órgano competente para su promulgación y al procedimiento que ha de seguirse para hacerlo. Sin embargo, Kelsen no *define* “validez” de este modo. Si bien muchos identifican la validez de una norma con su creación regular de conformidad con lo que otra dispone, en la *Teoría Pura* ese no es más que un *criterio* para determinar cuándo una norma es válida, no una definición de “validez”. La validez es definida por Kelsen, alternativamente, como la “existencia específica” de una norma o como la “fuerza obligatoria de una norma”.⁵ La razón de ello es que para Kelsen un acto de prescribir sólo puede calificarse como “norma” si quien lo emite está autorizado a hacerlo, de modo que si alguien no autorizado formula una prescripción, su conducta no producirá una “norma válida”. Por consiguiente, decir que una norma es válida es tanto como decir que una norma existe como tal, y ese es el sentido de la primera caracterización de la idea de validez. Además, si una norma ha sido dictada de conformidad con otra norma jerárquicamente superior a ella, Kelsen considera que de acuerdo con esa norma superior es obligatorio hacer lo que la norma inferior dispone, lo cual estaría receptado en la segunda caracterización. Por consiguiente, decir que una norma es válida equivale a decir, por una parte, que ella existe como norma porque constituye el resultado de un acto de prescribir autorizado por otra norma y, por otra parte, que es obligatorio hacer lo que ella dispone, porque así lo establece la norma jerárquicamente superior a su respecto.

Muchos autores han sostenido que en esta reconstrucción Kelsen confunde dos diferentes nociones de validez, una de ellas descriptiva y la otra prescriptiva.⁶ En sentido descriptivo, decir que una norma jurídica es válida

⁵ Véase Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del estado*, Eduardo García Maynez (trad.), México, UNAM, 1989, pp. 115-116 (original: *General Theory of Law and State*. Cambridge, MA, Harvard University Press, 1945), y *Teoría Pura del Derecho*, 2a. ed., Roberto Vernengo (trad.), México, UNAM, 1979, p. 193 (original: *Reine Rechtslehre*. Wien, 1960). Además POSITIVISMO JURÍDICO.

⁶ El uso ambiguo de la noción de validez en la *Teoría Pura* ha sido destacado, entre otros trabajos, en Ross, Alf, “Validity and the Conflict Between Legal Positivism and Natural Law” en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, núm. IV, 1961, pp. 46-93 (reproducido en Paulson, Stanley y Litschewski, Bonnie (eds.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 147-163); Raz, Joseph, “Legal Validity”

significa que ella pertenece a un determinado sistema jurídico —lo que se correspondería con la noción kelseniana de “existencia específica”. En sentido prescriptivo, decir que una norma jurídica es válida significa que es obligatorio hacer lo que ella prescribe —lo que se correspondería con la noción kelseniana de “fuerza obligatoria”.

No obstante, quienes han reparado en esta ambigüedad no concuerdan en las conclusiones que han de proyectarse de ella. Así, Ross llama la atención sobre esta ambigüedad y se inclina por una lectura descriptiva del concepto de validez, considerando que el pensamiento de Kelsen debería ser reconstruido suprimiendo la noción de validez como fuerza obligatoria.⁷ Ello por cuanto, a su entender, interpretar la noción de validez en un sentido descriptivo es el único camino compatible con una visión positivista del derecho, que es la que Kelsen afirma sostener. Tacha en consecuencia a Kelsen de *pseudopositivista* o *iusnaturalista encubierto* por no ser suficientemente consecuente con el ideario positivista al manejar igualmente una noción prescriptiva de validez. Nino, por su parte, advierte la misma impropiedad en la teoría de Kelsen, pero se sitúa en la posición opuesta a la de Ross, señalando que la reconstrucción más satisfactoria que puede hacerse de sus ideas es la que sostiene el predominio de la noción prescriptiva de validez, pese a que la idea de validez como fuerza obligatoria utilizada por Kelsen sería la misma que emplean las teorías iusnaturalistas.⁸

Bulygin ha sostenido que la confusión entre pertenencia y obligatoriedad lleva a Kelsen a problemas que se ponen de manifiesto paradigmáticamente en su idea de la *norma fundante básica*.⁹ Cuando Kelsen se pregunta por el fundamento último de validez de un sistema jurídico, está abordando sin advertirlo dos cuestiones diferentes que requieren respuestas distintas. Para hacer esto explícito, Bulygin efectúa una reconstrucción de la sistematización del derecho utilizando primero la noción descriptiva de validez y luego la noción prescriptiva. Este análisis le sirve para evaluar críticamente la teoría de la norma fundante básica, apoyado en la idea de que este “pre-

en Raz, Joseph, *The Authority of Law*. Oxford, Clarendon Press, 1979, pp. 146-159 y “The Identity of Legal Systems”, en Raz, Joseph, *op. cit.*, pp. 78-102; Nino, Carlos Santiago, *La validez del derecho*. Buenos Aires, Astrea, 1985; Garzón Valdés, Ernesto, “Algunos modelos de validez normativa” en Garzón Valdés, Ernesto, *Derecho, Ética y Política*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 73-105. No obstante, quien con mayor claridad y provecho ha presentado esta crítica es Eugenio Bulygin en Bulygin, Eugenio, “An Antinomy in Kelsen’s Pure Theory of Law”, *Ratio Juris*, núm. 3, 1990, pp. 29-45 y *El positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2006.

⁷ Véase Ross, “Validity and the Conflict Between Legal Positivism and Natural Law”, *op. cit.*

⁸ Véase Nino, *La validez del derecho*, *op. cit.*

⁹ Véase Bulygin, “An Antinomy in Kelsen’s Pure Theory of Law”, *op. cit.*

supuesto lógico-trascendental” de los juristas pretende ilusoriamente ofrecer una respuesta única a dos problemas diversos.

Si se parte de la noción de validez en el sentido de pertenencia de una norma a un sistema, la pregunta por la validez de una norma busca determinar si ella es uno de los elementos que forman parte de un conjunto de normas que pueda denominarse “sistema jurídico”. Esa norma será válida si ella integra tal conjunto y no lo será si no forma parte del conjunto. En una reconstrucción simplificada de la idea kelseniana de *cadena de validez*, en sentido descriptivo, si queremos establecer si una sentencia determinada forma parte de un cierto sistema jurídico, habrá que analizar si fue dictada por una autoridad con competencia para hacerlo, si fue respetado el procedimiento establecido para su dictado por normas de mayor jerarquía y si su contenido se ajusta al establecido por otras normas igualmente superiores. Si estos requisitos no se cumplen, la norma no será válida en el sentido aquí considerado. Pero si se satisfacen, el problema no ha terminado, pues la validez de la sentencia dependerá ahora de la pertenencia al sistema de las normas superiores de las cuales, estática o dinámicamente, ella deriva. La validez de estas normas de nivel superior, a su vez, dependerá de la pertenencia al sistema de las normas en cuya virtud pueda justificarse la pertenencia de las anteriores. La cuestión se repetirá tantas veces como estratos normativos aparezcan en el sistema. Al llegar a la constitución vigente deberá analizarse, del mismo modo, si su pertenencia al sistema puede justificarse a partir de normas a su vez integrantes del sistema. Así, inexorablemente se alcanzará en algún momento una primera constitución histórica. Pero ahora, ¿cómo justificar la validez de esa primera norma positiva, esto es, la validez de la primera constitución histórica? Pues bien, en primer lugar, Kelsen rechaza la idea de que la validez de esa primera constitución histórica pueda derivarse de un *hecho*. Y ello debido al “abismo lógico” que a su juicio media entre el mundo del ser y el mundo del deber ser: de un hecho no es posible derivar la validez de una norma. En segundo lugar, Kelsen sostiene que la primera constitución no puede derivar su validez de ninguna *norma positiva*, ya que ella es, por definición, la norma positiva históricamente primigenia de dicho orden jurídico.¹⁰ En tercer lugar, Kelsen tampoco puede admitir que la validez de la primera constitu-

¹⁰ Contra esto podría interpretarse que la validez de la primera constitución de un cierto orden jurídico nacional se funda en una norma positiva del derecho internacional. Sin embargo, tal interpretación no soluciona el problema, por cuanto ahora habría que responder a la pregunta por el fundamento de validez de las normas del derecho internacional. Véase Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, 2a. ed., *op. cit.*, p. 225 y ss.

ción deriva de una *norma moral*, ya que ello parecería obligarlo a renunciar a la tesis positivista de que todo derecho es derecho positivo. La salida de Kelsen consiste en sostener que el fundamento de validez de la primera constitución histórica –y, en consecuencia, de todas las restantes normas de un cierto orden jurídico– está dado por una norma a la que denomina “fundamental” o “básica”, que no sería una norma positiva sino una *norma presupuesta*, esto es, una *norma pensada*, que permitiría interpretar el sentido subjetivo del acto que dio origen a la primera constitución como el sentido objetivo de una norma y, en consecuencia, concebir a todo el sistema que de ella se deriva como un sistema jurídico. Se trataría de una hipótesis epistemológica, un *presupuesto lógico trascendental*, en la terminología que Kelsen toma de Kant.

La norma fundante básica es la instauración del hecho fundante de la producción del derecho, y puede ser designada, en este sentido, como constitución en sentido lógico-jurídico, para diferenciarla de la constitución en sentido jurídico positivo. Es el punto de partida de un proceso: el proceso de la producción del derecho positivo. No es ella misma una norma impuesta por la costumbre, o por el acto de un órgano de derecho; no es una norma impuesta, sino presupuesta, en tanto la instancia constituyente es vista como la autoridad suprema y, en consecuencia, en tanto no puede ser vista como facultada para dictar la constitución por una norma establecida por una autoridad aún superior.¹¹

Ahora bien, si se considera el sentido descriptivo de validez, parece un sinsentido –y esto es lo que afirma Bulygin– preguntarse por el “fundamento de validez” de la primera constitución. Como se dijo, cuando se busca determinar si una norma es válida en sentido descriptivo lo único que se pregunta es si ella integra un cierto conjunto de normas. Las normas que integran el conjunto analizado son todas las que puedan derivarse a partir de una primera constitución, que es la que históricamente dio origen al sistema. El sistema estará conformado, entonces, por una primera constitución histórica y un conjunto de normas que se derivan de ella estática o dinámicamente. No hay ninguna pregunta adicional que tenga sentido formular acerca de la “validez” de la primera constitución para resolver las cuestiones que pueden suscitarse sobre la identificación de los elementos del conjunto. La inclusión en un cierto sistema jurídico de una norma no originaria depende de que ella se derive de otras normas. Pero todo sistema jurídico debe tener alguna norma originaria, de la cual se derivan todas las demás, y ésta es la primera constitución. Todo sistema jurídico positivo es un conjunto finito

¹¹ Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, 2a. ed., *op. cit.*, p. 206.

de normas; la pertenencia de algunas de tales normas puede justificarse a partir de la pertenencia de otras normas al sistema. Se denominarán aquí “normas derivadas” a las que poseen esa característica. Pero como se trata de sistemas finitos, no es posible que respecto de toda norma exista otra que permita justificar su pertenencia, es decir, habrá necesariamente ciertas normas no derivadas. El sistema estará conformado, pues, por ciertas normas no derivadas y otras que se derivan de las primeras.¹² Preguntarse por el “fundamento de validez”, en el sentido aquí considerado, de una norma derivada equivale a cuestionarse por las razones que justifican considerar a dicha norma como perteneciente de manera derivada al sistema. La respuesta a dicha pregunta consistirá en mostrar de qué modo esa norma se deriva de otras. Pero esta idea presupone que hay normas que no son derivadas, y respecto de ellas no hay respuesta a la pregunta por su “fundamento de validez”, en este sentido, simplemente porque la pregunta está mal planteada: sería tanto como preguntarse de dónde se derivan las normas no derivadas, lo cual es absurdo.

Por lo expresado hasta aquí, como destaca Bulygin, si por “validez” se entiende una referencia a la pertenencia de una norma a un sistema, la idea kelseniana de la norma fundante básica resulta *superflua* para fundar la “validez” de la primera constitución, ya que esta última es la que define al sistema como unidad independiente, por lo que no se requiere de ninguna norma para justificar su pertenencia al sistema.

Si en cambio se reconstruye la cadena de validez kelseniana que remata en la norma fundante básica tomando en consideración el sentido prescriptivo de validez, cuando se pregunta por la validez de una norma lo que se pretende es una justificación del deber de cumplir con ella. El deber de cumplir con una norma no puede sino ser impuesto por otra norma, a la que se considerará (en algún sentido) jerárquicamente superior a la primera. Resulta de la mayor importancia distinguir esta respuesta de la que se ofrecía en el caso anterior. Si bien aquí también se apela a una norma para fundamentar la “validez” de otra, como el sentido de “validez” considerado es distinto, las preguntas son diferentes e igualmente deberían serlo las respuestas. En el caso de la validez descriptiva, como se dijo, se apela a una norma para justificar que otra

¹² Véase Caracciolo, Ricardo, *El Sistema Jurídico. Problemas actuales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 31.

norma *integra un conjunto*. En el caso de la validez prescriptiva, se apela a una norma para justificar *el deber de cumplir* con otra norma.

Para poder considerar válida en sentido prescriptivo, esto es, obligatoria, a una norma N_1 , no basta simplemente con que una norma N_2 imponga el deber de cumplirla: se requiere además que la propia norma N_2 sea obligatoria. De manera que, como para justificar el deber de cumplir con una norma se debe apelar a otra norma *a su vez obligatoria*, esta cadena de justificación parece conducir a un regreso hacia el infinito. Si para justificar la validez en sentido prescriptivo de una cierta norma se llega, a través de una cadena de validez, a una primera constitución histórica, ahora tiene perfecto sentido preguntarse por qué es obligatorio cumplir con la primera constitución.

Esto es lo que habría llevado a Kelsen a postular su idea de la norma fundante básica, una norma no positiva, presupuesta en todo orden jurídico, que establecería el deber de obedecer las normas dictadas por el primer constituyente y constituiría el fundamento de validez de las restantes normas del sistema. Pero, como lo remarca Bulygin, la norma fundante básica resultaría *insuficiente* para fundar la validez en sentido prescriptivo de la primera constitución y, consiguientemente, de todas las restantes normas del sistema. El deber de cumplir con la primera constitución sólo puede surgir de una norma que así lo disponga, pero de una norma genuina, no de una “norma pensada”, no de un “supuesto epistemológico” o “lógico-trascendental”. Y, como si eso fuera poco, ella misma debe ser obligatoria.

La norma fundante básica sería, entonces, o bien superflua si se toma en cuenta el sentido descriptivo de validez, o bien insuficiente si se considera el sentido prescriptivo de validez. Su presencia en la teoría kelseniana sólo se justifica debido a la falta de distinción por parte de Kelsen de esas dos nociones.¹³

¹³ A partir de esta conclusión, Bulygin propone otorgar preeminencia a la noción descriptiva de validez en la *Teoría Pura del Derecho*, pues considera que optar por la noción prescriptiva obligaría al intérprete a admitir que la concepción kelseniana se aparta del postulado fundamental del positivismo jurídico, cual es la separación tajante entre el derecho y la moral. Esto parece, no obstante, un tanto desconcertante. Si el positivismo es concebido como una determinada manera de caracterizar el derecho de acuerdo con la cual la identificación de una norma como miembro de un sistema jurídico dependería exclusivamente de ciertos hechos sociales complejos y no de una evaluación moral de su contenido, de ello se sigue, tal como lo remarca Hart, que decir que cierta norma es parte de un sistema jurídico no suministra una respuesta concluyente a la cuestión de si existe un deber moral de obedecerla (véase Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*. Genaro Carrió, [trad.], Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963, pp. 259-260 [original: *The Concept of Law*. Oxford, Clarendon Press,

En síntesis, la expresión “validez” asume varios sentidos que no deben confundirse, pues de lo contrario pueden generarse muy serios problemas en la reconstrucción de los conceptos jurídicos más fundamentales. Si “validez” se interpreta como sinónimo de creación regular de una norma de conformidad con las pautas fijadas por otras normas, no todas las normas de un sistema jurídico pueden ser calificadas como válidas: la primera constitución histórica no es ni válida ni inválida en este sentido. Si “validez” se interpreta como sinónimo de pertenencia a un sistema, en cambio, todas las normas que componen un sistema jurídico serán normas válidas, pero deberá distinguirse entre ellas aquellas cuya pertenencia depende de su relación con otras normas del sistema (normas derivadas) y aquellas cuya pertenencia no depende de su relación con otras normas del sistema (normas originarias o no derivadas). Y, además, debe tenerse presente que predicar la validez de una norma en este sentido constituye solamente un juicio descriptivo que afirma que ella es parte de un conjunto más amplio de normas, sin que ello importe evaluación alguna respecto del deber de cumplirla o aplicarla. Por último, si “validez” se interpreta como sinónimo de fuerza obligatoria, en principio calificar como válida a una norma jurídica en este sentido importa una evaluación desde un punto de vista extrajurídico. De todos modos, debería tenerse en cuenta que esta calificación resulta todavía problemática, porque decir que una norma posee fuerza obligatoria puede leerse como una genuina norma que prescribe el deber de cumplir con ella, o bien como una proposición normativa que se limita a señalar que otra norma impone el deber de cumplir con ella. Y tanto en el primer caso como en el segundo, tales calificaciones pueden hacerse desde un punto de vista jurídico o desde un punto de vista moral.¹⁴

1961]). Por consiguiente, una vez que se distinguen los sentidos prescriptivo y descriptivo de validez, ¿por qué razón una teoría positivista del derecho debería rechazar la noción prescriptiva como incompatible con su tesis central? En la medida en que el problema de la identificación de las normas jurídicas y el problema de su fuerza obligatoria se consideren independientes, no parece existir ninguna posible contradicción entre la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral y la aceptación de la noción de validez como fuerza obligatoria (véase Ferrer Beltrán, Jordi y Rodríguez, Jorge Luis, *Jerarquías normativas y dinámica jurídica*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2011, p. 54).

¹⁴ Para una crítica en este punto al análisis de Bulygin, véase Ferrer Beltrán y Rodríguez, *Jerarquías normativas y dinámica jurídica*, *op. cit.*, pp. 55 y ss.

II. CONCEPCIONES Y ESTRUCTURA DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS

Interpretar al derecho como un sistema obliga a seleccionar cierta relación o relaciones entre sus elementos componentes; no obstante, es una cuestión controvertida cuáles sean las relaciones relevantes que le confieren al derecho una estructura sistemática.¹⁵ Dos han sido las candidatas más exploradas: relaciones deductivas entre normas y relaciones de creación regular de normas. Cada una de esas relaciones determinaría un cierto criterio de pertenencia de normas a un sistema jurídico: el *criterio de deducibilidad* y el *criterio de legalidad*. Una norma N pertenecería a un sistema jurídico S en virtud del criterio de deducibilidad si y sólo si N pertenece a las consecuencias lógicas de S ; mientras que una norma N pertenecería a un sistema jurídico S en virtud del criterio de legalidad si y sólo si N ha sido creada regularmente de conformidad con una norma N_1 que pertenece a S . La creación regular de N de conformidad con N_1 dependería de la satisfacción conjunta de las dos condiciones siguientes: en primer lugar, que N_1 faculte u otorgue competencia a un sujeto x a crear N ; en segundo lugar, que x haya creado la norma N .

En síntesis:

Criterio de deducibilidad: $N D \in S_j$ sii $N \in C_n(S_j)$

(donde “ $D \in$ ” significa pertenencia en virtud del criterio de deducibilidad y “ $C_n(S_j)$ ” equivale a la clausura del sistema S_j bajo la noción de consecuencia lógica.)

Criterio de legalidad: $N L \in S_j$ sii $N CR N_1 \in S_j$
y $N CR N_1$ sii 1) $N_1 F_x C(N)$, y
2) $x C(N)$

(donde “ $L \in$ ” significa pertenencia en virtud del criterio de legalidad; “ $N CR N_1 \in S_j$ ” que la norma N ha sido creada regularmente de conformidad con lo que establece N_1 que pertenece a S_j ; “ $N_1 F_x C(N)$ ” que la norma N_1 faculta a una autoridad x a crear la norma N , y “ $x C(N)$ ” que la autoridad x ha creado la norma N .)

¹⁵ Para una excelente presentación de tal discusión, véase Ratti, Giovanni Battista, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*. Torino, Giappichelli, 2008.

A primera vista, tal como lo indica Caracciolo, sobre la base de estos dos criterios se podrían ofrecer cuatro diversos modelos analíticos de pertenencia:¹⁶

- M1: $N \in S \text{ sii } N D \in S$
- M2: $N \in S \text{ sii } N L \in S$
- M3: $N \in S \text{ sii } (N D \in S \wedge N L \in S)$
- M4: $N \in S \text{ sii } (N D \in S \vee N L \in S)$

De acuerdo con M_1 , las normas que integrarían un sistema jurídico serían aquellas que satisfagan el criterio de deducibilidad; de acuerdo con M_2 , las normas que integrarían un sistema jurídico serían aquellas que satisfagan el criterio de legalidad; de acuerdo con M_3 , las normas que integrarían un sistema jurídico serían aquellas que satisfagan conjuntamente los criterios de legalidad y deducibilidad, y de acuerdo con M_4 , las normas que integrarían un sistema jurídico serían aquellas que satisfagan ya sea el criterio de legalidad o el de deducibilidad. De estos cuatro modelos, parecería preferible el último sobre los restantes para reconstruir las relaciones de pertenencia de normas a un sistema jurídico.¹⁷ Sin embargo, las cosas no son tan simples. Como tanto el criterio de legalidad como el de deducibilidad permiten justificar la pertenencia de una norma a un sistema jurídico en virtud de su relación con otras normas, ambos criterios suponen ya la preexistencia de ciertas normas en el sistema, de manera que ninguno de los cuatro modelos puede aceptarse como una reconstrucción satisfactoria de los criterios de pertenencia de todas las normas de un sistema jurídico. Si las relaciones sistemáticas no son circulares, entonces en todo sistema jurídico debe existir al menos una norma cuya pertenencia no dependa de que ella sea una consecuencia lógica de otras normas del sistema ni de que satisfaga otras relaciones sistemáticas, esto es, debería existir al menos una norma independiente o no derivada, tal como ya se indicó en el punto anterior. Con todo, se los podría interpretar como modelos de pertenencia a un cierto subconjunto de normas jurídicas: las normas dependientes o derivadas, dando por supuesto que en un sistema jurídico coexisten normas dependientes —aquellas cuya pertenencia es una función de su relación con otras normas— y normas independientes o no derivadas —aquellas cuya pertenencia no es una función de su relación con otras normas.

¹⁶ Véase Caracciolo, *El Sistema Jurídico. Problemas actuales*, op. cit., pp. 59 y 60.

¹⁷ Véase Caracciolo, *El Sistema Jurídico. Problemas actuales*, op. cit., p. 66.

En segundo lugar –y lo que es más importante–, en la medida en que el criterio de deducibilidad toma como relevante la relación de consecuencia lógica, solo puede ser tomado como un criterio de pertenencia a un conjunto. En virtud del principio de extensionalidad, la identidad de un conjunto depende enteramente de la identidad de los elementos que lo componen,¹⁸ de manera tal que los conjuntos conforman entidades estáticas: si un elemento x perteneciente a un conjunto A es eliminado, el resultado de tal operación será un nuevo conjunto B . Por el contrario, el criterio de legalidad pretende dar cuenta de la naturaleza dinámica del derecho, esto es, la idea de que el contenido del derecho puede cambiar, sin que por ello pierda su identidad. A diferencia de los sistemas morales, que no se encuentran abiertos a los cambios deliberados, los sistemas jurídicos contienen normas que regulan la potestad normativa de incorporar o eliminar contenidos normativos. Esas normas que confieren potestades normativas definen a las autoridades normativas y regulan el ejercicio de la competencia jurídica.

Siendo ello así, si se concibe a los sistemas jurídicos como conjuntos de normas –entre otros posibles elementos–, el criterio de deducibilidad puede ser tomado como un criterio de pertenencia de normas a sistemas semejantes, no así el criterio de legalidad. Por el contrario, si se concibe a los sistemas jurídicos como sistemas dinámicos, lo cual requiere reconstruirlos no como conjuntos de normas sino como sucesiones de conjuntos de normas a lo largo del tiempo,¹⁹ el criterio de legalidad puede ser tomado como criterio de pertenencia de conjuntos de normas a tales secuencias, no así el criterio de deducibilidad. La razón de esto es que, bajo esta interpretación, la unidad que persiste pese a los cambios de normas en el tiempo es una secuencia de conjuntos que son reemplazados por otros con cada acto válido de promulgación, reforma o derogación de normas. De modo que, en este enfoque, las normas pertenecen a conjuntos estáticos que, a su vez, pertenecen a una secuencia dinámica, y el criterio de legalidad lo que especifica es cuándo se admitirá un nuevo conjunto en esa secuencia como resultado de un acto de modificación normativa.²⁰ Por consiguiente, los dos criterios no pueden determinar la pertenencia de una misma clase de elementos a

¹⁸ El principio de extensionalidad puede representarse del siguiente modo: $(PE) \forall x ((x \in A) \leftrightarrow (x \in B)) \rightarrow A = B$. Esto significa que si dos conjuntos A y B tienen exactamente los mismos elementos, son en realidad el mismo conjunto.

¹⁹ En el punto IV se examinará con detalle esta idea.

²⁰ Aunque las normas pertenecen a conjuntos estáticos y estos pertenecen a la secuencia dinámica, las normas no pertenecen a la secuencia porque la relación de pertenencia no es transitiva (véase Moreso, José Juan y Navarro, Pablo, *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, pp. 42).

una entidad única: el criterio de deducibilidad puede constituir en todo caso un criterio de pertenencia de normas a un conjunto estático, mientras que el criterio de legalidad solo puede constituir un criterio de pertenencia de conjuntos a una secuencia dinámica.

Concebir al derecho como un conjunto estático de normas resulta particularmente apropiado para tratar de reconstruir el conjunto de las normas que resultan relevantes para la solución de un caso. Desde este punto de vista, la finalidad básica de la reconstrucción sistemática apunta a determinar las consecuencias que se siguen de ciertas normas con respecto a un problema jurídico teórico o práctico en un contexto específico, esto es, se busca reconstruir el tipo de operación que llevan a cabo los juristas cuando examinan las soluciones que se derivan del derecho vigente respecto de un caso real o hipotético, y los órganos jurisdiccionales cuando deben justificar sus fallos respecto de un conflicto que se les somete a su decisión. Es con este tipo de finalidades en mira que cobra sentido la afirmación de Alchourrón de que un principio ideológico que posee particular importancia con relación a la reconstrucción sistemática del derecho es aquel que sostiene que los jueces deben resolver todos los casos que se les someten a juzgamiento dentro del límite de su competencia mediante decisiones fundadas en normas jurídicas.²¹ En este enfoque la relación entre normas que define la estructura sistemática es la relación de consecuencia lógica. Este es el concepto de sistema jurídico que fuera tan fructíferamente estudiado por los profesores argentinos Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin en *Normative Systems*.²²

En cambio, concebir al derecho como una unidad dinámica resulta particularmente apropiado para ofrecer una caracterización del derecho como fenómeno institucional desde la perspectiva de la filosofía jurídica. Desde este punto de vista, la finalidad básica de la reconstrucción sistemática apunta a distinguir al derecho de otros sistemas normativos, centrando la atención en el hecho de que autoridades de diferentes jerarquías promulgan y derogan normas orientadas a regular la conducta de cierto grupo social. Esta segunda noción de sistema jurídico no puede ser adecuadamente explicada en términos de un sistema estático, puesto que el derecho de una comunidad política posee naturaleza dinámica, en el sentido de que su contenido cambia como

²¹ Véase Alchourrón, Carlos, "On Law and Logic", *Ratio Juris*, vol. 9, núm. 4, 1996. pp. 331-348.

²² Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1975 (original: *Normative Systems*. Springer Verlag, New York-Wien, 1971).

consecuencia de actos de promulgación, reforma o derogación de normas. Aquí la relación entre normas que define la estructura sistemática es la relación de legalidad de los actos de producción normativa.

Cuando se emplea la noción de sistema jurídico desde una perspectiva estática con miras a la identificación de las normas relevantes para la solución de cierto caso, se vuelve muy importante tomar en cuenta la noción de *aplicabilidad* de las normas, esto es, el deber jurídico que pesa sobre los jueces de aplicar una norma a cierto caso.²³ Raz ha sostenido que los sistemas jurídicos son sistemas abiertos pues una de sus principales funciones consiste en conferir fuerza obligatoria (aplicabilidad) a normas que no pertenecen a él.²⁴ En este sentido, el conjunto de las normas que resultan relevantes para la resolución de un caso no necesariamente es un subconjunto de alguno de los conjuntos de normas que integran una secuencia dinámica, entendida esta última noción como una reconstrucción simplificada del derecho como sistema institucional. Por ello, una generalización de la idea del sistema de normas relevantes para la solución de un caso no tiene por qué coincidir con la idea del conjunto global de normas que configura un momento temporal en la secuencia que conforma un mismo derecho nacional.

El derecho en un cierto momento puede ser entendido como un *macro-sistema*; el conjunto de las normas que un juez debe tomar en consideración para resolver un cierto problema puede reconstruirse como un *microsistema*. Pero esos microsistemas pueden estar conformados por normas vigentes en distintos momentos temporales del orden jurídico, o incluso por normas que no integran ningún sistema de la secuencia que conforma el derecho en cuyo marco el juez cumple su función. Por supuesto, decir que el sistema de normas relevantes para la solución de un caso no es idéntico y puede ni siquiera ser un subconjunto propio de uno de los sistemas globales que

²³ Véase Bulygin, Eugenio, "Time and Validity" en Martino, Antonio (ed.). *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*. North Holland-Amsterdam-New York-Oxford, North Holland Publishing Company, 1982, pp. 65-82; Moreso, José Juan y Navarro, Pablo, "Applicability and Effectiveness of Legal Norms", *Law and Philosophy*, núm. 16, 1997, pp. 201-219; "The Reception of Norms and Open Legal Systems", Paulson, Stanley y Litschewski, Bonnie (eds.). *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, op. cit., pp. 273-292. Desarrollos ulteriores en torno a la noción de aplicabilidad pueden consultarse en Navarro, Pablo, Orunesu, Claudina, Rodríguez, Jorge Luis y Sucar, Germán, "La aplicabilidad de las normas jurídicas" en Comanducci, Paolo y Guastini, Riccardo (eds.), *Analisi e Diritto 2000. Ricerche di Giurisprudenza Analitica*. 2000, pp. 133-152 y "Applicability of Legal Norms", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. VII, núm. 2, 2004, pp. 337-359.

²⁴ Véase Raz, Joseph, *Practical Reason and Norms*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 1990, pp. 152-154; "Incorporation by Law", *Legal Theory*, núm. 10, 2004, pp. 1-17.

integran la secuencia de un orden jurídico no equivale a sostener que no existan relaciones más complejas entre ellos.²⁵

III. PROPIEDADES FORMALES DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS ESTÁTICOS

Muchos teóricos del derecho han asumido como una verdad evidente que el derecho entendido como un conjunto de normas –esto es, desde el punto de vista estático– es necesariamente completo, en el sentido de que no existen conductas que carezcan de solución jurídica, de modo que las acciones no prohibidas son consideradas implícitamente reguladas como permitidas.²⁶ No obstante, la discusión iusilosófica en torno al problema de la completitud y la posibilidad de lagunas en el derecho se ha visto ensombrecida por falta de claridad conceptual.

Uno de los errores más persistentes en el tratamiento del problema de las lagunas en el derecho puede presentarse del siguiente modo: pese a la insistencia de los positivistas de corte hartiano en rechazar la existencia de una única respuesta correcta para cada caso jurídico, Dworkin ha sostenido que la tesis de las fuentes sociales, definitoria del POSITIVISMO JURÍDICO,

²⁵ Un análisis preliminar de tales relaciones puede encontrarse en Rodríguez, Jorge Luis, *Lógica de los sistemas jurídicos*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 147-158. Recientemente Ronald Dworkin ha propuesto distinguir diferentes conceptos de derecho. En primer lugar, sostiene que se utilizaría un concepto *doctrinario* de derecho para expresar proposiciones jurídicas, esto es, afirmaciones relativas a lo que el derecho exige, permite o prohíbe, así como las consecuencias que se siguen de ello. En segundo lugar, se emplearía un concepto *sociológico* de derecho cuando se hace referencia a un tipo particular de estructura social, institución o pauta de conducta. En tercer lugar, se emplearía un concepto *taxonómico* de derecho cuando se clasifica a cierta regla o principio como jurídico y no de otra clase. Finalmente, se usaría un concepto *ideal (aspirational)* de derecho cuando se hace referencia al ideal de legalidad o al estado de derecho (véase Dworkin, Ronald, *Justice in Robes*. Cambridge, Mas.London, Harvard University Press, 2006, pp. 2-5). Las dos concepciones de los sistemas jurídicos que se distinguen en el texto poseen afinidades muy próximas con estas distinciones de Dworkin: por una parte, la noción estática de sistema jurídico, entendida como referida al conjunto de las normas que resultan relevantes para la solución de un caso, parece cercana al concepto doctrinario de derecho de Dworkin, en tanto que la idea de una noción dinámica de sistema jurídico, entendida como referida a una secuencia histórica que recoge los cambios institucionales que sufre el derecho, parece cercana a los conceptos sociológico y taxonómico de derecho en la terminología de Dworkin.

²⁶ Véase Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, 2a. ed., *op. cit.*, pp. 131-132; Raz, *Practical Reason and Norms*, 2a. ed., *op. cit.*, p. 170.

tendría la contraintuitiva consecuencia de implicar la tesis de la necesaria completitud del derecho. Su razonamiento puede esquematizarse así:

- | | | |
|-----|-----------------------------------|---|
| (1) | $p \leftrightarrow Fp$ | Tesis de las fuentes sociales |
| (2) | $\neg p \leftrightarrow \neg Fp$ | por contraposición en (1) |
| (3) | $\neg p \leftrightarrow F\neg p$ | por sustitución de p por $\neg p$ en (1) |
| (4) | $\neg Fp \leftrightarrow F\neg p$ | por transitividad del bicondicional en (2) y (3). ²⁷ |

En términos menos formales, si para el positivismo la verdad de una proposición jurídica como “está prohibido matar” es –al menos– materialmente equivalente a la existencia de una fuente social para la proposición “está prohibido matar”, ello implicaría lógicamente que la falsedad de “está prohibido matar” sería materialmente equivalente a la inexistencia de una fuente social para la proposición “está prohibido matar”; pero también que la falsedad de “está prohibido matar” es materialmente equivalente a la existencia de una fuente social para la proposición “está permitido matar”. Esto permitiría concluir, por transitividad, que la inexistencia de una fuente social para la proposición “está prohibido matar” resultaría materialmente equivalente a la existencia de una fuente social para la proposición “está permitido matar”. Dicho brevemente, lo que no está jurídicamente prohibido, está permitido.

A primera vista, el rechazo de esta consecuencia obligaría al positivismo a abandonar el principio lógico de bivalencia respecto de las proposiciones acerca del derecho. Permítaseme introducir la siguiente leve variación en el razonamiento anterior: en lugar de representar la verdad de una proposición jurídica simplemente como p , lo haré con la expresión “ Vp ”, donde “ V ” se emplea para representar el predicado “verdadero”.²⁸

- | | | |
|------|-----------------------------------|--|
| (1') | $Vp \leftrightarrow Fp$ | Tesis de las fuentes sociales |
| (2') | $\neg Vp \leftrightarrow \neg Fp$ | por contraposición en (1') |
| (3') | $V\neg p \leftrightarrow F\neg p$ | por sustitución de p por $\neg p$ en (1'). |

²⁷ Véase Dworkin, Ronald, “Is There Really No Right Answer in Hard Cases?” en Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*. Cambridge-London, Harvard University Press, 1985, p. 133.

²⁸ Sigo aquí a von Wright, Georg Henrik, “Truth Logic” en von Wright, Georg Henrik, *Truth, Knowledge and Modality. Philosophical Papers Volume III*. Oxford, Basil Blackwell, 1984, pp. 26-41 y “Truth-Logics” en von Wright, Georg Henrik, *Six Essays in Philosophical Logic. Acta Philosophica Fennica, vol 60*, Helsinki, North-Holland Publishers, 1996, pp. 71-91. Véase también Moreso, José Juan; Navarro, Pablo y Redondo, Cristina, “Sobre la lógica de las lagunas en el derecho”, *Crítica. Revista Hispanoamericana de Filosofía*, vol. 33, núm. 99, 2001, pp. 47-73.

Ahora bien, en la lógica tradicional se asume tanto el principio de tercero excluido, esto es, que una proposición o bien es verdadera o bien no lo es ($Vp \vee \neg Vp$), como el principio de bivalencia, es decir, que o bien es verdadera una proposición o bien es verdadera su negación ($Vp \vee V\neg p$). En dicho marco, que una proposición no sea verdadera y que sea verdadera su negación —es decir, que sea falsa— resultan equivalentes ($\neg Vp \leftrightarrow V\neg p$). Pero si se abandona el principio de bivalencia, esta última afirmación no puede mantenerse. Del rechazo del principio de bivalencia se sigue que una proposición puede ser a) verdadera; b) falsa, o c) ni verdadera ni falsa ($Vp \vee V\neg p \vee (\neg Vp \wedge \neg V\neg p)$), razón por la cual “no verdadero” ($\neg Vp$) ya no puede tomarse como equivalente de falso ($V\neg p$), puesto que ahora comprende no sólo los casos b) sino también los casos c). Por ello, si se rechaza el principio de bivalencia respecto de las proposiciones jurídicas, como los primeros términos de los bicondicionales de (2^o) y (3^o) no serían equivalentes, ya no podría darse el análogo del paso (4) del razonamiento de Dworkin y sostener que la inexistencia de una fuente social para la proposición jurídica p sería materialmente equivalente a la existencia de una fuente social para la proposición jurídica $\neg p$.

Este parece ser el criterio seguido por diferentes teóricos, quienes interpretan que una tesis realista respecto de los enunciados acerca del derecho, que implicaría que todo enunciado jurídico es verdadero o falso de conformidad con cierta realidad objetiva cuya existencia y constitución es independiente de nuestro conocimiento, resulta incompatible con las tesis básicas del positivismo.²⁹ Desde este punto de vista, para el positivismo la verdad de las proposiciones jurídicas no podría ser concebida con independencia de las condiciones para el reconocimiento de su verdad.³⁰ Una proposición jurídica como “en Argentina está prohibido matar” sería verdadera si existe una convención a su respecto. Ahora bien, o existe una convención respecto de que en Argentina está prohibido matar, o existe

²⁹ Sobre el antirrealismo en general, véase Dummett, Michael, *The Logical Basis of Metaphysics*. Cambridge, Mas., Harvard University Press, pp. 9-12; Engel, Pascal, *The Norm of Truth*. New York-London, Harvester Wheatsheaf, 1991, pp. 135-141. Sobre sus consecuencias para la teoría jurídica, véase por ejemplo Marmor, Andrei, *Interpretation and Legal Theory*. Oxford, Clarendon Press, 1992, p. 90. Sin embargo, más tarde Marmor sostuvo que la posibilidad de lagunas jurídicas es compatible con el enfoque que defiende la aplicabilidad de los principios de bivalencia y tercero excluido al campo jurídico (véase Marmor, Andrei, *Positive Law and Objective Values*, Oxford, Clarendon Press, 2001, pp. 142-143).

³⁰ La misma idea es explícitamente defendida en Moreso, José Juan, *Indeterminación normativa e interpretación constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998, capítulo II.

una convención respecto de que en Argentina no está prohibido matar, o no existe convención respecto de ninguna de las dos cosas. Por ello, el positivismo estaría comprometido con el rechazo del principio de bivalencia respecto de la verdad de las proposiciones jurídicas.³¹

No obstante, existe una forma alternativa de evitar la indeseada conclusión del argumento, que posee la ventaja de resultar más respetuosa de la máxima de la mutilación mínima de Quine.³² De conformidad con este punto de vista, la tesis de las fuentes sociales del derecho no sostiene que admitir la verdad de la proposición “en Argentina está prohibido matar” requiere la existencia de una convención acerca de la verdad de dicha proposición. La tesis de las fuentes sociales sostiene que la verdad de la proposición jurídica “en Argentina está prohibido matar” depende de la existencia de una convención respecto de *la existencia de una norma* que prohíbe matar en Argentina o, si se quiere, respecto de los criterios para identificar a la norma “prohibido matar” como perteneciente al derecho argentino. Por ello, lo que se requiere para evitar la conclusión que pretende atribuir Dworkin al positivismo no es el rechazo del principio lógico de bivalencia, sino diferenciar con claridad a las normas de las proposiciones acerca de ellas,³³ algo que en las dos reconstrucciones anteriores del argumento resulta imposible dado que el símbolo *p* es empleado indistintamente para representar proposiciones jurídicas y normas jurídicas.³⁴

³¹ Este argumento fue sugerido por el propio Dworkin como posible salida para el positivismo jurídico (véase Dworkin, “Is There Really No Right Answer in Hard Cases?”, *op. cit.*, p. 133). Dworkin examina dos versiones del rechazo del principio de bivalencia respecto de las proposiciones jurídicas. De acuerdo con la primera, dos proposiciones como “el contrato firmado por *x* e *y* es válido” y “el contrato firmado por *x* e *y* no es válido” pueden ser ambas falsas porque la última no sería la negación de la primera, dado que podrían existir categorías intermedias. De acuerdo con la segunda, se asumiría que una de las proposiciones es la negación de la otra, pero se rechazaría que una de ellas deba necesariamente ser verdadera como consecuencia del rechazo del principio de bivalencia.

³² Véase Quine, W. V. O., “Two Dogmas of Empiricism”, *The Philosophical Review*, vol. 60, 1951, pp. 20-43.

³³ Véase von Wright, Georg Henrik, *Norm and Action. A Logical Inquiry*. London, Routledge & Keagan Paul, 1963, p. 106. La dificultad para distinguir entre normas y proposiciones normativas deriva de que la misma expresión lingüística (“está prohibido fumar”) puede emplearse ambiguamente para expresar una norma o una proposición normativa, según quién la utilice y en qué contexto lo haga.

³⁴ Dworkin incurre claramente en este error cuando afirma que la estructura del positivismo como tipo de teoría jurídica puede presentarse del siguiente modo: “...si *p* representa una proposición jurídica, y *L(p)* expresa el hecho de que alguien o cierto grupo ha actuado de modo de hacer (*p*) verdadera, entonces el positivismo sostiene que (*p*) no puede ser verdadera a menos que *L(p)* sea verdadera” (Dworkin, “Is There Really No Right Answer in Hard Cases?”, *op. cit.*, p. 131. La traducción es mía).

Tomando en cuenta esta distinción, es posible reconstruir las premisas del argumento del siguiente modo:

- (1'') "PhM" \in S \leftrightarrow FS "PhM" Tesis de las fuentes sociales
- (2'') "PhM" \notin S \leftrightarrow \neg FS "PhM" por contraposición en (1'')
- (3'') " \neg PhM" \in S \leftrightarrow FS " \neg PhM" por sustitución de "PhM" por " \neg PhM" en (1'')

De conformidad con la tesis positivista de las fuentes sociales del derecho, la afirmación de que en el sistema jurídico S está prohibido matar equivale a la existencia de una fuente social en S para la norma "prohibido matar". Afirmar que en el sistema jurídico S no está prohibido matar equivale a la inexistencia de una fuente social en S para la norma "prohibido matar". Y afirmar que en el sistema jurídico S hay una norma que no prohíbe —esto es, que permite— matar equivale a la existencia de una fuente social en S para la norma "no prohibido —permitido— matar".

Al distinguir con claridad entre normas y proposiciones normativas se hace necesario diferenciar dos sentidos distintos en los que puede decirse que una conducta está permitida: un sentido meramente negativo (no hay una norma que prohíbe) y un sentido positivo (hay una norma que permite). La ausencia de una convención que permita considerar a la norma "prohibido matar" como perteneciente al derecho argentino (tal como se sostiene en (2'')) no equivale a la existencia de una convención que permita considerar a la norma "no está prohibido matar" como perteneciente al derecho argentino (tal como se sostiene en (3'')). Por consiguiente, el positivismo puede rechazar el cargo hecho por Dworkin de que su tesis básica implicaría la necesaria completitud del derecho sin necesidad de comprometerse con una tesis antirrealista que rechaza el principio de bivalencia respecto de la verdad de las proposiciones jurídicas.³⁵

Una confusión muy similar entre normas y proposiciones normativas oscurece las observaciones de Raz sobre las lagunas jurídicas. Raz considera que un sistema jurídico es completo si suministra una respuesta completa a todas las cuestiones jurídicas sobre las cuales los tribunales poseen jurisdicción.³⁶ No obstante, Raz sostiene que pueden surgir lagunas como consecuencia de la indeterminación lingüística de los conceptos jurídicos y

³⁵ Para un análisis exhaustivo de la ambigüedad que se esconde tras el principio de que "lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido" y el postulado de la necesaria completitud del derecho, véase Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, op. cit., cap. VII.

³⁶ Véase Raz, Joseph, *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1979, p. 70.

como consecuencia de conflictos sin resolver. En tales casos, cuando el derecho “*habla con voz incierta o habla con muchas voces*”, tanto la afirmación de que existe una razón jurídica concluyente para llevar a cabo cierta acción como su negación no serían ni verdaderas ni falsas. Pero cuando el derecho “*guarda silencio*”, Raz sostiene que las reglas de clausura asegurarían la ausencia de lagunas.

Para Raz existen dos posibles respuestas completas a la pregunta acerca del estatus jurídico concluyente de una acción:³⁷ por una parte, el derecho concluyentemente exige que x haga \emptyset ($LR\emptyset$); por otra parte, el derecho concluyentemente permite a x no hacer \emptyset ($LPer\neg\emptyset$). Esta última alternativa sería equivalente a decir que de acuerdo con el derecho, no existe una razón concluyente para hacer \emptyset ($L\neg R\emptyset$).³⁸ A su juicio, existe una respuesta jurídica completa si y sólo si la siguiente disyunción es verdadera:

$$(5) LR\emptyset \vee L\neg R\emptyset$$

(5) puede ser calificada como la *tesis de la completitud*, o de las respuestas jurídicas completas. De acuerdo con ella, surgiría una laguna jurídica si se niega (5), de lo cual se seguiría que hay dos posibles clases de lagunas jurídicas, que se presentarían en los siguientes casos:³⁹

(6) “ $LR\emptyset$ ” no es ni verdadera ni falsa, y “ $L\neg R\emptyset$ ” no es ni verdadera ni falsa.

$$(7) \neg LR\emptyset \wedge \neg L\neg R\emptyset$$

A fin de evitar ambigüedades, los casos (6) serán denominados *lagunas de valores de verdad*, mientras que los casos (7) serán calificados como *lagunas jurídicas genuinas*. Aunque tanto (6) como (7) parecen incompatibles con (5), Raz solo acepta la existencia de lagunas de valores de verdad, que surgirían como se dijo en casos de indeterminación semántica o conflictos sin resolver, y rechaza la posibilidad de lagunas genuinas. (7) es la negación clásica de (5). Sin embargo, Raz sostiene que constituye una verdad lógica:⁴⁰

$$(8) \neg LR\emptyset \leftrightarrow L\neg R\emptyset$$

pero de (7) y (8) se sigue:

$$(9) L\neg R\emptyset \wedge \neg L\neg R\emptyset$$

³⁷ Véase Raz, *The Authority of Law*, *op. cit.*, p. 71.

³⁸ Véase Raz, *The Authority of Law*, *op. cit.*, p. 76.

³⁹ Véase Raz, *The Authority of Law*, *op. cit.*, p. 71.

⁴⁰ Véase Raz, *The Authority of Law*, *op. cit.*, p. 76.

Como (9) es una contradicción, (8) implicaría el rechazo de (7), y así el rechazo de la posibilidad de lagunas genuinas.⁴¹

El simbolismo utilizado por Raz resulta oscuro, lo cual plantea serias dificultades para comprender acabadamente sus tesis y, consiguientemente, para evaluarlas críticamente. Ahora bien, Raz sostiene que “*los enunciados de la forma LRx, ϕ significan lo mismo que ‘Jurídicamente x debe hacer ϕ ’, ‘El derecho establece que x debe hacer ϕ ’*”,⁴² de manera tal que ellos pueden ser traducidos sin pérdida de significado como proposiciones normativas relativas a la existencia de normas jurídicas de obligación. De todos modos, no resulta en absoluto claro qué es exactamente lo que representan “L” y “R” en “ $LR\phi$ ”. Existen dos interpretaciones alternativas que deberían considerarse al respecto, teniendo en consideración la ya comentada ambigüedad entre normas y proposiciones normativas. En primer lugar, “ $R\phi$ ” puede leerse como la expresión de una genuina norma que exige hacer ϕ ($O\phi$) y “ $LR\phi$ ” como una proposición que afirma que la norma “ $O\phi$ ” pertenece al sistema jurídico L. En tal caso, el símbolo de negación precediendo a “R” debería leerse como una negación interna que opera sobre una norma, mientras que el símbolo de negación precediendo a “L” debería leerse como una negación externa que opera sobre toda la proposición normativa. Si se acepta esta interpretación, se obtienen las siguientes definiciones:

$$\begin{aligned}LR\phi &= (“O\phi” \in L) \\L\neg R\phi &= (“\neg O\phi” \in L) \\ \neg LR\phi &= (“O\phi” \notin L) \\ \neg L\neg R\phi &= (“\neg O\phi” \notin L)\end{aligned}$$

La tesis de la completitud (5) tiene aquí la siguiente interpretación:

$$(5) LR\phi \vee L\neg R\phi = (“O\phi” \in L \vee “\neg O\phi” \in L)$$

Esta resulta una reconstrucción adecuada de la tesis de la completitud de un sistema jurídico, puesto que en caso de ser verdadera para cualquier acción ϕ , significaría que o bien existe en el sistema de referencia una norma que impone el deber de ϕ , o bien existe en el sistema una norma que no

⁴¹ Véase Raz, *The Authority of Law*, *op. cit.*, p. 76. Eugenio Bulygin ha criticado esta propuesta de Raz en Bulygin, Eugenio, “On Legal Gaps” en Comanducci, Paolo y Guastini, Riccardo (eds.), *Analisi e Diritto 2002-2003. Ricerche di Giurisprudenza Analitica*, pp. 21-28.

⁴² Véase Raz, *The Authority of Law*, *op. cit.*, p. 65.

exige θ , lo cual equivale a decir que hay una norma en el sistema que permite expresamente $\neg\theta$.

La negación clásica de (5') y, en consecuencia, la definición de lagunas genuinas, sería aquí:

$$(7') \neg LR\theta \wedge \neg L\neg R\theta = ("O\theta" \notin L \wedge "\neg O\theta" \notin L)$$

Ahora bien, ¿es posible demostrar \neg tal como lo pretende Raz— que (5') es una verdad lógica, esto es, que la negación de (5'), es decir, (7'), lleva a contradicción? Hemos visto que Raz asume que (8) es una verdad lógica. No obstante, bajo esta reconstrucción (8) equivaldría a:

$$(8') \neg LR\theta \leftrightarrow L\neg R\theta = ("O\theta" \notin L \leftrightarrow "\neg O\theta" \in L)$$

Pero ésta claramente *no es* una verdad lógica: el mero hecho negativo de que cierto elemento no sea miembro de un conjunto no constituye razón alguna para sostener que *otro* elemento es de hecho miembro del mismo conjunto. La aceptación sin restricciones de esta identidad conduce a hacer colapsar a las normas con las proposiciones acerca de normas. En realidad, sólo en caso de que el sistema bajo consideración sea completo y consistente (dos propiedades contingentes) sería posible asumir la verdad (contingente) de (8').⁴³ En consecuencia, aun cuando (7'), junto con (8'), lleve a contradicción:

$$(9') L\neg R\theta \wedge \neg L\neg R\theta = ("O\theta" \in L \wedge "\neg O\theta" \notin L)$$

lejos de tratarse de una verdad lógica, (8') consiste precisamente en asumir la tesis contingente de la completitud de los sistemas jurídicos. No resulta sorprendente, pues, que (8'), junto con la expresión formal de una laguna genuina, lleve a contradicción. En consecuencia, bajo esta interpretación el argumento de Raz no demuestra la imposibilidad lógica de lagunas genuinas:⁴⁴ simplemente demuestra que la aceptación y rechazo conjuntos de la completitud de los sistemas jurídicos es contradictoria.

⁴³ Véase Alchourrón, Carlos, "Logic of Norms and Logic of Normative propositions", *Logique et Analyse*, vol. 12, núm. 47, 1969, pp. 242-268.

⁴⁴ ¿Qué ocurre aquí con las lagunas de valores de verdad? Dado (5') $LR\theta \vee L\neg R\theta = ("O\theta" \in L \vee "\neg O\theta" \in L)$, y su negación clásica (7') $\neg LR\theta \wedge \neg L\neg R\theta = ("O\theta" \notin L \wedge "\neg O\theta" \notin L)$, la posibilidad de lagunas de valores de verdad exige el rechazo del principio de bivalencia para las proposiciones jurídicas ($\neg Vp \rightarrow V\neg p$) y, en consecuencia, asumir que toda proposición jurídica puede ser verdadera, falsa o ni verdadera ni falsa. De modo que el análogo aquí de (6) sería (6') $("O\theta" \in L)$ no es verdadera ni falsa, y $("O\theta" \in L)$ no es ni verdadera ni falsa: $\neg("O\theta" \in L) \wedge$

Existe sin embargo otra posible interpretación de las fórmulas de Raz. Podría considerarse que “ R_θ ” expresa, no la norma referida en una proposición jurídica, sino una proposición jurídica en sí misma, que afirma la existencia de la norma “ O_θ ” en un sistema jurídico S:

$$R_\theta = “O_\theta” \in S$$

De ser así, ¿qué significaría “L”? Una posibilidad es interpretar a “L” simplemente como una especificación de que el sistema jurídico S es un cierto sistema concreto L.⁴⁵ Aunque no hay nada objetable en esta interpretación, no parece captar la intuición que subyace al uso en la notación de Raz del símbolo de la negación anteponiéndose alternativamente a “R” o a “L”. De hecho, esta lectura tornaría “ $\neg L \neg R_\theta$ ” en un simple caso de doble negación: $\neg(“O_\theta” \notin L) = (“O_\theta” \in L)$ y, consiguientemente, dicha expresión resultaría indistinguible de “ LR_θ ”. Debido a ello, parecería más adecuado interpretar “Jurídicamente x debe hacer ϕ ” como “Es jurídicamente verdadero que x debe hacer ϕ ”; “ x debe hacer ϕ ” (“ $R\phi$ ”) como “ $O_\theta \in L$ ”, y “Es jurídicamente verdadero que” como “V”. En tal caso, obtendríamos:

$$\begin{aligned} LR_\theta &= V(“O_\theta” \in L) \\ L \neg R_\theta &= V(“O_\theta” \notin L) \\ \neg LR_\theta &= \neg V(“O_\theta” \in L) \\ \neg L \neg R_\theta &= \neg V(“O_\theta” \notin L) \end{aligned} \quad 46$$

Con estas equivalencias, (8) debería interpretarse aquí como:

$$(8'') L \neg R_\theta \leftrightarrow \neg LR_\theta = V(“O_\theta” \notin L) \leftrightarrow \neg V(“O_\theta” \in L)$$

$\neg(“O_\theta” \notin L) \wedge \neg(“\neg O_\theta” \in L) \wedge \neg(“\neg O_\theta” \notin L)$). Por consiguiente, las lagunas de valores de verdad, como las lagunas genuinas, son bajo esta interpretación lógicamente posibles.

⁴⁵ Esta es la interpretación que se adopta en Bulygin, Eugenio, “On Legal Gaps”, *op. cit.*. Con la sutil diferencia en la formalización que se puntualiza en el texto, nuestras conclusiones bajo esta interpretación son similares a las de Bulygin.

⁴⁶ En Moreso, Navarro y Redondo, “Sobre la lógica de las lagunas en el derecho”, *op. cit.*, se presenta un análisis de las tesis de Raz utilizando el aparato de la lógica de la verdad desarrollada por von Wright en los trabajos citados en nota 28. Aunque el desarrollo resulta muy valioso, los autores aplican el operador “V” directamente a la notación de Raz, con lo cual heredan todas las ambigüedades que aquí se exponen.

lo cual –bajo el presupuesto de la bivalencia de las proposiciones jurídicas– es obviamente una verdad lógica, tal como lo sostiene Raz, porque se limita a expresar que decir que es verdad que cierta norma no pertenece a L es equivalente a decir que no es verdad que tal norma pertenezca a L. Bajo esta reconstrucción, la implicación de derecha a izquierda ($\neg V(\text{“}O\theta\text{”} \in L) \rightarrow V(\text{“}O\theta\text{”} \notin L)$) es proposicionalmente equivalente a la disyunción ($V(\text{“}O\theta\text{”} \in L) \vee V(\text{“}O\theta\text{”} \notin L)$), lo cual representa aquí la tesis de la completitud:

$$(5'') LR\theta \vee L\neg R\theta = V(\text{“}O\theta\text{”} \in L) \vee V(\text{“}O\theta\text{”} \notin L)$$

Esto también es una verdad lógica, dado que se limita a sostener que o bien es verdad que cierta norma pertenece a L o bien es verdad que ella no pertenece a L. Y, en consecuencia, su negación clásica, esto es, la definición de lagunas genuinas, se convierte en:

$$(7'') \neg LR\theta \wedge \neg L\neg R\theta = \neg V(\text{“}O\theta\text{”} \in L) \wedge \neg V(\text{“}O\theta\text{”} \notin L)$$

(7''), junto con (8''), llevan a contradicción:

$$(9'') L\neg R\theta \wedge \neg L\neg R\theta = V(\text{“}O\theta\text{”} \notin L) \wedge \neg V(\text{“}O\theta\text{”} \notin L)$$

Pero la razón aquí para esta conclusión es que la propia (7''), como negación de una verdad lógica, es una contradicción, en la medida en que sostiene que no es verdad que cierta norma pertenece a L ni tampoco que la misma norma no pertenece a L.⁴⁷ Por consiguiente, bajo esta interpretación, la “demostración” de Raz de que las lagunas genuinas no son posibles es tan impecable como inservible, porque una “laguna genuina” en este sentido sería un absurdo. Desde luego, esto no dice nada sobre la posibilidad de que ni “ $O\theta$ ” ni “ $\neg O\theta$ ” pertenezcan a un sistema jurídico, de modo que θ no se encuentre regulado por el derecho. En síntesis, bajo la primera interpretación, las lagunas genuinas son posibles porque (8), que para Raz es una verdad lógica, no es una

⁴⁷ Si se acepta la bivalencia ($\neg Vp \rightarrow V\neg p$), (7'') es equivalente a: $V(\text{“}O\theta\text{”} \notin L) \wedge \neg V(\text{“}O\theta\text{”} \notin L)$, una manifiesta contradicción. ¿Qué ocurre bajo este enfoque con las lagunas de valores de verdad? Dado (5'') $LR\theta \vee L\neg R\theta = V(\text{“}O\theta\text{”} \in L) \vee V(\text{“}O\theta\text{”} \notin L)$, la posibilidad de lagunas de valores de verdad exige el rechazo del principio de bivalencia y, en consecuencia, obtendríamos: a) $\neg V(\text{“}O\theta\text{”} \in L)$; b) $\neg V(\text{“}O\theta\text{”} \notin L)$; c) $\neg V(\neg(\text{“}O\theta\text{”} \in L))$, y d) $\neg V(\neg(\text{“}O\theta\text{”} \notin L))$. Pero dado que $c = b$ y $d = a$, la definición de laguna de valores de verdad debería simplemente ser: (6'') $\neg V(\text{“}O\theta\text{”} \in L) \wedge \neg V(\text{“}O\theta\text{”} \notin L)$.

verdad lógica; bajo la segunda interpretación, (8) es una verdad lógica, pero ello no impide la posibilidad de lagunas genuinas. Y todo el problema se deriva de la ausencia de una distinción clara entre normas y proposiciones normativas.

La conclusión de esta discusión es que no existe ningún argumento conceptual convincente que justifique la tesis fuerte de que todos los sistemas jurídicos son necesariamente completos, esto es, que no existe posibilidad lógica de lagunas en el derecho. Lo mismo debería concluirse respecto de la posibilidad de contradicciones o conflictos entre normas jurídicas. Por brevedad, no consideraremos exhaustivamente esta segunda cuestión. Sólo corresponde señalar que en los sistemas jurídicos contemporáneos no existe una sino una compleja pluralidad de individuos y órganos legitimados para promulgar normas, aun cuando metafóricamente consideremos que todos ellos actúan como representantes de una única autoridad normativa (el Estado). Los casos más frecuentes de contradicciones en el derecho se producen cuando una cierta autoridad promulga normas incompatibles con las promulgadas por una autoridad diferente. Los juristas emplean distintos criterios para resolver posibles conflictos entre las normas jurídicas, siendo uno de los más importantes el de asignar prioridad a la norma emanada de la autoridad jerárquicamente superior. Todo sistema jurídico fija —explícita o implícitamente— ciertas preferencias entre sus normas, y uno de los aspectos fundamentales que se toman en consideración para hacerlo es el rango de la autoridad de la cual ellas emanan (*lex superior*). Otros criterios frecuentemente utilizados son el tiempo de promulgación de las normas (*lex posterior*) o el carácter más general o específico de su contenido (*lex specialis*).⁴⁸

De todos modos, el recurso a tales criterios para ofrecer una solución a las contradicciones o conflictos entre normas resulta insuficiente para justificar la tesis de la necesaria consistencia de los sistemas jurídicos. Por una parte, porque el uso conjunto de tales criterios no garantiza que

⁴⁸ Sobre las jerarquías entre normas, véanse, entre otros, Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*. Genaro Carrió (trad.), Eudeba, Buenos Aires, 1963 (original: *On Law and Justice*, Stevens & Sons, London, 1958); Alchourrón, Carlos y Makinson, David, “Hierarchies of Regulations and their Logic” en Hilpinen, Risto (ed.), *New Studies in Deontic Logic*. Dordrecht-Boston-London, Reidel, 1981, pp. 125-148; Guastini, Riccardo, “Gerarchie normative” en *Materiali per una storia della cultura giuridica*. a. XXVII, núm. 2, 1997 pp. 463-487; Guarinoni, Ricardo, *Derecho, lenguaje y lógica. Ensayos de filosofía del derecho*. Buenos Aires, LexisNexis, 2006; Ferrer Beltrán, Jordi y Rodríguez, Jorge Luis, *Jerarquías normativas y dinámica jurídica*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2011, cap. III.

pueda obtenerse un orden completo de todas las posibles normas en conflicto, ni tampoco es posible evitar que ellos ofrezcan soluciones incompatibles para el mismo conflicto. Por otra parte, porque el uso de esos criterios para resolver conflictos, lejos de servir para demostrar que todos los sistemas jurídicos son necesariamente consistentes, presupone no sólo que tales conflictos de hecho existen sino que ellos son percibidos por los juristas como algo intolerable.

Es mérito de Alchourrón y Bulygin el haber resaltado la importancia de la distinción entre normas y proposiciones normativas y, correlativamente, de una lógica de normas y una lógica de proposiciones normativas, para el examen de las propiedades formales de los sistemas jurídicos estáticamente considerados, en particular, su completitud y consistencia.⁴⁹ A partir de tales desarrollos, resulta hoy corriente reconocer que esos ideales racionales sólo contingentemente son satisfechos por los sistemas jurídicos, de modo que en la mayoría de los casos es posible encontrar en ellos tanto inconsistencias (contradicciones normativas) como incompletitudes (lagunas). En cambio, no es tan corriente advertir que ambos defectos no pueden darse conjuntamente con relación a un mismo caso. Y ello no simplemente porque si con relación a un caso un sistema normativo es inconsistente con respecto a una determinada acción, entonces resulta necesariamente completo respecto de esa acción (pues si la acción está inconsistentemente normada, está normada) y, correlativamente, si frente a un caso el sistema es incompleto respecto de una determinada acción, entonces es necesariamente consistente respecto de esa acción. Ocurre que, además, por efecto del principio *ex falso sequitur quodlibet*, si con relación a un determinado caso un sistema normativo es inconsistente respecto de una cierta acción, entonces es completo *respecto de cualquier otra acción* y, correlativamente, si frente a cierto caso el sistema es incompleto respecto de una cierta acción, entonces es consistente *respecto de cualquier acción*.⁵⁰

⁴⁹ Véase Alchourrón y Bulygin, *Normative Systems, op. cit.*, También ha de resaltarse su discriminación de los diferentes tipos de problemas a los que tradicionalmente se alude con la expresión “lagunas en el derecho”, destacándose en especial la diferencia que media entre problemas lógicos (*lagunas normativas*) y problemas valorativos (*lagunas axiológicas*).

⁵⁰ Royakkers sostiene que la noción de completitud (la expresión que utiliza es *universality*) sólo cobra sentido respecto de sistemas normativos consistentes, puesto que en el caso de un sistema inconsistente, la cuestión de la completitud perdería sentido ya que cualquier cosa sería deducible y, en particular, cualquier norma que obligase, prohibiese o permitiese una acción sería deducible (véase Royakkers, Lambèr M.M., *Extending Deontic Logic for the Formalisation of Legal Rules*. Dordrecht-Boston-London, Kluwer Academic Publishers, 1998, p. 167).

IV. SISTEMAS JURÍDICOS DINÁMICOS Y CARACTERIZACIÓN DEL DERECHO

Si bien muchos teóricos –Kelsen entre ellos–⁵¹ han diferenciado una concepción estática y una dinámica de los sistemas jurídicos, fue Raz quien explícitamente sugirió distinguir entre lo que denominó “sistemas momentáneos” y “sistemas no momentáneos” o, simplemente, “sistemas jurídicos”, entendiéndolo por “sistema momentáneo” a cada conjunto de normas asociado a un parámetro temporal determinado y por “sistema no momentáneo” a la unidad que conserva su identidad frente a los cambios.⁵² Posteriormente, Alchourrón y Bulygin ahondaron el análisis de esta distinción, reservando la expresión “sistema jurídico” para la visión estática y “orden jurídico” para la visión dinámica.⁵³ De acuerdo con esta reconstrucción, el sistema dinámico sería una secuencia de sistemas estáticos, de manera que un sistema estático S pertenecería a la secuencia dinámica si poseyera cierta propiedad P, definitoria de la relación de pertenencia (por ejemplo, legalidad del cambio de normas).⁵⁴ La unidad de tal secuencia, y con ello la identidad del sistema dinámico, estaría dada por la identidad de los criterios usados para la identificación de los sistemas estáticos. La apli-

⁵¹ Véase Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, 2a. ed., *op. cit.*, p. 203 y 204.

⁵² En Raz, Joseph, *El concepto de sistema jurídico*. Rolando Tamayo y Salmorán (trad.) México, UNAM, 1985, pp. 34 y ss (original: *The Concept of a Legal System*. Oxford, Oxford University Press, 1970; 2a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1980). Raz vacila entre dos modos de entender la distinción que resultan incompatibles: a) que el sistema no momentáneo es el conjunto de las normas que pertenecen a todos los sistemas jurídicos momentáneos, en cuyo caso los sistemas momentáneos serían subconjuntos del sistema no momentáneo, es decir, mediaría una relación lógica de inclusión entre ambos; b) que el sistema no momentáneo es un conjunto de sistemas momentáneos, siendo ellos a su vez conjuntos de normas, de modo que entre los sistemas momentáneos y el sistema no momentáneo mediaría una relación lógica de pertenencia. Para un análisis exhaustivo de estas dos posibilidades de reconstrucción, véase Moreso y Navarro, *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*, *op. cit.*, p. 45 y ss. Para una crítica al modelo de la inclusión, véase Rodríguez, Jorge Luis, *Lógica de los sistemas jurídicos*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 122 y ss.

⁵³ Véase Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, “Sobre el concepto de orden jurídico”, *Crítica. Revista Hispanoamericana de Filosofía*, vol. VIII, núm. 23, 1976; *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Valencia (Venezuela), Universidad de Carabobo, 1979, pp. 57 y ss. “The Expressive Conception of Norms” en Hilpinen, Risto (ed.), *New Studies in Deontic Logic*. Dordrecht-Boston-London, Reidel, pp. 95-124.

⁵⁴ Véase Moreso y Navarro, *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*, *op. cit.*, p. 42.

cación de los mismos criterios de identificación de normas en tiempos diferentes podría llevar a resultados diversos, razón por la cual el contenido del sistema dinámico podría variar. Solo si se modifican los criterios de identificación de normas, es decir, si se los reemplaza por otros, tal como ocurriría, por ejemplo, en el caso de una revolución, perdería el sistema dinámico su identidad y sería sustituido por otro.⁵⁵

Bulygin reconstruye el criterio para la identificación de un sistema jurídico dinámico (orden jurídico, O_i) a través de las siguientes cinco cláusulas:

(1) El conjunto de normas [N_1, N_2, \dots, N_n] es el sistema originario (primera constitución) de O_i .

(2) Si una norma N_j es válida en un sistema S_t que pertenece a O_i , y N_j faculta a la autoridad x a promulgar la norma N_k y x promulga en el momento t la norma N_k , entonces N_k es válida en el sistema S_{t+1} (es decir, en el sistema correspondiente al momento siguiente a t) y S_{t+1} pertenece a O_i .

(3) Si una norma N_j es válida en un sistema S_t que pertenece a O_i , y N_j faculta a la autoridad x a derogar la norma N_k que es válida en S_t y x deroga N_k en el momento t , entonces N_k no es válida en el sistema S_{t+1} (correspondiente al momento siguiente a t) que pertenece a O_i .

(4) Las normas válidas en un sistema S_t que pertenece a O_i que no han sido derogadas en el momento t , son válidas en el sistema S_{t+1} de O_i (que corresponde al momento siguiente a t).

(5) Todas las consecuencias lógicas de las normas válidas en un sistema S_t , que pertenece a O_i también son válidas en S_t .⁵⁶

Las cláusulas (2) a (5) determinarían la estructura de O_i , siendo (2), (3) y (4) las que condicionarían el carácter dinámico del orden. La cláusula (5) sería responsable del carácter sistemático de los sucesivos conjuntos de normas, mientras que la cláusula (1) permitiría identificar el orden considerado, dado que otros órdenes no diferirían en su estructura, sino en tener una primera constitución distinta. Para Bulygin, la cláusula (1) no especifica ninguna condición especial que deba reunir la primera constitución, pero a fin de posibilitar los cambios, ella debería contener por lo menos una norma de competencia. Este criterio de identificación, más que una definición de un orden jurídico específico O_i sería un esquema definicional, puesto que para ser una definición, la cláusula (1) tendría que especificar concretamente qué normas forman parte de la primera constitución.

Al respecto, Ricardo Caracciolo ha sostenido que el criterio de legalidad no suministra en realidad condiciones de pertenencia de normas a un sis-

⁵⁵ Véase Alchourrón y Bulygin, "Sobre el concepto de orden jurídico", *op. cit.*

⁵⁶ Bulygin, Eugenio, "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 9, 1991, pp. 263 y 264.

tema estático, sino que define la pertenencia de los sistemas estáticos al orden dinámico.⁵⁷ Para Bulygin, esa opinión resultaría exagerada, y afirma que tal criterio, expresado por las cláusulas (2) y (3) en su reconstrucción, cumpliría ambas funciones: definiría la pertenencia de los sistemas estáticos al orden dinámico y determinaría (parcialmente) el contenido de cada sistema estático. El contenido de cada sistema estático perteneciente a un orden dinámico resultaría determinado (en parte) por las cláusulas (1)-(5), las cuales:

...constituyen, conjuntamente, una definición recursiva de “norma válida en un sistema S_i del orden O_i ”, en el sentido de que por aplicación sucesiva de esas reglas se puede establecer en un número finito de pasos si una determinada norma pertenece o no a un determinado sistema del orden considerado. Los criterios de pertenencia de una norma a un sistema son tres: a) criterio de pertenencia directa de las normas independientes (regla 1); b) criterio de deducibilidad (regla 5) y c) criterio de legalidad (reglas 2, 3 y 4).⁵⁸

Sin embargo, es evidente que si las cinco reglas definen recursivamente “norma válida en un sistema S_i del orden O_i ”, lo que resulta definido es la pertenencia de una norma a algún sistema estático que pertenece al orden dinámico, lo cual es una función de la pertenencia de la norma al sistema estático y de la pertenencia del sistema estático al orden dinámico. Si se promulgara una norma por un procedimiento inválido, el sistema estático resultante no será admitido como un nuevo elemento de la secuencia y, en consecuencia, la norma así promulgada no pasará a integrar un sistema del orden dinámico. Por ello, es correcto sostener que las reglas (1)-(5) permiten, mediante su aplicación sucesiva, establecer si una determinada norma pertenece o no a cierto sistema del orden dinámico. Pero de esto no se sigue que el criterio de legalidad constituya en sí mismo un criterio de pertenencia de una norma a un sistema estático. En las cinco reglas especificadas por Bulygin se encuentran comprendidos, conjuntamente, los criterios de pertenencia de normas a un sistema estático y los criterios de pertenencia de los sistemas estáticos al orden dinámico, pero eso no es prueba de que *cada una de esas reglas* cumpla al mismo tiempo ambas funciones.⁵⁹

⁵⁷ Véase Caracciolo, *El Sistema Jurídico. Problemas actuales*, *op. cit.*, pp. 67 y ss.

⁵⁸ Bulygin, “Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos”, *op. cit.*, p. 265.

⁵⁹ Véase Rodríguez, Jorge Luis, *Lógica de los sistemas jurídicos*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 138.

El diferente papel que juegan estos dos criterios permite explicar las diferentes condiciones de eliminación de las normas derivadas. Moreso y Navarro sostienen al respecto que:

Las normas dependientes en virtud del principio de legalidad ocupan un lugar privilegiado respecto de las restantes normas dependientes. Esta posición de privilegio está determinada por las condiciones de eliminación del sistema de las distintas normas dependientes. Una norma dependiente N formulada en el sistema S no desaparece de S al eliminarse la norma que otorgaba competencia a la autoridad normativa de N. Por el contrario, si una norma N pertenece al sistema por ser consecuencia lógica de otra norma N₁, es necesaria y suficiente la remoción de N₁ para que la norma N sea eliminada del sistema.⁶⁰

Lo que parece sostenerse aquí es que una norma N, válida en virtud del criterio de legalidad, hereda su validez de otra norma N₁, pero nada exige que la norma N₂ de la que N₁ heredó su validez sea aún válida en el momento de promulgación de N. Así, incluso las normas independientes de las que partió la cadena pueden haber sido derogadas y, por tanto, haber perdido su pertenencia al sistema estático desde el que se está juzgando la validez de N.

Ahora bien, contrariamente a lo que sostienen Moreso y Navarro, en realidad no se trata de que las “normas dependientes en virtud del criterio de legalidad” posean una posición de privilegio respecto de las derivadas en virtud del criterio de deducibilidad. Lo que ocurre es que la legalidad no es un criterio de pertenencia de normas derivadas a un sistema estático sino un criterio para determinar cuándo admitir un nuevo sistema en la secuencia dinámica. Por ello, cuando en virtud del criterio de legalidad se admite un nuevo sistema estático en la secuencia dinámica como resultado, por ejemplo, de un acto de promulgación de una norma N, dicha norma pasa a formar parte del nuevo sistema estático en la secuencia. La circunstancia de que posteriormente se elimine la norma que confería competencia para la creación de N no tiene incidencia sobre su pertenencia al sistema estático en cuestión porque no es la relación de legalidad entre N y la norma que confería competencia para su dictado lo que fundamenta su pertenencia a dicho sistema estático, sino exclusivamente la legalidad del acto de su creación lo que justifica integrarla a un nuevo sistema estático en la secuencia. En el caso de las normas lógicamente derivadas –si se admite que cada

⁶⁰ Moreso y Navarro, *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*, op. cit., p. 38.

sistema estático comprende todas sus consecuencias lógicas⁶¹—, su pertenencia al sistema estático depende sí de la existencia de una relación de deducibilidad entre ella y la o las normas de las que se deriva, de modo que si tales normas son eliminadas, ella automáticamente deja de formar parte del sistema.⁶²

La distinción entre sistemas estáticos y ordenes dinámicos permite además analizar de manera formalmente rigurosa cuáles son las consecuencias de los actos de promulgación y derogación de normas jurídicas, una contribución inestimable para un adecuado desarrollo de la técnica legislativa.⁶³

Es particularmente interesante al respecto resaltar, en primer lugar, que la promulgación de una norma puede producir cambios inesperados en un sistema jurídico. En efecto, supóngase que se denomina α a un conjunto de normas explícitamente formuladas por el legislador en un cierto tiempo t . Si cada sistema estático de la secuencia dinámica se interpreta como conformado no sólo por α sino además por todas las normas que sean consecuencias lógicas de α ($Cn(\alpha)$), la promulgación válida en un tiempo $t+1$, posterior a t , de la norma N producirá el reemplazo del sistema vigente en el tiempo t por un nuevo sistema estático. Pero el nuevo sistema estático no estará conformado exclusivamente por α , las consecuencias lógicas que se seguían de α y la nueva norma N : el nuevo sistema estará compuesto por α más todas sus consecuencias lógicas, N más todas sus consecuencias lógicas y todas aquellas consecuencias que se sigan de la unión de α con N , y que no sean derivables de α y de N por separado. En otras palabras, el conjunto $Cn(\alpha+N)$ habitualmente resulta más amplio que el conjunto $Cn(\alpha) + Cn(N)$.

En segundo lugar, la derogación de una norma puede producir indeterminaciones en cuanto a cuál sea el nuevo sistema estático de la secuencia. Supóngase que lo que pretende derogarse no es una norma expresamente promulgada, sino una norma lógicamente derivada de aquellas que

⁶¹ Para una crítica a la idea de que cada sistema estático de la secuencia dinámica ha de ser interpretado como clausurado bajo la noción de consecuencia lógica, véase Ferrer Beltrán y Rodríguez, *Jerarquías normativas y dinámica jurídica*, op. cit., pp. 116 y ss.

⁶² En el mismo sentido, Caracciolo, *El Sistema Jurídico. Problemas actuales*, op. cit., pp. 64 y 67.

⁶³ Véase los trabajos de Alchourrón y Bulygin citados en la nota 53; asimismo, Alchourrón, Carlos, "Normative Order and Derogation" en Martino, Antonio (ed.), *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*. North Holland Publishing Company, North Holland-Amsterdam-New York-Oxford, 1982, pp. 51-60, y Alchourrón, y Makinson, "Hierarchies of Regulations and their Logic", op. cit.

han sido promulgadas, y que para su derivación se requiere de la conjunción de más de una norma. En el sistema resultante de este acto de derogación no debería estar presente la norma expresamente derogada ni sus consecuencias lógicas, pero además es preciso eliminar aquellas normas que posibilitan su derivación. Pero como en el caso comentado la norma que se desea derogar es una consecuencia lógica, no de una, sino de dos o más normas formuladas, dado que eliminarlas a todas resultaría excesivo y que no existe ningún criterio lógico que permita individualizar cuál o cuáles de ellas han de desecharse, el resultado de esta operación será, no un sistema estático, sino una pluralidad de sistemas alternativos como candidatos a suceder al original en la secuencia dinámica.⁶⁴

Por otra parte, y como ya se adelantó, el concepto de sistema jurídico dinámico ofrece un punto de partida promisorio para brindar una caracterización del derecho. Hemos visto que en una propuesta teórica como la de Kelsen, lo que permite distinguir al derecho de otros sistemas normativos como la moral está dado por una característica que se encontraría presente en todas las normas que los componen –la imputación de una sanción coactiva–. En otras palabras, Kelsen define a un sistema como jurídico a partir de una previa caracterización de lo que hace que sus elementos componen –las normas– puedan ser calificados como jurídicos.

Este tipo de concepciones de las normas jurídicas obliga a reducir artificialmente su rica y compleja variedad para hacerlas corresponder a todas ellas con algún esquema común, un vicio que fuera justamente denunciado y criticado por Herbert Hart.⁶⁵ A partir de sus contundentes objeciones, se ha vuelto un lugar común en la teoría del derecho el considerar que todo sistema jurídico está –entre otras cosas– compuesto por muchas clases distintas de normas, con funciones y estructuras diferentes. Por ello, los términos de la ecuación kelseniana deberían invertirse: dado que no existe ninguna característica común a todas las normas jurídicas que pueda tomarse como base para distinguirlas de otro tipo de normas, a fin de ofrecer una caracterización satisfactoria del derecho es preciso centrar la atención, no en las normas mismas, sino en las características distintivas de los sistemas jurídicos.

⁶⁴ Véase Alchourrón y Bulygin, “Sobre el concepto de orden jurídico”, *op. cit.*, Para un estudio del resultado de los actos de promulgación y derogación de normas considerando la estructura jerárquica de los sistemas jurídicos, véase Ferrer Beltrán, y Rodríguez, *Jerarquías normativas y dinámica jurídica*, *op. cit.*, capítulo IV y Royakkers, *Extending Deontic Logic for the Formalisation of Legal Rules*, *op. cit.*, capítulo 7.

⁶⁵ Véase Hart, *El concepto de derecho*, *op. cit.*, cap. III.

Esta idea, implícita en la obra de Hart, fue elaborada por Joseph Raz,⁶⁶ y refinada por Alchourrón y Bulygin en la versión en español de *Normative Systems*.⁶⁷ Allí los profesores argentinos propusieron definir “sistema jurídico” como “...el sistema normativo que contiene enunciados prescriptivos de sanciones, es decir, entre cuyas consecuencias hay normas o soluciones cuyo contenido es un acto coactivo”,⁶⁸ entendiéndose aquí por “sistema normativo” todo “sistema deductivo que tiene consecuencias normativas, para lo cual es necesario que en la base del sistema figure por lo menos un enunciado normativo”.⁶⁹ A su vez, definen “norma jurídica” como “toda norma que forma parte de un sistema jurídico”.⁷⁰ A criterio de los autores, esto invertiría el procedimiento habitual entre los juristas de definir “sistema jurídico” a partir de una previa definición de “norma jurídica”, con lo que se superarían dificultades como las que tiene que enfrentar Kelsen para caracterizar a las normas jurídicas que no disponen sanciones coactivas.

El concepto de sistema jurídico que exploran Alchourrón y Bulygin en *Normative Systems* posee una relevancia incuestionable cuando se considera el problema de identificar qué consecuencias se siguen de ciertas normas para la solución de un determinado problema, pues en la reconstrucción de dicho proceso es evidente que no se requiere más que de una noción estática de sistema y que la relación entre normas definitoria de ese sistema es la relación de consecuencia lógica. Sin embargo, sobre la base de dicha noción de sistema jurídico no es posible ofrecer una caracterización satisfactoria del derecho a fin de diferenciarlo de otros fenómenos normativos.

La propuesta de *Normative Systems* al respecto posee tres aspectos fundamentales: en primer lugar, se concibe al derecho como un sistema deductivo; en segundo lugar, ese sistema debe contener normas, si bien también puede poseer otros elementos; en tercer lugar, la nota diferencial del derecho respecto de otros sistemas normativos es la coacción como elemento presente en alguna de sus normas. El primero de estos

⁶⁶ Véase Raz, *El concepto de sistema jurídico*, *op. cit.*

⁶⁷ Véase Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, *op. cit.*, pp. 103-107. Vale aclarar que las definiciones bajo examen no se encuentran en la versión original en inglés sino sólo en la ampliada versión en español.

⁶⁸ Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, *op. cit.*, p. 106.

⁶⁹ Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, *op. cit.*, p. 103.

⁷⁰ Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, *op. cit.*, p. 106.

aspectos, esto es, concebir al derecho como un sistema deductivo, posee la siguiente dificultad: la única relación entre normas que se toma en consideración en esta noción de sistema es la relación de consecuencia lógica. Dicha relación no parece ocupar un lugar de importancia en la reconstrucción del derecho ofrecida por ningún autor, mientras que otro tipo de relaciones, como la legalidad de la creación de normas, sí es postulada como un dato ineludible a la hora de distinguir al derecho de otros sistemas normativos. Por su parte, el segundo aspecto, esto es, que el derecho está conformado por normas, si bien constituye evidentemente un elemento de relevancia en la mayoría de las caracterizaciones del derecho, cuando se lo sostiene conjuntamente con lo primero genera el problema de la necesidad de ofrecer una fundamentación satisfactoria de las relaciones lógicas entre normas. El tercero de los aspectos reseñados, esto es, la coactividad como característica del derecho, ha sido controvertido al menos como nota distintiva exclusiva.⁷¹

Pero más allá de lo anterior, esta caracterización del derecho presenta una dificultad muy seria que fuera señalada en 1996 los profesores uruguayos Gerardo Caffera y Andrés Mariño.⁷² Caffera y Mariño observaron, sobre la base de un análisis de las definiciones impredicativas de Russell y Gödel, que de conformidad con la caracterización de Alchourrón y Bulygin, la clase universal de las normas –o de los enunciados–, al satisfacer la condición de contener al menos una norma coactiva, sería un sistema jurídico. Pero ahora se suscitara el siguiente problema: si paralelamente se define “norma jurídica” como cualquier enunciado que pertenece a un sistema jurídico, todas las normas –o, más en general, todos los enunciados– serían normas jurídicas, razón por la cual no contaríamos con ningún criterio para delimitar el campo de lo jurídico de otros dominios.

⁷¹ Véase, por ejemplo, Raz, *Practical Reason and Norms*, *op. cit.*, pp. 157 y ss.

⁷² Véase Caffera, Gerardo y Mariño, Andrés, “La definición del concepto de norma jurídica por referencia al sistema de pertenencia. Objeciones a partir del problema de las definiciones impredicativas de Russell y Gödel” en Comanducci, Paolo y Guastini, Riccardo (eds.) *Analisi e Diritto 2011. Ricerche di Giurisprudenza Analitica*, 2011, pp. 123-127. Una versión levemente diferente fue publicada previamente bajo el título: “Reglas de interpretación y definiciones en los sistemas jurídicos. Análisis del problema desde el punto de vista lógico” en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, XXVI. Montevideo, FCU, 1996. Véase asimismo Ratti, Giovanni Battista, “El puzzle de la determinación de lo jurídico” y Rodríguez, Jorge Luis, “Una dificultad en la definición de “sistema jurídico”. Comentario a ‘El puzzle de la determinación de lo jurídico’ de Giovanni Battista Ratti”, ambos en el volumen citado de *Analisi e Diritto* (pp. 129-141 y 143-158).

Esta objeción posee dos virtudes capitales: una extraordinaria simplicidad y un alcance devastador. Esto último porque, en tanto se conciba a un sistema jurídico básicamente como un conjunto de normas, y se mantenga la idea de definir “norma jurídica” como cualquier enunciado que pertenece a un sistema jurídico, ninguna otra nota distintiva que se predique de un sistema jurídico parece apta para salvar la objeción. Considérese a modo de ejemplo la idea de Hart de concebir a un sistema jurídico como una unión compleja de reglas primarias y secundarias.⁷³ Si se interpreta que una norma es jurídica por su pertenencia a un sistema jurídico, y que un sistema es jurídico porque se compone de ciertas reglas primarias que establecen derechos y obligaciones de los ciudadanos, y ciertas reglas secundarias que regulan diferentes aspectos de las primeras, sigue siendo el caso que la clase universal de las normas es un sistema jurídico y que, por ello, carecemos de todo criterio para distinguir a las normas jurídicas de otro tipo de normas. Lo mismo podría decirse de cualquier otro intento teórico que se inscriba en la misma dirección.

La conclusión que parece seguirse de esto es que la objeción bajo análisis nos coloca frente al siguiente dilema: o bien abandonamos la definición de “norma jurídica” como cualquier enunciado que pertenece a un sistema jurídico;⁷⁴ o bien abandonamos la definición de “sistema jurídico” como un conjunto de normas entre las cuales algunas poseen ciertas características. La primera de estas alternativas no parece muy promisoría, puesto que significa regresar a una teoría reduccionista de las normas jurídicas, que resulta pasible de las poderosas objeciones dirigidas contra tales concepciones. La segunda, en cambio, presente una posibilidad de superación tomando en consideración la distinción entre sistemas estáticos y sistemas dinámicos.

Teniendo ello en cuenta, entre las dos alternativas, parece a primera vista altamente preferible buscar una caracterización del derecho en el plano dinámico y no en el plano estático. Aunque sin lugar a dudas la expresión “sistema jurídico” se emplea muchas veces para hacer referencia básicamente a un conjunto estático de normas, no es esa la idea que se tiene en mente cuando se piensa en la expresión “sistema jurídico” como sinónimo del derecho como institución, ejemplificado paradigmáticamente en un derecho nacional. Por el contrario, numerosos

⁷³ Véase Hart, *El concepto de derecho*, op. cit., cap. V.

⁷⁴ Ese es el camino que proponen Caffera y Mariño en el trabajo op. cit.

autores –notoriamente Kelsen entre ellos– han señalado como una característica ineludible a la hora de ofrecer una caracterización satisfactoria del derecho su carácter dinámico.⁷⁵

La ventaja adicional que tendría este salto al plano dinámico es que por esa vía sería posible encontrar una salida al dilema que plantea la objeción de Caffera y Mariño. Sintéticamente, esa salida consistiría en a) mantener la definición de “norma jurídica” como cualquier enunciado que pertenece a un sistema jurídico; b) definir “sistema jurídico” como cualquier conjunto estático que pertenece a un mismo sistema jurídico dinámico; y c) definir “sistema jurídico dinámico” fundamentalmente de acuerdo con el esquema definicional ofrecido por Eugenio Bulygin antes transcripto, agregándose a él que alguno de los sistemas de la secuencia debe contener al menos una norma coactiva. La objeción de Caffera y Mariño constituye un síntoma de que ninguna caracterización del derecho en el plano estático resulta satisfactoria, ya que demuestra que lo que constituye probablemente una de las propuestas más sofisticadas de caracterización del derecho en el plano estático, esto es, la de Alchourrón y Bulygin, resulta inviable.

En síntesis, un sistema jurídico dinámico puede ser definido como una secuencia de conjuntos de enunciados, donde cada conjunto de la secuencia es el producto de un acto normativo de promulgación o derogación respecto del conjunto antecedente, y cumplido de conformidad con las pautas de legalidad fijadas por normas del conjunto antecedente, que se origina en un primer conjunto finito de enunciados identificados extensionalmente que contiene al menos una norma que confiere competencia para producir actos de modificación normativa, y en donde al menos uno de los conjuntos de la secuencia contiene una norma coactiva.

Este esquema tiene la virtud de dar cuenta del carácter dinámico como un rasgo central del derecho, esto es, permite explicar de un modo formalmente sofisticado la idea kelseniana de su *dinámica autoregulada*, es decir, que el derecho regula su propia creación, lo cual en su versión más elemental postula que existen normas jurídicas que disponen cómo deben ser creadas otras normas jurídicas. Pero además, resulta apto para sumar a él muchas otras notas distintivas del derecho que han sido destacadas como relevantes por diversos filósofos. La coactividad está presente, aunque podría asignársele un papel aún más fuerte, exigiendo por caso que cada uno de los sistemas de la secuencia contenga al menos una norma coactiva. Incorpora explícitamente la idea hartiana de la

⁷⁵ Véase Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, *op. cit.*, capítulo V.

unión de reglas primarias y reglas secundarias, al menos reglas de cambio, pero podría sumársele fácilmente también la incorporación explícita de reglas de adjudicación. También permitiría incorporar la idea de Raz de que los sistemas jurídicos son *sistemas abiertos*, puesto que una de sus principales funciones consiste en conferir fuerza obligatoria a normas que pueden encontrarse derogadas o quizás nunca haber pertenecido a él,⁷⁶ así como otras notas que para Raz resultan distintivas de un sistema jurídico, como su carácter *comprensivo*, esto es, el que no reconoce limitación alguna a las esferas de conducta que tiene la pretensión de regular, o su *pretensión de supremacía*, esto es, que pretende tener autoridad para regular el establecimiento y aplicación de los restantes sistemas institucionales de una cierta comunidad.⁷⁷ El esquema básico sería incluso compatible con sustituir la identificación extensional de las normas del conjunto originario con aquellas que logran vigencia o eficacia en una cierta comunidad política. Resulta imposible recoger de un modo adecuado todas estas notas en un plano exclusivamente estático.

V. BIBLIOGRAFÍA

1. *Bibliografía seleccionada*

- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* Astrea, Buenos Aires, 1975 (original: *Normative Systems*. Springer Verlag, New York-Wien, 1971).
- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*. Valencia, Universidad de Carabobo, Venezuela, 1979.
- BOBBIO, Norberto, *Teoría dell'ordinamento giuridico*. Torino, Giappichelli, 1960.
- CARACCILO, Ricardo, *El Sistema Jurídico. Problemas actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- CARACCILO, Ricardo, "Sistema jurídico" en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco (eds.), *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, vol. 11, El derecho y la justicia*. Madrid, Trotta, 1996.

⁷⁶ Véase Raz, *Practical Reasons and Norms*, *op. cit.*, pp. 152-154.

⁷⁷ Véase Raz, *Practical Reasons and Norms*, *op. cit.*, pp. 150-152.

- GUASTINI, Riccardo, “Proyecto para la voz ‘ordenamiento jurídico’ de un diccionario”, *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 27, 2004. Universidad de Alicante, Alicante, 2004.
- HART, H.L.A., *El concepto de derecho*. Genero Carrió (trad.), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963. (original: *The Concept of Law*. Oxford, Clarendon Press, 1961).
- KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 2a. ed., Roberto Vernengo (trad.), UNAM, México, 1979 (original: *Reine Rechtslehre*. Wien, 1960)
- MORESO, José Juan y NAVARRO, Pablo, *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996.
- RAZ, Joseph, *El concepto de sistema jurídico*, Rolando Tamayo y Salmorán (trad.), México, UNAM, 1985 (original: *The Concept of a Legal System*. Oxford, Oxford University Press, 1970; 2a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1980).
- _____, *Practical Reason and Norms*, 2a. ed. Oxford, Oxford University Press, 1990.

2. Lecturas de apoyo

- AGUILÓ REGLA, Josep, *Sobre la derogación. Ensayo de Dinámica Jurídica*, México, Fontamara, 1995.
- ALCHOURRÓN, Carlos, “Normative Order and Derogation” en Martino, Antonio (ed.), *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*. North Holland-Amsterdam-New York-Oxford, North Holland Publishing Company, 1982.
- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ALCHOURRÓN, Carlos y MAKINSON, David, “Hierarchies of Regulations and their Logic” en Hilpinen, Risto (ed.). *New Studies in Deontic Logic*. Reidel, Dordrecht-Boston-London, 1981.
- BULYGIN, Eugenio, “An Antinomy in Kelsen’s Pure Theory of Law”, *Ratio Juris*, núm. 3, 1990.
- _____, “Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos”, *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 9, 1990.
- CARACCILO, Ricardo, *La noción de sistema en la teoría del derecho*, México, Fontamara, 1994.
- COMANUCCI, Paolo y GUASTINI, Riccardo (eds.), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*. Torino, Giappichelli, 1996.

- FERRER BELTRÁN, Jordi y RODRÍGUEZ, Jorge Luis, *Jerarquías normativas y dinámica jurídica*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2011.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto. “Algunos modelos de validez normativa”, Garzón Valdés, Ernesto, *Derecho, Ética y Política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- GIANFORMAGGIO, Letizia (ed.), *Sistemi normativi statici e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana*. Torino, Giappichelli, 1991.
- HARRIS, James W., *Law and Legal Science. An Inquiry into the Concepts Legal Rule and Legal System*, Oxford, Clarendon Press, 1979.
- NINO, Carlos Santiago, *La validez del derecho*. Buenos Aires, Astrea, 1985.
- RATTI, Giovanni Batista, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Torino, Giappichelli, 2008.
- RAZ, Joseph, “Legal Validity” en Raz, Joseph, *The Authority of Law*. Oxford, Clarendon Press, 1979.
- , “The Identity of Legal Systems” en Raz, Joseph, *The Authority of Law*. Oxford, Clarendon Press, 1979.
- RODRÍGUEZ, Jorge Luis, *Lógica de los sistemas jurídicos*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ROSS, Alf, “Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, núm. IV, Buenos Aires, 1961, pp. 46-93, (reproducido en Paulson, Stanley y Litschewski, Bonnie, Editores. *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Oxford, Oxford University Press, 1999).
- ROYAKKERS, Lambèr M.M., *Extending Deontic Logic for the Formalisation of Legal Rules*. Dordrecht-Boston-London, Kluwer Academic Publishers, 1998.

CAPÍTULO 27

FUENTES DEL DERECHO

Josep AGUILÓ REGLA *

SUMARIO: I. *Cuestiones conceptuales*. II. *Algunos tipos de fuentes*.
III. *Bibliografía*.

En la cultura jurídico-académica el tema de las fuentes del Derecho no es muy apreciado; tiende a considerarse “*demasiado básico*” como para que resulte interesante ocuparse de él. Este “demasiado básico” encierra dos tipos de actitudes escépticas hacia el tema de las fuentes que no parecen del todo compatibles entre sí. Una primera actitud es el resultado de pensar que el tema de las fuentes viene a ser el ABC del Derecho y que, por tanto, no tiene mucho sentido detenerse en él. La doctrina de las fuentes cumple una cierta función propedéutica al Derecho en general o a sus diferentes ramas (el Derecho financiero, el Derecho mercantil, etc.), pero poco más. Quien no sabe cuáles son las fuentes del Derecho español o las fuentes del Derecho mercantil, no sabe nada del Derecho español ni del Derecho mercantil. Vista así, la cuestión de las fuentes está esencialmente llamada a ser *superada*. “Demasiado básico” significa aquí “*demasiado elemental*”. La otra actitud escéptica hacia el tema de las fuentes es el resultado de pensar que no es productivo ocuparse de él porque, tomado en serio, supone enfrentar un tipo de problema que, en realidad, no puede ser resuelto; sino solo *sor-teado*. Tomada en serio, la cuestión de las fuentes lleva inexorablemente a la de la naturaleza del Derecho. “Demasiado básico” significa aquí, pues, “*demasiado fundamental*”. Estas dos actitudes, en apariencia incompatibles entre sí, en realidad, son perfectamente representativas de lo que es la “*vida*” de un orden jurídico.¹ Por un lado, para que un orden jurídico exista

* Catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante.

¹ Según Hart “muchas de las oscuridades y distorsiones que rodean a los conceptos jurídicos ...surgen del hecho de que éstos implican esencialmente una referencia a lo que hemos llamado el punto de vista interno: el punto de vista de quienes no se limitan a registrar y predecir la conducta que se adecúa a las reglas, sino que *usan* las reglas como criterios o

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 2, pp. 1019-1066.

tiene que haber un amplio consenso respecto de cuáles son las fuentes de ese orden: sin consenso sobre las fuentes no puede haber una práctica concordante de IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO, es decir, no puede haber un orden jurídico.² Pero, por otro lado, también es cierto que casi todas las grandes controversias jurídicas se han canalizado a través de la doctrina de las fuentes del Derecho.³

pautas para valorar su conducta y la de los demás [lo que acaba desembocando en las preguntas fundamentales] ... Hay una constante inclinación a analizar estos conceptos en los términos del discurso ordinario, que enuncia hechos, o de discurso predictivo. Pero esto sólo puede reproducir su aspecto externo ... [lo que acaba suponiendo una trivialización del problema]" Hart, H.L.A., *El concepto de Derecho* (trad. de Genaro Carrió), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2a. ed., Reim., 1991 [1961], p. 122.

² Por ejemplo, en España a la pregunta de cuáles son las fuentes del Derecho español todos los juristas probablemente harían una referencia al art. 1 del Código civil para decir que las fuentes son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho; y complementarían esa información básica con una enumeración más detallada que incluiría la constitución, los tratados, las leyes (con sus diversos tipos), los reglamentos, la costumbre, la jurisprudencia, etcétera.

³ Tras la aparente unanimidad se esconden alternativas teóricas que se manifiestan en las diferentes ideologías jurídicas y que tienen una extraordinaria relevancia práctica, pues afectan a las tareas de interpretación y aplicación del Derecho que realizan los juristas. Tratemos de mostrarlo. Si echamos la vista atrás, es fácil constatar la *trascendencia política* que han tenido algunas disputas jurídicas a propósito del peso que hay que atribuir a cada una de las diferentes fuentes. Piénsese, por ejemplo, en lo que supusieron históricamente las disputas jurídicas entre costumbre y ley o entre ley y jurisprudencia. Y lo mismo podría decirse en la actualidad de la tensión entre ley y constitución a propósito de la transición del Estado de Derecho como imperio de la ley al Estado de Derecho como Estado constitucional. Todas estas disputas, que afectan en algún grado a la distribución del poder político en una sociedad, se canalizan jurídicamente a través de la discusión sobre las fuentes. Pero más allá de lo anterior, que tiende a coincidir con las disputas que acompañan a los grandes cambios jurídicos, hay muchas otras discusiones jurídicas que son más persistentes, que tienen también una gran relevancia práctica y que giran en torno a las fuentes. Considérense los siguientes ejemplos: En el Derecho hay fuentes, pero ¿todo el Derecho se basa en fuentes o hay estándares jurídicos no fundados en fuentes? La existencia de fuentes escritas que derivan de autoridades (como la ley) ¿privilegia la interpretación literal y subjetiva (intencionalista) o no? Los derechos fundamentales contemplados en la constitución, ¿son reconocidos por el constituyente o creados por él? La aceptación de una constitución regulativa como norma fundamental de un sistema jurídico, ¿implica que ésta impone tan sólo límites negativos a la discrecionalidad (libertad) del resto de autoridades jurídicas o supone, por el contrario, una determinación positiva de su conducta? O, adoptando una terminología más propia de la teoría general del Derecho, considérense también estos otros ejemplos: ¿Crear y aplicar el Derecho son operaciones radicalmente opuestas entre sí? ¿Crean Derecho los jueces? ¿Hay lagunas jurídicas? etc. En definitiva, todas estas cuestiones *apuntan hacia el problema del ámbito y los límites de lo jurídico* y, como ya he dicho, las respuestas a las mismas tienen una gran relevancia para la vida de un sistema jurídico, es decir, para la práctica del Derecho. Los desacuerdos entre los juristas son persistentes, se canalizan a través de las

En este texto voy a intentar desarrollar el tema de las fuentes huyendo de estas dos actitudes escépticas. Es más, voy a tratar de mostrar que entender bien las fuentes es saber “gestionar” adecuadamente esa peculiar combinación de “elementalidad” y “fundamentalidad” que presentan. Para ello voy a dividir la exposición en dos partes. En la primera parte (I. Cuestiones Conceptuales) voy a tratar de ubicar todos los problemas y cuestiones vinculados con la conceptualización de las fuentes del Derecho en general. Y en la segunda (II. Diversos Tipos de Fuentes de Derecho) voy a tratar de dar una explicación de diversos tipos de fuentes del Derecho comunes en los órdenes jurídicos de nuestro entorno cultural. Me detendré en las fuentes-acto (legislación), en las fuentes-hecho (costumbre), en las normas de origen judicial (jurisprudencia y precedentes) y en los principios generales del Derecho (el Derecho implícito). Al final, incluiré un último epígrafe en el que, bajo el título de “Los nuevos fenómenos”, trataré de dar noticia de (más que de explicar) los nuevos desarrollos del Derecho que afectan a la teoría de las fuentes del Derecho; me refiero sobre todo al constitucionalismo y a la globalización.

I. CUESTIONES CONCEPTUALES

1. *La metáfora de las fuentes del Derecho y sus ambigüedades. Un mapa conceptual.*

Las metáforas como la de las fuentes del Derecho se construyen sobre la base de una analogía en el sentido de una semejanza de relaciones, cuya estructura es: “A es a B lo que C es a D”. Así, por ejemplo, a partir de la analogía “la sal es a la comida lo que lo divertido (satisfactorio) es a la vida” (y tomando el primer término de la primera relación y el segundo, de la segunda) se obtiene la metáfora de “la sal de la vida”. Si ello es así, la pregunta por las fuentes del Derecho puede formularse como una “regla de tres”: “las fuentes son a las aguas que fluyen, lo que X es al Derecho”. Desentrañar qué sean las fuentes del Derecho consistirá -parece- en averiguar qué habría que poner en el lugar de la X. Pero no adelantemos acontecimientos.

La metáfora de las fuentes se usa, en general, para referirse al origen de algo; lo mismo ocurre en el caso del Derecho. Ahora bien, qué pueda entenderse por el “origen del Derecho” no es ni mucho menos claro. Como mínimo, el uso de la metáfora ha dado lugar a tres tipos de *discursos* o *enfo-*

diversas ideologías jurídicas que componen imágenes del Derecho (concepciones) diferentes entre sí y tienen su reflejo en la teoría de las fuentes del Derecho.

ques diferentes. El primero es un discurso de tipo *explicativo* que trata de presentar los fenómenos jurídicos como una especie dentro de los fenómenos sociales y que ha entendido la pregunta por el origen del Derecho en el sentido de las “*causas sociales*” que explican la génesis de los fenómenos jurídicos. El segundo es un discurso de tipo *justificativo* donde por origen se entiende no las causas que explican, sino centralmente la “*fundamentación de la obligatoriedad*” del Derecho; ¿por qué obliga el Derecho? ¿De dónde proviene su obligatoriedad? Aquí el Derecho se presenta no tanto como una especie dentro de los fenómenos sociales, cuanto dentro de otros fenómenos prácticos, especialmente la moral. Y el tercer tipo de discurso, que podríamos llamar *sistemático*, ha tendido a afirmar el carácter autónomo de los fenómenos jurídicos; y así, frente a los otros dos discursos, ha venido a sostener el *origen jurídico de los fenómenos jurídicos*. El Derecho, según este enfoque, es un tipo de orden normativo que se autorregula: contiene normas jurídicas que regulan la producción de otras normas jurídicas.

En este punto, conviene poner de manifiesto algo que es muy importante para entender la cuestión: estos tres enfoques o discursos (el explicativo o social, el justificativo o valorativo y el autónomo o sistemático) no son propios o exclusivos del tema de las fuentes, sino que recorren todo el pensamiento jurídico. Ello es así, porque en realidad no se trata sólo de una disputa conceptual relativa a cómo hay que entender la palabra “origen” referida al Derecho; no es simplemente una cuestión de concurrencia de tres enfoques diferentes sobre un mismo objeto. Una diferencia central entre el “*agua*” (término oculto en la metáfora de las fuentes) y el “*Derecho*” es que la primera no genera controversia teórica alguna, mientras que el segundo sí. El agua es una sustancia con una determinada composición química; y es simplemente agua tanto para la geología como para la gastronomía, tanto para la meteorología como para la agricultura. Ello hace que los diversos discursos sobre el agua puedan yuxtaponerse unos a otros sin más problemas. Ese no es el caso del Derecho. En primer lugar, porque se trata de un objeto cultural; y ello supone que el discurso sobre el Derecho “construye” en gran medida el propio objeto Derecho. Pero, además, en segundo lugar, se trata de un objeto altamente controvertido; la cuestión de su “*naturaleza*” (de qué tipo de “*sustancia*” se trata) se ha discutido “por los siglos de los siglos”. Estas dos propiedades permiten entender por qué los diferentes discursos sobre el Derecho no son del todo compatibles entre sí y, en consecuencia, no pueden yuxtaponerse unos tras otros sin más.

Lo anterior, que es muy importante para entender la cuestión, no es sin embargo suficiente para dar cuenta de todas las ambigüedades presentes en

la metáfora de las “fuentes del Derecho”. Para mostrarlo adoptemos la restricción de tomar en consideración la que es -y ha sido- la concepción dominante en el pensamiento jurídico; me refiero al normativismo.⁴ La ambigüedad de la metáfora afecta no sólo a cómo hay que entender la palabra “fuente” (“origen”) sino también a la palabra “Derecho”. En ocasiones se usa para referirse al “todo” (al Derecho en su conjunto, al orden jurídico) y en ocasiones, para referirse a sus “partes componentes”, esto es, a las normas jurídicas. Esta ambigüedad ha dado lugar a dos preguntas diferentes: una, el origen (la naturaleza) del Derecho (discurso propio de la teoría y/o filosofía del Derecho), y otra, el origen de las normas jurídicas (discurso propio de la teoría general del Derecho y de las diferentes dogmáticas jurídicas).

El siguiente cuadro resume todo lo anterior:

Derecho Enfoques	A. Orden jurídico.	B. Normas jurídicas
1. Explicativo, social.	El Derecho es un orden social	Factores sociales que explican la génesis y el contenido de las normas jurídicas (“Fuentes materiales del Derecho”).
2. Justificativo, valorativo.	El Derecho es un orden justificado	Principios, valores y/o bienes que justifican las normas jurídicas.
3. Sistemático, autónomo.	El Derecho es un orden autónomo que se autorregula	Factores jurídicos de los que depende la creación de normas jurídicas y régimen jurídico de las normas producidas (“Fuentes formales del Derecho”).

Figura 1 - Mapa Conceptual de las Fuentes del Derecho

No puedo detenerme a mostrar todo el potencial explicativo que tiene este cuadro. Su utilidad, sin embargo, puede ilustrarse usándolo para explicar las semejanzas y diferencias en la concepción de las fuentes de Kelsen,

⁴ El normativismo, *grasso modo*, viene a sostener que, si bien la fenomenología del Derecho puede ser muy rica y variada (y abarcar sujetos, acciones, autoridades, hechos, relaciones, instituciones, cosas, actos de fuerza, violencia, prácticas sociales...), el Derecho se objetiva en normas; es decir, que las múltiples manifestaciones del Derecho se entienden, explican y enseñan por referencia a normas; de manera que el discurso jurídico es un discurso sobre toda esa rica y variada fenomenología del Derecho objetivada a través de la idea norma jurídica.

Hart y Alexy. Estos tres autores, bien representativos del pensamiento jurídico contemporáneo, coincidirían en considerar que la casilla 3B constituye el núcleo esencial de la doctrina de las fuentes. Ahí estaría representado *grossa modo* el consenso entre los juristas a propósito de cuáles son las fuentes de un determinado orden jurídico. Pero para entender adecuadamente el contenido de esa casilla 3B cada uno de nuestros autores propone combinaciones diferentes con otras casillas. Kelsen combina de 3B con 3A, pues la tesis de la pureza metodológica trata de afirmar la autonomía del Derecho frente a las ciencias sociales y frente a la moral y la política. Hart combina 3B con 1A, pues su tesis de la regla de reconocimiento como una regla social aceptada pretende afirmar que el Derecho es un orden social de naturaleza esencialmente convencional. Y, finalmente, Alexy combina 3B con 2A, pues la tesis del Derecho como un caso especial del discurso práctico general pretende afirmar la doble naturaleza (positiva e ideal) del Derecho. En resumen, los tres autores aceptan 3B, es decir, aceptan que en el Derecho hay fuentes formales, pero discrepan respecto de cuál es el papel de las fuentes en el razonamiento y el método jurídicos.

2. *Dos concepciones (¿incompatibles?) de las fuentes del Derecho: Las fuentes desde el sistema y las fuentes desde el caso.*

A. *Planteamiento: ¿Qué aporta la idea de fuente a la idea de norma?*

Una ilustración: Una persona entra en un aula de la universidad y ve un letrero que pone en letras grandes “Prohibido fumar”. Se trata de una norma, no hay duda al respecto. Se aproxima al letrero y ve que en la esquina inferior derecha en letras mucho más pequeñas pone “Ley 25/2008”. Es la indicación de la fuente de la norma, tampoco hay duda.

¿Qué aporta, pues, la idea de fuente a la idea de norma? Dos cosas muy importantes. La primera aportación es que permite identificar el “Prohibido fumar” como norma jurídica. La fuente, el origen, determina la juridicidad de la norma en cuestión. La idea de fuentes está en el centro del problema de la identificación del Derecho. La segunda aportación radica en que, al clasificar a las normas por su origen, les atribuye un cierto régimen jurídico. “Prohibido fumar” ordena lo mismo tanto si ha sido establecido por un reglamento de la Universidad como si lo ha hecho una ley; pero su régimen jurídico varía considerablemente. La fuente le otorga un lugar dentro de la jerarquía normativa, lo que determina múltiples cuestiones: cuáles son sus condiciones de validez, quién puede derogarla o modificarla, cómo se resuel-

ven los posibles conflictos con otras normas, etcétera. En definitiva, la fuente determina cuál es el rol formal de la norma a la hora de construir el Derecho como una unidad. La idea de fuentes está en el centro del problema de la unidad del Derecho. Si tenemos claro este doble papel que juegan las fuentes en relación con las normas jurídicas, estamos en condiciones de entender dos concepciones de las fuentes que se presentan como opuestas y rivales. Tratemos de explicar cada una de ellas pero yendo por pasos.

B. *Una aproximación: Las fuentes son el origen de la juridicidad de las normas.*

Conforme a una primera manera de ver la cuestión, las fuentes del Derecho son el origen de las normas jurídicas. Por fuentes hay que entender los “hechos y actos jurídicos” creadores/generadores de normas jurídicas generales.⁵ El Derecho está compuesto por normas generales y abstractas que son el resultado de ciertos “hechos y actos jurídicos”. Esta noción de fuente del Derecho se corresponde con la noción de fuentes formales del Derecho (conjunto de factores jurídicos de los que depende la creación de normas jurídicas) y proyecta una imagen sistemática del Derecho. En efecto, se utiliza un criterio intrasistemático y típicamente recursivo: si hay normas jurídicas es porque hay “hechos y actos jurídicos” que las crean; y si hay hechos y actos jurídicos creadores de normas jurídicas es porque hay normas jurídicas que constituyen y regulan tales hechos y actos jurídicos (normas sobre la producción jurídica). A modo de ilustración de esta forma de entender las fuentes del Derecho puede considerarse el siguiente párrafo de Kelsen:

Fuente de derecho es una expresión metafórica con más de un significado. Cabe designar así no sólo los métodos de producción de derecho arriba mencionados [legislación (acto creador) y costumbre (hecho creador)], sino toda norma superior, en relación con la norma inferior cuya producción regula. [Se denomina 'fuente' pues también al] fundamento de validez jurídico-positivo de una norma jurídica, es decir, la norma superior positiva que regula su producción ...Se recomienda emplear, en lugar de esa metáfora fácilmente equívoca, una expresión que designe unívocamente el fenómeno jurídico que se tiene en mira.⁶

⁵ “Fuentes del Derecho son aquellos hechos o aquellos actos de los cuales el ordenamiento hace depender la producción de normas jurídicas”, en Bobbio, Norberto: *Teoría General del Derecho*, Temis, Bogotá, 1987, p. 158.

⁶ Kelsen, Hans, *La teoría pura del Derecho* (trad. de Roberto Vernengo), UNAM, Mexico, 1982, p. 243.

Esta manera de concebir las fuentes del Derecho implica, me parece, varias cosas distintas: (1) Estudiar las fuentes supone determinar el conjunto de “hechos y actos jurídicos” susceptibles de generar normas jurídicas; es decir, supone determinar el catálogo de fuentes. (2) Todas las normas jurídicas tienen su origen en una fuente, es decir, en un hecho o un acto jurídico. (3) Todo hecho o acto jurídico lo es en virtud de una norma jurídica. (3) El origen de las normas permite *distinguir* nítidamente entre *normas jurídicas* y *normas no jurídicas*.

C. *Otra aproximación: Las fuentes son las normas jurídicas vistas por su origen.*

Hablar de fuentes del Derecho, más allá de lo que el uso metafórico de la palabra “fuente” parece sugerir, no es nada distinto a hablar de normas jurídicas clasificadas por su origen. Esta noción de fuente se solapa parcialmente con la anterior, pero no es reducible a ella. Es compatible con la idea de hecho y acto jurídico creador de normas jurídicas porque estos no son más que orígenes de normas. Ahora bien, no es reducible a ella porque desde esta perspectiva es perfectamente posible que pueda haber normas jurídicas cuyo origen no se sitúe en hechos ni en actos jurídicos. Lo característico de esta forma de concebir las fuentes del Derecho es que, si bien puede hablarse de un catálogo de orígenes de normas, no permite distinguir nítidamente entre normas jurídicas y normas no jurídicas. De nuevo y a modo de ilustración, considérese el siguiente párrafo de Alf Ross:

Por fuentes del Derecho ha de entenderse el conjunto de factores o elementos que ejercen influencia en la formulación, por parte del juez, de las reglas en las que éste basa su decisión; con el agregado de que esta influencia puede variar: desde aquellas “fuentes” que proporcionan al juez una norma jurídica ya elaborada que simplemente tiene que aceptar, hasta aquellas otras que no le ofrecen nada más que ideas e inspiración para que *el propio juez formule la norma que necesita*.⁷

Esta manera de concebir las fuentes del Derecho implica tres cosas diversas: 1) Hablar de fuentes del Derecho supone hablar de un catálogo de orígenes de las normas jurídicas pero donde no todos ellos son “hechos y actos jurídicos”.⁸ 2) La juridicidad de algunas normas deriva de su origen (hechos y

⁷ Ross, Alf, *Sobre el Derecho y la justicia* (trad. de Genaro Carrió), 2a. ed., EUDEBA, Buenos Aires, 1973, p. 75.

⁸ En este sentido, por ejemplo, el propio Alf Ross suministra un catálogo de fuentes del Derecho donde las clasifica por el grado de objetivación que presentan. Así, distingue: 1. Fuente completamente objetivada: las formulaciones revestidas de autoridad (la legislación

actos jurídicos) pero la de otras proviene de la determinación de su *relevancia* o *necesidad* para el caso que se trata de resolver. 3) En abstracto no es posible determinar de manera precisa el conjunto de normas jurídicas. Esto es lo que sugiere Ross con la frase “la norma que [el juez] necesita”.

D. *Las fuentes desde el sistema y las fuentes desde el problema (caso).*

Estas dos maneras de entender las fuentes del Derecho que acabamos de ver mantienen entre sí una forma de oposición (tensión) que recuerda mucho (y tiene connotaciones muy semejantes) a la que Viehweg, siguiendo a Hartmann, trazaba entre el “pensamiento sistemático” y el “pensamiento problemático”. En efecto, Viehweg venía a sostener que toda disciplina surge de determinados problemas y da lugar a un cierto sistema de ideas generales; pero lo interesante no radica en eso, sino en determinar dónde se pone el acento, a qué se le atribuye más peso. El “pensamiento sistemático” —decía Viehweg— pone el acento en el sistema y acaba realizando una selección de problemas, de suerte que los problemas que el sistema no resuelve son apartados y quedan sin resolver. Por el contrario, el “pensamiento problemático” pone el acento en el problema y, por tanto, lo que hace es una selección de sistemas en busca de la solución del problema.⁹ No quiero extenderme en esta cuestión, pero *grosso modo* la oposición entre pensamiento sistemático y pensamiento problemático corre paralela a la que aquí estamos contemplando a propósito de las dos formas de entender las fuentes. Según dónde pongamos el acento vemos las fuentes “desde el sistema” o “desde el problema (caso)”.

La teoría de las fuentes ha jugado un papel central dentro del discurso de la teoría del Derecho; pues, en su tarea de construir un concepto de Derecho adecuado para dar cuenta de la práctica y la doctrina jurídicas, ha recurrido a la teoría de las fuentes para componer la imagen del Derecho. En realidad, ha tomado dos problemas básicos de la experiencia cotidiana de los juristas (el *problema de la identificación del Derecho* y el *problema de la unidad*

en el sentido más amplio). 2. Fuente parcialmente objetivada: costumbre y precedente. Y 3. Fuente no objetivada, “libre”: “la “razón”. Ross, Alf, *Sobre el Derecho y la justicia*, op. cit., p. 77.

⁹ Véase, Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia* (trad. de L. Díez Picazo), Taurus, Madrid, 1964, pp. 49 y ss. En un sentido muy similar, en 1910, Vaz Ferreira introduce la distinción entre pensar por sistemas y pensar por ideas. Escribe: “Hay dos modos de hacer uso de una observación exacta o de una reflexión justa: el primero, es sacar de ella, consciente o inconscientemente, un *sistema* destinado a aplicarse en todos los casos; el segundo, reservarla, anotarla, consciente o inconscientemente también, como algo que hay que *tener en cuenta* cuando se reflexione en cada caso sobre problemas reales y concretos”, Vaz Ferreira, Carlos, *Lógica viva. Moral para intelectuales*, Biblioteca Ayacucho, p. 78.

del Derecho), los ha vinculado con el problema del concepto de Derecho y, en gran medida, ha recurrido a la teoría de las fuentes para componer la imagen del Derecho. Detengámonos brevemente a explicar cada uno de estos dos problemas básicos de la experiencia de los juristas tratando de mostrar la contribución que a su solución realizan la concepción de las fuentes desde el sistema y la de las fuentes desde el caso.

E. *El problema de la identificación del Derecho.*

El problema de la identificación del Derecho no es otro que el de la identificación de las normas jurídicas. Forma parte de la experiencia básica de todo jurista el dato de que no toda norma socialmente existente es susceptible de ser usada en la resolución de casos jurídicos, sino sólo algunas de ellas, las jurídicas. Ello implica que todo jurista tiene necesidad de distinguir entre estándares jurídicos y estándares que no lo son; de distinguir el Derecho de su ambiente. Toda teoría del Derecho tiene, pues, que articular alguna forma de respuesta a este problema. La persistencia del problema explica la fortuna de las conceptualizaciones del Derecho que lo han presentado como un conjunto específico de normas. A partir de ahí, es fácil darse cuenta de que aquellos autores que han puesto el acento en esta necesidad de los juristas, que han elevado a la categoría de fundamental la separación del Derecho de su ambiente, han encontrado en el criterio del origen de las normas, es decir, en las “fuentes desde el sistema”, un apoyo prácticamente insustituible. El origen de las normas, el pedigrí, pasa a ser el criterio esencial para determinar su juridicidad.

Si, como decía antes, la teoría del Derecho trata de articular un concepto de Derecho adecuado para dar cuenta de la práctica y la doctrina jurídicas, es claro que la teoría de las fuentes construida “desde el sistema” suministra una respuesta muy potente al problema de la identificación del Derecho. Por el contrario, la respuesta que ofrece la teoría de las fuentes construida “desde el caso” es, en este sentido, mucho menos satisfactoria. Establece algo parecido a una “gradualidad” en la juridicidad que parece desembocar en que la cuestión de la identificación del Derecho se resuelve en una decisión. En este sentido, si las fuentes del Derecho están necesariamente unidas a los valores y/o principios de certeza, previsibilidad y/o seguridad, parece que, en relación con el problema de la identificación, la concepción de las “fuentes desde el sistema” es mucho más satisfactoria que la concepción de las “fuentes desde el caso”.

F. *El problema de la unidad del Derecho.*

El problema de la unidad del Derecho ha estado también permanentemente presente en la conceptualización del Derecho. En efecto, la idea de conjunto de normas no agota la imagen que los juristas tienen del Derecho, pues ella no es suficiente para dar cuenta de otro aspecto central del quehacer cotidiano de los juristas. La solución de un caso jurídico —aquella a la que se llega al final de un razonamiento jurídico acabado— no es simplemente la solución según la norma que da cobertura al caso, sino la solución según el Derecho. Las soluciones jurídicas, en este sentido, no tienen solo la fuerza de la norma usada, sino la fuerza del Derecho. Es decir, al final de un razonamiento jurídico acabado la diversidad de fuentes y de normas se reduce a la unidad del Derecho. Ello es así y lo sabe todo el mundo. El problema es explicar cómo se produce esa unificación, porque —y esta es la pregunta fundamental— la unidad del Derecho ¿tiene fundamento o simplemente se decide? De nuevo, la teoría de las fuentes ha jugado un papel central en la respuesta a este problema. Una respuesta típica ha consistido en decir que la solución de un caso es la solución según el Derecho y no solo la solución según una determinada norma porque el Derecho es, además de un conjunto de normas, un sistema de normas. El Derecho no es un mero agregado de normas, sino que esas normas están ordenadas (ver, SISTEMAS JURÍDICOS). Un criterio central para la ordenación de las normas jurídicas (sistematización) es, una vez más, el origen de las mismas. El origen de las normas determina su régimen jurídico (básicamente su jerarquía). Sin embargo, para la concepción de las “fuentes desde el sistema”, la unidad del Derecho es una propiedad “relativa”, pues hay que referirla a los casos. En los *casos regulados*, resueltos por el sistema de normas, la unidad del Derecho es “real”. Por el contrario, en los *casos no regulados* (es decir, aquellos casos en los que, por la razón que sea, el sistema no suministra una única respuesta), la solución (la unidad) se decide discrecionalmente (“libremente”).

Los autores entre cuyas preocupaciones centrales ha estado la cuestión de la justificación de las soluciones jurídicas, es decir, la justificación de “la solución según el Derecho” han tendido a adoptar la concepción de las fuentes desde el problema.¹⁰ Un rasgo común a todos ellos es la tendencia a

¹⁰ Tratando de dar cuenta del punto de vista interno, en el apartado de las fuentes relativo a la razón y/o tradición de cultura, Alf Ross escribe: “La ausencia de toda norma con autoridad es vivida como un defecto o una laguna en el derecho que el juez debe suplir. Este lo hará decidiendo la concreta cuestión planteada en la forma que estime justa, y al mismo tiempo tratará de justificar su decisión... Lo que llamamos ‘razón’ o ‘consideraciones prácti-

considerar que en los casos relevantes no resueltos no es cierto que todas las razones para decidir sean razones igualmente extrajurídicas; y, por tanto, jurídicamente equivalentes. No es verdad —sostendrán— que el Derecho no tenga nada que decir en estos casos. Las fuentes son, en este sentido, las razones relevantes que quien decide puede alegar en favor de la decisión considerada correcta. Desde esta perspectiva, la unidad del Derecho puede postularse porque el Derecho no es cerrado respecto del conjunto de razones relevantes para la resolución de los casos.

Si la teoría del Derecho trata de articular un concepto de Derecho adecuado para dar cuenta de la práctica y de la doctrina jurídicas, la teoría de “las fuentes construida desde el caso” suministra una respuesta mucho más potente al problema inserto en la práctica jurídica de la unidad del Derecho. Por el contrario, la respuesta que ofrece la teoría de “las fuentes construida desde el sistema” es mucho menos satisfactoria, porque es una teoría resignada: si no hay solución (si el Derecho para un caso determinado no es unitario), entonces solo hay decisión. Las razones alegadas en la justificación son extrajurídicas y, por tanto, en términos jurídicos son todas ellas igualmente irrelevantes. En este sentido, si se acepta que las fuentes del Derecho están necesariamente unidas a los valores y/o principios de certeza y seguridad, parece que, en relación con el problema de la unidad del Derecho, la teoría de las “fuentes desde el caso” es mucho más satisfactoria que la teoría de las “fuentes desde el sistema”.

cas' es una fusión de una concepción de la realidad y de una actitud valorativa... Una doctrina realista de las fuentes del Derecho se apoya en la experiencia, pero reconoce que no todo el derecho es derecho positivo en el sentido de 'formalmente establecido'. Ross, Alf, *Sobre el Derecho y la justicia*, *op. cit.*, pp 97-98. Compárese esta cita de Ross con esta otra de Viehweg relativa al acento en el pensamiento problemático: “Si existiera un único sistema A, que declarara insoluble nuestro problema... sería necesario otro sistema para encontrar la solución. Lo mismo podría decirse en el caso de que existieran varios sistemas A, B, C, etc. Si ninguno de ellos permitiera encontrar la solución, sería necesario otro nuevo sistema y otro más en que quedara afirmado el carácter de problema. Con otras palabras: el planteamiento de un problema opera una selección de sistemas, y conduce usualmente a una pluralidad de sistemas cuya conciliabilidad dentro de un sistema omnicompreensivo no se demuestra”. Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia* (trad. de L. Díez Picazo), Madrid, Taurus, 1964, p. 51.

3. *El Derecho como práctica y la superación de la supuesta incompatibilidad.*

A. *La tensión entre la identificación del Derecho y la unidad del Derecho.*

Parece, por tanto, que la teoría del Derecho, en su tarea de construir la imagen del Derecho, tiene, por un lado, que lidiar con los problemas de la identificación y de la unidad y, por otro, que recurrir a la teoría de las fuentes para abordarlos. Pues bien, ello parece enredar en un dilema a la teoría del Derecho y a la teoría de las fuentes.

Si se resuelve satisfactoriamente el problema de la identificación del Derecho, es decir, si se consigue suministrar un criterio claro (relativamente preciso) para la identificación del conjunto de estándares jurídicos, de forma que puedan eliminarse (o reducirse al mínimo) los componentes decisionales en la determinación de lo jurídico, entonces el Derecho acaba abriéndose por los casos. Los casos no regulados acaban simplemente decidiéndose (sin criterio o con criterios extrajurídicos). Es decir, si se resuelve satisfactoriamente en términos de certeza el problema de la identificación (de forma que la determinación de los estándares jurídicos no sea una cuestión de decisión) entonces se deteriora la unidad del Derecho por los casos. En este sentido, la certeza, la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de las propias acciones, padece porque hay todo un ámbito en el que los casos simplemente se deciden y no hay posibilidad de articular control jurídico alguno.

Por el contrario, si se resuelve satisfactoriamente el problema de la unidad del Derecho se acaba perjudicando la cuestión de la identificación. En efecto, para que la solución de los diferentes casos nunca sea una pura cuestión de decisión, sino que se trate siempre de una cuestión de justificación jurídica, es necesario abrir el catálogo de razones jurídicas y, en consecuencia, la distinción entre estándares jurídicos y estándares no jurídicos pierde nitidez. La pretensión de hallar una justificación jurídica de la solución de todos los casos acaba desdibujando la separación del Derecho de su ambiente. En este sentido, el empeño por la justificación jurídica de todas las decisiones hace que la certeza padezca por cuanto es incompatible con la pretensión determinar *a priori* el conjunto de estándares jurídicos, es decir, el catálogo completo de razones jurídicas para resolver todos los casos.¹¹

¹¹ En este punto conviene llamar la atención sobre lo siguiente. Los autores que ponen el énfasis en la cuestión de la identificación (en la separación del Derecho de su ambiente) tienden a usar la distinción “caso regulado/caso no regulado”; mientras que los que ponen el énfasis en la justificación tienden usar la distinción “caso fácil/caso difícil”. La sustitución del primer par de opuestos por el segundo es indicativa del tránsito en la teoría del Derecho

Planteada así la cuestión parece que estemos ante un dilema sin solución. La certeza, la previsibilidad, resulta siempre perjudicada porque, por un lado, si mejoramos la identificación (separación clara de las normas jurídicas frente a las no jurídicas) perjudicamos la justificación y, por otro, si mejoramos la justificación (reconocemos carácter jurídico a las razones relevantes para decidir) perjudicamos la identificación. En mi opinión, esta conclusión no es necesaria; es, más bien, el producto de un cierto error de planteamiento.

B. Las fuentes y el Derecho como una práctica que pretende erradicar el decisionismo.

La certeza, la previsibilidad y/o la seguridad (en definitiva la erradicación del decisionismo) es el principio y/o valor que parece estar detrás de, por un lado, estas dos formas de entender las fuentes del Derecho y, por otro, de encarar los problemas de la identificación y de la unidad del Derecho. Ahora bien, a pesar de esta unidad de principios y/o valores no cabe confiar en la eliminación permanente de la referida tensión, no es posible resolverla en abstracto. La persistencia de la discusión dentro de la teoría del Derecho es buena prueba de ello. En mi opinión, lo que procede es entender el Derecho como una práctica guiada por el ideal de la certeza jurídica. Es decir, verlo como una práctica orientada a tratar de erradicar los términos indeseables de “no diferenciación entre estándares jurídicos y no jurídicos” y de “decisión libre de los casos no regulados”. En este sentido, tomarse en serio el principio y/o valor de la certeza del Derecho presupone tomarse en serio la erradicación de los términos indeseables del referido supuesto dilema. La práctica jurídica guiada por el ideal de la certeza es una práctica que trata de minimizar el decisionismo en la resolución de los problemas jurídicos y, en consecuencia, necesita operar con ambos conceptos de fuentes; y ello es así porque necesita, por un lado, distinguir entre “estándares jurídicos y estándares que no lo son” y, por otro, justificar “la solución según el Derecho”. No es posible entender la práctica del Derecho sin percatarse de que el valor del propio Derecho proviene estrictamente de su dimensión institucional y ello supone tomar en consideración tanto los aspectos formales (lo que supone necesariamente distinguir al Derecho de su ambiente) como los aspectos sustantivos (lo que supone que las soluciones a los casos nunca puedan ser simplemente decididas). Por ello, la ten-

del énfasis en la cuestión de la identificación del Derecho (separación) al énfasis en la cuestión de la unidad del Derecho (justificación).

sión entre la identificación del Derecho y su unidad es ineliminable en abstracto. Lo que procede, en realidad, no es elegir uno de estos dos conceptos de fuentes, sino darse cuenta de que una concepción adecuada de las fuentes del Derecho tiene que lidiar con la tensión entre la cuestión de la identificación (la separación) y la cuestión de la unidad (la justificación).¹²

A continuación, voy a tratar de explicar diferentes tipos de fuentes del Derecho. Como el lector podrá comprobar, la explicación de cada una de esas fuentes articulará de maneras diferentes la cuestión de la identificación y la de la unidad. Es más, cada cambio de tipo de fuente supondrá que la explicación requerirá una mayor apertura hacia cuestiones de justificación. Por decirlo en frase que ha hecho fortuna: el paso de unos tipos de fuentes a otros ira mostrando el “desbordamiento de las fuentes” entendidas a la manera meramente sistemática y/o formalista.¹³

II. ALGUNOS TIPOS DE FUENTES

1. *La ley y las fuentes-acto.*

A. *Actos jurídicos y fuentes-acto.*

Hay normas que tienen su origen en actos jurídicos. Todos los actos jurídicos presuponen una regla que confiere poder. Aplicado a la legislación, la regla que confiere el poder de legislar podría formularse -simplificando mucho las cosas- del siguiente modo: “Si se da el estado de cosas X y el legislador (el sujeto Z) aprueba un documento normativo (realiza la acción Y) entonces se produce el resultado ley (resultado institucional RI)”.¹⁴ Co-

¹² En mi opinión, la distinción dworkiniana en la aplicación del Derecho entre la fase preinterpretativa (identificación y/o determinación de los materiales), la fase interpretativa (determinación de las concepciones posibles) y la fase postinterpretativa (solución correcta) conforma una base muy adecuada para la reconstrucción de la práctica jurídica guiada por los valores de la certeza, la previsibilidad y/o la seguridad. *Cfr.* Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984; y *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1886.

¹³ Tomo la expresión de Antonio-Enrique Pérez Luño (*El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, La Ley, Madrid, 2011) aunque hay que advertir que él usa la figura en un sentido diferente al aquí asumido; él la utiliza para referir los fenómenos jurídicos de la supraestatalidad y de la infraestatalidad (p. 90).

¹⁴ Todo lo relativo a los actos jurídicos y las fuentes-acto es un resumen actualizado de lo sostenido en los cap. III y IV del libro Aguiló Regla, Josep, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, Ariel, 2000. En esos capítulos, a su vez, se tenía muy en cuenta la concepción de las “reglas que confieren poder” desarrollada en el libro Atienza,

mo es obvio, no todo acto jurídico es una fuente-acto. En el caso de las fuentes-acto, la regla que confiere poder se llama *regla de competencia*; al sujeto titular del poder normativo, *autoridad*; y al resultado institucional, *disposición jurídica, documento normativo dotado de autoridad o fuente del Derecho*. Que la regla que confiere poder sea una regla de competencia quiere decir que el ejercicio de ese poder normativo puede alterar la situación normativa de ciertos sujetos sin el concurso de su voluntad: se trata de un poder público y rige el principio de heteronomía.¹⁵ Ahora bien, no todo acto jurídico que consiste en el ejercicio de una competencia es una fuente-acto. Para explicarlo conviene recurrir a la noción de AUTORIDAD. Es común considerar que las autoridades jurídicas son los sujetos titulares de los poderes públicos; pero en los sistemas jurídicos desarrollados, las autoridades no son sólo los sujetos, sino los sujetos más los procedimientos: la autoridad de un resultado normativo proviene de que cierto sujeto ha seguido un determinado procedimiento. Si bien se considera, un procedimiento no es más que una secuencia de actos jurídicos en la que la realización de unos actos se configura como condición necesaria y/o suficiente para la realización de otros actos posteriores. Así, por ejemplo, el resultado “ley” es el producto de la intervención de múltiples sujetos y de la realización de múltiples actos jurídicos (de la producción de múltiples resultados institucionales); por ello, las denominadas fuentes-acto bien podrían llamarse fuentes-procedimiento.¹⁶

Manuel, y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996.

¹⁵ Conviene llamar la atención sobre las potencialidades explicativas y sistematizadoras que tiene la noción de regla que confiere poderes tal como se está usando, pues ella constituye una estructura común que recorre las tres grandes ramas del Derecho. Esta estructura permite mostrar las semejanzas (y, en consecuencia, perfilar mejor las diferencias) entre los poderes normativos de cada una de esas ramas: la capacidad (poder para realizar actos jurídico-privados, negocios jurídicos), la competencia (poder para realizar actos jurídico-públicos) y la legitimación (poder para realizar actos jurídico-procesales, en el ámbito del proceso).

¹⁶ El criterio utilizado para individualizar las reglas que confieren poderes es el siguiente: cada resultado institucional susceptible de ser interpretado como un acto jurídico presupone una regla que confiere poder. El antecedente de esta regla contiene todas las condiciones necesarias y suficientes para la producción del resultado institucional de que se trate. Cuando se da el salto y se pasa de los actos a los procedimientos, en realidad, la situación no cambia demasiado. Para individualizar un procedimiento se parte también de un resultado institucional, lo único que ocurre es que entre las condiciones necesarias y suficientes para su producción se incluye la realización de diferentes actos jurídicos que, naturalmente, pueden implicar a diferentes sujetos. Por regla general y como forma abreviada de referirse a un procedimiento es común aislar algunos de esos actos como los más representativos: el acto que inicia el procedimiento (por ejemplo, la presentación de un proyecto de ley), el que

Pero lo anterior no es suficiente para caracterizar a las fuentes-acto, pues no es cierto que todo acto jurídico que consiste en el ejercicio de una competencia y que concluye un procedimiento sea una fuente-acto. El acto jurídico tiene que tener eficacia general. Esta última nota, la eficacia general, explica por qué el resultado de las fuentes-acto es un documento normativo, publicado oficialmente y dotado de autoridad: la eficacia general exige no que el resultado sea comunicado (notificado) a los interesados como ocurre con muchos otros actos jurídicos, sino que sea hecho público.

B. *La validez de las fuentes-acto: Existencia y corrección*

La validez predicada de los actos jurídicos puede significar dos cosas distintas: existencia del resultado institucional (validez constitutiva) y corrección o legitimidad del mismo (validez regulativa). Para entender esta disociación del juicio de validez respecto de las fuentes-acto hay que tomar en consideración la diferencia que media entre lo que “*es posible hacer*” y lo que “*está permitido hacer*”. Como es sabido, sólo tiene sentido ordenar, prohibir o permitir la conducta en el ámbito de lo que es posible hacer. Carece de sentido pretender ordenar la conducta en el ámbito de lo imposible o en el de lo necesario (no es posible que no). A partir de ahí, si las reglas que confieren poder crean la posibilidad de producir resultados institucionales, ocurre que los que no son titulares de dichos poderes normativos no es que tengan prohibido producir los correspondientes resultados institucionales; es, más bien, que les resulta imposible producirlos. La posibilidad de producir los resultados institucionales que llamamos fuentes-acto la tienen exclusivamente ciertas autoridades jurídicas: el legislador puede (en el sentido de que le es posible) dictar leyes; el gobierno, decretos; el ayuntamiento, ordenanzas municipales, etcétera.

Sin norma de competencia no hay autoridad jurídica posible, luego en el interior del orden jurídico todas las autoridades y todos los poderes normativos son constituidos y delegados; salvo —claro está— una última autoridad —llamada suprema— cuyo poder ya no podrá ser explicado con el criterio de la delegación. El hecho de que todas las autoridades, salvo la suprema, sean delegadas permite considerar que el conjunto de autoridades jurídicas constituye una unidad, un sistema de autoridades. Desde esta perspectiva, la unidad del Derecho se ve como una unidad de autoridades. Pero el Derecho aspira no solo a la unidad de autoridades por vía de la delegación, sino también a la unidad de contenidos normativos. Desarrollar

más claramente representa una manifestación de voluntad (la aprobación del proyecto de ley) y el que cierra el procedimiento (la promulgación o la sanción de la ley).

la cuestión de la unidad de contenidos normativos del orden jurídico lleva a tratar el otro sentido en que se usa la expresión validez, el de legitimidad o corrección. Cuando se dice que una ley es inconstitucional se está, por un lado, reconociendo que aquello de lo que se predica la inconstitucionalidad es una ley (existe como ley, fue dictado conforme a los requisitos establecidos en las reglas de competencia), pero, por otro, afirmando que el contenido de ese resultado institucional es ilegítimo o incorrecto porque contradice el contenido de normas superiores. Nótese que del mismo modo que la noción de delegación juega un papel central en la construcción de la unidad del Derecho entendida como unidad de autoridades, la noción de jerarquía normativa lo juega en la construcción de la unidad del Derecho vista como unidad de contenidos normativos.

Esta disociación del juicio de validez, que es el resultado de distinguir entre la delegación de poderes normativos (competencia para producir resultados institucionales) y el establecimiento de deberes relativos al ejercicio de esos poderes normativos (límites en el ejercicio de la competencia), es característica de las fuentes-acto; y tiene la virtud de permitir distinguir claramente los criterios para determinar quién tiene el poder para producir fuentes-acto (esto es, quién es autoridad) de los criterios que para determinar si la autoridad violó algunos de sus deberes al producir el resultado institucional en cuestión. Como muestra la experiencia, la respuesta a la pregunta de si le es posible al Parlamento dictar una ley inconstitucional solo puede ser positiva; la respuesta a la pregunta de si eso le está permitido solo puede ser negativa.

La teoría jurídica ha dado cuenta de estos dos sentidos de validez (constitutiva/existencia y regulativa/corrección) distinguiendo entre validez formal y validez material de las normas. Los juicios de validez formal son el producto de juzgar el acto creador de la norma (el acto jurídico) y los de validez material, de juzgar la compatibilidad de la norma producida con las normas superiores. Como se ve, esto es perfectamente compatible con lo dicho anteriormente. La opción terminológica no es importante; lo relevante es darse cuenta del alcance que tiene la disociación del juicio de validez.

Si bien se considera, lo dicho hasta ahora sólo vale para dar cuenta de conflictos entre una fuente-acto dictada por una autoridad delegada y otra fuente-acto dictada por la autoridad delegante. Este tipo de conflictos se resuelven, por lo general, declarando la ilegitimidad o la incorrección (nulidad) de la fuente-acto delegada. Pero, según lo visto, por ejemplo, en España no sería posible un conflicto entre “ley ordinaria” y “ley autonómica, porque al Parlamento Español le resulta imposible producir el resultado

“ley autonómica” y al Parlament de Catalunya, el resultado “ley ordinaria”. Es claro que estos conflictos son posibles e incluso frecuentes. Para dar cuenta de los mismos hay que introducir matices hasta ahora ignorados. La distribución de poderes normativos tiene, en efecto, una dimensión formal que gira en torno a la idea de delegación para producir fuentes-acto (leyes ordinarias, leyes autonómicas, decretos, etc.); pero tiene también otras dimensiones, como la material, la territorial y la personal. Cada una de ellas define un ámbito de la competencia: qué materias se pueden regular, sobre qué territorio se puede regular y a qué personas se puede afectar con la regulación. Centrémonos en el ámbito material de la competencia, que es el más difícil de precisar.

En general se delega poder en una autoridad para que mediante la producción de determinados resultados institucionales llamados fuentes-acto (competencia formal), regule ciertas materias (competencia material). La competencia material de una autoridad viene determinada por el conjunto de materias que puede (*le es posible*) regular (por ejemplo, el tráfico marítimo, la ordenación del territorio, el impuesto sobre bienes inmuebles, las relaciones de comercio, etcétera.). Al regular estas materias la autoridad competente no puede (*no le está permitido* en términos deónticos) violar el contenido de normas superiores. Según esto, la competencia material se comporta del mismo modo que la competencia formal; es decir, la pretensión de una autoridad de regular una materia para la que no tiene competencia material produce exactamente el mismo resultado que la pretensión de producir una fuente-acto para la que no se tiene competencia formal: la inexistencia de la fuente-acto. ¿Ocurre realmente así? ¿Es esa una buena reconstrucción? En mi opinión, sí; lo que sucede es que en la determinación material de la competencia los problemas de penumbra conceptual se multiplican y ello resulta potencialmente conflictivo. Naturalmente las expresiones usadas para su determinación pueden tener una amplia zona de claridad, pero sus límites son generalmente imprecisos. Lo importante, sin embargo, es darse cuenta de que en la distribución de poderes normativos los requisitos de competencia material son también condición de existencia del resultado institucional. Otra cosa es que en el ejercicio cotidiano de poderes normativos entre autoridades distintas surjan múltiples conflictos derivados de que los límites de las referidas materias no estén ni mucho menos claros. Estos son los conflictos de competencias reales, los que dirimen los tribunales, pero ello no altera el que la competencia material se presente, al igual que la competencia formal, como condición necesaria para la existencia del resultado institucional.

Ahora bien, para que la explicación resulte satisfactoria hay que dar cabida a los nuevos ámbitos de la competencia dentro del esquema de las reglas que confieren poderes. Ello se consigue descomponiendo el estado de cosas X. La estructura completa de las reglas de competencia en el caso de las fuentes-acto responde a la siguiente estructura: “Si se trata de regular las materias M y Q, en el ámbito territorial T y/o en el personal P (todo ello conforma el estado de cosas) y el sujeto Z (la autoridad) realiza la acción Y (normalmente una declaración de voluntad de producir RI) entonces se produce el resultado institucional RI (la fuente-acto)”. Como es obvio, en el estado de cosas pueden incluirse circunstancias que van más allá de los ámbitos de competencia típicos hasta ahora contemplados. Piense el lector, por ejemplo, que en España para que se produzca el resultado Decreto-ley tienen que concurrir junto a las circunstancias relativas a los ámbitos de competencia, la de tratarse de un caso de “extraordinaria y urgente necesidad”.

Los conflictos de poder son posibles porque al ser penumbrosos los límites de la competencia los juicios de inexistencia generalmente no son inmediatos. Ello hace que deban ser resueltos por los tribunales y, en consecuencia, que se genere la impresión de que los juicios de validez con los que se dirime el conflicto versen sobre la corrección de la fuente-acto conflictiva y no sobre su existencia. No es cuestión de enredarse en la elección de las palabras, pero piense el lector en lo siguiente: la necesidad de resolver estos conflictos proviene de que los mismos rompen la unidad de autoridades del orden jurídico, no la de contenidos. Es perfectamente posible que una autoridad incompetente dicte un documento que no llegue a ser considerado fuente-acto (debido a esa incompetencia) y que, sin embargo, su contenido sea perfectamente armónico con los contenidos del orden jurídico; de forma que si hubiera sido dictada por la autoridad competente, aparte de existir como fuente-acto, sería legítima o correcta.

C. *Derecho de origen deliberado, Derecho delegado y Derecho prescrito.*

El Derecho proveniente de fuentes-acto se nos presenta como Derecho deliberado, Derecho delegado y Derecho prescrito. La expresión “Derecho de origen deliberado” se opone a la de “Derecho espontáneo”¹⁷ y se recurre a ella para significar que se trata de Derecho creado intencionalmente. Todas las fuentes-acto son Derecho deliberado. Para justificarlo basta con recordar el carácter necesariamente intencional de los actos jurídicos. La

¹⁷ Nino distingue entre “fuentes de creación deliberada” y “fuentes de creación espontánea”. Cfr. Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1987, pp. 148 y ss.

expresión “Derecho delegado” se opone a “Derecho reconocido” o “Derecho recibido”.¹⁸ Se habla de Derecho reconocido o recibido cuando lo que existe es un hecho social productor de reglas de conducta anterior al (o independiente del) sistema jurídico de referencia, pero que éste reconoce su juridicidad *a posteriori*. Todas las fuentes-acto son, en este sentido, Derecho delegado.

Las fuentes-acto son también Derecho prescrito. Si se recuerdan los criterios dados para distinguir las fuentes-acto del resto de los actos jurídicos, es fácil percatarse de que pueden interpretarse como prescripciones. En el contexto de una relación de autoridad, una prescripción es una manifestación de voluntad de que otros se comporten de una determinada manera lo quieran o no.¹⁹

D. *Normas provenientes de autoridades políticas.*

El modelo de las fuentes-acto se corresponde *grosso modo* con las normas provenientes de autoridades políticas. Como ya se dijo, para definir la posición institucional de cualquier autoridad jurídica hay que tomar en consideración cuáles son sus poderes (qué le es posible hacer) y cuáles son sus deberes (qué le está permitido hacer). A todas las autoridades jurídicas les es posible y les está permitido hacer determinaciones positivas del contenido del orden jurídico. Dentro del marco establecido por las normas superiores, cada autoridad jurídica puede ir cerrando (determinando) el contenido del orden jurídico. Ello quiere decir simplemente que todas las autoridades jurídicas son delegadas y que sus poderes están limitados por las normas superiores. Pues bien, lo propio y característico de las autoridades políticas es que su poder normativo está concebido para producir *cambios* en dichas determinaciones positivas. Las *autoridades políticas* cumplen la función de cambio dentro del orden jurídico. La legislación, en este sentido, es el instrumento de cambio jurídico por excelencia; por ello, el poder normativo de legislar puede ser descompuesto en términos de promulgación y derogación. La promulgación y la derogación son actos jurídicos

¹⁸ Cfr. Bobbio, Norberto, *Teoría general del Derecho*, Bogotá, Temis, 1987, pp. 153 y ss

¹⁹ Escribe von Wright: “Las prescripciones son dadas o dictadas por alguien. ‘Dimanan’ de o tienen su ‘origen’ en la voluntad de un dador de normas o, como también diremos, autoridad normativa. Van, además, destinadas o dirigidas a algún agente o agentes, a quien llamaremos sujeto(s) normativo(s). Puede decirse normalmente que la autoridad que da la norma quiere que el sujeto adopte una cierta conducta. La emisión de la norma puede entonces decirse que manifiesta la voluntad de la autoridad de hacer que el sujeto se comporte de una manera determinada...”, en von Wright, G.H., *Norma y acción* (trad. P. García Ferrero), Madrid, Tecnos, 1970, p. 27.

complementarios que están situados en un plano horizontal, de forma que quien tiene el poder de promulgar tiene también el poder de derogar.²⁰ Ello es así, porque en general la competencia de las autoridades políticas no se agota con su ejercicio puntual: el legislador puede ejercer su competencia (promulgar nuevas leyes o derogar leyes anteriores) cuantas veces lo considere oportuno. Vinculado con ello está el que las autoridades políticas pueden ejercer su competencia a instancias propias, y no necesariamente a instancias externas.

Si se acepta que las autoridades políticas cumplen esa función de cambio y se toma en consideración lo que les está permitido hacer, es fácil darse cuenta de que sus deberes son fundamentalmente límites al ejercicio de su poder normativo. Las normas superiores no tratan tanto de determinar positivamente el contenido de las normas que ellas vayan a dictar, cuanto de fijarles límites. Si no fuera así, difícilmente podrían cumplir la función de cambiar el sistema jurídico. Por ello, en el ámbito competencial de las autoridades políticas carece de sentido, resulta incluso ininteligible, la hipótesis tantas veces discutida a propósito de las autoridades jurisdiccionales de la única respuesta correcta. Es más, para poder desempeñar adecuadamente la función de cambio, de adaptación del sistema jurídico a las necesidades sociales, deben representar intereses sociales. En efecto, su función no resulta jurídicamente afectada por el hecho de que sus decisiones se vean como promoción de intereses de grupos sociales, realizadoras de programas políticos, definidoras de nuevos objetivos sociales o promotoras de nuevos valores aún no incorporados al orden jurídico. En este sentido, su legitima-

²⁰ Para un análisis detallado de la promulgación y la derogación como actos complementarios puede verse Aguiló Regla, Josep, *Sobre la derogación. Ensayo de dinámica jurídica*, México, Fontamara, 1995, 1999. No es este el lugar adecuado para adentrarse en tecnicismos a propósito de la derogación, pero sí quiero llamar la atención sobre lo siguiente: ha sido muy común definir la derogación como una forma de perder validez de las normas jurídicas. Esa visión de la derogación produce una imagen distorsionada por cuanto tiende a desdibujar las diferencias entre la derogación y la declaración de nulidad. En la obra citada se puede leer: “La derogación y la declaración de nulidad son instituciones diferentes que cumplen funciones diferentes, producen efectos diferentes y son llevadas a cabo por autoridades diferentes. La derogación de normas cumple la función de permitir el cambio regular del sistema jurídico (es el resultado de un cambio regular de voluntad normativa); en general, produce el efecto de limitar en el tiempo la aplicación de las normas derogadas, y es llevada a cabo por la autoridad edictora de normas. La declaración de nulidad, por el contrario, cumple la función de impedir cambios irregulares del sistema (es el resultado de preservar una determinada voluntad normativa); en general, produce el efecto de excluir totalmente la aplicabilidad de las normas declaradas nulas, y es llevada a cabo por la autoridad aplicadora del Derecho”.

ción no proviene en absoluto de la idea de independencia, sino de la de representación.

2. *La costumbre y las fuentes-hecho*

A. *Hechos jurídicos y fuentes-hecho.*

Hay normas jurídicas que tienen su origen en hechos jurídicos, por ello se habla de fuentes-hecho. Los hechos jurídicos del tipo aquí considerado presuponen una regla constitutiva que establece que si se da un cierto estado de cosas X entonces se produce el resultado institucional RI.²¹ La costumbre jurídica es el paradigma de fuente-hecho y el problema que trataremos de responder aquí es el de determinar cuál pueda ser el supuesto de hecho (el estado de cosas X) que da lugar al resultado institucional “costumbre jurídica”. Estudiar y analizar la costumbre como fuente del Derecho lleva de manera inevitable a abordar la cuestión de la relevancia jurídica de las reglas sociales.

B. *La costumbre jurídica y su validez.*

Cuando un individuo repite un mismo modelo de conducta en circunstancias semejantes, solemos decir que ese modelo de conducta constituye un hábito de conducta. Cuando ese hábito es compartido durante un cierto tiempo por los individuos de una comunidad, consideramos al modelo de conducta como un hábito social. Y cuando como consecuencia de la desviación con respecto al modelo de conducta se generan reacciones críticas y actitudes de rechazo porque se considera que se frustran expectativas e intereses considerados legítimos, solemos decir que el modelo de conducta constituye una regla social, una norma consuetudinaria o, simplemente, una costumbre.²² Si se acepta esta sencilla estipulación es fácil darse cuenta de que el problema que se trata de resolver aquí es el de determinar cuán-

²¹ Lo dicho aquí sobre los hechos jurídicos y las fuentes-hecho es un resumen de los caps. III y V del libro Aguiló Regla, Josep, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, Ariel, 2000. En estos capítulos se tiene muy en cuenta la noción de “regla puramente constitutiva” desarrollada en el libro de Atienza, M. y Ruiz Manero, J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996.

²² Guibourg, Ricardo, “Fuentes del Derecho”, en Garzón Valdés, E. y Laporta, F. (eds.) *El derecho y la justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía 11*, Madrid, Trotta, 1996, p. 181.

do una regla social o norma consuetudinaria puede ser considerada como una costumbre jurídica.²³

La principal dificultad para responder a esta pregunta radica en que las normas jurídicas que reconocen la costumbre como fuente del Derecho se limitan a eso, a reconocerla, pero no especifican los elementos del supuesto de hecho que da lugar a una costumbre jurídica; es decir, no determinan los criterios para saber cuándo la existencia de una regla social produce el resultado institucional “costumbre jurídica”. Ello ha supuesto que, de hecho, la determinación de esos criterios haya quedado en manos de la elaboración doctrinal y jurisprudencial. La doctrina jurídica suele considerar que hay dos elementos constitutivos de la costumbre jurídica: El *usus* o elemento material o externo (esto es, repetición general, uniforme, constante, frecuente y pública de cierta conducta) y la *opinio* o elemento espiritual o interno (es decir, conciencia de obligatoriedad).²⁴ Estos dos elementos plantean múltiples problemas, pero aquí —por razones de espacio— voy a centrarme únicamente en el segundo. La existencia de la *opinio* o conciencia de obligatoriedad se hace visible en las reacciones críticas de los participantes en una práctica social frente a la desviación. Pero la *opinio* es un elemento común a todas las reglas sociales, no es privativo de las costumbres jurídicas. Y si no toda regla social es una costumbre jurídica, entonces la mera presencia de la conciencia de obligatoriedad no puede ser el elemento que nos permita deslindar unas reglas de otras. Para resolver este problema

²³ Utilizando como criterio de clasificación las relaciones entre ley y costumbre, la doctrina jurídica suele distinguir tres tipos de costumbres jurídicas: la costumbre *contra legem*, la costumbre *secundum legem* y la costumbre *praeter legem*. La costumbre *contra legem* es la costumbre contraria a la ley y queda fuera de nuestro interés porque está positivamente excluida como fuente. La costumbre *secundum legem* es la costumbre a la que remite directamente la ley. Por ejemplo, el art. 1574 del Código civil español establece lo siguiente: “Si nada se hubiere pactado sobre el lugar y tiempo del pago del arrendamiento, se estará, en cuanto al lugar, a lo dispuesto en el artículo 1171; y, en cuanto al tiempo, a la costumbre de la tierra”. Este tipo de costumbre jurídica no es muy interesante por cuanto no plantea ningún problema especial para la teoría de las fuentes: la juridicidad de esa costumbre o regla social viene establecida directamente por la ley. Se trata de una remisión explícita que el orden jurídico hace a una normativa concreta. Los problemas que ello pueda plantear son fundamentalmente de prueba, de que realmente existe en el ámbito de la remisión una regla social que regula la materia, pero nada más. Y, finalmente, la costumbre *praeter legem* que es la costumbre considerada como fuente del Derecho diferenciada de las demás fuentes. Éste es el ámbito en el que se sitúa nuestro problema: ¿cuándo una regla social puede ser considerada una costumbre jurídica?

²⁴ Por todos véase Pizzorusso, Alessandro, *Lecciones de Derecho constitucional*, vol. II (trad. de J. Jiménez Campo), Madrid, CEC, 1984.

cierta doctrina jurídica ha acudido a dos expedientes que me parecen equivocados: el primero ha consistido en modificar el contenido de la *opinio* y el segundo, los sujetos de la *opinio*.

En efecto, en ocasiones se ha sostenido que la *opinio* no debe entenderse como mera conciencia de obligatoriedad de la práctica social, sino que su contenido es el de conciencia de obligatoriedad jurídica o de juridicidad de la práctica. Pero aceptar eso no está exento de problemas. En primer lugar, ello equivale a sostener que el carácter jurídico de la práctica es anterior (e independiente) al (del) sistema jurídico de que se trate; pues la juridicidad de esa costumbre no provendría del reconocimiento por el sistema de fuentes, sino del contenido mismo de la práctica. Y, en segundo lugar, si bien se considera, ese criterio lo único que dice es que “costumbres jurídicas son aquellas costumbres que la gente considera jurídicas”. La solución, parece, no puede venir por ahí.

La segunda vía que se ha intentado consiste en afirmar que costumbres jurídicas son aquellas reglas sociales a las que los jueces deciden reconocer carácter jurídico. Como se ve, aquí lo que se modifica son los sujetos de la *opinio*; el criterio de juridicidad no es la *opinio* de los sujetos que participan en la práctica social, sino la de los jueces. Este segundo expediente tampoco nos vale porque, en realidad, recurrir a él acaba por suponer una renuncia a hablar de fuentes del Derecho. En efecto, en primer lugar, se supone que los jueces deben resolver los casos aplicando las normas que se siguen del sistema de fuentes, es decir, aplicando normas jurídicas que preexisten a sus decisiones. Y, en segundo lugar, por la misma vía podríamos sostener que sólo las leyes que los jueces aplican son leyes jurídicas y que las que deciden no aplicar son leyes no jurídicas. Es obvio que los jueces cuando deciden los casos tienen el poder normativo de determinar cuál es el Derecho aplicable al caso, pero lo relevante para la teoría jurídica, en general, y para la teoría de las fuentes, en particular, no es eso, sino los deberes que guían el ejercicio de ese poder normativo; la pregunta importante es, pues, la de cómo deben hacer esa determinación del Derecho. Seguir el criterio propuesto por este segundo expediente nos convertiría a la costumbre en una fuente delegada, cuando en principio se nos presenta como recibida, y a los jueces en autoridades con poder para “dictar” normas consuetudinarias. La cuestión, pues, no es esa, sino la de determinar cuándo un juez tiene el deber de reconocer que una regla social es una costumbre jurídica.

Retornemos a nuestro problema. La pregunta por el supuesto de hecho que da lugar al resultado “costumbre jurídica” es la pregunta por los criterios que nos permitan distinguir los hábitos sociales (las meras regularidades), las

reglas sociales y las reglas sociales que son costumbres jurídicas. El siguiente cuadro permite ver con claridad qué es lo que andamos buscando:

	Uso	Conciencia de Obligatoriedad	¿?
Hábitos sociales	+	-	-
Reglas sociales	+	+	-
Costumbres jurídicas	+	+	+

Figura 2 - Costumbre Jurídica

En mi opinión, para hallar la solución a lo anterior hay que percatarse de que a toda costumbre jurídica le subyace un juicio de relevancia jurídica fundado en la idea de coherencia normativa. Antes de detenerme a explicar qué pueda querer decir lo anterior, quiero mostrar el paralelismo que existe entre el problema que tenemos aquí planteado y el problema central que presenta el recurso a la analogía en el Derecho.

En efecto, el problema que la analogía en el Derecho plantea a la teoría jurídica no es el de cómo aplicar el esquema del razonamiento por analogía. La operación de extensión que dicho razonamiento implica no presenta grandes dificultades. Lo realmente problemático es anterior a ello y lo podríamos especificar en lo siguiente: Un razonamiento por analogía presupone que es posible distinguir entre casos regulados y casos no regulados jurídicamente; y dentro de estos últimos entre casos relevantes y casos irrelevantes o indiferentes. En forma gráfica, presupone la siguiente clasificación:

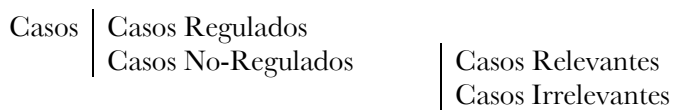


Figura 3 - Tipos de Casos

Es decir, para razonar por analogía el jurista tiene que determinar que se trata de un caso que no está regulado y que además es jurídicamente relevante. El juicio normativo subyacente al razonamiento por analogía es el juicio de relevancia jurídica que se funda en la idea de congruencia o coherencia normativa.

El problema que nos plantea la costumbre jurídica es muy semejante. Se trata de deslindar entre las reglas sociales irrelevantes para el Derecho y las relevantes. A estas últimas, las llamamos costumbres jurídicas. Junto al *usus* y la *opinio* hace falta incluir un juicio de relevancia jurídica fundado en

la idea de coherencia. Si somos capaces de aclarar este tercer elemento me parece que se resuelven bastantes de las perplejidades que la costumbre jurídica ha suscitado.

La noción de coherencia o congruencia está jugando un papel cada vez más importante en la teoría del Derecho contemporánea. No es mi propósito adentrarme en las diferentes versiones que la literatura iusfilosófica ha generado de la misma. Aquí me propongo tan sólo apuntar algunas ideas que nos permitan entender el juicio de relevancia que subyace a la costumbre jurídica.

Empecemos recordando una estipulación que en los últimos años ha hecho fortuna: la distinción entre consistencia normativa y coherencia normativa. Se dice que dos normas son consistentes cuando entre ellas no se da una contradicción lógica. Si se da contradicción, entonces son inconsistentes. Entre dos normas hay una contradicción lógica cuando el cumplimiento de una de ellas supone necesariamente el incumplimiento de la otra, y viceversa. La consistencia, suele decirse, es una cuestión de todo o nada; y ello quiere decir que la relación entre los conceptos de consistencia e inconsistencia es dicotómica y no graduable. Resulta obvio que el Derecho puede ser (y de hecho en muchas ocasiones es) inconsistente, esto es, que contiene normas inconsistentes entre sí. La consistencia se predica de las relaciones lógicas entre normas y por extensión del conjunto que contiene a dichas normas. Más allá de estas referencias que comúnmente se hacen a las relaciones lógicas entre normas, las nociones clave para captar la idea de consistencia son las de deber y cumplimiento. Lo fundamental es percatarse de que la presencia de normas inconsistentes rompe la unidad de contenidos del Derecho, quiebra la unidad en la guía de la conducta, impide que observemos al Derecho como una unidad de deberes. En este contexto y con el fin de reconstruir la unidad de contenidos del Derecho es en el que operan los llamados criterios de resolución de antinomias: los principios de *lex superior* (la norma superior prevalece sobre la inferior), de *lex posterior* (la posterior prevalece sobre la anterior) y de *lex specialis* (la norma especial prevalece sobre la general). En resumen, predicar del Derecho o de cualquier conjunto de normas que es consistente quiere decir que lo vemos como una guía unitaria de la conducta, como una unidad de deberes.

La idea de coherencia o congruencia no es -suele decirse- como la anterior una cuestión puramente lógica y no opera a la manera de todo o nada. La clave para entender la noción de coherencia normativa radica, me parece, en lo siguiente. Las normas regulativas pueden ser vistas no sólo como guías de la conducta (esto es, como enunciados deónticos que imponen deberes), sino también como instrumentos para la protección y/o promo-

ción de ciertos bienes o valores jurídicos. Ello quiere decir que las normas regulativas están dotadas de un sentido que no se agota en el simple establecimiento de deberes. Si ello es así, quiere decir que nuestros juicios sobre la compatibilidad de las normas regulativas no se limitan a constatar la consistencia entre ellas (la compatibilidad de deberes), sino también la coherencia (la compatibilidad entre los propósitos protectores de esas normas y la compatibilidad entre los deberes y los propósitos protectores). Ello supone que cuando nos planteamos la unidad de contenidos del Derecho, podemos verlo como consistencia (como unidad de deberes) y como coherencia (como unidad de propósitos, como unidad práctica). No puedo extenderme más sobre la noción de coherencia, pero lo relevante se concreta en estas tres ideas: primera, la coherencia es una cuestión de grado, no de todo o nada; segunda, la coherencia tiene que ver con aquello que nos permite observar al Derecho como una unidad dotada de un sentido protector o promocional de ciertos bienes o valores; y, tercera, la coherencia se nos presenta como un criterio de corrección respecto de todas aquellas operaciones jurídicas que consisten en una extensión (analogía) o una contracción (a contrario) de las normas regulativas. Si se es consciente de ello, es fácil percatarse de que en términos argumentativos la coherencia remite fundamentalmente a argumentos sustanciales y valorativos, no a argumentos formales y autoritativos.

Volvamos ahora sobre la costumbre jurídica. Como es sabido a los jueces no se les exige el conocimiento de oficio de las costumbres jurídicas. Las costumbres jurídicas se alegan, y quien las alega debe probarlas. ¿Qué deberá probar quien alegue una costumbre jurídica? o ¿qué deberá verificar quien reconozca una costumbre jurídica? Si recordamos el cuadro reproducido más arriba, deberá probar, por un lado, que nos encontramos ante una regla social, lo que supone mostrar la concurrencia del *usus* y de la *opinio*. Pero además, por otro lado, deberá probar que dicha regla social es relevante para el Derecho. Ello supone, en primer lugar, mostrar que el contenido de la regla social se refiere a una relación jurídica, esto es, a una relación ya constituida como jurídica por el propio Derecho prescrito. Podrá tratarse de una relación civil, mercantil, laboral, etc. Las relaciones de amistad, que, sin duda, constituyen el contenido de múltiples reglas sociales, no son candidatas a generar costumbres jurídicas. Y, en segundo lugar, deberá mostrar que la regla social es coherente con los principios y valores que trata de proteger el propio Derecho. Dándole la vuelta al argumento de la coherencia tal vez se vea más claro lo que se quiere decir: lo que se trata de mostrar es que si no se tomase en cuenta la regla social en

cuestión se frustraría un valor o un bien reconocido por el propio orden jurídico.

Una característica de las fuentes-hecho y, por tanto, de la costumbre jurídica es la ausencia de autoridades y, en consecuencia, el juicio de validez no se disocia en términos de existencia y corrección o regularidad. Decir de una regla social que es una costumbre jurídica implica decir que ella es coherente, correcta, en relación con el orden jurídico de referencia. Decir de una regla social que es irrelevante o ilegítima de acuerdo con el Derecho, quiere decir que no es una costumbre jurídica.

C. *Derecho espontáneo, Derecho recibido y Derecho no prescrito.*

La costumbre jurídica es Derecho espontáneo (no deliberado) pues no es posible interpretar su generación como intencionada. Naturalmente las acciones individuales que componen la práctica social que da lugar a una costumbre jurídica sí son intencionales, pero la agregación de esas acciones individuales es espontánea, no puede ser interpretada en términos intencionales. Un individuo puede actuar con la intención de contribuir a crear o a mantener una determinada práctica social, pero el que esa práctica se cree o se mantenga es algo que queda ya fuera de su control. Es decir, el resultado institucional “costumbre jurídica” queda fuera del control de cualquier agente. La noción de Derecho recibido o reconocido se opone a la de Derecho delegado. Que la costumbre sea Derecho recibido quiere decir que no es el resultado del ejercicio de ningún poder normativo. Todos los poderes normativos en el interior del orden jurídico son delegados. En realidad estamos ante un hecho social, la generación espontánea de reglas de conducta, que es anterior e independiente del Derecho y que éste constituye en hecho jurídico.

Y, finalmente, la costumbre es Derecho no prescrito. Si es cierto que en su generación no intervienen autoridades jurídicas y que en ella no hay nada parecido a una acción normativa, no tiene sentido tratar de explicarla en términos de prescripciones.

3. *Normas de origen judicial: Jurisprudencia y precedente.*

A. *Dificultades ideológicas y dificultades teóricas.*

La afirmación de que en nuestros órdenes jurídicos hay normas generales de origen judicial me parece trivial e incontrovertible. Si ello es así ¿por qué resulta entonces tan problemática la aceptación del precedente y/o de

la jurisprudencia como fuentes del Derecho? En mi opinión, a la hora de explicar las normas de origen judicial se entrecruzan dificultades de dos tipos: ideológicas y teóricas. Apuntémoslas brevemente.²⁵

Las dificultades ideológicas tienen que ver con lo siguiente. La discusión sobre las normas de origen judicial o sobre la creación judicial de normas generales se halla permanentemente interferida por la discusión sobre el ideal de juez, en general, y sobre el grado de vinculación que el juez debe mostrar a la ley, en particular.²⁶ Sin embargo, se trata de dos cuestiones bien diferentes que deben tratarse de manera independiente. La cuestión de las normas de origen judicial tiene que ver con el hecho de que el proceso de aplicación del Derecho objetivo contribuye a la conformación del propio Derecho objetivo; y el problema para la teoría de las fuentes es precisamente explicar cómo se produce esa contribución y a qué responde. Por tanto, una explicación que sea satisfactoria tiene que resultar compatible con los diferentes modelos razonables (y aceptables) de juez. El punto de partida de la explicación no debe situarse, pues, en la discusión sobre el ideal de juez.

Las dificultades de naturaleza teórica tienen que ver con otra cosa. Dar una explicación satisfactoria de las normas de origen judicial desborda necesariamente el marco de los meros “hechos y actos jurídicos creadores de normas”. Es decir, las normas de origen judicial no encajan en el modelo de las fuentes-acto ni en el de las fuentes-hecho; ni tampoco en las dico-

²⁵ Este epígrafe es un resumen del cap. VI de Aguiló Regla, J., *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, Ariel, 2000; y también del trabajo Aguiló Regla, J., “Fuentes del Derecho y normas de origen judicial”, *Revista general de jurisprudencia y legislación* núm. 3, julio-septiembre, 2009, pp. 447-470.

²⁶ Genaro Carrió, en un texto que en mi opinión constituye un modelo a seguir, analizó algunos aspectos centrales de la discusión que los juristas mantienen “desde siempre” a propósito de la verdad o falsedad del enunciado “los jueces crean Derecho”. En él mostraba varias cosas. En primer lugar, que a pesar de que los términos que componen el enunciado en cuestión (“jueces”, “crear” y “Derecho”) son altamente equívocos, la polémica que mantienen los juristas no puede reducirse a una mera cuestión de palabras. En segundo lugar, que a pesar de que la discusión versa sobre la verdad o falsedad de un enunciado aparentemente descriptivo lo que se discute no es una cuestión de hechos; los hechos son manifiestos, lo que hacen los jueces transcurre a la vista de todos. La persistencia de la controversia, decía Carrió, solo se comprende si se la interpreta no como un desacuerdo sobre creencias (sobre cómo deben ser correctamente descritas las cosas), sino como un desacuerdo de actitudes (sobre cómo deben ser preferidas las cosas). Es decir, si se la interpreta como una controversia sobre qué jueces preferimos y qué grado de vinculación a la ley deben mostrar. Carrió, Genaro, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, 2a. ed., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979, pp. 105 y ss.

tomías a ellas asociadas (derecho delegado, deliberado y prescrito, por un lado, y Derecho recibido, espontáneo y no prescrito, por otro). Las dificultades provienen de que la explicación tiene que dar entrada a los componentes de coherencia y de justificación presentes tanto en el Derecho como en la sentencia. Es decir, presupone un movimiento desde el primer concepto de fuentes del Derecho (las fuentes desde el sistema) hacia el segundo (las fuentes desde el problema), porque hay que tomar en consideración cuánto hay de justificación en la decisión judicial.

B. *La sentencia como resultado institucional y como documento normativo.*

Cualquier explicación de la creación judicial de normas jurídicas o de la existencia de normas de origen judicial en el orden jurídico pasa por una cabal comprensión de la sentencia. Las sentencias pueden ser vistas como resultados institucionales y como documentos normativos. Las sentencias son resultados institucionales; en particular, actos jurídicos que presuponen una regla que confiere poder a ciertos sujetos (los jueces) para producirlos. Estos resultados institucionales (las sentencias) son siempre intencionales y pueden ser vistos como declaraciones de voluntad de los sujetos titulares de esos poderes. Al igual que ocurre con todos los actos jurídicos, el juicio de validez sobre el resultado institucional “sentencia” se disocia en términos de “existencia” (o validez constitutiva o formal) y de “regularidad” (o validez regulativa o material). Los jueces, al igual que los titulares de los poderes normativos de las llamadas fuentes-acto, son autoridades jurídicas.

Pero la sentencia es también un documento normativo que consta generalmente de dos partes: el fallo y la fundamentación del fallo. El fallo es una decisión que consiste en la emisión de una norma particular dirigida a las partes del proceso y/o a los órganos de ejecución con la que se trata de resolver un determinado conflicto jurídico. La fundamentación es la parte de la sentencia que trata de mostrar que el fallo es correcto, que trata de justificarlo.

C. *El modelo del precedente y el modelo de la jurisprudencia.*

A grandes rasgos, puede hablarse de dos modelos básicos de incorporación de normas de origen judicial al Derecho objetivo: el modelo del precedente (propio de los sistemas jurídicos de *common Law*) y el modelo de la jurisprudencia (característico de los sistemas de *civil Law*). Es importante darse cuenta de que ambos modelos pueden estar presentes en ambos tipos de sistemas jurídicos: el modelo del precedente no es completamente extraño a

los sistemas de *civil Law* y el apoyo institucional que un precedente recibe en los sistemas de *common Law* genera también líneas jurisprudenciales.²⁷

La doctrina del *stare decisis* o del precedente puede definirse del siguiente modo: “Una decisión de un tribunal o un juez, tomada después de un razonamiento sobre una cuestión de derecho planteada en un caso, y necesaria para el establecimiento del mismo, es una autoridad, o precedente obligatorio, para el mismo tribunal y para otros tribunales de igual o inferior rango, en subsiguientes casos en que se plantee otra vez la misma cuestión...”²⁸ Es decir, la *ratio decidendi* (la razón, el criterio o norma) que resuelve el caso vincula en el futuro al tribunal que la ha utilizado y a los tribunales inferiores. Esta doctrina deja sólo tres alternativas al juez que debe decidir en el futuro: a) declarar y aplicar el precedente ya existente (*declare*); b) distinguir su caso (mostrar que difiere del anterior en alguna propiedad relevante) y apartarse del precedente (*distinguish*); y c) si el precedente no lo hubiera establecido un tribunal superior, anularlo por mal decidido (*overrule*).

En la tradición jurídica del *civil Law* se habla de “jurisprudencia” para referirse al conjunto de las sentencias judiciales; pero lo importante es que no se las ve sólo como documentos en los que se declara el Derecho existente, ni como meras fuentes de normas individuales (dirigidas a las partes del proceso), sino como un conjunto de documentos del que se pueden extraer o inferir normas jurídicas generales.²⁹ Es decir, que en esos documentos se contiene parte del Derecho objetivo. Este modelo supone que la incorporación al Derecho objetivo de las normas que los jueces utilizan (y que no se han incorporado por otra vía) se produce por la *reiteración* de decisiones que recurren a un mismo criterio o estándar. Por ello, dentro de la tradición continental es común recurrir a la expresión “línea jurisprudencial” en lugar de la de “precedente”. Con respecto a este modelo, la noción de jerarquía judicial juega también un papel importante. La jurisprudencia “obligatoria” se extrae de las sentencias de los tribunales superiores, los situados en la cúspide judicial. A estos tribunales se les confiere poder no sólo para ser la última instancia en la impartición de justicia, sino además y principalmente para unificar “doctrina jurisprudencial”. Los criterios que

²⁷ Sobre la convergencia de los dos modelos véanse Taruffo, Michele, *Precedente e giurisprudenza*, Editoriale scientifica, 2007; y da Rosa de Bustamante, Tomas, *Teoria do precedente judicial. A Justificação e Aplicação de Regras Jurisprudenciais*, Sao Paulo, Noeses, 2012.

²⁸ Tomo esta definición atribuida a Chamberlain de Iturralde Sesma, Victoria: *El precedente en el Common Law*, Madrid, Cívitas, 1995, p. 31.

²⁹ Guibourg, Ricardo A., “Fuentes del Derecho”, en Garzón Valdés, E. y Laporta, F. (Eds.): *El Derecho y la justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía II*, 1996, p. 183 y ss.

ellos utilizan para resolver los casos individuales tienen, pues, una dimensión de generalidad vinculada no sólo a exigencias de racionalidad e igualdad, sino también de poder y de competencia.

No puedo detenerme a explicarlo pero, a pesar de que aparentemente el sistema del precedente parece adaptarse mejor al modelo de las fuentes-acto y el de la jurisprudencia, al de las fuentes-hecho, lo cierto es que ni uno ni otro suministran un esquema de explicación satisfactorio. En mi opinión, la clave para entender la presencia —casi inevitable— de normas de origen judicial dentro de nuestros órdenes jurídicos está en entender bien los aspectos de justificación del fallo presentes en la sentencia. Trátemos, pues, de aclarar algunos presupuestos.

D. *La justificación del fallo.*

En relación con la fundamentación del fallo suelen reiterarse dos lugares comunes. El primero es que, dado que los jueces tienen el deber de resolver los casos aplicando normas preexistentes (el Derecho objetivo), la fundamentación consistirá en mostrar que el fallo es el resultado de aplicar dichas normas. El segundo lugar común es que el razonamiento justificativo sigue el esquema del llamado “silogismo judicial”. Este silogismo consta de una premisa mayor o normativa, que es una norma general, de una premisa menor o fáctica, que es un enunciado que describe los hechos del caso, y de una conclusión normativa, que es un enunciado de deber que expresa una norma particular (la solución del caso). Estos dos lugares comunes no es que sean falsos —son ciertos— pero combinados entre sí e interpretados de manera ligera pueden acabar ocultando diferencias fundamentales entre las normas del Derecho objetivo (*las normas que el juez tiene el deber de aplicar*) y la norma que el juez aplica (*la norma que sirve de premisa mayor o normativa de su razonamiento*) y, en consecuencia, impidiendo ver en qué consiste la creación judicial de normas jurídicas.

Las normas del Derecho objetivo (las normas generales que el juez tiene el deber de aplicar) presentan dos propiedades sobresalientes: 1. Son normas jurídicas que mantienen relaciones sistemáticas de muy diversa naturaleza con otras normas que pertenecen también al Derecho objetivo. 2. Las consecuencias jurídicas previstas en las normas del Derecho objetivo son siempre *prima facie*, siempre pueden ser derrotadas por otras normas en el momento de su aplicación.

La norma que el juez aplica (la premisa mayor de su razonamiento justificativo), a diferencia de las normas del Derecho objetivo, no tiene ese carácter de *prima facie*: es la norma aplicable “consideradas todas las cosas”

(es decir, vistas todas las propiedades del caso y revisado todo el orden jurídico). En este sentido, la consecuencia jurídica que ella prevé es absoluta, no relativa (o, dicho en otras palabras, es definitiva). Esta diferencia entre unas y otras normas está siempre presente. El tránsito de norma del Derecho objetivo a premisa normativa de un razonamiento justificativo comporta siempre como mínimo ese cambio de *prima facie* a “consideradas todas las cosas”. La decisión de usar una norma para resolver un caso implica ese cambio. Ello es así porque la norma que opera como premisa de un razonamiento jurídico acabado tiene la fuerza del Derecho, del orden jurídico en su conjunto. En el momento de la aplicación, la diversidad de normas del Derecho objetivo se transforma, como hemos visto, en la unidad del Derecho.

En muchas ocasiones, al decidir los casos, los jueces tienen que afrontar problemas de indeterminación del Derecho objetivo. Para resolver estos problemas usan múltiples y variados criterios con el fin de llegar a formular (y justificar) la norma con la que resuelven el caso. *Estos criterios junto con la (por así decir, “nueva”) norma son los candidatos para llegar a ser normas de origen judicial.* Todo ello les lleva (o debería llevarles) a desplegar una intensa actividad argumentativa destinada a *justificar* las decisiones que toman.

En el contexto de aplicación del Derecho -aunque no sólo en él- justificar una decisión requiere la utilización de una norma universal (es decir, una norma formulable mediante un cuantificador universal en la forma de “para todo x, tal que x reúna las propiedades a, b, c...”). Este requisito debe satisfacerse tanto si la norma en cuestión la proporciona directamente el Derecho objetivo (caso sencillo) como si se trata de una construcción realizada por el juez a partir de ciertas normas del Derecho objetivo. Afirmar de una decisión que satisface el requisito de la universalidad (esto es, que es universalizable porque se funda en una norma universal) supone reconocer que esa decisión tiene implicaciones hacia el futuro. O dicho en otros términos, la universalidad presupone el *compromiso* de resolver del mismo modo todos los casos iguales al que se ha decidido. Para explicar este compromiso hacia el futuro puede recurrirse a dos expedientes distintos, aunque íntimamente relacionados entre sí. El primero de ellos supone ver la universalidad como condición de posibilidad de cualquier discurso racional, sea este teórico o práctico. El segundo, supone ver la universalidad como condición de la igualdad formal en el ámbito normativo. En efecto, desde la primera perspectiva, el compromiso representado por la universalidad puede expresarse recurriendo a las palabras de Robert Alexy: “Si se aplica un predicado F a un hecho (objeto u evento) a se debe estar dispues-

to a aplicar F a cualquier otro hecho igual a *a* en todos los aspectos relevantes”.³⁰ Así, por ejemplo, puede decirse que una proposición como “X es rojo” implica la proposición “todo lo que es como X en los aspectos relevantes es rojo”, porque, en otro caso, “rojo” no significaría nada y la comunicación devendría imposible. Desde la segunda perspectiva, la valorativa, el requisito de la universalidad se nos presenta como una condición de la igualdad formal. La igualdad formal supone que todos los que se hallen en las mismas circunstancias relevantes deben ser tratados de la misma manera. En este contexto el compromiso que supone hacia el futuro la universalidad es el de la igualdad de trato. Si desde la primera perspectiva vulnerar las implicaciones de la universalidad desemboca en la irracionalidad, desde la segunda desemboca en la arbitrariedad (la arbitrariedad no es otra cosa que la violación del principio de universalidad en el ámbito normativo).³¹

Si para justificar una decisión el juez debe invocar una norma universal y ello supone un compromiso hacia el futuro, entonces una vez que el juez ha resuelto un caso ha adquirido un compromiso de resolver del mismo modo los casos futuros iguales al caso ya decidido. Y si no lo ha adquirido es que no ha justificado (todo lo más habrá simulado que justificaba). Justificar no es sólo una cuestión de palabras. Por ello, puede decirse que, en la medida en que el Derecho objetivo haya permanecido estable (no haya cambiado), un juez que tiene que resolver un caso semejante a otro caso anterior ya resuelto se encuentra, so pena de incurrir en irracionalidad o arbitrariedad, exclusivamente ante las siguientes tres alternativas aceptables: a) resolver el nuevo caso de la misma forma que el caso anterior; b) mostrar que el nuevo caso, a pesar de sus semejanzas con el caso anterior, presenta alguna propiedad relevante que lo hace diferente del anterior y que, por tanto, requiere una solución distinta; y c) mostrar que el caso ante-

³⁰ Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica* (trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 185.

³¹ Escribe MacCormick a este respecto: “El concepto de universalizabilidad que propongo como esencial para la justificación en el Derecho es un concepto limitado por las exigencias de la legalidad y del Estado de Derecho, a pesar de que es un concepto compartido con los filósofos morales que siguen a Kant y R.M. Hare. Los jueces tienen que universalizar regulando lo mejor que ellos puedan dentro del contexto de un orden jurídico existente y establecido. La existencia de este contexto de argumentación convierte en razonable y realmente posible una tarea que podría ser vista como sobrehercúlea si se la contemplara enteramente en el vacío”. MacCormick, Neil, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 149-150.

rior estuvo mal resuelto y que, en consecuencia, la norma universal aplicable no es la que allí se establecía, sino otra alternativa.³²

Todo lo anterior puede resumirse del siguiente modo:

A. En muchas ocasiones los jueces, de acuerdo con su función de hacer efectivo el Derecho objetivo, tienen que realizar transformaciones de las propias normas del Derecho objetivo para poder resolver los casos que se les presentan. Ello supone tomar decisiones.

B. Los jueces deben justificar esas decisiones; deben hacer explícitas las razones que les llevan a tomarlas.

C. Para que una decisión se nos presente como justificada debe ser universalizable; esto es, debe fundarse en un criterio universal.

D. La universalidad tiene implicaciones pragmáticas hacia el futuro; supone el compromiso de tomar la misma decisión bajo las mismas circunstancias.

E. De lo anterior se sigue que las normas del Derecho objetivo (las que el juez tiene el deber de aplicar) cambian una vez que el juez ha tenido que tomar decisiones para poder aplicarlas. La nueva norma (la que es un producto de las transformaciones realizadas) junto con los criterios utilizados para justificarla, se incorporan al conjunto de normas que el juez tiene el deber de aplicar, que no es otra cosa que el propio Derecho objetivo.

F. Ello supone que para las autoridades jurisdiccionales la unidad de contenidos del Derecho no se reduce a una mera cuestión estática de jerarquía normativa, sino que tiene también una dimensión temporal hacia el pasado y hacia el futuro. Ello se explica porque su función no es la de modificar el Derecho, sino la de hacerlo efectivo, aplicable. Desarrollar esta función puede suponer la introducción de nuevas normas, pero ello no significa que tengan atribuida la función de cambio del sistema jurídico.

Hasta aquí la explicación/justificación destinada a superar las dificultades tanto ideológicas como teóricas que la cultura jurídica continental ha tenido para dar cuenta de las normas de origen judicial. El lector que haya llegado hasta aquí puede pensar que una explicación que toma como supuesto base la racionalidad del “autoprecedente” no puede ser muy sólida porque deja fuera todos los aspectos convencionales propios de cada siste-

³² A efectos de la justificación de una decisión jurídica los aspectos más importantes de la universalidad no se sitúan en la dimensión formal de la argumentación, como tantas veces se afirma al decir que exige el uso de un cuantificador universal, sino más bien en las dimensiones material y pragmática de la misma. Sobre el alcance de la distinción entre las dimensiones formal, material y pragmática de la argumentación véase Atienza, Manuel, *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2005.

ma jurídico. Sin embargo, la elección del autoprecedente como punto de anclaje no ha sido azarosa ni casual. Con ella he pretendido, por un lado, evitar que la explicación se enredase -como suele ocurrir con mucha frecuencia- en “tecnicismos jurídicos” que acentúan demasiado los particularismos de cada orden jurídico y que impiden hacer visible cuánto hay de común a todos ellos; y, por otro, poner de manifiesto que el autoprecedente está en la base de todas las ideas legitimadoras de la jurisdicción entendida como práctica. En efecto, nociones como “igualdad ante la ley”, “legalidad de la decisión”, “independencia judicial” o “imparcialidad” implican, en términos prácticos, la idea de autoprecedente.³³

4. *El método jurídico, el Derecho implícito y los principios generales del Derecho.*

A. *El método jurídico y el Derecho implícito.*

En el Derecho hay normas que son el producto de la elaboración racional del propio derecho. En la explicación de las normas de origen judicial se han destacado tanto elementos de poder (voluntad) como de justificación (razón). Los elementos de poder se manifiestan en que solo ciertos sujetos pueden dar lugar al resultado “sentencia” y, en consecuencia, generar “normas jurídicas de origen judicial”. Pero la existencia y la aceptación de estas normas está vinculada sobre todo a exigencias de justificación. La distinción de estos dos aspectos es muy importante para el discurso sobre las fuentes del Derecho: si el poder jurídico (elemento voluntarista de la generación de normas) es exclusivo y excluyente (solo lo tienen aquellos a quienes se les ha conferido) y, en consecuencia, separa a los titulares (por ejemplo, los jueces) del resto de la comunidad jurídica y de los ciudadanos en general, la posibilidad de extraer y/o justificar conclusiones normativas que van más allá de lo dispuesto por las normas del Derecho objetivo no es privativa de ningún titular de ningún poder normativo.³⁴ Es decir, la elabo-

³³ Me he ocupado en extenso de estas nociones legitimadoras de la jurisdicción en Aguiló-Regla, Josep, “De nuevo sobre independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”, *Jueces para la democracia*, núm. 46, marzo, 2003.

³⁴ En este sentido y antes de adentrarme en la explicación de algunos aspectos del método jurídico y del Derecho implícito quiero llamar la atención sobre una curiosidad que no es del todo baladí, pues su ignorancia ha llevado a no pocos juristas a confundir las cosas. Se trata de lo siguiente: El Estado de Derecho -a diferencia de lo que, por ejemplo, hace la Iglesia Católica- no incurre en lo que podríamos llamar la falacia de la infalibilidad. En efecto, es cierto que el Derecho cierra las controversias atribuyendo un poder último a ciertos sujetos u órganos que tienen la última palabra; pero ello —ser titulares del poder último— no los convierte en infalibles. El poder se confiere, la razón no; el poder se detenta

ración racional del propio Derecho objetivo no es exclusiva ni excluyente, está abierta a todos los que usan el Derecho para resolver casos y/o evaluar las soluciones dadas a los mismos. A partir de aquí trataré de mostrar la relevancia de lo anterior para la teoría de las fuentes del Derecho, lo que supondrá detenerse en el “método jurídico” y en el “Derecho implícito”. Al final, si la exposición resulta acertada, el lector se hallará en condiciones de entender las referencias que la literatura jurídica ha hecho al Derecho científico (a la dogmática jurídica) en el tema de las fuentes.

La visión estándar del Derecho tiende a presentarlo como compuesto por dos grandes momentos o procedimientos normativos: el de la creación de normas generales y el de la aplicación de esas mismas normas para la solución de los casos particulares. Estos dos momentos cuentan con dos grandes protagonistas: el legislador y el juez; donde el primero crea (tiene poder para dictar normas generales) y el segundo aplica (tiene poder para resolver casos particulares usando esas mismas normas generales). Dentro de este contexto, el método jurídico es el conjunto de operaciones que permiten pasar de las normas generales a las soluciones particulares, que permiten establecer un vínculo entre el Derecho objetivo y las soluciones jurídicas.³⁵ En cualquier caso, lo importante ahora es darse cuenta de que, desde el paradigma formalista que acentúa mucho la oposición entre creación y aplicación del Derecho, el método jurídico ha tendido a verse como un procedimiento (o conjunto de operaciones, de técnicas) para hallar, descubrir o reconocer las soluciones correctas para los casos particulares. La subsunción, la interpretación, la analogía y otras muchas operaciones del

de manera excluyente, la razón está a disposición de todos. Por decirlo de algún modo: en el ideal del Estado de Derecho está la idea de que el ejercicio del poder se someta a la razón (de ahí la necesidad de justificación de los actos de poder), no que la razón sea una propiedad derivada de la tenencia de poder.

³⁵ Es posible que algún lector considere que esta visión del método jurídico que acabo de exponer es excesivamente restrictiva; tal vez piense que dentro de lo que llamamos método jurídico se incluyen normalmente operaciones con normas generales que no van orientadas a la resolución de casos. Por ejemplo, puede pensar que las operaciones de sistematización del Derecho que realiza la dogmática jurídica normalmente se consideran componentes del método jurídico y que, sin embargo, no tienen como finalidad resolver ningún tipo de caso. No es este el lugar adecuado para desarrollar en profundidad esta cuestión pero, en mi opinión, esta y otras operaciones que realizan los dogmáticos del Derecho sólo tienen sentido en la medida en que sean vistas como una mediación entre la generalidad de las normas y la particularidad de los casos que se trata de resolver. En concreto, creo que la labor de sistematización del Derecho que hacen los dogmáticos solo se entiende adecuadamente si se la ve como una mediación en la construcción de la unidad del Derecho que requiere la determinación de cualquier solución jurídica.

método jurídico han sido presentadas como instrumentos para hallar las soluciones correctas. Sin embargo, todo se ve más claro si uno se aproxima al método jurídico no como un método para hallar o descubrir soluciones, sino como un método para justificar soluciones. Es decir, si uno se plantea la cuestión como lo hace la teoría de la argumentación jurídica, donde el problema no es ya el de cómo *hallar* la solución, sino el de cómo *justificar*, dar razones en favor de, la solución propuesta. El problema del método jurídico es, en realidad, el de cómo justificar soluciones particulares usando normas generales. Si se miran así las cosas y se admite que, en general, justificar es apelar a la razón en busca de la aceptación de una tesis, resulta fácil de entender por qué el llamado en términos teóricos “problema del método jurídico” no es otro que el problema de la racionalidad de las soluciones jurídicas.

Como ya se ha dicho, la gran diferencia entre las normas generales creadas por el legislador y las normas generales creadas por los jueces radica en que las primeras son vistas fundamentalmente como un producto de la voluntad de ciertos sujetos, mientras que las segundas son percibidas básicamente como un producto de la razón, de la elaboración racional del propio Derecho o del método jurídico. A partir de ahí, es claro que una teoría de las fuentes del Derecho no puede eludir el problema del llamado “Derecho implícito”. Si por “Derecho explícito” se entiende *grosso modo* el que es el producto de actos normativos realizados por autoridades jurídicas (las disposiciones generales), el Derecho implícito será el que es un resultado de la elaboración racional del Derecho explícito o, lo que es lo mismo, un producto del método jurídico. Quien ponga en duda la relevancia de la noción de Derecho implícito para la teoría de las fuentes que piense en la cantidad de veces en que los juristas hacen indirectamente uso de la misma. Considérense, por ejemplo, expresiones de uso corriente como las siguientes: “... en consecuencia, debe presumirse que el legislador ha ordenado...”, “...habrá que concluir que también está permitido...”, “...deberá considerarse incluido en la norma...”, “...tácitamente se ha dispuesto que...”, etcétera. Estos ejemplos de frases hechas empiezan y acaban con unos puntos suspensivos: los de la izquierda representan una argumentación jurídica y los de la derecha, una norma implícita; es decir, a la izquierda el proceso (de justificación) y a la derecha el resultado (la norma implícita). Si ello es así y se acepta que la teoría de las fuentes del Derecho trata de poner en conexión las normas con los procesos de los que ellas son un resultado, entonces es indiferente hablar de Derecho implícito (resultado) o de método jurídico, elaboración racional del propio Derecho o argumentación jurídica (proceso).

Una vez establecida la relevancia del método jurídico para la teoría de las fuentes, es fácil de entender por qué parte de la literatura jurídica ha incluido a la “doctrina jurídica” o al “Derecho científico” (a la obra de los dogmáticos) dentro de los catálogos de fuentes del Derecho. Naturalmente, quienes lo han sostenido no afirmaban nada semejante a que los juristas teóricos fueran autoridades jurídicas en el sentido en el que lo son los legisladores y los jueces; sino que la labor teórica de los dogmáticos consiste fundamentalmente en extraer y justificar conclusiones normativas que son explicitaciones del Derecho implícito, es decir, que son (o pretenden ser) el resultado de la elaboración racional del Derecho explícito.

B. *Los principios generales del Derecho.*

En el contexto de las fuentes, la expresión “principios jurídicos” parece ambigua. Por un lado, los principios jurídicos, o principios generales del Derecho, aparecen como una categoría autónoma dentro de los catálogos de fuentes del Derecho (por ejemplo, en el art. 1 del C.c. van detrás de la ley y de la costumbre). Conforme con ello, parece que analizar los principios jurídicos supone aclarar qué tienen en común con las otras fuentes y qué los diferencia de ellas. Ahora bien, en muchas ocasiones el uso que los juristas hacen de la expresión “principios jurídicos” parece negar su carácter de fuente del Derecho autónoma y diferenciada de las demás, pues hablan de “principios constitucionales”, “principios legales” o “principios jurisprudenciales” de forma que la expresión “principios jurídicos” lejos de oponerse a las restantes fuentes parece disolverse en ellas. En estos casos se alude, más bien, a un tipo de norma o pauta de conducta que a una “fuente”. Así pues, la expresión “principios jurídicos” parece ambigua porque se usa, en unas ocasiones, en el sentido de pauta de conducta (y entonces se presenta como opuesta a reglas jurídicas) y, en otras, en el sentido de fuente autónoma del Derecho (y entonces se presenta como opuesta a ley y a costumbre). He insistido en la idea de apariencia de ambigüedad porque, en realidad, entender bien los principios jurídicos (tanto en su papel de opuestos a las reglas como en el de opuestos a la ley y la costumbre) supone siempre lo mismo: entender que su rol es esencialmente justificativo. En el contexto de las fuentes, explicar el papel de los principios implica necesariamente dar pasos desde el primer concepto de fuentes (las fuentes desde el sistema) hacia el segundo (las fuentes desde el caso). Es decir, pasar de enfocar la cuestión de las fuentes como “hechos y actos jurídicos” a enfocarla como una cuestión esencialmente justificativa. Y en el contexto de los tipos

de normas ocurre algo muy semejante. Explicar los principios frente a las reglas no es tanto dar cuenta de la diferencia estructural entre reglas y principios, cuanto de dar cuenta en términos justificativos de la dialéctica principios-reglas. Lo primero, el tránsito de la concepción de las fuentes desde el sistema a las fuentes desde el caso, lo he tratado ya al abordar las cuestiones conceptuales generales; a continuación, me detendré brevemente en lo segundo: la dialéctica principios-reglas.

Por reglas hay que entender un tipo de normas que correlacionan la descripción cerrada de un caso con una solución normativa. Su aplicación, por tanto, parece que puede reducirse a una pura cuestión de conocimiento, no exige ninguna forma de deliberación práctica. Como suele repetirse, esta es la principal virtud que presentan las reglas frente a los principios. Los principios, a diferencia de las reglas, son un tipo de pauta que establece un “deber ser” (una solución normativa, es decir, obligan o prohíben algo) pero no definen caso genérico (no dicen cuándo son aplicables esas soluciones normativas, ese “deber ser”).³⁶ Por ello, su aplicación nunca es sólo una cuestión de conocimiento, exige siempre una cierta deliberación práctica. Muchos autores se han mostrado escépticos frente a esta distinción; la razón del escepticismo es que únicamente toman en consideración el aspecto directivo de las normas (de guía de la conducta) y marginan el aspecto valorativo y/o justificativo. Aceptar la distinción de manera relevante supone asumir que entre las normas se dan no solo relaciones de compatibilidad o de incompatibilidad en términos de cumplimiento (consistencia e inconsistencia), sino también relaciones de coherencia o de incoherencia valorativa en términos justificativos. Aceptar la distinción entre principios y reglas supone aceptar que los principios cumplen una función justificativa en relación con las reglas, pues permiten verlas no sólo como manifestaciones de voluntad de una autoridad, sino como expresión de una ponderación de principios para el caso genérico que ellas regulan. Es decir, permite ver a todas las reglas jurídicas como normas dotadas de un sentido protector y/o promocional de ciertos valores y/o bienes jurídicos. Una vez

³⁶ Una buena manera de caracterizar los principios frente a las reglas es acudir a la noción de norma categórica de von Wright (Von Wright, G.H., *Norma y acción*, Tecnos, Madrid, 1970, pp.91 y ss.). En efecto, a partir de la noción de condición de aplicación de una norma (“aquella condición que tiene que darse para que exista la oportunidad de hacer aquello que es el contenido de una norma”), von Wright distingue entre normas categóricas (aquellas cuya condición de aplicación viene dada por el contenido) e hipotéticas (aquellas cuya condición de aplicación no puede ser derivada solamente de su contenido; por ello, al tener que mencionar la condición adicional adoptan la estructura condicional típica en la forma ‘si ... entonces ...’). Sobre ello, Aguiló Regla, J., *Teoría general de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico)*, Barcelona, Ariel, 2000, pp. 135 y ss.

que se toma en consideración esta distinción entre el aspecto directivo y el aspecto justificativo de las reglas empiezan a aparecer los fenómenos de la infrainclusión y de la suprainclusión en su aplicación. Y una vez que esto ocurre surgen inmediatamente dos preguntas: La primera es si un principio es reducible a las reglas que lo desarrollan y/o concretan. Casi todos los escépticos frente a la distinción responderán que sí; por el contrario, los que aceptan la distinción sostendrán que no, que un principio no es reducible a las reglas que lo desarrollan porque el principio sigue jugando su papel justificativo en la generación de nuevas reglas a medida que vayan apareciendo casos difíciles.³⁷ La segunda pregunta es por el significado de la expresión “lealtad a las reglas”. Casi todos los escépticos frente a la distinción reglas/principios sostendrán que ser leal a las reglas e serlo a su expresión, al lenguaje directivo en que están expresadas las reglas. Por el contrario, quienes aceptan la distinción considerarán que ser leal a las reglas no es serlo solo a su formulación, sino fundamentalmente al balance de principios que dota de sentido dicha formulación; es decir, a las razones justificativas subyacentes.

³⁷ Para ilustrar la cuestión de si un principio se reduce o no a las reglas que lo concretan y/o desarrollan puede recurrirse a la doctrina jurisprudencial sobre las causas de abstención y de recusación de jueces y magistrados que sostiene que se trata de causas tasadas; es decir, que se trata de una lista de causas que no es ampliable ni restringible en ningún caso. Lo que hace esta línea jurisprudencial no es más que confundir el principio jurídico de la imparcialidad con las reglas jurídicas de la imparcialidad. En realidad, el principio de imparcialidad es la razón (justificativa) por la que se han establecido las reglas, es decir, las causas de abstención y de recusación; y precisamente por ello, el principio no puede quedar reducido a esas reglas. La formulación cerrada de las reglas puede generar en el momento de su aplicación casos anómalos de infrainclusión o de suprainclusión a la luz de las razones justificativas subyacentes a las mismas (los principios). Y si esto es así, no tiene sentido negar toda posibilidad a que se produzca un caso en el que a la luz del principio de imparcialidad parezca plenamente justificada la abstención o la recusación, aunque dicho caso no sea estrictamente subsumible en ninguna de las reglas establecidas; es decir, no tiene sentido negar toda posibilidad de infrainclusión de las reglas (es lo que ocurría, en mi opinión, en la instrucción del caso GAL por parte del juez Baltasar Garzón: no encajaba estrictamente en ninguna de las reglas y, sin embargo estaba justificada la recusación), como tampoco tiene sentido negar toda posibilidad de sobreinclusión de esas mismas reglas (es lo que ocurría, en mi opinión, en la recusación del magistrado del Tribunal Constitucional Pablo Pérez Tremps a propósito del caso del Estatut d’Autonomía de Catalunya: encajaba en las reglas y, sin embargo, nunca debió de ser admitida la recusación). En definitiva, aceptar la distinción entre principios y reglas supone aceptar la dialéctica principios/reglas, no la reducción de los principios a las reglas que los desarrollan y/o concretan.

5. *Los nuevos fenómenos.*

Todo lo anterior ha estado destinado a tratar de explicar fenómenos jurídicos plenamente consolidados. En consecuencia, he puesto el acento no tanto en dar noticia (todo es sobradamente conocido) cuanto en intentar suministrar una explicación coherente y satisfactoria de dichos fenómenos. Ahora bien, nuestros órdenes jurídicos están sometidos a un proceso acelerado de cambio que está afectando a la teoría del Derecho, en general, y a la teoría de las fuentes, en particular. Este proceso de cambio es el producto de otros dos procesos: la constitucionalización de los órdenes jurídicos, por un lado, y la globalización, por otro. Estos procesos están llamados, sin duda, a cambiar el Derecho que hemos conocido. A continuación, trataré muy brevemente de decir alguna cosa sobre cada uno de esos procesos.

A. *La constitucionalización del orden jurídico.*

Naturalmente este proceso tiene que ver con el papel de fuente del Derecho desarrollado por las constituciones de los llamados Estados constitucionales. Aquí no puedo siquiera tratar de dar una explicación somera de la constitución del Estado constitucional, pero sí creo necesario exponer brevemente en qué consiste el fenómeno de la constitucionalización de un orden jurídico. Según Riccardo Guastini,³⁸ este proceso es el resultado de la combinación de un conjunto de factores que pueden darse en mayor o menor medida. Estos factores mencionados por Guastini son los siguientes:

1) El orden jurídico cuenta con una Constitución rígida que incorpora una relación de derechos fundamentales. Por rigidez de la Constitución (frente a la flexibilidad de la legislación) se entiende inmodificabilidad o resistencia a (dificultad para) su modificación. Se trata —según Guastini— de una condición necesaria y bien puede decirse que cuanto mayor sea la rigidez constitucional (la dificultad para el cambio del texto constitucional), mayor será la tendencia a la constitucionalización de ese orden jurídico.

³⁸ Guastini, Riccardo, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Giappichelli editore, Turín, 2006, pp. 239 y ss. “En un orden jurídico no constitucionalizado -escribe Guastini- el Derecho constitucional... tiene un radio de acción limitado: por un lado, disciplina los aspectos fundamentales de la organización del Estado (la distribución de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial...); por otro, determina los derechos de libertad de los ciudadanos frente a los poderes públicos... Por el contrario, en un orden constitucionalizado, el Derecho constitucional tiende a ocupar todo el espacio de la vida social y política, condicionando la legislación, la jurisprudencia, en estilo doctrinal, las acciones de los actores políticos, las relaciones privadas...”(p. 240)

2) Está prevista la garantía jurisdiccional de la Constitución. En realidad, al igual que el factor anterior, se trata también de una condición necesaria para la constitucionalización de un orden jurídico. Implica que la rigidez desemboca en una genuina jerarquía normativa y en una efectiva imposición de la Constitución sobre la ley. Se produce, además, lo que podríamos llamar “reserva de Constitución”: ciertas materias no pueden ser derogadas o modificadas por ley, sólo por Constitución.

3) Se reconoce fuerza normativa vinculante a la Constitución. Ello supone que todos los enunciados de la Constitución se interpretan – independientemente de su estructura y de su contenido– como normas jurídicas aplicables que obligan a sus destinatarios. Desaparece de esta manera la vieja categoría de “normas programáticas”, entendida como meras expresiones de programas y/o recomendaciones políticas que no son susceptibles de ser incumplidas ni, desde luego, jurisdiccionalmente garantizadas.

4) Se produce una “sobreinterpretación” de la Constitución. Es decir, se huye de la interpretación literal en favor de una interpretación extensiva, de manera que del texto constitucional pueden extraerse gran cantidad de normas y de principios implícitos.

5) Se considera que las normas constitucionales son susceptibles de ser aplicadas directamente. Por aplicación directa se entiende que todos los jueces, en todo tipo de casos, pueden aplicar las normas constitucionales. Además, esta aplicación directa abarca no sólo las relaciones de Derecho público, las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, sino también las relaciones de Derecho privado, entre ciudadanos (entre particulares).

6) Se impone el modelo de la interpretación de las leyes conforme a la Constitución. Esta característica no tiene que ver con la interpretación de la Constitución que, como ya se ha visto, tiende a ser extensiva, sino con la interpretación de la ley. De todas las interpretaciones posibles de una ley, el juez debe descartar todas aquellas que vulneren (o sean incompatibles con) la Constitución.

7) Se produce una fuerte influencia de la Constitución en el debate y el proceso políticos. Esta influencia se traduce en que, entre otras cosas, a) los actores políticos muestran una acusada tendencia a acudir a las normas constitucionales para argumentar y defender sus opciones políticas y de gobierno; b) los conflictos y/o las disputas políticos entre órganos de distintos niveles de gobierno tienden a dirimirse jurisdiccionalmente aplicando normas constitucionales; y c) los jueces tienden a no mostrar actitudes de autolimitación o autorrestricción hacia las llamadas cuestiones políticas.

B. *La globalización y el orden jurídico.*

Si la constitucionalización de un orden jurídico es una extensión del control jurídico a ámbitos que tradicionalmente quedaban fuera de su alcance; la globalización es, tal vez, un proceso inverso, en el sentido de que aparecen nuevas formas de relación social que quedan prácticamente huérfanas de control jurídico. En palabras de Laporta, la globalización comunicativa, económica y social no habría ido acompañada de una paralela globalización jurídica. En su opinión, “el desacoplamiento entre la innegable naturaleza global de muchas acciones y actividades económicas, y la predominante naturaleza particular y estatal de las normas jurídicas en que se sustenta produce consecuencias perversas, que están en la base de mucho del malestar que ha creado la globalización”.³⁹ ¿Pero es eso cierto? Según y cómo, responde Manuel Atienza.⁴⁰

Es cierto si el Derecho lo contemplamos como Derecho estatal y como Derecho internacional en el significado clásico de la expresión: Derecho cuyos actores son fundamentalmente los Estados. Pero quizás no lo sea (o no lo sea tanto) si en lugar de enfocar nuestra mirada hacia el ‘Derecho oficial’ nos fijáramos en la juridicidad proveniente de instancias informales o más o menos informales.

A partir de ahí Atienza apunta fundamentalmente en dos direcciones: la tendencia a la privatización del Derecho y el surgimiento del *soft law*.

La primera de estas direcciones es una manifestación más de la tendencia general a la privatización de lo público. La privatización del Derecho supone que el centro de gravedad del Derecho habría pasado de la ley (expresión de la voluntad estatal) a los contratos entre particulares (aunque esos “particulares” sean las grandes empresas multinacionales). Naturalmente ello va acompañado de una creciente pérdida de soberanía de los Estados como consecuencia del avance tanto del Derecho supranacional como del Derecho transnacional. Un ejemplo de *Derecho supranacional* es el Derecho europeo, pues supone que una parte importante de las normas jurídicas vigentes en los Estados de la Unión no tengan un origen estatal o que estén fuertemente condicionadas por normas supraestatales. Un ejemplo de *Derecho transnacional* puede ser la vigencia de la nueva *lex mercatoria*

³⁹ Laporta, Francisco, “Globalización e imperio de la ley. Un texto provisional para el debate con algunas dudas y perplejidades de un viejo westfaliano”, *Law and justice in a global society*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, p. 235.

⁴⁰ Lo que viene a continuación es un resumen de las tesis sostenidas por Atienza en Atienza, Manuel, “Constitucionalismo, globalización y Derecho”, *La globalización en el siglo XXI: retos y dilemas*, Vitoria, Federación de Cajas de Ahorros Vasco-Navarras, 2008, pp. 214 y ss.

que rige el comercio internacional y que no es elaborada por los Estados nacionales ni por instituciones públicas de carácter internacional. Tienen más protagonismo en la generación de estas normas los grandes despachos de abogados que los legisladores; y en la resolución de los conflictos que en torno a ellas se generan tienen más protagonismo los métodos alternativos de resolución de conflictos (la mediación y el arbitraje) que la jurisdicción.

La otra dirección, muy vinculada a la anterior, es la aparición del llamado *soft law*. Se trata de una noción que no es clara, ni mucho menos, pero que apunta a lo siguiente. Un Derecho es *soft* cuando sus guías de conducta no se imponen, es decir, no están respaldadas coactivamente. Se trata de un Derecho que confía más en la negociación, el diálogo, la facilitación, la aceptación y la persuasión que en la coacción. Si tenemos clara esta idea, es fácil percatarse que hay dos grandes “fuentes” para generar normativa *soft*. Una es que el órgano que genera la normativa no tenga capacidad de imposición. Es el caso de muchas resoluciones, instrucciones o recomendaciones de múltiples organismos internacionales como la OCDE, la Organización Mundial del Comercio, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, etc. Toda esa normativa es “jurídica” en algún sentido diferente a como son jurídicas las leyes y los tratados internacionales. En términos de identificación del Derecho podríamos hablar aquí, tal vez, de grados de juridicidad. La otra gran fuente de normativa *soft* no tiene que ver con el órgano del que proviene la normativa en cuestión. El órgano que la dicta tiene todos los atributos normativos necesarios para imponerse pero, por las razones que sea, renuncia a (o se siente impotente para) hacerlo. Se limita a orientar o facilitar. Un ejemplo claro de *soft Law* en este sentido lo representa el *Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos*. En efecto, en el preámbulo del mismo puede leerse:

El modelo de protección diseñado gira en torno a la elaboración de un código de buenas prácticas al que, *voluntariamente*, podrán adherirse las entidades de crédito y demás entidades que, de manera profesional, realizan la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios...

No se trata aquí de aclarar ahora la noción de *soft Law*, sino simplemente de poner de manifiesto que la globalización está llamada a modificar de manera radical nuestra imagen del Derecho y de sus fuentes.

III. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ REGLA, Josep, *Teoría General de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, Ariel, 2000, 2008 y 2012.
- _____, *Sobre la derogación. Ensayo de dinámica jurídica*, Fontamara, México, 1999 [1995].
- _____, “Fuentes del Derecho y normas de origen judicial”, *Revista General de jurisprudencia y legislación*, núm. 3, julio-septiembre, 2009.
- _____, “De nuevo sobre independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”, *Jueces para la democracia*, núm. 46, marzo, 2003.
- ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica* (trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- _____, *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. E. Garzón Valdés), C.E.C., Madrid, 1993.
- ATIENZA, Manuel, *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2005.
- _____, “Constitucionalismo, globalización y Derecho”, *La globalización en el siglo XXI: retos y dilemas*, Vitoria, Federación de Cajas de Ahorros Vasco-Navarras, 2008
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.
- BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Bogotá, Temis, 1987.
- BUSTAMANTE, Tomas da Rosa de, *Teoría do precedente judicial. A Justificação e Aplicação de Regras Jurisprudenciais*, Sao Paulo, Noeses, 2012.
- CARRIÓ, Genaro, “Los jueces crean Derecho”, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1979.
- CELANO, Bruno, *Dos estudios sobre la costumbre*, México, Fontamara, 2000.
- CUETO RUA, Julio, *Fuentes del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982 (reimp.).
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.
- _____, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1886.
- ERNST, Carlos, *Los derechos implícitos*, Marcos Lerner ed, Córdoba, 1994.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993.
- GRAY, John Chipman, *The Nature and Sources of the Law* (D. Campbell y P. Thomas, eds.) Ashgate-Dartmouth, 1997.
- GUASTINI, Riccardo, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli editore, Turín, 1992.
- _____, *Il giudice e la legge*, Giappichelli editore, Turín, 1995.
- _____, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milán, 1998.

- _____, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Giappichelli editore, Turín, 2006.
- GUIBOURG, Ricardo, "Fuentes del Derecho", en Garzón Valdés, E. y Laporta, F. (eds.): *El derecho y la justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía 11*, Madrid, Trotta, 1996.
- HART, H.L.A., *El concepto de Derecho* (trad. de Genaro Carrió), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2a. ed., Reim., 1991.
- ITURRALDE SESMA, Victoria, *El precedente en el Common Law*, Madrid, Civitas, 1995.
- KELSEN, Hans, *La teoría pura del Derecho* (trad. de Roberto Vernengo), Mexico, UNAM, 1982.
- LAPORTA, Francisco, "Globalización e imperio de la ley. Un texto provisional para el debate con algunas dudas y perplejidades de un viejo westfaliano", en *Law and justice in a global society*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez.
- _____, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007.
- MACCORMICK, Neil, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1987.
- _____, *Derecho, moral y política (Una revisión de la teoría general del Derecho)*, Barcelona, Ariel, 1994.
- PECZENIK, Aleksander, *On Law and Reason*, Kluwer, Dordrecht, Boston, London, 1989.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel, 1991.
- _____, *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Madrid, La Ley, 2011.
- PIZZORUSSO, Alessandro, *Lecciones de Derecho constitucional*, vol. II (trad. de J. Jiménez Campo), Madrid, CEC, 1984.
- PUIG BRUTAU, José, *La jurisprudencia como fuente del Derecho (interpretación creadora y arbitrio judicial)*, Barcelona, Bosch, 1951.
- ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la justicia* (trad. de Genaro Carrió), 2a. ed., Buenos Aires, EUDEBA, 1973.
- SUMMERS, Robert S., *Essays on nature of Law legal reasoning*, Dunker & Humbolt, Berlín, 1992.
- TARUFFO, Michele, *Precedente e giurisprudenza*, Editoriale scientifica, 2007.
- VAZ FERREIRA, Carlos, *Lógica viva. Moral para intelectuales*, Biblioteca Ayacucho,
- VIEHWEG, Theodor, *Tópica y jurisprudencia* (trad. de L. Díez Picazo), Madrid, Taurus, 1964.
- WRIGHT, G..H. von, *Norma y acción* (trad. P. García Ferrero), Madrid, Tecnos, 1970.

CAPÍTULO 28

LA IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Josep VILAJOSANA*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La tesis social.* III. *Condiciones de existencia de los sistemas jurídicos.* IV. *Conclusiones.* V. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El 7 de julio de 1981 se aprobó en España la llamada ley del divorcio. La aprobación de esta ley era el resultado de ciertas acciones llevadas a cabo por diputados y senadores que conformaban el Parlamento español de aquel entonces: debates, aportación de enmiendas y votaciones con determinadas mayorías sobre el texto final. A pesar de este hecho ampliamente reconocido, algún cultivador de la dogmática civilista mantuvo que, aunque efectivamente se habían producido tales acciones, no se había introducido el divorcio en España, sencillamente porque el matrimonio es indisoluble por naturaleza. Los estudiantes de derecho, ávidos de información sobre este cambio legislativo, tuvieron que adquirir otros textos que lo recogieran y analizaran.

Imaginemos que, por esas mismas fechas, un señor acude a un abogado pidiéndole asesoramiento. Le explica que ha leído en los periódicos y ha oído en la televisión que ha entrado en vigor la citada ley y que él desearía saber cuáles son los pasos jurídicos que debe seguir para divorciarse de su esposa. El abogado le responde: “No haga caso de lo que dicen los medios de comunicación. Aunque es cierto que se ha aprobado esa ley, en realidad usted no puede divorciarse ya que el matrimonio es indisoluble por naturaleza”. Es probable que, frente a esta respuesta, el potencial cliente decida cambiar de abogado.

¿Qué es lo que suena extraño en las posiciones mantenidas por el dogmático y el abogado del ejemplo? Seguramente, lo que nos causa extra-

* Catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad Pompeu Fabra, España.

ñeza es que no tomen en cuenta las acciones de los parlamentarios y no las consideren idóneas para producir modificaciones legislativas. En definitiva, esos planteamientos van en contra de la intuición de que el derecho de una sociedad es cambiante y que ese cambio se puede realizar voluntariamente mediante acciones de algunos miembros de esa sociedad. Aunque el dogmático y el abogado tengan razones para creer que el divorcio es inmoral, cometen un error al *identificar* el derecho de su sociedad, porque no han tenido en cuenta *hechos* relevantes. Por ese motivo, transmiten una información errónea y por eso mismo nos parece razonable que los estudiantes busquen otros libros y que el cliente cambie de abogado.

La intuición anterior se puede generalizar diciendo que es una idea ampliamente compartida la de pensar que el derecho es un fenómeno social. Otra forma de expresarlo es sostener que su existencia depende de hechos sociales. Si esto es así, identificar el derecho de una sociedad requerirá, como mínimo, establecer cuáles son esos hechos y cuál es su relación con las normas jurídicas.

II. LA TESIS SOCIAL

Sin embargo, en la literatura sobre la relación entre hechos sociales y derecho se puede apreciar una gran variedad terminológica y de contenido. Aunque tal vez pueda hallarse un punto de uniformidad entre tanta variedad. Este mínimo punto en común quedaría reflejado en la que podemos llamar Tesis social, que se enunciaría de la forma siguiente:

TS: La *existencia* del derecho depende de la *existencia* de determinados hechos sociales.

El problema que abordaré en este trabajo es el de intentar desarrollar un análisis convincente de los hechos relevantes para la existencia del derecho. Pero antes de hacerlo es preciso decir muy brevemente algo acerca de la relación de dependencia que se predica en *TS*.

Al respecto, se pueden adoptar dos posiciones. Una, que podemos llamar *reduccionista*, sostendría que las normas jurídicas *son* hechos sociales y el derecho, por tanto, consiste en un conjunto de hechos sociales.¹ Esta es una posición poco verosímil. Piénsese, por ejemplo, lo raro que parecería decir que se ha derogado un hecho, mientras que es perfectamente comprensible

¹ Cfr. Olivecrona, Karl, *Law as a Fact*. Oxford University Press, London, 1939.

hablar de la derogación de normas jurídicas. De ahí que la posición mayoritaria, que llamaríamos *no reduccionista*, consista en entender que de alguna forma las normas jurídicas, y con ellas el sistema jurídico de una determinada comunidad, *supervienen* a determinados hechos sociales sin identificarse con ellos.²

En este sentido, el derecho de una determinada sociedad está constituido por normas, que no son hechos, sino enunciados (o significados de enunciados), cuya existencia se predica a partir de la ocurrencia de determinados hechos, como sería la formulación de determinadas expresiones en determinados contextos (por ejemplo, las que emiten los parlamentarios en ejercicio de sus cargos en un determinado país). No voy a profundizar mucho más sobre cómo haya que entender la idea de superveniencia, ni sobre qué tipo de entidades son las normas. Baste decir por ahora que esta segunda posición será la presupuesta aquí.³

Sin embargo, a los efectos de clarificar la relación de dependencia entre hechos sociales y derecho que se postula en la Tesis social no basta con acordar que el derecho superviene a, o es el producto de, determinados hechos sociales. Se requiere, además, profundizar en el análisis de esta relación.

Pueden sostenerse dos posiciones al respecto, según se entienda que la existencia de determinados hechos sociales es sólo una condición necesaria o bien que se trata de una condición necesaria y suficiente de la superveniencia del derecho.

Si se mantiene que la existencia de hechos sociales es *condición necesaria*, pero no suficiente, de la superveniencia del derecho, lo que se afirma es que sin determinados comportamientos y actitudes de los seres humanos de una determinada sociedad no existiría el derecho de esa sociedad, pero que tales conductas y actitudes no son lo único que se requiere para dar lugar a los sistemas jurídicos. Se puede exigir, por ejemplo, que el *contenido* de las normas dictadas a partir de un determinado procedimiento no contradiga lo dispuesto en un derecho ideal o racional. Si *TS* se interpreta de esta forma, podría ser una tesis ampliamente aceptada por la mayor parte de los autores, positivistas y anti positivistas, ya que éstos últimos no niegan que deban darse algunos hechos sociales para identificar el derecho de una determinada sociedad (¿cómo si no podríamos distinguir el derecho de la

² Véase, por todos, Coleman, Jules, *The Practice of Principle. In defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

³ Para un estudio más detallado de estas cuestiones remito a Vilajosana, Josep M., *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2010, caps. I y II.

sociedad *A* del derecho de la sociedad *B*?). Lo que no aceptan estos autores es que eso sea lo *único* que se requiera para desarrollar tal identificación. Piénsese, por poner sólo dos ejemplos significativos de autores no positivistas, en la “ley humana” de la que habla Tomás de Aquino,⁴ o el derecho en su “etapa pre-interpretativa”, en palabras de DWORKIN.⁵ El identificar la ley humana o el derecho en su etapa pre-interpretativa sólo se puede hacer remitiendo a conductas sociales. Como esto es un paso previo a la identificación del derecho para ambos autores, entonces la identificación de los hechos sociales relevantes es una condición necesaria, aunque no suficiente, para identificar el derecho de una determinada sociedad. Esta dependencia la vio claramente Alf Ross cuando, refiriéndose a los autores IUSNATURALISTAS, dijo: “El iusnaturalista se ocupa de la cuestión de si un cierto orden fáctico obliga a las personas también moralmente... Pero antes de que pueda responderse a esta pregunta es menester saber si existe un cierto orden fáctico, y cuál es su contenido”.⁶

Si se mantiene que la existencia de hechos sociales es *condición necesaria y suficiente* de la superveniencia del derecho, lo que se afirma es que sin determinados comportamientos y actitudes de los seres humanos de una determinada sociedad no existiría el derecho de esa sociedad y que tales conductas y actitudes son lo único que se requiere para dar lugar a los sistemas jurídicos. Esta es seguramente la posición que identifica más claramente al POSITIVISMO JURÍDICO y en la que no pueden estar de acuerdo ni los autores iusnaturalistas ni Dworkin.⁷

⁴ Aquino, Tomás de, *Suma de teología*, Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1997 [1265-72], I-II, 90 y 95 a), 1.

⁵ Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge-Mass, 1986, pp. 65-66.

⁶ Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia* (Genaro Carrió, trad.), EUDEBA, Buenos Aires, 1963 [1968].

⁷ Prescindo de la división entre POSITIVISMO “inclusivo” y “excluyente”. Para dar cuenta de este debate, se requiere una posterior distinción entre las condiciones de existencia de los *criterios de pertenencia* de las normas a un determinado sistema jurídico y el *contenido* de esos criterios. Para el positivismo excluyente ambas cuestiones remiten necesariamente a hechos sociales; para el positivismo inclusivo, los hechos sociales sólo tienen que aparecer necesariamente como condiciones de existencia de los criterios, pero no como contenido de los mismos. Prescindo también del problema ulterior que plantea la interpretación de las disposiciones identificadas mediante el uso compartido de criterios de pertenencia. Un tratamiento exhaustivo de los problemas implicados en la identificación del derecho requeriría abordar ambas cuestiones, pero éstas tienen ya su acomodo en otras partes de la presente Enciclopedia (véase, POSITIVISMO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO. Para ver mi posición al

1. *Un modelo simple: unos mandan y otros obedecen*

A. *Soberano y hábito de obediencia*

Si por un momento reflexionamos acerca de cuáles pueden ser los hechos que hay que tener en cuenta para considerar al derecho como fenómeno social es probable que nos parezca fuera de toda duda lo siguiente: en una sociedad determinada decimos que hay derecho (existe un determinado sistema jurídico) cuando alguien dicta normas que los demás normalmente obedecen. Esta nueva intuición que todos tenemos es la que constituye la base de la respuesta teórica que desarrolló, por ejemplo, Austin en el siglo XIX.⁸

Para este autor, el derecho es un fenómeno propio de sociedades de gran tamaño y que poseen un soberano. El soberano es una persona o grupo de personas que tiene el poder último en una sociedad. Alguien ostenta el poder último de la sociedad si y sólo si es mayoritariamente obedecido de manera habitual por el resto de los miembros de la sociedad y, a su vez, no presta una obediencia semejante a nadie. La existencia de un soberano es el primer hecho al que hay que prestar atención para saber si se ha constituido un sistema jurídico en una determinada sociedad.

Una vez constatada la presencia de este poder soberano, podemos identificar las normas jurídicas de una sociedad. Éstas serían un subconjunto de mandatos del soberano, el formado por las órdenes generales dirigidas a clases de acciones e individuos y cuyo cumplimiento es reforzado a través de la amenaza de sanciones. Nótese que de este modo se establecería la existencia del derecho de una sociedad a través de hechos tales como los actos de ordenar y obedecer. En efecto, tales actos pueden ser identificados sin recurrir a la bondad o maldad de lo ordenado. Al mismo tiempo, el soberano puede ser identificado con independencia de si ocupa esa posición legítimamente o no. Esta teoría, que suele recibir el nombre de imperativa, puede ser caracterizada por dos rasgos: su monismo y su carácter reductivo.

Que se trate de una teoría *monista* significa que todas las normas jurídicas obedecen a un único modelo: serían normas del soberano que imponen obligaciones a sus súbditos, bajo la amenaza de sanción para el caso de incumplimiento. Esto no quiere decir que para quien sostenga esta posi-

respecto, remito a Vilajosana, Josep M. *Identificación y justificación del derecho*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2007, caps. II y III, respectivamente).

⁸ Austin, John, *El objeto de la jurisprudencia* (Juan Ramón de Páramo, trad.), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ción, el soberano no tenga ningún tipo de límites. Puede tenerlos, pero éstos son externos al derecho. Por ejemplo, uno de estos límites externos puede ser la opinión pública. Es posible que el soberano a la hora de dictar normas no vaya más allá de lo que la opinión pública pueda tolerar, pero esto no sería más que un signo de prudencia, no un acto de obediencia. Además, que la teoría sea monista no supone desconocer que existan en los sistemas jurídicos disposiciones que no obedezcan a la forma de los imperativos, por ejemplo, permisos, definiciones, etc. Pero estas disposiciones no son vistas como verdaderas normas, sino a lo sumo como el material no jurídico que requiere todo sistema jurídico para funcionar.

La teoría imperativa es también *reduccionista*. Esto es así, porque sostiene que el lenguaje normativo usado a la hora de describir y usar el derecho (cuando hablamos de autoridades, derechos, obligaciones, etc.) puede ser analizado, sin perder comprensión del fenómeno jurídico, en términos no normativos, a través de enunciados acerca del poder y la obediencia. Por ejemplo, decir que un sujeto tiene autoridad, sería equivalente a sostener que recibe obediencia habitual. De esta manera, se habría reducido el lenguaje normativo a lenguaje no normativo. Una de las consecuencias de sostener esta aproximación al estudio del derecho es que el saber jurídico no se basaría en un método específico de conocimiento al margen del de las ciencias que se ocupan de “objetos” no normativos.

B. *Algunas objeciones*

A pesar de su atractivo intuitivo, este modelo plantea problemas. Una visión monista del derecho presenta algún inconveniente. No parece que se gane demasiado con intentar acomodar todas las disposiciones relevantes en el ámbito jurídico a una única fórmula: órdenes con la amenaza de sanción. En concreto, existirían reglas muy importantes de todo sistema jurídico, cuyas funciones quedarían sin explicar o muy oscurecidas si tuvieran que ser reconstruidas como órdenes. Entre ellas se hallarían las que posibilitan los cambios normativos, las que facultan a ciertas autoridades a resolver los casos aplicando el derecho y las que recogerían los criterios de identificación de las normas que forman parte del sistema. Estas funciones de cambio, adjudicación y reconocimiento, que dan lugar a otras tantas clases de reglas a las que Hart ha denominado reglas secundarias, son una parte imprescindible de los sistemas jurídicos desarrollados, que no admiten ser

explicadas con el esquema simple de la teoría imperativa.⁹ En concreto, veremos que la regla de reconocimiento juega un papel decisivo a la hora de determinar la existencia de un sistema jurídico, precisamente porque contiene los criterios usados para su identificación.

El carácter reduccionista de la teoría que comentamos también distorsiona la comprensión del derecho como fenómeno social. La razón es que el derecho parece ser irreductiblemente normativo. Esta circunstancia ha sido destacada tanto por Kelsen como por Hart. Kelsen viene a decirnos que la manera propia de existir del derecho es normativa.¹⁰ Por eso, sería un error equipararla exactamente a un tipo de existencia empírica, como parece sugerir Austin. Hart, a su vez, también suscribe esta crítica a Austin, si bien lo hace diciendo que explicar la existencia de las normas jurídicas en términos de hábitos de obediencia es confundir los hábitos con las reglas. Para entender lo que quiere decir Hart podemos proponer un ejemplo muy sencillo.

En nuestra sociedad solemos tomar café después del almuerzo y acostumbramos comer con cubiertos. ¿En qué se parecen y en qué se diferencian ambas acciones? La semejanza es que en ambos casos se trata de comportamientos regulares, recurrentes. Cada vez que hay un almuerzo, la mayor parte de las personas en nuestra sociedad usan cubiertos para comer y toman café. Ahora bien, qué ocurre cuando alguien no realiza alguna de estas acciones. Aquí apreciamos la diferencia entre ellas. En el caso de que alguien no tome café, no consideramos su actitud reprochable; en cambio, si alguien no come con cubiertos estaremos dispuestos a criticarle. Esta distinta reacción pone de relieve que el tomar café después del almuerzo es un simple hábito, pero el comer con cubiertos es una regla. Ello es así, porque para que exista un hábito únicamente se requiere un comportamiento recurrente. En cambio, cuando se habla de reglas, además de la regularidad del comportamiento, se exige una actitud crítico-reflexiva, que se manifiesta en la conciencia de que esa conducta que se sigue es de obligado cumplimiento y en las críticas a quienes no la realizan. Este ejemplo muestra que el aspecto normativo de ciertas prácticas no puede ser reducido a términos empíricos sin perder su sentido propio, ya que las reglas no son simples hábitos de conducta.

⁹ Hart, Herbert, L. A., *El concepto de derecho* (Genaro Carrió, trad.), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963 [1961], cap. V.

¹⁰ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho* (Roberto Vernengo, trad.), México, UNAM, 1979 [1960].

2. *Hacia un modelo más sofisticado*

El modelo imperativo, pues, es excesivamente simple, aunque muy intuitivo. No hay duda de que cuando el derecho existe en una sociedad, hay quien manda y quien obedece. Pero la realidad social que presupone la existencia del derecho es más compleja que la bosquejada por ese modelo. Para comprender un modelo más sofisticado, sin embargo, es preciso decir algo acerca de los hechos sociales y la creación de la realidad social.

A. *Hechos naturales y hechos sociales*

Un hecho es lo que hace verdadera a una proposición. Si decimos “En estos momentos está lloviendo en Barcelona”, el hecho que hará verdadera la proposición que expresamos a través de este enunciado será que efectivamente esté cayendo la lluvia en la ciudad Condal. Cuando se habla de la existencia de sistemas jurídicos o del derecho, ¿qué hechos harán verdadera la afirmación de que en una determinada sociedad se ha constituido un sistema jurídico?

TS descarta que la existencia del derecho sea equiparable a la de un fenómeno natural, como sería la caída de la lluvia. La lluvia existe con independencia de las creencias y las actitudes de las personas. Que llueva en Barcelona es una verdad independiente de lo que los seres humanos piensen acerca de ello. Sin embargo, la existencia de una *cola* para sacar la entrada para un concierto no es un fenómeno natural. Para ver una fila de personas como una cola, hace falta un conjunto de creencias y actitudes que soportan dicho fenómeno institucional: la aceptación de ciertas normas constitutivas, definitorias de la cola, y la aceptación de ciertas normas prescriptivas que atribuyen derechos y deberes a la posición que uno tiene en la cola. Por ejemplo, que uno tiene el deber de aguardar a que obtengan la entrada los que le preceden y el derecho de obtenerla antes que los que le siguen. La existencia de las colas es *dependiente de la práctica*. Existe, en el sentido de John Searle, como un hecho institucional.¹¹ Pues bien, aunque de una forma mucho más compleja, los ordenamientos jurídicos tienen una existencia también institucional, son semejantes a las colas y no a la lluvia. Es por esta razón que nos parece una obviedad la tesis social: la existencia del derecho en una sociedad depende de un conjunto de hechos sociales.

¹¹ Searle, John, *La construcción de la realidad social* (Antoni Domènech, trad.), Barcelona, Paidós, 1997 [1995].

Así, pues, los hechos pueden dividirse en naturales y sociales. Los primeros son aquellos cuya existencia es independiente de cualquier estado intencional (creencias, deseos, actitudes), mientras que los segundos existen sólo si se dan ciertos estados intencionales. Dentro de los hechos sociales, ahora interesa destacar los que llamaré “hechos convencionales”.

B. *Hechos convencionales*

Las condiciones de existencia de un hecho convencional, en relación con un determinado grupo social, son las siguientes:¹²

1. La mayoría de los miembros de un determinado grupo realiza una determinada conducta cuando se dan determinadas circunstancias.
2. La mayoría de los miembros del grupo cree que 1.
3. La creencia de que se da 1 constituye una razón para realizar esa conducta en esas circunstancias.
4. Hay un conocimiento mutuo entre la mayoría de los miembros del grupo de lo que se dice en las anteriores cláusulas. Es decir, las conocen, conocen que los demás las conocen, conocen que los demás conocen que ellos las conocen, etc.

El ejemplo dado anteriormente puede servir de nuevo. Que exista la convención de comer con cubiertos en nuestra sociedad se reconstruiría así:

1. La mayoría de los miembros de *S* usa los cubiertos a la hora de comer.
2. La mayoría de los miembros de *S* cree que la mayoría de los miembros de *S* usa los cubiertos a la hora de comer.
3. La creencia de que la mayoría de los miembros de *S* usa los cubiertos a la hora de comer constituye una razón para usar los cubiertos a la hora de comer.
4. Hay un conocimiento mutuo entre la mayoría de los miembros del grupo de lo que se dice en las anteriores cláusulas. Es decir, las conocen, conocen que los demás las conocen, conocen que los demás conocen que ellos las conocen, etc.

Es importante resaltar la tercera condición, ya que ilustra en qué consiste actuar por una razón convencional. Allí donde exista la convención de realizar una determinada conducta, hay una buena razón para seguirla: que los demás lo hacen. Actuar por *convención*, entonces, se opone a actuar por *convicción*, que sería lo propio de las razones morales: actuamos por convicción cuando realizaríamos la conducta a pesar de que los demás no lo hicieran.¹³

¹² Cfr. Lewis, David, *Convention. A philosophical Study*, Oxford, Basil Blackwell, 1969, p. 42, 56 y 78; Narváez, Maribel, *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2004, p. 312.

¹³ Narváez, Maribel, *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, op. cit., p. 280.

C. *La creación de realidad social*

Los hechos sociales, sean convencionales o no, conforman la realidad social. Puesto que los hechos sociales se constituyen a través de estados intencionales (creencias y actitudes), se puede afirmar que la realidad social depende de estados intencionales. Ahora bien, esta afirmación puede resultar extraña a primera vista. ¿Cómo puede ser que la realidad esté constituida por estados intencionales? Si esto es así, ¿no se convierte tal realidad en *subjetiva* (ya que dependerá de las creencias que cada uno tenga) y, por tanto, en radicalmente inaprensible?

Contestando a la primera pregunta, hay que decir que una de las formas más comunes en la que los estados intencionales contribuyen a la creación de hechos sociales es a través de las llamadas reglas constitutivas, que obedecen a la fórmula acuñada por Searle: “*X* cuenta como *Y* en el contexto *C*”. En qué medida esto es así respecto al derecho y qué relación se da entre los hechos convencionales y las reglas constitutivas, es algo sobre lo que volveré más adelante.

Respecto a la segunda pregunta, conviene distinguir cuidadosamente dos sentidos de “objetivo” y “subjetivo”. En sentido *ontológico*, la realidad natural sería objetiva (donde “objetivo” significa “independiente de estados intencionales”), mientras que la realidad social sería subjetiva (o sea, dependiente de estados intencionales). Pero esta distinta conformación de la realidad no impide que *epistemológicamente* ambas puedan ser conocidas de manera objetiva (donde “objetiva” significa “valorativamente neutral”).¹⁴

III. CONDICIONES DE EXISTENCIA DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS

Pertrechados con las distinciones precedentes, podemos formularnos directamente la siguiente pregunta: ¿cuáles son las condiciones de existencia de un SISTEMA JURÍDICO? Según Hart, son dos:¹⁵

1. Que exista una regla de reconocimiento que permita conocer cuáles son los criterios de pertenencia de las otras reglas del sistema.
2. Que las reglas identificadas a partir de la regla de reconocimiento se cumplan generalmente por el grueso de la población.

¹⁴ Searle, John, *La construcción de la realidad social*, op. cit., p. 27.

¹⁵ Hart, Herbert, L. A., *El concepto de derecho*, op. cit., p. 116.

Ambas condiciones parecen hacer referencia a tipos de hechos sociales distintos y pueden plantear problemáticas sólo parcialmente coincidentes. Mientras que en la primera condición los problemas girarían en torno a las condiciones de existencia de la regla de reconocimiento y parece que exigen, como veremos, la presencia de hechos convencionales, en la segunda condición se alude a la llamada “eficacia” de las normas, y tal vez ésta pueda ser explicada a través de hechos sociales no convencionales. A continuación analizaré por separado cada una de estas condiciones.

1. *La primera condición: la existencia de una regla de reconocimiento*

En lo que sigue voy a entender la primera condición de existencia de los sistemas jurídicos como una tesis convencionalista, que he defendido en otros lugares,¹⁶ y cuya formulación sería la siguiente:

TC: En todo sistema jurídico existe una convención con una dimensión constitutiva, a partir de la cual se puede establecer una regla técnica, cuya función es la de identificar el derecho de una determinada comunidad.

Vayamos por pasos y analicemos el sentido y algunas implicaciones de los elementos que aparecen en esta formulación.

A. *La regla de reconocimiento como convención*

Algunas de las afirmaciones que realiza Hart respecto a la regla de reconocimiento son que ésta es una regla social y que existe como una cuestión de hecho. Creo que esto puede interpretarse diciendo que la existencia de la regla de reconocimiento como regla social es un hecho convencional.¹⁷

Si esto es así, la verdad de la proposición expresada por el enunciado “En la sociedad *S* existe la regla de reconocimiento *R*” dependerá de la existencia de hechos convencionales. ¿Cuáles son esos hechos convencionales?

Hart entiende que la regla de reconocimiento existe como una práctica normalmente coincidente de los funcionarios y las personas privadas a la hora de identificar el derecho de una determinada sociedad, cuyo contenido se manifiesta por el uso que esas personas realizan de determinados criterios de identificación.¹⁸ Ahora bien, el uso de criterios compartidos de identifica-

¹⁶ Valga, por todos, Vilajosana, Josep M., “Una defensa del convencionalismo jurídico”. en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, núm. 33, 2010, pp. 471-509.

¹⁷ Hart, Herbert L. A. “Postscript” en *The Concept of Law*, 2a. ed., Bulloch, Penelope A. Y Raz, Joseph (eds.), Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 256.

¹⁸ Hart, Herbert, L. A., *El concepto de derecho*, op. cit., p. 107.

ción debe ir acompañado por una determinada actitud, que Hart denomina “punto de vista interno”. Las autoridades de una determinada sociedad, y entre ellas especialmente los jueces, se comportan de una manera que es consistente con el hecho de seguir la regla que permite identificar el derecho válido de esa sociedad. Ello se refleja en un conjunto de compromisos normativos que aprueban la conducta convergente como justificada y que condenan las desviaciones. Esta es la actitud crítico-reflexiva que Hart denomina punto de vista interno. El punto de vista interno puede ser traducido en términos de hechos convencionales, de tal modo que, partiendo de lo que dije al definir “hecho convencional”, el enunciado “En la sociedad *S* existe la regla de reconocimiento *R*” se desarrollaría así:

1. La mayoría de los juristas de la sociedad *S* usa los criterios *C1, C2...Cn* (que forman la Regla de Reconocimiento de *S*) cada vez que tiene que identificar el derecho de *S*.
2. La mayoría de los juristas de *S* cree que 1.
3. La creencia de que se da 1 constituye una razón para usar esos criterios en esas circunstancias.
4. Hay un conocimiento mutuo entre la mayoría de los juristas de lo que se dice en las anteriores cláusulas.

Respecto a la primera condición, puede haber discusión sobre si el grupo relevante es el de los juristas en general o únicamente el de los jueces. El texto de Hart da pie a interpretaciones diversas. En algunas ocasiones Hart se refiere a acciones de identificación de autoridades y de sujetos privados, mientras que en otras enfatiza el papel desempeñado por los tribunales, casi en exclusiva. Parece, de todos modos, que puede afirmarse que los sujetos relevantes en estos casos serían todos aquellos que profesionalmente necesitan identificar el derecho de una determinada sociedad (por tanto, no sólo jueces y demás autoridades, sino también abogados). Es difícilmente concebible el funcionamiento de una sociedad en la que hubiera una discrepancia generalizada entre el sector oficial y el “privado” a la hora de usar criterios de identificación del derecho.

La segunda cláusula se refiere simplemente al hecho de que la conducta reiterada a la que se alude en la primera es conocida por la mayoría de los juristas (con lo que se excluiría, por ejemplo, que se diera una concordancia en la identificación por pura coincidencia).

La tercera condición alude a la presencia necesaria de una razón convencional, que es la de actuar, como mínimo, porque los demás actúan de la misma manera. Su alcance quedará claro, espero, a lo largo de estas páginas.

En cuanto a la última condición, pone de relieve la importancia que tienen en este punto la generación de expectativas recíprocas entre los participantes en la práctica de identificación, puesto que estamos frente a una acción colectiva. Se trata de una forma de poner en relación estados mentales, a través del contenido de las creencias de cada individuo, sin necesidad de presuponer algo así como una especie de conciencia o mente colectiva.

Pero ¿por qué es ventajoso este enfoque? Es decir, al margen de lo que haya dicho Hart, ¿por qué deberíamos adoptar una versión convencionalista de la primera condición de existencia de los sistemas jurídicos? La respuesta a esta cuestión tiene que ver más con el alcance combinado de las anteriores condiciones. Existen, al menos, dos razones para ello. En primer lugar, es un planteamiento necesario para evitar un regreso al infinito, y en segundo lugar es la forma más adecuada de romper con un posible círculo vicioso. El primer problema ya fue abordado por Hart de forma consciente, pero no así el segundo.

Es común entender que en los sistemas jurídicos unas normas autorizan la creación de otras y así sucesivamente. Este proceso debe, sin embargo, tener un final, so pena de caer en un regreso al infinito. Las propuestas de poner punto final a esta cadena normativa van desde el soberano de Austin, hasta la regla de reconocimiento de Hart, pasando por la *Grundnorm* de Kelsen. La posición de Austin ya la comenté. La solución de Kelsen, según la cual la *Grundnorm* es una norma presupuesta, no es adecuada, por cuanto o bien genera un regreso al infinito de normas presupuestas, o bien introduce elementos de carácter sociológico, que hacen que la propuesta sea “impura” desde las propias coordenadas del autor. Hart, sin embargo, es el que planteó más claramente la cuestión y dio en este sentido el paso decisivo para su resolución. Como cierre del sistema se requiere una regla que confiera validez al resto de normas, pero de la cual no tenga sentido predicarla. Esta regla es la regla de reconocimiento. Su existencia necesariamente es una cuestión de hecho, ya que no puede ser derivada de otras normas del sistema. Pero, además, no puede ser cualquier hecho sino un hecho convencional, debido a la necesaria coordinación que debe darse a la hora de identificar el derecho de una determinada sociedad: sin una práctica coordinada de identificación, no existiría el derecho como fenómeno social.

El segundo problema es el siguiente. La regla de reconocimiento es una práctica que se da entre, al menos, los jueces y otras autoridades. Por otro lado, todas las demás reglas son dependientes de ella, pero entre esas reglas existen las que Hart denomina reglas de adjudicación, que determinan quién es juez o autoridad del sistema. Si esto es así, para saber quién es juez se requiere una regla de adjudicación, la cual ha necesitado previamente

una regla de reconocimiento, cuya existencia está vinculada a ciertas actividades de los jueces. De este modo, el argumento pasa a ser circular.¹⁹ Hay dos modos de romper el círculo. Uno consiste en suponer que la autoridad jurídica no es dependiente de reglas, de modo parecido a como lo hizo Austin. Esta sería la línea apuntada en alguna ocasión por Nino, cuando sostiene:

Para evitar este círculo vicioso parece que habría que caracterizar a los órganos primarios no como aquellos que están autorizados a declarar prohibidos o permitidos los actos de coacción, sino como los que de hecho pueden (en el sentido fáctico y no normativo de la palabra "poder") determinar el ejercicio del monopolio coactivo estatal en casos particulares.²⁰

Esta primera opción, sin embargo, presenta problemas de adaptación respecto a lo que se suele considerar "AUTORIDAD JURÍDICA" y no permitiría distinguir una autoridad jurídica de cualquiera que tenga un simple poder de *facto*.²¹ La segunda estrategia es entender la autoridad jurídica en términos de hechos convencionales. Así, un grupo de individuos guía su conducta a través de una cierta regla, es decir, toma la regla como dándole buenas razones para la acción. Si se da esa regla (y las reglas identificadas a través de ella son seguidas por el grueso de la población) un determinado sistema jurídico existe. Si un sistema jurídico existe, entonces esa regla que guía la conducta de nuestro inicial grupo de individuos es correctamente descrita como la regla de reconocimiento de ese sistema jurídico. Por tanto, aquellos individuos que guían su conducta a través de esa regla son propiamente entendidos como "autoridades". Son, en un sentido, autoridades en virtud de esa regla (o de reglas identificadas a través de esa regla), pero no son autoridades antes que ella (ni en sentido factual, ni lógico). Su conducta hace posible la existencia de la regla; pero es la regla la que los hace autoridades.²² De este modo, el círculo se rompe con la introducción de actitudes y creencias recíprocas. Si se quiere, éstas sí que son circulares, pero no la teoría.²³

¹⁹ Maccormick, Neil, *H.L.A. Hart*. Edward Arnold, London, 1981, p. 109.

²⁰ Nino, Carlos S. *Algunos modelos metodológicos de "ciencia" jurídica*, Universidad de Carabobo, Valencia (Venezuela), 1979, p. 60.

²¹ Ruiz Manero, Juan, *Jurisdicción y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp. 130-32.

²² Coleman, Jules, *The Practice of Principle. In defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, cit, p. 101.

²³ Lagerspetz, Erik, *The Opposite Mirrors. An Essay on the Conventionalist Theory of Institutions*. Kluwer, Dordrecht, 1995, p. 160.

B. *La dimensión constitutiva de la regla de reconocimiento*

Una de las críticas que Hart dedica al trabajo de Austin es que éste ofrece una imagen distorsionada del derecho, puesto que la explicación del fenómeno jurídico basada exclusivamente en hábitos de comportamiento deja fuera el elemento normativo propio de aquél. Con la introducción de la regla de reconocimiento como convención se pretende superar estos inconvenientes de la posición austiniana. Ahora bien, el desafío consiste entonces en mostrar de qué modo una práctica social puede “generar” normas sin caer por otro lado en el iusnaturalismo.

Puede arrojar luz sobre esta cuestión un debate sobre el carácter convencionalista del lenguaje. Alguien que profundizó en la idea de que el lenguaje es convencional es el filósofo del lenguaje y lógico David Lewis. Este autor reaccionó a una objeción planteada por Quine. Quine argumenta que el lenguaje no puede estar basado en convenciones, puesto que éstas son acuerdos y está claro que no ha habido acuerdos a la hora de establecer el lenguaje en una determinada sociedad. Según Lewis, este planteamiento está viciado de raíz, por cuanto las convenciones no son acuerdos, sino que se trata de reglas que surgen como soluciones prácticas a problemas de coordinación recurrentes.²⁴

Según este autor, un típico problema de coordinación se da cuando varios agentes tienen una estructura particular de preferencias respecto a sus modelos de conducta respectivos. Esto significa que entre las diversas alternativas que se les presenta en un conjunto dado de circunstancias, cada uno tiene una preferencia más fuerte para actuar como lo harán los demás agentes, que su propia preferencia para actuar de una determinada manera. La mayoría de los problemas de coordinación se solventa fácilmente a través de simples acuerdos entre los agentes de actuar según una alternativa elegida arbitrariamente, de tal manera que se asegure la uniformidad de acción entre ellos. Sin embargo, cuando un problema de coordinación es recurrente y el acuerdo es difícil de obtener (por ejemplo, porque el número de agentes es considerablemente alto), es muy probable que surja una convención. Es por ello que puede afirmarse, contrariamente a lo sostenido por Quine, que las convenciones aparecen como soluciones a problemas recurrentes de coordinación. Surgen, pues, no como consecuencia de un acuerdo, sino precisamente como una alternativa al mismo: justo en aquellos casos en que los acuerdos son difíciles o imposibles de obtener.

²⁴ Cfr. Lewis, David, *Convention. A philosophical Study*, op. cit.

Entre las ventajas que presenta este planteamiento podemos destacar dos.²⁵ En primer lugar, rescata y precisa la intuición de que las convenciones, en algún sentido, son arbitrarias. Con ello se quiere indicar simplemente que si una regla es una convención, debe haber al menos otra opción que los agentes hubieran podido escoger. Es convencional circular por la derecha de la calzada porque existe la alternativa de circular por la izquierda. Cualquiera de las opciones resuelve el problema de coordinación que supone la circulación viaria, siempre y cuando todos elijan la misma.

En segundo lugar, brinda una respuesta plausible a la pregunta sobre la normatividad propia de las convenciones: las razones para seguir una regla que es una convención están fuertemente unidas al hecho de que otros también la siguen (la condición 3 de la que antes hablé). Carecería de sentido seguir una regla convencional si no es realmente practicada por la comunidad pertinente, ya que no serviría para resolver el problema de coordinación que está en su base. No tendría sentido que yo siguiera la convención de circular por la derecha de la calzada en España si el resto de los conductores no lo hiciera. Ahora bien, cuando el resto de los conductores lo hace, tengo una poderosa razón para hacer lo mismo, aunque tuviera una fuerte preferencia en favor de conducir por la izquierda (por ejemplo, porque viví mucho tiempo en Inglaterra y me había acostumbrado a conducir por ese lado).

A pesar de las ventajas a las que acabo de aludir, ¿puede afirmarse que es transportable sin más el concepto de convención de Lewis pensado para otras situaciones a la regla de reconocimiento, cuya existencia es condición necesaria de la existencia de un sistema jurídico?

Al respecto, quizás quepa poner en duda que la estructura típica de la regla de reconocimiento responda a la que está pensando Lewis. Por un lado, es demasiado exigente requerir que exista un conjunto de preferencias estructuradas *ex ante* de una determinada manera. Es decir, parece irreal pensar que a la hora de considerar criterios de validez jurídica cada juez tendría su propia preferencia, pero todos tendrían una preferencia dominante de actuar como es previsible que lo hagan los demás.²⁶ Esta idea, pues, puede ser abandonada, sin que ello suponga rechazar el papel reservado a los hechos convencionales, tal como aquí se han tratado. Por otro lado, el concepto de convención de Lewis quizás resulte poco exigente

²⁵Cfr. Marmor, Andrei, "Legal Conventionalism" en Coleman, Jules (ed.). *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 200.

²⁶ Coleman, Jules, *The Practice of Principle. In defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, cit, p. 95.

como modelo de una práctica normativa autónoma como es el derecho. En este punto, resulta útil concentrar nuestra atención en la dimensión constitutiva de las convenciones.

Es útil distinguir dos tipos de reglas: regulativas y constitutivas. Las regulativas son las normas que prohíben, obligan o permiten una determinada conducta. Las reglas constitutivas, en cambio, tienen la virtud de contribuir a la “creación” de la realidad social y obedecen a la fórmula canónica “X cuenta como Y en el contexto C”, tal como vimos anteriormente. El problema de la normatividad de la regla de reconocimiento suele ser abordado desde la perspectiva de considerar tal regla como una regla regulativa. A esta visión dio pie, desde luego, el propio Hart, al considerar que la regla de reconocimiento, a pesar de ser una regla secundaria, impone obligaciones.

Sin embargo, no es descabellado pensar que la regla de reconocimiento es una convención constitutiva.²⁷ Así, del mismo modo que lo que cuenta como dinero en una sociedad es lo que sus miembros creen que es dinero, según el emblemático ejemplo dado por Searle,²⁸ lo que cuenta como derecho en una determinada sociedad proviene del uso de determinados criterios de identificación del derecho de esa sociedad por parte de los juristas y de las diversas creencias y expectativas generadas. Es por ello que carece de sentido predicar que en una determinada sociedad existe un error generalizado entre los juristas a la hora de identificar su sistema jurídico. Si no hay una práctica unitaria de identificación, entonces no existe *un* sistema jurídico en ella (podrían darse varios sistemas jurídicos en pugna, lo cual suele ir acompañado de una guerra civil). Si, en cambio, lo que sucede es que los juristas en general usan otros criterios de identificación en relación con los que empleaban en un período anterior, entonces podrá decirse que ha cambiado la regla de reconocimiento de esa sociedad. Ambas circunstancias se explican por la dimensión constitutiva de la regla de reconocimiento.

Si se procede de este modo, queda más claro dónde reside el factor de autonomía del derecho como fenómeno social y su normatividad. Ambas

²⁷ Véase, en un sentido algo diverso de convención constitutiva del que aquí se defiende, Marmor, Andrei, “On Convention”, *Synthese*, núm. 107, 1996, pp. 349-371. Sobre las diferencias entre la dimensión constitutiva y el esquema de Marmor, puede verse Vilajosana, Josep M., “Hechos sociales y Derecho” en Diciotti, E. y Velluzzi, V. (eds.). *Ordinamento giuridico, sovranità, diritti*. Giappichelli, Torino, 2003, pp. 41-63.

²⁸ Searle, John, *La construcción de la realidad social*, *op. cit.*, cap. II. Me he servido de esta analogía con la existencia del dinero en otros trabajos. Véase, por todos, Vilajosana, Josep M., “La construcción social de la realidad jurídica”, *Prisma Social. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 4, 2010, pp. 1-45.

circunstancias tienen que ver con el carácter convencional de las prácticas jurídicas de identificación.

Cada juez puede utilizar los criterios de identificación de que se trate por razones muy distintas (morales, estratégicas, etc.), pero la mayoría debe coincidir en utilizar éstos y no otros, porque la mayoría lo hace. Este punto es importante. Claro es que cada regla de reconocimiento refleja las concretas circunstancias y convicciones políticas de la sociedad de la que se trate. En determinadas sociedades, los juristas pueden tomar los precedentes judiciales como generadores de derecho, mientras que en otros lugares puede que ello no ocurra; habrá sociedades en que no se tendrán en cuenta las normas consuetudinarias, mientras que en otras incluso la Constitución se considerará que es una norma de este tipo, etc. Ahora bien, esto no es lo relevante en esta sede. Lo relevante es preguntarse si esas mismas convicciones por sí solas proporcionan las razones suficientes para actuar de acuerdo con la regla, *aun si la regla en cuestión no es seguida por los demás*. La respuesta, si se comprende lo que se ha dicho hasta ahora, debe ser negativa.

Cuando el problema de la normatividad se plantea indagando acerca de si los jueces *deben* seguir o no una determinada regla de reconocimiento, se yerra el tiro. Está claro que esta cuestión sólo puede ser contestada acudiendo a un punto de vista moral o político, y por tanto sólo se puede resolver discutiendo a ese nivel. La existencia de una práctica social, en sí misma, por tanto, no supone una obligación ni moral ni política de comprometerse en dicha práctica.

C. *La regla técnica para identificar el derecho*

Si aceptamos que la existencia de una determinada regla de reconocimiento es un hecho convencional y como tal tiene una dimensión constitutiva, podemos concluir que con ella se crea una realidad social. Sin esa convención, no existirían criterios compartidos de identificación del derecho de una determinada sociedad (y, por extensión, no existiría el derecho como práctica normativa autónoma). Pero si esto es así, entonces puede decirse que un enunciado del tipo “En la sociedad *S*, utilizar los criterios *C1*, *C2*... *Cn* es condición necesaria para identificar el sistema jurídico de *S*” expresaría una proposición (del tipo que von Wright denomina “proposiciones anankásticas”), cuyas condiciones de verdad serían las mismas condiciones de existencia de la regla de reconocimiento de *S* y que mencioné anteriormente.²⁹

²⁹ Narváez, Maribel, *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, *op. cit.*

Hay que puntualizar que von Wright utiliza la idea de proposición anankástica para referirse a la realidad natural,³⁰ pero no hay mayor inconveniente en sostener que, si se admite que puede hablarse de una realidad social tal como ha sido aquí tratada, también sobre ella se puede establecer dicho tipo de proposiciones: su verdad vendría dada en estos casos por la presencia de hechos sociales.

De este modo, es posible construir sobre la base de tales proposiciones, las correspondientes reglas técnicas, cuya formulación canónica podría ser: “Si se quiere identificar el sistema jurídico de *S*, utilícense los criterios *C1*, *C2*...*Cn*”. Sólo si la proposición anankástica es verdadera, la regla técnica es útil (es decir, se consigue identificar el derecho de una determinada sociedad). Quien desee identificar el derecho de una determinada sociedad, pues, no tiene más remedio que observar cuáles son los criterios de identificación que los propios miembros de la sociedad utilizan y proceder en consecuencia.

2. *Algunas posibles objeciones*

A pesar de lo extendida que se halla la visión convencionalista del derecho, no deja de tener sus críticos. Entre ellos destaca Ronald Dworkin.³¹ Una teoría del derecho es para este autor una teoría de cómo los casos deben ser decididos. Por ello, no empieza dando cuenta de la organización política de una sociedad (las instituciones “creadoras” de derecho), sino que su punto de partida es un ideal que regula las condiciones bajo las cuales quienes gobiernan pueden usar su coerción sobre los gobernantes. En este sentido, sostiene que la fuerza debe emplearse únicamente de acuerdo con principios previamente justificados. Una sociedad tiene un sistema jurídico sólo si cumple con este ideal. Su derecho estará formado por el conjunto de todas las consideraciones que los jueces de esa sociedad *deberían* aplicar por estar moralmente justificadas, estén tales consideraciones determinadas por fuentes sociales o no. Para identificar el derecho de una sociedad dada, debe-

³⁰ Von Wright, Georg H. *Norma y acción. Una investigación lógica*. (Pedro García, trad.), Tecnos, Madrid, 1971[1963], pp. 28 y 118.

³¹ Para un análisis y respuesta a otras críticas remito a Vilajosana, Josep M., *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas*, op. cit., cap. VI, sección 6. (vease, además, TEORÍA INTERPRETATIVA DEL DERECHO).

mos comprometernos en un argumento político y moral, que sea consistente con la mejor interpretación de sus *prácticas jurídicas* a la luz de aquel ideal.³²

La práctica jurídica, en general, y la judicial, en particular, tendrían dos rasgos. En primer lugar, existiría una profunda *controversia* entre juristas y entre jueces acerca de cómo habría que decidir *jurídicamente* determinados casos. Por otro lado, en dicha práctica hallaríamos una *diversidad* de consideraciones que a los jueces les parecen relevantes para decidir los casos que se les presentan. La controversia le lleva a Dworkin a opinar que el derecho no puede residir en un consenso oficial. La diversidad, por su parte, sugeriría que no existe ninguna regla social parecida a la regla de reconocimiento que valide todas las razones, morales y no morales, que son relevantes a la hora de tomar decisiones judiciales. Concretemos algo más estas objeciones de Dworkin e intentemos delimitar su alcance y plausibilidad. Hecho esto, subrayaré una deficiencia de su esquema, que deriva precisamente del hecho de prescindir de la regla de reconocimiento.

A. *¿Los principios existen al margen de las convenciones?*

Como acabo de decir, Dworkin opina que en la práctica judicial podemos hallar diversas consideraciones que a los jueces les parecen relevantes para decidir los casos que se les presentan. Esto sugeriría que no existe ninguna regla de reconocimiento que valide todas las razones, morales y no morales, que son relevantes a la hora de tomar decisiones judiciales.

En concreto, este autor insiste en la presencia en nuestros ordenamientos jurídicos de *principios jurídicos* junto con las reglas jurídicas. Los primeros, a diferencia de las segundas, no pueden ser identificados por su origen sino por su contenido. Puesto que, según su opinión, la regla de reconocimiento únicamente permite identificar estándares normativos por su origen, entonces esa regla social no permitiría identificar principios. En cambio, los principios jurídicos forman parte indubitable de las argumentaciones que los jueces utilizan cotidianamente para justificar sus decisiones. Si esto es así, hay al menos una parte muy relevante del derecho (entendido a la manera dworkiniana) que no puede ser identificada por referencia a una regla de reconocimiento.

Sobre esta crítica de Dworkin a la capacidad de la regla de reconocimiento para dar cuenta de la presencia en las argumentaciones judiciales

³² Tomo como punto de referencia de estas críticas Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio* (Marta Gustavino, traductora). Ariel, Barcelona, 1984 [1977] y Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, *op. cit.*

de principios, hay que admitir que tiene un aspecto incontrovertible. En efecto, en las constituciones de nuestro entorno hallamos formulaciones de principios que tienen que jugar forzosamente un papel determinante en la resolución de muchos casos judiciales. A raíz de esta constatación, puesta de relieve por Dworkin, algunos autores positivistas como el propio Hart han reaccionado manteniendo que la regla de reconocimiento sí que puede dar cuenta de los principios. Éstos, y a través de ellos la moral, puede ser de obligado cumplimiento por parte de los jueces pero sólo si la regla de reconocimiento los toma como criterios de validez. En este sentido, si un principio de claras connotaciones morales como es el de la prohibición de discriminar por razón de sexo o de raza forma parte del ordenamiento jurídico español es porque viene recogido en la Constitución de 1978 y a ésta se la identifica a partir de hechos sociales. La prueba es que han existido otros ordenamientos que no han contando con principios como éste. Si esto es verdad, que tales principios formen parte o no de un determinado sistema jurídico, sería una cuestión contingente, es decir, dependería justamente de lo que disponga la regla de reconocimiento.

B. *¿Es posible una convención con desacuerdos?*

Según Dworkin, como hemos visto, existiría una profunda *controversia* entre juristas y entre jueces acerca de cómo habría que decidir *jurídicamente* determinados casos. La presencia de esta controversia llevaría a la conclusión de que el derecho no puede residir en un consenso oficial como el que parece seguirse de la existencia de una regla de reconocimiento.

Al respecto podríamos hacernos dos preguntas: ¿existe de hecho esta controversia generalizada? En caso de que existiera, ¿es del tipo necesario para poner en cuestión la existencia de una regla de reconocimiento como regla social? No es descabellado responder negativamente a ambos interrogantes.

Por lo que hace a la primera pregunta, resulta indudable que existen controversias entre juristas, en general, y entre jueces en particular, acerca de cómo decidir los casos judiciales. El hecho mismo de que existan procedimientos judiciales en los que al menos dos partes pueden aportar argumentos en favor de sus respectivas posiciones, y ambas pueden con sentido invocar razones jurídicas para que el fallo les sea propicio, es un indicador de que esa controversia es indisoluble de la práctica jurídica. Ahora bien, ¿hasta dónde llega esta controversia? ¿Puede decirse sin más que la presencia de estas disputas respecto a los casos judiciales suponen que todo el derecho es controvertido? ¿Qué sucede con la multitud de decisiones jurí-

dicas que se toman al margen del procedimiento judicial, como son los contratos que no se impugnan, las leyes que se cumplen, etc.? Seguramente, los casos que se podrían plantear en los tribunales y que en cambio no se plantean son muchísimos más que los que llegan a ellos. Por tanto, la controversia es una cuestión de grado y existe una parte importantísima de derecho legislado y derecho contractual, que da lugar a pocas dudas y que guía razonablemente la vida social fuera de las cortes de justicia.

Por lo que hace a la segunda cuestión, hay que recordar que no toda controversia que se produce en sede judicial es relevante para poner en cuestión la existencia de una regla de reconocimiento. Muchas de estas controversias son acerca de la atribución de significado a determinadas formulaciones normativas (es decir referidas a la interpretación) y pueden resolverse apelando a consensos más o menos establecidos dentro de la comunidad jurídica (con alegación de argumentos que no necesariamente aludan a principios ni tengan forzosamente un componente moral).

Pero, sea como fuere, las únicas controversias que serían relevantes para la crítica que aquí estoy analizando serían las que afecten a los criterios de validez jurídica (que forman una concreta regla de reconocimiento). ¿Existen estas controversias profundas en nuestros ordenamientos?

Tomemos a modo de ejemplo una posible formulación simplificada de la regla de reconocimiento del actualmente vigente sistema jurídico español. Esta podría rezar más o menos como sigue: “Se considerarán derecho español válido la Constitución de 1978 y todas las normas aceptadas por ella o creadas de acuerdo con los procedimientos que establece, sin que hayan sido derogadas”. Esta idea, en el ámbito de la aplicación del derecho, se concretaría en una serie de criterios ordenados jerárquicamente, en lo que se conoce como fuentes del derecho. Un ejemplo de fuentes del derecho sería éste: se aplicará a los casos a enjuiciar, en primer lugar, la constitución; en su defecto, las leyes en sentido amplio (con sus propias jerarquías: ley en sentido técnico, reglamentos, etc.); a falta de éstas, serán de aplicación las normas consuetudinarias; cuando la aplicación de éstas no sea posible, se aplicarán los principios generales del derecho.

Ahora preguntémosnos: ¿Hay jueces que aplican las normas consuetudinarias por encima de las leyes? ¿Hay discrepancia acerca de que las leyes están subordinadas a la constitución? Planteemos la cuestión de

una manera más general: ¿es concebible el funcionamiento normal (es decir, continuado y estable) de un sistema jurídico con una discusión permanente y profunda de tales criterios? Si se produjera de verdad esa discusión permanente y profunda respecto a los criterios de validez jurídica, estaríamos frente a supuestos patológicos de sistemas jurídicos (como alguna vez los llamó Hart), y no serían precisamente casos paradigmáticos, que es lo que se exigiría para que la crítica de Dworkin fuera plausible. Sencillamente, no podría funcionar durante demasiado tiempo un sistema en el que los criterios de validez jurídica estuvieran puestos en cuestión de manera profunda y permanente.

C. *¿Se puede prescindir de la regla de reconocimiento?*

Los argumentos empleados en los dos apartados anteriores frente a las críticas de Dworkin son de tenor defensivo. Pero podríamos añadir uno que tiene un matiz de contraataque. No hay que olvidar que el entramado teórico de este autor reside en última instancia en la práctica *jurídica* de una determinada sociedad, aunque el carácter jurídico de esa práctica es dado por descontado en su planteamiento. Dworkin nos dice que “para el derecho como integridad, los enunciados jurídicos son verdaderos y aparecen en, o se siguen de, principios de justicia, equidad y principios procesales como el proceso debido, que ofrecen la mejor interpretación constructiva de la práctica *jurídica* de la comunidad”.³³

La pregunta que podemos hacernos entonces es: ¿cómo identifica Dworkin esas prácticas *jurídicas* de entre todas las prácticas *sociales* que se dan en una determinada comunidad? Pueden pensarse dos posibilidades. En ambas, tenemos que partir de una premisa indudable: si una práctica es jurídica, entonces alguna relación tendrá con el derecho de esa comunidad. Una opción sería aplicar la definición de derecho que el propio Dworkin da. Pero si hacemos esto, el argumento se vuelve circular. Para saber cuándo una práctica es jurídica debemos acudir a los elementos que nos permiten identificar el *derecho* de una determinada sociedad. Pero resulta que entre estos elementos se halla la referencia a la práctica *jurídica* que teníamos que identificar. La otra posibilidad, es hallar criterios independientes para saber cuándo una práctica es jurídica. Pero esto es justamente lo que proporciona la regla de reconocimiento a la que Dworkin no quiere acudir.

Tal vez las deficiencias que detecto en las tesis dworkinianas y las virtudes del esquema que definiendo quedarán más claras con un ejemplo.

³³ Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, cit., p. 255 (cursiva añadida).

Imaginemos que alguien desea identificar el contenido del derecho romano en un determinado período histórico (pongamos por caso, el relativo a la época del emperador Augusto). La pregunta es: ¿qué pasos debe seguir? Más aún: ¿qué pasos siguen *todos* los romanistas cuando proceden a tal identificación? ¿Acaso toman como referencia un derecho parecido a la mejor interpretación posible de las instituciones romanas, teniendo en cuenta los principios de justicia relativos a la moral crítica? Me parece que no. Lo que hacen es intentar comprobar, a través de los procedimientos empíricos pertinentes, cuáles eran los criterios que los propios usuarios del derecho de la época en cuestión usaban para identificarlo (y cerciorarse de que el sistema en su conjunto era eficaz). Por tanto, frente a la disyuntiva entre identificar el derecho tomando en cuenta los criterios de identificación efectivamente usados por (al menos) los funcionarios de un sistema jurídico e identificarlo a partir de la interpretación de instituciones *jurídicas* (¿cómo sabríamos que lo son?) bajo su mejor luz, parece que es más razonable hacer lo que hacen todos los romanistas. Pero si esto es así para el caso de la identificación del derecho romano, ¿por qué debería ser distinto a la hora de identificar el derecho de cualquier otro período histórico y de cualquier latitud?

3. *La segunda condición: la eficacia general de las normas jurídicas*

Una vez realizado el análisis pertinente de la primera condición de existencia de los sistemas jurídicos le toca el turno a la segunda condición. Recordemos que ésta consiste en que las disposiciones identificadas a partir de la regla de reconocimiento se cumplan generalmente por el grueso de la población. Es una intuición compartida por los juristas que el estudio del derecho se basa en el análisis de los sistemas jurídicos que reciben (es el caso de los sistemas jurídicos actualmente vigentes) o han recibido en algún momento (como el caso del derecho romano), cierto grado de obediencia general por parte de la población, que es tanto como decir que son o han sido en general eficaces.

Esto supone de nuevo aludir a la existencia de ciertos hechos sociales, como son los que resultan de los actos de obediencia. A continuación realizaré un breve análisis de cuáles son estos hechos sociales. En concreto, examinaré cuándo puede afirmarse que un sistema jurídico es eficaz, cuál es la relación entre los conceptos de eficacia y autoridad y,

por último, qué papel juegan en la existencia de los sistemas jurídicos los motivos del cumplimiento de lo dispuesto en las normas.

A. *¿Cuándo un sistema jurídico es eficaz?*

Podemos empezar por un concepto muy general de eficacia que se podría llamar de correspondencia.³⁴ Para ver si una norma es eficaz en este sentido habría que comprobar simplemente si la acción que prescribe es realizada por sus destinatarios.

Pero esta correspondencia puede darse en dos circunstancias diversas. Siguiendo a Liborio Hierro,³⁵ cabe distinguir, por un lado, aquella que se daría cuando los destinatarios hacen lo que dispone la norma sin que la hayan tenido en cuenta, o incluso ignorando su existencia. En este caso, los destinatarios realizan lo prescrito por la norma por cualquier motivo menos por el hecho de que la norma exista, por lo que podría decirse que estamos ante una eficacia por *coincidencia*. Por otro lado, cabe que los destinatarios realicen lo que la norma obliga justamente debido a que la norma existe. En estas circunstancias, la existencia de la norma ha constituido un motivo o razón para que se lleve a cabo lo que en ella se dice. Se hablaría, entonces, de eficacia como *cumplimiento*.

Queda claro, pues, que la eficacia de las normas requiere una cierta relación entre las normas y las conductas de sus destinatarios. Ahora bien, se puede estar hablando de eficacia con sentidos muy distintos en función de qué tipo de conducta sea la que se exige de los destinatarios, como hemos visto, y también en función de qué clase de destinatarios se tome como parte de esa relación.

Respecto a la primera cuestión, se puede decir que una norma tiene eficacia cuando los destinatarios cumplen lo que en ella se dispone. Si es una norma que obliga a realizar *p*, será eficaz si los destinatarios realizan *p*. Si es una norma que prohíbe hacer *p*, será eficaz si los destinatarios se abstienen de realizar *p*. Y si es una norma que permite hacer *p*, será eficaz cuando alguien en alguna ocasión hace *p*.³⁶ Pero, dicho esto, surge una duda. Para

³⁴ Según terminología de Navarro, Pablo, *La eficacia del derecho*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 16.

³⁵ Hierro, Liborio, *La eficacia de las normas jurídicas*. Barcelona, Ariel, 2003, p. 75.

³⁶ Me ocupo aquí únicamente de la eficacia de los mandatos (de las normas regulativas, que consisten en una obligación o en una prohibición). Para un examen de las peculiaridades de la eficacia de las normas permisivas (normas regulativas que no son mandatos) y de las constitutivas (que no son regulativas) remito a Vilajosana, Josep M., “Eficacia normativa y existencia del derecho”, *Teoría & derecho. Revista de pensamiento jurídico*, núm. 8, 2010, pp. 103-118.

hablar de eficacia de una norma como condición de existencia de los sistemas jurídicos, ¿se requiere la simple coincidencia del comportamiento respecto a lo dispuesto en ella o se exigirá el cumplimiento?

En relación con la segunda cuestión, los destinatarios de las normas pueden ser los ciudadanos (o un subconjunto de ellos) o algunos órganos aplicadores (simplificando: los jueces). Hay quien, como Kelsen, ha construido una teoría general del derecho en la que todas las normas se entienden dirigidas a las autoridades indicándoles las condiciones en las que deben imponer una sanción. Pero parece poco iluminadora la idea de que las normas que penalizan el asesinato van destinadas a los jueces y no digamos las que autorizan la realización de contratos. Por eso, si entendemos que las normas se dirigen en primera instancia a los ciudadanos, y en caso de incumplimiento, los jueces deben aplicar la sanción, se presenta el problema de determinar a qué actos de cumplimiento nos estamos refiriendo con el concepto de eficacia, al de los ciudadanos o al de los jueces.

Si nos decantamos por considerar que el ámbito privilegiado debe ser el de los actos de aplicación de los jueces, se puede producir la paradoja de que aquellas normas que más eficacia podrían tener desde la perspectiva de la conducta de los ciudadanos (porque, imaginemos, no se incumplen nunca), no habría ni siquiera la posibilidad de que pudieran ser eficaces desde la perspectiva de los jueces, por cuanto éstos no tendrían posibilidad de aplicar una sola sanción. Esto parece extraño. Por esa razón, al hablar de eficacia, tal vez resulte más plausible exigir una cierta combinación de la conducta de ambos colectivos, como el propio Kelsen sugiere. Así, podría decirse que una norma *N* es eficaz si y sólo si es cumplida generalmente por los ciudadanos y, en aquellos casos de incumplimiento, generalmente los jueces aplican la sanción correspondiente.³⁷

Analizadas muy brevemente estas dos cuestiones (el concepto de eficacia relevante y cuál es el conjunto de destinatarios que debemos tener en cuenta), es el momento de plantearse dos preguntas pertinentes. Cuando se dice que una condición de la existencia de un sistema jurídico es que las reglas identificadas a partir de la regla de reconocimiento se cumplan generalmente por el grueso de la población, ¿este cumplimiento se refiere a la eficacia como coincidencia o a la eficacia como cumplimiento? Y, cualquiera que sea el tipo de eficacia, ¿ésta se exige respecto de los ciudadanos, de los jueces o de ambos?

³⁷ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, op. cit., pp. 219-224.

En realidad, se puede responder a estos interrogantes de manera distinta según el grado de exigencia que se pretenda tener. Los supuestos que se podrían dar serían, ordenados de menor a mayor exigencia:

- a. Eficacia como coincidencia respecto de ciudadanos y jueces.
- b. Eficacia como coincidencia en relación con los jueces y eficacia como cumplimiento respecto a los ciudadanos.
- c. Eficacia como coincidencia respecto a los ciudadanos y eficacia como cumplimiento respecto a los jueces.
- d. Eficacia como cumplimiento tanto para los ciudadanos como para los jueces.

En principio, no es descartable ninguna de estas posibilidades. Lo único de lo que hay que ser conscientes es que el tipo de sociedad que se obtiene en cada uno de estos supuestos es bien distinto. Pero ello no significa que no se pueda predicar la existencia de un sistema jurídico basándose en cualquiera de ellos. De todos modos, algunos son más plausibles que otros, como veremos en el siguiente apartado.

B. *Eficacia y autoridad*

En el supuesto a) se dibuja un cuadro en el que los ciudadanos y los jueces obedecen en general lo dispuesto en las normas del sistema por motivos que no tienen que ver con el hecho de que la autoridad lo haya ordenado. En el caso de los ciudadanos, esta circunstancia es concebible tal vez en casos de una sociedad muy cohesionada en la que las convenciones o los valores morales que comparten los gobernados coinciden plenamente con lo dispuesto por las normas jurídicas. En estos casos, por hipótesis, la conducta de los gobernados coincide mayoritariamente con lo dispuesto en las normas jurídicas, pero la llevan a cabo por razones convencionales o por razones morales, o por ambas a la vez. Esto implica que, aunque no existieran las normas jurídicas en cuestión, los gobernados se seguirían comportando igual.

¿Qué sucedería en este caso con los jueces? ¿Tiene sentido que la aplicación del derecho la hagan sin estar motivados por lo que ha dispuesto la autoridad normativa? Lo primero que habría que decir es que si se acepta que pueda existir la cohesión de los gobernados de la que acabo de hablar, entonces los casos de incumplimiento serían puramente testimoniales con lo que parecería no tener excesiva relevancia que los jueces actuaran motivados por las normas jurídicas, aunque esta posibilidad no deja de resultar chocante.

Esta extrañeza se pone más claramente de relieve en el supuesto b). Esta combinación, en la que se exige que los gobernados no sólo realicen lo

dispuesto en las normas jurídicas sino que actúen motivados por ellas, mientras a los jueces se les exige únicamente la mera coincidencia, sería el prototipo de una sociedad cínica. Pero esta consecuencia, por sí sola, no tiene por qué llevarnos a la conclusión de que no pueda existir. Los supuestos c) y d), sin embargo, parecen ser más realistas. Pero que nos parezca que coinciden con lo que de hecho en muchos sistemas jurídicos se da, no es un argumento irrefutable para negar la posibilidad de que existan los casos a) y b).

Ahora bien, después de todo, tal vez sí que pueda desarrollarse un argumento que lleve a pensar que *conceptualmente* no es posible una sociedad con un sistema jurídico cuyas normas no tengan una eficacia como obediencia. Podemos denominarlo el argumento de la autoridad y entronca con ideas defendidas por Raz.³⁸

La segunda condición de existencia de los sistemas jurídicos nos viene a decir que sólo es posible hablar de la existencia de un sistema jurídico si existe una autoridad normativa efectiva. La autoridad efectiva puede que no sea legítima en el sentido de no estar moralmente justificada. Sin embargo, mantiene una relación especial con la autoridad justificada: es lo que toda autoridad efectiva pretende ser. Entonces, ¿en qué consiste una autoridad normativa?

Se puede decir que una autoridad normativa es una clase de autoridad práctica, es decir, una autoridad acerca de las acciones que los individuos deben realizar. Para nuestros fines, cuando alguien pretende autoridad es que pretende tener derecho a ser obedecido. La autoridad jurídica se ve a sí misma teniendo derecho a regular conductas a través de normas en una determinada comunidad, con un correlativo deber de obediencia por parte de sus destinatarios. Aunque hay mucho que discutir acerca de si existe o no ese deber de obediencia, aquí es pertinente anticipar que cuando en este contexto se habla del deber de obedecer las normas que emanan de la autoridad no se trata únicamente de hacer lo que ellas dicen, sino de hacerlo *porque* la autoridad lo ha ordenado. Las razones que nos ofrecen las normas jurídicas deben ser tratadas como vinculantes con independencia de su contenido.

Si esto es así, entonces parecería que la existencia de un sistema jurídico exige una autoridad efectiva y ésta a su vez demanda la obediencia generalizada de sus normas porque las ha emitido la autoridad, que es tanto como

³⁸ Raz, Joseph, *La autoridad del derecho* (Raúl Tamayo, trad.). México, UNAM, 1982 [1979].

decir que se exige la eficacia como cumplimiento. Si se acepta esta concepción de la autoridad de Raz (la cual no es compartida por todos los filósofos del derecho), entonces habría una fuerte razón (una razón conceptual) para optar por el supuesto d) y rechazar los restantes, ya que la autoridad normativa se supone que lo es tanto para los gobernados como para los jueces, que deben aplicar sus normas.

C. *¿Son relevantes los motivos del cumplimiento?*

Si dejamos de lado la posibilidad de exigir simplemente la coincidencia entre la conducta de los sujetos normativos y lo prescrito por la autoridad normativa, y asumimos que la eficacia que interesa a efectos de la existencia de un sistema jurídico es el cumplimiento (de los jueces y de los ciudadanos), queda en pie todavía si ese cumplimiento debe hacerse por algún motivo especial o no.

Hierro sostiene que los posibles motivos de obediencia a las normas jurídicas serían cinco: por temor a la sanción, por utilidad, por respeto al orden jurídico, por respeto a la autoridad y por adhesión.³⁹ Comentaré muy brevemente estos distintos motivos. Una de las preguntas que podremos intentar responder a través de este comentario es si juega algún papel un motivo, que no parece coincidir completamente con ninguno de los mencionados, y que sería el de obedecer por razones convencionales. Es especialmente relevante este último motivo en esta sede, por cuanto podríamos concordar que alguien sostiene una teoría convencionalista en sentido fuerte si considera que no sólo la existencia de la regla de reconocimiento (la primera condición de existencia de los sistemas jurídicos) se funda en hechos convencionales, sino que también se basa en ellos la eficacia general de las normas (la segunda condición de existencia de los sistemas jurídicos).

El cumplimiento por temor a la sanción es el que se suele considerar más afín a la tarea motivadora del derecho. Es emblemática, en este sentido, la conocida posición de Hans Kelsen, al elevar a rasgo definitorio del derecho, entendido como técnica social de motivación, la amenaza de sanción. Como es sabido, que el derecho emplee una técnica de motivación indirecta, a través de la amenaza de sanción para el caso de incumplimiento de sus normas, es lo que caracteriza a los sistemas jurídicos frente a otros sistemas normativos, como la moral crítica, que serían técnicas de motivación directa. (Simplificando, uno cumple con la moral crítica simplemente porque es su deber, no por temor a la sanción). La cuestión, entonces, es si

³⁹ Hierro, Liborio, *La eficacia de las normas jurídicas*, op. cit., p. 74.

este primer tipo de eficacia como cumplimiento es la relevante para lo que aquí interesa.

No faltarían argumentos para defender esta posición. Al fin y al cabo, ¿para qué amenazar con sancionar el incumplimiento si uno no creyera que dicha amenaza motivará la acción? Ahora bien, del hecho de que sin lugar a dudas *en algunos casos* el temor a la sanción motive el cumplimiento, no se puede inferir que sea el único motivo que lo haga, ni aún (lo que aquí más nos interesa) que sea el único motivo relacionado con la existencia de un sistema jurídico.⁴⁰ Y ello, al menos por dos razones. La primera razón, porque hay normas en los ordenamientos jurídicos que podría decirse que, *en algún sentido*, motivan el comportamiento de los destinatarios hacia su cumplimiento, pero no establecen sanciones (este sería el caso de las normas permisivas). La segunda razón, porque existen otras formas plausibles en las que la existencia de las normas jurídicas pueden motivar el cumplimiento del derecho, como las que veremos seguidamente.

Una segunda motivación para cumplir lo dispuesto en las normas jurídicas es la de obedecerlas por la utilidad que nos prestan. El cumplimiento de las normas jurídicas, en ocasiones, puede ahorrar los quebraderos de cabeza inherentes a la toma de ciertas decisiones, así como evitar costes de negociación. En estos casos, el cumplimiento puede consistir perfectamente en acciones mecánicas o imitativas, pero no irracionales. Sería, como dice Hierro, una actitud propia de un utilitarista de reglas en segundo grado: asumiríamos, inconscientemente quizás, una regla según la cual en la mayor parte de las situaciones cotidianas es útil seguir una regla vigente.⁴¹ Ante la cuestión, sin embargo, de si el cumplimiento por ese motivo es lo que hay que exigir en relación con el tema que estamos tratando, parece que la respuesta no se puede alejar mucho de la dada respecto al motivo anterior. Su ausencia no privaría al sistema de existencia, pero su presencia no impide la coexistencia con los demás motivos.

En este punto podría encajar tal vez el cumplimiento por coordinación, propio de lo que podríamos denominar razones convencionales. Como vimos en su momento, las convenciones en sentido técnico surgen para resolver problemas de coordinación y en este sentido nos aportan utilidad. Visto desde esta perspectiva, el hecho de que los demás cumplan con lo dispuesto en una norma jurídica es una razón para cumplirla (que, por supuesto, podría decaer en nuestro balance de razones, por ejemplo, por ser contra-

⁴⁰ En el mismo sentido, véase, por ejemplo, Von Wright, Georg H., *Norma y acción. Una investigación lógica*, op. cit., p. 139.

⁴¹ Hierro, Liborio, *La eficacia de las normas jurídicas*, op. cit., p. 109.

ria a una razón moral), ya que refuerza las recíprocas expectativas del cumplimiento. Su posible alcance lo veremos algo más adelante, cuando lo relacionemos con el argumento de la autoridad.

Un tercer motivo para cumplir con las normas jurídicas es por respeto al sistema jurídico. Éste sería un estímulo que se relaciona con la interiorización que se da en todos los participantes en un proceso de socialización. Por ello se afirma que, en realidad, es la motivación más extendida de cumplimiento, mientras no nos hallemos frente a circunstancias excepcionales. Estas circunstancias serían básicamente dos: que las normas jurídicas en cuestión entraran en conflicto con nuestros intereses o que fueran contrarias a nuestros valores morales. En ambos casos, ese motivo tan extendido de cumplimiento podría ceder y dar lugar al incumplimiento.

A veces se alude a la existencia de la autoridad como otro motivo para cumplir con las normas jurídicas. Al respecto, podría decirse lo siguiente. En el caso de que se considere como autoridad sencillamente la que ostenta el monopolio de la fuerza física en una determinada sociedad (un concepto de autoridad, en suma, desprovisto de cualquier referencia a aspectos de legitimación o de legitimidad), entonces este motivo se equipararía al anterior. Si, por el contrario, se piensa en la autoridad legítima, en el sentido de que los ciudadanos creen en general en su legitimidad, entonces podría decirse que, aunque pueda parecer paradójico, la legitimación (la creencia en la legitimidad moral de los gobernantes) no es ni condición necesaria ni suficiente del cumplimiento de las normas de un sistema jurídico.⁴² No es condición necesaria, porque se puede dar el cumplimiento por uno o más de los restantes motivos que estamos analizando; no es condición suficiente, puesto que, a pesar de que alguien crea que la autoridad es legítima, puede incumplir una norma concreta, bien porque lesiona sus intereses, bien porque la considera inmoral, bien por ambas razones.

Sin embargo, no hay que confundir lo anterior con otra pregunta, que es la relativa a si la creencia en la legitimidad es condición necesaria de la existencia de un sistema jurídico. Ante esta cuestión cabe decir lo mismo que frente a los demás motivos de cumplimiento. No parece que deba darse necesariamente, pero también es plausible considerar que un conjunto más o menos extenso de los destinatarios de las normas las cumplirán por ese motivo.

Llegados a este punto es el momento de indagar si la eficacia como condición de existencia de los sistemas jurídicos implica necesariamente

⁴² En este punto coinciden, por ejemplo, Hierro, Liborio, *La eficacia de las normas jurídicas*, p. 122 y Redondo, Cristina y Navarro, Pablo, "Aceptación y funcionamiento del derecho", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, núm. 9, 1991, p. 232.

una alusión a hechos convencionales y determinar así si es acertado sostener una teoría convencionalista en sentido fuerte. No es este el caso. Si admitimos, como parece razonable, que pueden cumplirse las normas jurídicas por los distintos motivos que estamos examinando, y no sólo por uno de ellos, entonces no parece que la existencia de hechos convencionales (que requiere que se cumpla con las normas porque los demás lo hacen) sea una condición necesaria de la eficacia general de las normas. Tal vez, pueda ser considerada, en cambio, una condición suficiente. Lo sería si se entiende que bastaría con que los ciudadanos y las autoridades cumplieran las normas por razones puramente convencionales para considerar que se da la segunda condición de existencia de un sistema jurídico. No está claro en estas circunstancias si la vinculación conceptual, de la cual hablé anteriormente, podría hacerse a través de este tipo de razones, aunque algunas de ellas son precisamente muy parecidas a las que trata Raz al hablar de su concepto de autoridad.

Hay aquí, pues, teniendo en mente el argumento de la autoridad al que aludí en su momento, dos cuestiones diversas a las que hay que dar respuesta.

En primer lugar, es preciso establecer si la eficacia relevante en esta sede es la coincidencia o el cumplimiento. La respuesta a este interrogante es clara: para quien sostenga la vinculación conceptual entre autoridad y obediencia, no puede bastar con la mera coincidencia entre las acciones de los destinatarios de las normas y lo dispuesto en éstas. Recordemos que, según el mencionado argumento, la autoridad es tal no debido simplemente a que los destinatarios hacen lo dispuesto en las normas, sino debido a un motivo especial: lo hacen *porque* provienen de la autoridad. De ahí, que lo que exige el argumento de la autoridad es una eficacia como cumplimiento.

En segundo lugar, una vez centrados en el ámbito de la eficacia como cumplimiento, cabe preguntar si existe un motivo privilegiado de entre los que estamos viendo. En este punto, parece que sostener el argumento de la autoridad implica defender que el motivo de obediencia que no puede dejar de darse (ya que se aceptaría que la vinculación entre autoridad y obediencia es conceptual) es justamente uno que estaría a caballo entre el segundo y el tercero de los motivos que recoge Hierro, mientras que los demás, serían puramente contingentes.

En todo caso, no parece que sea necesario que la motivación sea convencional, en el sentido de que los destinatarios cumplan lo dispuesto por las normas porque los demás lo hacen. Si esto es así, sería más

sensato mantener un convencionalismo débil, que admita que los hechos convencionales únicamente se requieren en relación con la primera condición de existencia de un sistema jurídico, tal como he defendido en otros lugares.⁴³

En resumen, respecto a la eficacia como condición de existencia de los sistemas jurídicos puede afirmarse lo siguiente:

1. En principio, ninguno de los motivos que hemos examinado hay que considerarlo privilegiado a la hora de fundamentar la existencia de un sistema jurídico, aunque uno o más de ellos deben darse en mayor o menor medida, ya que dicha existencia requiere, por las razones que hemos visto, cumplimiento de normas, y no sólo coincidencia. Esta circunstancia se puede expresar de este modo: ninguno de los motivos examinados es condición necesaria de la existencia de un sistema jurídico, pero sí que lo es la disyunción inclusiva de todos ellos.

2. Si se acepta el argumento de la autoridad, entonces los motivos que estarían entre el segundo y el tercero de los mencionados sí que serían condición necesaria de la existencia de un sistema jurídico, pues las normas se cumplirían porque lo ha dispuesto así la autoridad. Las demás motivaciones serían, así, contingentes.

3. Otro motivo que no se corresponde exactamente con los expuestos por Hierro sería el de actuar movido por razones convencionales. Sin embargo, no parece que esta motivación sea necesaria, por los argumentos que hemos visto, con lo cual parece razonable defender un convencionalismo débil.

IV. CONCLUSIONES

En este trabajo he abordado el problema de la identificación del derecho, que es tanto como decir el problema de la existencia del mismo. Es difícil discutir que el derecho es, al menos, un producto de acciones humanas. Sin embargo, hemos visto que en la elucidación de qué tipo de acciones humanas se está hablando, no hay acuerdo.

Un modelo muy simple, que explique la existencia del derecho en términos de hábitos de obediencia, se fija en un tipo de conductas que, a lo sumo, son idóneas para dar cuenta de la eficacia general de las normas de un sistema jurídico, que es la segunda de las condiciones de su existencia. Pero, aún en este caso, hemos comprobado que surge la cuestión de si una concepción de la eficacia en términos de obediencia

⁴³ Por primera vez en Vilajosana, Josep M. “Hechos sociales y Derecho”, *op. cit.*, y, de un modo más completo, en Vilajosana, Josep M. *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas*, *op. cit.*

puede ser explicada sin tener en cuenta la pretensión de autoridad de quienes gobiernan.

Lo que queda claro, no obstante, es que el acercamiento del modelo simple no es idóneo para entender la primera condición de existencia de los sistemas jurídicos: la existencia de la regla de reconocimiento. Su existencia no puede ser explicada apelando simplemente a una mera regularidad de comportamiento. Requiere, por eso es una regla social, que a la regularidad se añada el elemento *normativo* del que carecía el modelo simple. Este elemento es, en terminología de Hart, la presencia del punto de vista interno: la creencia entre los miembros que actúan regularmente que esa actuación es, *en algún sentido*, obligatoria.

Cómo haya que interpretar este punto de vista interno es todo menos claro. El propio Hart puede dar pie en alguna ocasión a que este elemento se contemple como una adhesión moral a la regla. De ser eso así, esta posición se acercaría mucho a tesis iusnaturalistas, por cuanto parecería que no se puede identificar el derecho sin tener un compromiso moral.

Pero la anterior no tiene por qué ser una conclusión inevitable. También los textos de Hart ofrecen la posibilidad de interpretar que la normatividad que origina el punto de vista interno no es de naturaleza moral, sino convencional. La normatividad de la regla que sirve para identificar el derecho de una determinada comunidad sería, pues, del mismo tipo que la que sirve para identificar el dinero de esa misma sociedad. Esto no es nada extraño. Como sostiene John Searle, si la gente deja de creer que algo es dinero, deja de ser dinero. Es decir, lo que hace que determinados papeles o pedazos de metal sean depositarios de valor y sirvan como instrumentos de intercambio en relación con una determinada sociedad es que, en general, los miembros de esa sociedad creen que lo son y tienen las actitudes y llevan a cabo los comportamientos acordes con esas creencias. Y todo ello sin que tengan por qué asociar necesariamente esas creencias con razones morales.

¿No podemos pensar que a la hora de *identificar* el derecho de una determinada sociedad ocurre algo parecido? Con la concepción de la regla de reconocimiento como convención constitutiva se ofrece esta visión. Son, como hemos visto, las acciones de *identificación* del derecho por parte de los juristas y las creencias y actitudes recíprocas asociadas a ellas las que generan la regla de reconocimiento y, a través de ella, contribuyen a la existencia del derecho de una sociedad.

V. BIBLIOGRAFÍA

1. *Lecturas Citadas*

- AQUINO, Tomás de, *Suma de teología*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1997 [1275].
- AUSTIN, John, *El objeto de la jurisprudencia* (Juan Ramón de Páramo, trad.), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- COLEMAN, Jules, *The Practice of Principle. In defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio* (Marta Gustavino, trad.), Barcelona, Ariel, 1984 (original de 1977).
- _____, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge-Mass, 1986.
- HART, Herbert, L. A., *El concepto de derecho* (Genaro Carrió, trad.), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963 [1961].
- _____, "Postscript" en *The Concept of Law*, 2a. ed., en Bulloch, Penelope A. y Raz, Joseph (eds.), Oxford University Press, Oxford, 1994.
- HIERRO, Liborio, *La eficacia de las normas jurídicas*, Barcelona, Ariel, 2003.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho* (Roberto Vernengo, trad.), México, UNAM, 1979 [1950].
- LAGERSPETZ, Erik, *The Opposite Mirrors. An Essay on the Conventionalist Theory of Institutions*. Kluwer, Dordrecht, 1995.
- LEWIS, David, *Convention. A philosophical Study*. Basil Blackwell, Oxford, 1969.
- MACCORMICK, Neil, *H.L.A. Hart*. Edward Arnold, London, 1981.
- MARMOR, Andrei, "On Convention", *Synthese*, núm. 107, 1996.
- _____, "Legal Conventionalism" En Coleman, Jules (ed.). *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- NARVÁEZ, Maribel, *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2004.
- NAVARRO, Pablo, *La eficacia del derecho*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.
- NINO, Carlos S., *Algunos modelos metodológicos de "ciencia" jurídica*, Valencia (Venezuela), Universidad de Carabobo, 1979.
- OLIVECRONA, Karl, *Law as a Fact*. Oxford University Press, London, 1939.

- RAZ, Joseph, *La autoridad del derecho* (Raúl Tamayo, trad.), México, UNAM, 1982 [1979].
- REDONDO, Cristina; NAVARRO, Pablo, “Aceptación y funcionamiento del derecho”, *DOXA. Cuadernos de Filosofía del derecho*, núm. 9, 1991.
- ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia* (Genaro Carrió, trad.), Buenos Aires, EUDEBA, 1963 [1958].
- RUIZ MANERO, Juan, *Jurisdicción y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- SEARLE, John, *La construcción de la realidad social* (Antoni Domènech, trad.), Barcelona, Paidós, 1997 (edición original de 1995).
- VILAJOSANA, Josep M. “Hechos sociales y Derecho” en Diciotti, e. y Velluzzi, V. (eds.). *Ordinamento giuridico, sovranità, diritti*, Giappichelli, Torino, 2003.
- _____, *Identificación y justificación del derecho*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2007.
- _____, “Una defensa del convencionalismo jurídico”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, núm. 33, 2010.
- _____, *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2010.
- _____, “La construcción social de la realidad jurídica”, *Prisma Social. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 4, 2010.
- _____, “Eficacia normativa y existencia del derecho”, *Teoría & derecho. Revista de pensamiento jurídico*, núm. 8, 2010.
- VON WRIGHT, Georg H., *Norma y acción. Una investigación lógica*. (Pedro García, trad.), Madrid, Tecnos, 1971 (original de 1963).

2. Lecturas de Apoyo

A. Sobre identificación del derecho

- VILAJOSANA, Josep M., *Identificación y justificación del derecho*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2007, primera parte.

B. Sobre creación de la realidad social

- SEARLE, John, *La construcción de la realidad social* (Antoni Domènech, trad.), Barcelona, Paidós, 1997 (edición original de 1995).

C. *Sobre el modelo simple de Tesis social*

AUSTIN, John, *El objeto de la jurisprudencia* (Juan Ramón de Páramo, trad.), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

D. *Sobre el modelo sofisticado de Tesis social*

HART, Herbert, L. A., *El concepto de derecho* (Genaro Carrió, trad.). Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963 (original de 1961).

E. *Sobre la regla de reconocimiento como convención*

HART, Herbert, L. A., “Postscript”, *The Concept of Law*, 2a. ed., en Bulloch, Penelope A. y Raz, Joseph (eds.). Oxford University Press, Oxford, 1994.

NARVÁEZ, Maribel, *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2004, capítulos VII-X.

VILAJOSANA, Josep M., *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2010.

F. *Sobre las críticas a la regla de reconocimiento*

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio* (Marta Gustavino, trad.), Barcelona, Ariel, 1984 [1977].

G. *Sobre eficacia de las normas jurídicas*

HIERRO, Liborio, *La eficacia de las normas jurídicas*. Barcelona, Ariel, 2003.

CAPÍTULO 29

DERECHO Y MORAL

John GARDNER*

SUMARIO: I. *¿Tiene el Derecho fines morales?* II. *¿El Derecho siempre hace parte de la moralidad?* III. *¿La moralidad hace parte del Derecho?* IV. *¿Tiene el Derecho una moralidad interna?* V. *¿Hay una obligación moral de obedecer al Derecho?* VI. *Bibliografía.*

I. ¿TIENE EL DERECHO FINES MORALES?

El Derecho, a diferencia de la moral, es creado por alguien. Así que, a diferencia de la moral, puede tener fines, los cuales son los fines de quienes lo elaboran (ya sea individual o colectivamente). Sin embargo, no todas las reglas y principios del Derecho tienen fines porque no toda creación del derecho es intencional. El Derecho consuetudinario se genera por acciones convergentes que son realizadas sin la intención de crear Derecho, y así sin ninguna intención adicional de alcanzar algo mediante la creación del derecho, es decir, sin ninguna finalidad. Hay también otras modalidades de creación accidental del derecho. No obstante, por ahora me ocuparé del Derecho que es creado intencionalmente y, que por ello es capaz de tener fines.

Algunas personas han pensado que cuando el derecho tiene fines debe, por su naturaleza, tener ciertos fines morales distintivos. Si carece de tales fines, no es Derecho. Deber tener como fin ser justo,¹ servir al bien común,² justificar la coerción,³ o ser en alguna otra manera moralmente

* Profesor of Jurisprudence, Oxford University. Este capítulo está basado en John Gardner, 'Ethics and Law', in John Skorupski (ed.), *The Routledge Companion to Ethics* Abingdon, Routledge, 2010, pp 420-429. (Trad. de Francisco Martínez Cruz, Revisión de Jorge Luis Fabra Zamora).

¹ Cfr. Postema, Gerald, "Law's autonomy and public practical reason", en George, Robert (ed.), *The autonomy of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p. 80.

² Cfr. Finnis John, *Natural law and natural rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, p. 276.

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 2, pp.1105-1119.

vinculante o moralmente exitoso. El problema de estas posturas es que al menos algunos creadores de normas jurídicas no tienen fines morales. Son personas absolutamente cínicas. Ellos usan la creación del derecho solamente como un instrumento para beneficio económico, retaliación o consolidación del poder. Por supuesto, se puede aún atribuir fines morales al Derecho creado por tales individuos si es intencionalmente desarrollado o adaptado por funcionarios posteriores que sí tengan fines morales. Jueces posteriores, por ejemplo, pueden interpretar una norma jurídica como si tuviera un fin moral, y por tanto dotarla de uno, incluso si careció de tal en su generación. Pero en ocasiones, los jueces también pueden ser totalmente cínicos. Sistemas jurídicos completos pueden, de hecho, ser puestos en marcha por carteles de funcionarios que se mueven por el interés personal, para los cuales el sistema es principalmente una elaborada red de extorsión o una gran chiste.

En tales casos, el Derecho no tendría propósitos morales. Sin embargo todos los funcionarios jurídicos, incluso en tal sistema, deben por lo menos *pretender* tener fines morales cuando ellos actúan en el ejercicio de sus funciones oficiales. O como frecuentemente se ha dicho, deben por lo menos realizar *pretensiones* morales en nombre del Derecho.⁴ Esto no significa, por supuesto, que sin fines morales estas personas fracasarán en alcanzar a sus pretensiones no morales (es decir, perderán sus beneficios, privilegios o base de poder). Eso puede ser cierto, pero no viene al caso. El punto es que en la medida en que ellos son los voceros del Derecho, los funcionarios no pueden evitar realizar pretensiones morales para el Derecho. Estas son las pretensiones que (en combinación con otros criterios específicos) distinguen a estas personas como funcionarios jurídicos.

Para identificar las pretensiones del Derecho, hay que comenzar con el lenguaje que emplean los funcionarios jurídicos. Al establecer o describir las NORMAS JURÍDICAS, los funcionarios no pueden sino usar el lenguaje de las obligaciones, derechos, permisos, poderes, compromisos, etcétera. Lo que ellos de este modo afirman es que el Derecho impone obligaciones, crea derechos, concede permisos, confiere poderes, da lugar a responsabilidades, etcétera. Se debe pensar que la pretensión aquí no requiere ser una pretensión moral. Los funcionarios deben afirmar únicamente que existen OBLI-

³ Cfr. Dworkin, Ronald, *Law's empire*, Cambridge-Mass., Harvard University Press, 1986, p. 93.

⁴ Cfr. Raz, Joseph, *The authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, pp. 28-33; Alexy Robert, "On necessary relations between Law and Morality", *Ratio Juris*, vol. 2, 1989, pp. 177-82.

GACIONES *jurídicas*, DERECHOS *jurídicos*, permisos *jurídicos*, etcétera, no morales. Pero esto no puede ser todo lo que comprende la pretensión del derecho. Una obligación jurídica, un derecho jurídico o un permiso jurídico no es otra cosa más que una obligación, derecho o permiso que existe de conformidad con el Derecho, y una obligación, derecho o permiso que existe de conformidad con el Derecho no es otra cosa más que una obligación, derecho o permiso, cuya existencia el Derecho afirma. Así que afirmar la existencia de una obligación jurídica es simplemente afirmar la existencia de lo que el Derecho afirma como obligación. Esta es una pretensión de segundo orden. Los funcionarios (también abogados, comentaristas jurídicos y otros) tienen suficientes razones y ocasiones para realizar tales pretensiones de segundo orden, pero cuando ellos lo hacen están reportando las pretensiones del Derecho, no realizándolas. So pena de vacuidad o regresión infinita, necesitamos atribuir al Derecho mismo una pretensión de primer orden adecuada. Las obligaciones jurídicas son pretensiones de ser algo, pero ¿qué es lo que se pretende que sean? Aquí es donde aparece la idea de que el Derecho realiza un fin moral. “Moral”, en este contexto, es el nombre dado al tipo de obligación que el Derecho pretende que sean las obligaciones jurídicas. Las obligaciones jurídicas están llamadas a ser obligaciones que no son solamente afirmaciones, y que por tanto no son meramente jurídicas. Se pretende que estas se sitúen más allá del Derecho, o que sean ancladas (como a veces sucede) tanto en la consciencia como en el Derecho.⁵

II. ¿EL DERECHO SIEMPRE HACE PARTE DE LA MORALIDAD?

Que el Derecho realice pretensiones morales por sí mismo significa que el paradigma o tipo ideal de Derecho —el modelo conforme al cual todos los otros derechos necesitan ser comparados y a través de los cuales necesita ser entendido— es moralmente justificado.⁶ Esto es así porque el paradigma o tipo ideal de cualquier cosa que tiene propósitos es aquel en el cual se consiguen esos fines, y el paradigma o tipo ideal de cualquier cosa que realice fines es aquel en el cual se consiguen esos objetivos genuinamente. El Derecho realiza propósitos morales y, cuando los realiza genuinamente,

⁵ Cfr. Finnis, John, “Aquinas’ Moral, Political and Legal Philosophy”, Edward N. Zalta (ed.) *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2005, <http://plato.stanford.edu/entries/aquinas-moral-political/>.

⁶ *Ibidem*, pp. 14 y 15.

tiene propósitos morales; y cuando consigue esos propósitos, está moralmente justificado. El Derecho que incluso está a la altura de estándares morales, es aquel a causa de su naturaleza como Derecho, se mantiene por sí mismo a esa altura. Este es el caso paradigmático del Derecho.

Cuando el Derecho está moralmente justificado —en el caso paradigmático de Derecho— tiene el dominio que se propone tener sobre aquellos a quienes se dirige. Sus normas tienen fuerza moral. Esto no siempre resulta en que sean moralmente obligatorias. Algunas normas imponen obligaciones, y cuando estas lo hacen y están moralmente justificadas al hacerlo, imponen obligaciones tanto morales como jurídicas. Sin embargo, otras normas confieren poderes o conceden permisos.⁷ Cuando una norma jurídica confiere un poder o concede un permiso, y el conferir o conceder está moralmente justificado, la norma igualmente confiere un poder moral o confiere un permiso moral, según sea el caso, *i.e.* permite cambiar la posición tanto moral como jurídica de alguien, o determina alguna línea de conducta con la garantía de que es tanto moral como jurídicamente permisible.

Cuando una norma jurídica está moralmente justificada, para generalizar, se convierte en parte de la moralidad. Ahora bien, comencé diciendo que la moralidad, a diferencia del Derecho, no está hecha por nadie. No tiene fuentes, funcionarios o acción capaz de formular sus mandatos. Pero este punto ahora necesita ser explicado. La moralidad adquiere esos rasgos en la medida en que en sí misma es constituida por el Derecho. Cuando una norma jurídica llega a ser parte de la moralidad, hay un sentido en el cual las FUENTES DEL DERECHO y los funcionarios se convierten también en fuentes y funcionarios de la moralidad. Hay, entonces, un filón de autoridad moral, aunque uno no pueda entender toda la moralidad en este modelo. No puede existir autoridad moral general. ¿Por qué? Porque hay una condición adicional que debe ser satisfecha antes que una norma jurídica (o de hecho cualquier norma que esté hecha por alguien) se vuelva parte de la moralidad, a saber, su aplicación a aquellos para los que se aplica debe estar moralmente justificada. Son necesarios estándares morales independientes por los cuales el ejercicio de la autoridad pueda ser juzgada en orden a determinar si tiene la fuerza moral que afirma tener.

Hay un indicio de paradoja, como pueden pensar, acerca de la idea de que las normas jurídicas justificadas moralmente se convierten en parte de la moralidad. ¿Por qué la moralidad las necesita? Ustedes pueden pensar que en la medida en que están justificadas moralmente, estas solamente duplican

⁷ Cfr. Hart, H.L.A., *The concept of law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, pp. 79, p. 247.

el contenido que la moralidad ya tiene, y por tanto la condición de su conversión en parte de la moralidad es también la condición de su redundancia moral.⁸ Pero esto es un error. Las normas jurídicas moralmente justificadas necesitan no solamente replicar el contenido que la moralidad ya tiene. Moralmente, por ejemplo, tengo una razón para no chocar mi automóvil con el suyo puesto que podría matarlo. Esto significa que tengo una razón para conducir mi automóvil en el mismo lado de la carretera —izquierda o derecha— si los demás conducen los suyos del mismo modo. Pero la moralidad es indiferente respecto de si la conducción deba ser a la izquierda o a la derecha del camino. No importa moralmente si tenemos o no que mantenernos a la izquierda o la derecha, en tanto que todos hagamos lo mismo. El Derecho puede hacer una regla según la cual debamos mantenernos a la izquierda en vez de la derecha. En la medida en que nosotros estemos eligiendo aceptar la AUTORIDAD DEL DERECHO, cumpliéndose todas las demás condiciones, la intervención del Derecho en este caso está moralmente justificada, así como nos permitirá hacer, o hacer mejor, aquello para lo que, moralmente, ya tenemos una razón para hacer. Así, el Derecho no duplica simplemente el contenido ya existente de la moralidad. La moralidad de hecho nos dice qué hacer pero el Derecho agrega, a través de su autoridad, una forma adecuada de hacerlo.⁹

Tal caso es conocido como un caso de coordinación y es un tipo en el cual el Derecho contribuye a la moralidad. La necesidad del Derecho de contribuir a la moralidad en tales situaciones proviene de los vacíos que esta tiene. En muchas cuestiones, la moralidad calla (¿debe tomarse la izquierda o la derecha en la carretera?). En otras, alberga conflictos internos que no puede resolver por sí misma (¿se debe matar a un inocente para detener la muerte de dos inocentes?). Y aún en otras más, la moralidad sufre de indeterminación conceptual (¿es posible ser cruel para ser justo?). De cualquier manera, la mejor solución moral puede, a veces (sólo a veces) ser cualquier solución sobre la cual la gente pueda coincidir, reduciendo, de este modo, el error y la disputa innecesaria.

Aquí la habilidad de coordinación del Derecho está llamada a, o al menos está dispuesta, a hacer que la moralidad tenga menos lagunas que de otro modo tendría. El Derecho puede también ayudarnos de otras maneras

⁸ Cfr. Coleman, Jules y Leiter, Brian, “Legal positivism” en Patterson, Dennis (ed.), *A companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell Publishers, 1996, p. 244.

⁹ Cfr. Finnis, John, “Law as Co-ordination”, *Ratio Juris*, vol. 2, 1999, pp. 97-104; Honoré, Tony, “The dependence of morality on law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, 1993, pp. 1-17.

para hacer lo que moralmente nosotros tenemos razón de hacer.¹⁰ Esto puede ayudarnos, de vez en cuando, con experiencia o saber adicionales. Puede también ayudar a fortalecer nuestra solución. En el último caso la norma jurídica normalmente replica el contenido de una norma moral que existe independientemente de ese contenido, pero cambia las consecuencias morales de fracasar al adecuarse a este (es decir, las normas morales adicionales que se refieren a lo que debe ser hecho en respuesta al fracaso). Esta es otra manera importante en la que el Derecho puede realizar intervenciones moralmente justificadas, contribuyendo, de este modo, a la moralidad. Algo importante de entender es, no obstante, que las intervenciones del Derecho no están automáticamente justificadas. Con frecuencia, el Derecho no se restringe a sí mismo la búsqueda entre alternativas morales elegibles sino que elige, en su lugar, una alternativa moralmente inaceptable. En principio, deberíamos tratar al Derecho, en esos casos, con el desprecio o ridículo que se merece. Esto es pues hay un gran trecho que va de pretender autoridad moral a en realidad tenerla.

III. ¿LA MORALIDAD SIEMPRE HACE PARTE DEL DERECHO?

La moralidad tiene lagunas y a veces requiere del Derecho para subsanarlas. Pero esto también es cierto a la inversa. Frecuentemente, el Derecho tiene lagunas y necesita la ayuda de la moralidad para disminuirlas. Las normas jurídicas, al igual que las morales, a menudo entran en conflicto entre sí, y con frecuencia tales conflictos no pueden ser resueltos usando únicamente normas jurídicas. Las indeterminaciones del lenguaje y la intención por parte de los legisladores, por otra parte, pueden afectar al Derecho de tal modo que frustran su rol de completar las lagunas morales. El conflicto jurídico y la indeterminación requieren recursos extrajurídicos para superarlos.¹¹ Y la necesidad de superarlos es a menudo una necesidad apremiante para el Derecho. Muchos funcionarios jurídicos, sobre todo jueces, están obligados por sus juramentos (u otros deberes) a conocer y a decidir cualquier caso que caiga dentro de su jurisdicción. Ellos no pueden suspender su juicio (es decir, abstenerse de una decisión), como por el contrario sí lo podemos hacer el resto de nosotros y mantenerlo así, suspendido.

¹⁰ Cfr. Raz, Joseph, *The morality of freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 75.

¹¹ Cfr. Raz, Joseph, *The authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, pp. 53-77.

¿Cómo es que los jueces, quienes son los funcionarios jurídicos públicamente más afectados por las lagunas jurídicas, usan la moralidad para referirla en sus deliberaciones jurídicas? Una sencilla respuesta, bosquejada por Hart,¹² señala lo siguiente. Primero, un juez va tan lejos como puede con las NORMAS JURÍDICAS. Después se encuentra con una laguna, y por ello, con una consecuente posibilidad de actuar discrecionalmente. El juez ejerce su DISCRECIONALIDAD al usar razones morales y normas (o de hecho, otras razones y normas) para colmar la laguna. Al hacerlo, crea nuevas normas jurídicas. Este es el reverso del caso de coordinación discutido arriba, en el cual existe una laguna moral que la ley nos permite completar (al escoger la izquierda en lugar de la derecha, por ejemplo). Pero es bastante raro para los jueces colmar lagunas de esta manera cuasi-legislativa. En la mayoría de las culturas jurídicas, es el último recurso. En su lugar, los jueces usualmente colman las lagunas ajustándose al RAZONAMIENTO JURÍDICO. Ellos combinan las normas jurídicas existentes con otras premisas, incluyendo premisas morales no reconocidas hasta ese momento por el Derecho, para llegar a nuevas conclusiones jurídicas. Ustedes pueden decir que esto no es realmente un razonamiento jurídico dado que, hipotéticamente, incluye normas que aún no están reconocidas por el Derecho. Es cierto, esto significa que no se trata de un razonamiento *sobre* el Derecho. El juez que lleva a cabo tal razonamiento no está determinando lo que el Derecho ya dice. Pero este razonamiento es acorde *con* el Derecho. El Derecho se configura no-redundantemente en el razonamiento del juez si bien no determina por sí mismo la conclusión de este.¹³

Este es un típico ejemplo del razonamiento jurídico entendido como razonamiento acorde con el Derecho:

- (1) Nadie debe ser discriminado en el ámbito laboral a causa de su sexo (regla jurídica existente);
- (2) Denegar a una mujer un trabajo en razón de su embarazo es moralmente igual que denegárselo en razón de su sexo, a pesar de que no haya una comparación con el sexo masculino conforme de la mujer embarazada que permitiría que la denegación se considerase como sexualmente discriminatoria en el sentido técnico hasta entonces reconocido por la ley (proposición moral que invoca una norma moral de paridad). Entonces, (3) a nadie se le debe negar un trabajo en razón de su embarazo (nueva regla jurídica);
- (4) D le fue denegó un trabajo a P en razón de su embarazo (constatación de hecho); Por tanto, (5) D aún debe a P el trabajo que le fue negado, o algún sustituto que lo compense (decisión jurídica).

¹² Cfr. Hart, H.L.A., *op. cit.*, pp. 124-54.

¹³ Cfr. Raz, Joseph, *Ethics in the public domain*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 326-40.

Incluí los pasos finales (4) y (5) para dejar claro que la decisión en el caso (5) es una norma jurídica diferente de la regla en la que está basada (3), incluso si el contenido de la decisión se sigue de la aplicación de la regla de constatación del hecho (4). Es una norma diferente porque tiene consecuencias jurídicas diferentes. En particular, usualmente permite a P el acceso a acciones jurídicas que no estarían disponibles si la decisión no estuviese en su favor. Es también preciso mencionar que la decisión en el caso (5) puede vincular a posteriores funcionarios incluso si la regla en la cual está basada (3) no lo hiciera. El que la regla (3) obligue o no a funcionarios posteriores depende de si del tribunal realizando el razonamiento está en un nivel tal dentro del sistema que permita crear precedentes vinculantes. Pero la decisión en (5) vincula a funcionarios posteriores incluso si quien participa en el razonamiento es el tribunal de menor jurisdicción, pues es parte de la naturaleza de un tribunal que sus decisiones vinculen aunque sus reglas no lo hagan.

Muchos malentendidos se centran en el estatus de (2) y el consecuente estatus de (3). Mucha gente se preocupa acerca de dónde el tribunal obtiene su licencia para invocar una norma moral en (2) y, de este modo, cambia el Derecho para incluir a (3). Una reacción común es probar y mostrar que (3) ya era realmente parte del Derecho antes que el tribunal la invoque,¹⁴ o que de todas maneras está cubierta por algunas normas jurídicas generales que facultan su uso.¹⁵ Algunas respuestas están incluso encaminadas a señalar que hay un cuerpo de Derecho que llega a existir sin que nadie lo haya anunciado, usado, o interactuado de ninguna forma con él. Esta maniobra es necesaria sólo a causa de una errada suposición de que los jueces, en tanto que sean jueces, deben toda su lealtad al Derecho. En esta suposición, la cuestión clave es: ¿Cómo, jurídicamente, los jueces llegan a estar facultados para invocar la moralidad? ¿Cuales recursos pueden adecuadamente invocar para fundamentar la premisa (2)? Pero esto invierte el orden propio de la interrogante. La cuestión clave acerca de los jueces es: ¿Cómo, moralmente, los jueces llegan a estar facultados para invocar el Derecho? ¿Cuales recursos pueden adecuadamente invocar para fundamentar la premisa (1)? Pues los jueces son seres humanos como el resto de nosotros. En virtud de ese hecho, la moralidad tiene un inevitable dominio sobre ellos. Mientras que, por otra parte, su relación con el Derecho, al

¹⁴ Cfr. Dworkin, Ronald, "The model of rules", *University of Chicago Law Review*, vol. 35, 1967, pp. 16-40.

¹⁵ Cfr. Coleman, Jules, *The practice of principle*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 103-119.

igual que la de ustedes y la mía, es evitable. Ellos necesitan una razón moral para mantenerse responsables ante el Derecho, pero no necesitan una razón legal para mantenerse a sí mismos responsables ante la moralidad.¹⁶

¿Qué razón moral tienen los jueces para mantenerse responsables ante el derecho? Por supuesto, tienen las mismas razones que ustedes y yo. Ellos deben aplicar el derecho moralmente justificado porque forma parte de la moralidad; ese derecho tiene la fuerza moral que se supone debe tener. Pero los jueces, y algunos otros funcionarios jurídicos, tienen razones extra-morales que van más allá de esto. Tienen razones extra-morales para respetar el derecho incluso en los casos donde en el derecho no está moralmente justificado. Puesto que los jueces se comprometieron a respetar el derecho desde que aceptaron hacer su trabajo, esto da a las normas jurídicas una fuerza extra que no habrían tenido si los jueces no se hubiesen comprometido a respetarlas. Los jueces deben tolerar algunas deficiencias morales en el Derecho que ellos no tendrían que tolerar si no hubiesen asumido, como parte de su trabajo, el respeto del Derecho. Sin embargo, ellos no deben, por la misma razón, tolerar ninguna deficiencia moral en este. Invariablemente, como en el ejemplo esquematizado arriba desde (1) a (5), los jueces deben esforzarse por mejorar el derecho al revertir o refrenar las inmoralidades introducidas por otros funcionarios, en la medida en que tengan el poder jurídico para hacerlo. Y sólo ocasionalmente, en casos de extrema inmoralidad, deben simplemente desobedecer el derecho (mientras quizá pretendan respetarlo).

En muchos sistemas jurídicos la obligación moral de respetar el Derecho que el juez prometió al asumir su trabajo está formalizada en un juramento. El contenido de tal juramento no tiene ningún valor. En muchos sistemas jurídicos los jueces toman un juramento para hacer “justicia de acuerdo con el Derecho”, o algo por el estilo. Esto no es un juramento para aplicar el Derecho. Por el contrario, es un juramento para hacer justicia, para decidir casos de conformidad con una justificación moral. Para hacerlo no se debe usurpar el rol de la legislatura, puesto que el juramento no autoriza la legislación judicial. Este autoriza cambios judiciales en el Derecho, para hacer al Derecho más justo, pero sólo cuando estos cambios son consecuencia del razonamiento jurídico, es decir, mediante el razonamiento de conformidad con el Derecho. Este es el “de conformidad con el Derecho” que es parte del juramento. Esto explica el sentido en cual el razonamiento jurídico es un tipo de razonamiento moral. Nótese que esto sigue siendo consistente con la idea que todo Derecho está elaborado por al-

¹⁶ Cfr. Raz, Joseph, “Incorporation by Law”, *Legal Theory*, vol. 10, 2004.

guien. En este caso, el Derecho está hecho por alguien (un juez) que crea un nuevo Derecho usando una norma moral en su razonamiento, una norma moral que de este modo llega a ser legalmente reconocida. La moralidad no entra en el Derecho por su propia cuenta. A causa de la naturaleza del Derecho, siempre corresponde a un funcionario convertir una norma moral en una norma jurídica.

IV. ¿ TIENE EL DERECHO UNA MORALIDAD INTERNA?

Algunas personas se sienten atraídas por la idea de que nada es legal a menos que pase un examen moral. Esto es completamente diferente de la idea de que la moralidad a veces y de algún modo se infiltra a través del Derecho por su propia cuenta, sin la intervención de algún funcionario. Se puede aceptar que nada entra en el Derecho sin la intervención de algún funcionario, y aun así insistir que un inequívoco examen moral *también* necesita realizarse antes que alguna norma se califique como legal. Las versiones más difundidas de esta propuesta afirman que hay un valor moral o ideal denominado *legalidad*, el cual se refiere a que una norma se califica como legal sólo si exhibe este valor.¹⁷ Muchos suscriptores de esta idea agregan que esa exhibición del valor de la legalidad es cuestión de grado, por lo que tales normas pueden ser *más o menos* legales.

Hay una confusión aquí. Es verdad que hay un ideal moral de la legalidad, y que el Derecho puede aproximarse a (o apartarse de) este ideal, y en ese sentido ser más (o menos) legal. El ideal, sin embargo, se aplica a las normas jurídicas porque son Derecho. No es que sean Derecho porque sean conformes con ese ideal moral. Para decirlo de otra manera, si las normas jurídicas no fueran Derecho, no podría sostenerse el ideal de legalidad en primer plano y por ello no podrían ser conforme con ese ideal.¹⁸ Así que no podría darse el caso de que si las normas jurídicas no fueran conformes con ese ideal moral, no serían Derecho. De hecho, esta es una pequeña exageración. El ideal de la legalidad puede también ser usado para juzgar otras normas y sistemas de normas en la medida en que sean similares al Derecho. Pero, de nuevo, esto requiere que su parecido deba determinarse independientemente de si están o no conformes con el ideal.

¹⁷ Cfr. Dworkin, Ronald, "Hart's postscript and the character of political philosophy", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, 2004, pp. 23-27.

¹⁸ Cfr. Finnis, John, *Natural law and natural rights*, *op. cit.*, pp. 363-6.

El Derecho, entonces, es siempre legal en un sentido (siempre forma parte de algún sistema jurídico), pero puede ser más o menos legal en otro sentido. No es un oxímoron, por tanto, hablar de Derecho ilegal. El que sea jurídico está determinado sin argumento moral, sólo por observar al agente que lo elabora y la manera en que se hace. El que sea ilegal en el sentido fuerte es, sin embargo, un juicio moral que uno puede hacer una vez que acepta que es jurídico.

¿Qué es el ideal de la legalidad? Es el ideal también conocido como Estado de Derecho, *Rechtsstaat*¹⁹ o la “moralidad interna” del Derecho.²⁰ Es un ideal de gobierno por el Derecho, en el cual la gente puede ser guiada por el Derecho mismo y mediante la expectativa de que los funcionarios serán guiados también por él. Sus principales ingredientes son las siguientes normas: reglas jurídicas que deban ser prospectivas,* públicas, claras y estables; decisiones jurídicas que deban estar basadas en esas reglas prospectivas, públicas, claras y estables; las reglas deben ser aplicadas por un poder judicial independiente, con facultades de revisión sobre los demás funcionarios; los tribunales deben ser públicos y accesibles; y los principios de *audi alteram partem* (“ambas partes deben ser escuchadas”) y *nemo in sua causa iudex* (“nadie debe ser juez en su propia causa”) deben ser observados.²¹

Es fácil ver aquí por qué los abogados, quienes tienden a estar profesionalmente comprometidos con este ideal de legalidad, deben estar moralmente inquietos acerca de la legislación judicial, o de manera más genérica acerca de la creación judicial del Derecho. Se puede decir que la creación judicial del Derecho puede violar varias de las normas arriba enlistadas. El Derecho que es aplicado en tales casos no es prospectivamente creado, y no es claro en qué momento es violado, y ni tampoco es claro en qué sentido la decisión está basada en tal derecho nuevo. El Derecho es, en resumen, inasequible para la guía de aquellos quienes supuestamente deben ser guiados por él. No sorprende que algunos teóricos estén motivados a encontrar una manera de mostrar que la premisa (2), en el ejemplo del razonamiento jurídico que señalamos arriba, sea ya parte del Derecho antes que el juez lo haga.

¹⁹ Cfr. MacCormick, Neil, “Der Rechtsstaat und die Rule of Law”, *Juristenzeitung*, vol. 39, 1984, pp. 65-70.

²⁰ Cfr. Fuller, Lon, *The morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1964.

* *N. del T.* Es decir, elaboradas con miras a regular las conductas que sucedan con posterioridad a su entrada en vigor, lo cual de manera implícita señala, en principio, la prohibición de que sean aplicadas retroactivamente.

²¹ Cfr. Raz, Joseph, *The authority of Law*, *op. cit.*, pp. 214-9.

A decir verdad, sin embargo, el ideal de la legalidad no se afecta con la creación judicial del Derecho tan exhaustivamente como sugiere este planteamiento. Primero, hay lagunas inevitables en el Derecho y no podemos evitar dejar que los jueces las colmen. En tanto los jueces eviten legislar y en su lugar completen esas lagunas inevitables mediante el razonamiento judicial, se estarán basando en el Derecho para desarrollar el Derecho y no anularán las expectativas de nadie al respecto. Así el ideal de la legalidad no está comprometido y no puede ser frustrado. Segundo, hay demandas conflictivas dentro del ideal de legalidad en sí mismo. Algún sacrificio de claridad prospectiva en el Derecho puede estar justificado para, por ejemplo, asegurar que todos tengan un juicio justo. Finalmente y más importante, el ideal de la legalidad no es el principio y fin del éxito moral en el ámbito del Derecho. Sus normas pueden entrar en conflicto con otras normas morales que no son parte del ideal de la legalidad. En esas ocasiones, la legalidad del Derecho debe a veces ser sacrificada en favor de lograr otras reformas morales en el Derecho. En tales ocasiones, los jueces deben justificadamente apartarse del Derecho (como cuando deciden en contra de las normas) incluso si ello rompe con las expectativas de las personas. El último punto es con frecuencia pasado por alto. El paradigma del Derecho es de aquel Derecho que exhibe todas las virtudes morales que pueden ser exhibidas por las instituciones, no solo la virtud de la legalidad. Cuando el derecho puede exhibir la legalidad únicamente a expensas de otras virtudes morales, de ninguna manera se concluye inevitablemente que la legalidad deba triunfar.

V. ¿HAY UNA OBLIGACIÓN MORAL DE OBEDECER AL DERECHO?

Hemos hasta ahora encontrado dos importantes puntos acerca de la obligatoriedad moral del Derecho (véase, LA OBLIGACIÓN DE OBEDECER EL DERECHO). El primero es que la obligación e imposición de normas jurídicas están a veces moralmente justificadas, así como cuando estas son las que crean obligaciones morales. El “a veces” aquí debe ser entendido como referido a las diferencias entre normas jurídicas diferentes, pero también a diferencias entre diferentes aplicaciones de la misma norma jurídica única. Una norma jurídica puede estar moralmente justificada cuando se aplique a una persona y no se aplique a otra, o moralmente justificada cuando se aplique a una acción y no se aplique a otra. Una regla jurídica que prohíba

pasarse la luz roja del semáforo es más relevante, moralmente hablando, cuando la luz roja está en un cruce muy transitado que cuando está en medio de la nada. En algunos casos la ubicación del semáforo puede ser tan absurda como para hacer que el Derecho, en relación con la luz roja, se encuentre moralmente injustificado, por lo que la obligación jurídica de detenerse que se crea no produce una obligación moral similar. Todos estos problemas dependen de los detalles de la situación concreta. Es difícil imaginar algún Derecho que tenga *toda* la fuerza moral que pretende tener. Incluso en las mejores de las normas jurídicas se encuentran casos donde se excede a tal grado que su aplicación está moralmente injustificada, por lo que idealmente debería ser frenada.

El segundo punto encontrado es que las personas pueden agregar obligaciones al rango de obligaciones morales que el Derecho les da cuando toman juramento o votos de obediencia, ya sea prometiendo o comprometiéndose a obedecer, o mediante otro tipo de compromiso mediante el cual se obliguen a sí mismos a prestar obediencia. A través de estos métodos, las personas pueden obligarse a sí mismas a seguir incluso normas moralmente injustificadas: normas sumamente complicadas, inútiles o excesivas, aunque probablemente no categóricamente inmorales. Las personas ya mencionadas que típicamente se encuentran en esta situación son los jueces. Pero hay otros más. Nuevos inmigrantes, policías, jefes de Estado y otros más a menudo realizan tales compromisos. Pero la mayoría de las personas no los hacen, y no tendrían por qué hacerlos. Si cada quien debiese tratar de comprometerse a sí mismo, eso podría neutralizar el efecto moral del acto del compromiso, y por ello, podría ser una intervención contraproducente.

Una larga tradición en filosofía política ha intentado de extender el alcance de tal compromiso, y por tanto de las obligaciones extra-morales que genera, para todos a quienes el Derecho se aplica, o al menos para cada ciudadano a quien el Derecho aplica. Argumentos complejos se han elaborado para mostrar cómo las personas que nunca han hecho tales juramentos u otro tipo de promesas de obedecer al Derecho, de ninguna manera deben ser tratados como si lo hubiesen hecho. La cuestión más interesante acerca de esta amplia pero malograda tradición es: ¿por qué importa tanto mostrar que las personas tienen una obligación moral extensiva de obedecer el Derecho parecida a la que tienen jueces y policías? ¿Por qué uno tendría que asumir todo esta problema para mostrar consentimiento, convenio u otro compromiso? Esto es un misterio. Parece que hay una inquietud común acerca del desorden social, acerca de la ruptura del Estado de Derecho. Esta inquietud es razonable. Pero la existencia o no de una obligación moral de obedecer el Derecho es irrelevante para un futuro desor-

den social. A lo sumo, evitar el desorden social brinda una razón a las personas para *pretender* que tienen una obligación moral de obedecer el Derecho, es decir, afirmar del Derecho una justificación moral mayor de la que realmente posee. E incluso este pretexto es defendible sólo si las personas sostuvieran que el desorden social va a afectar (lo que ellos creen que son) sus obligaciones morales. ¿Por qué lo harían? Si ellos no se preocuparan por sus obligaciones morales para no provocar desorden social, en particular su obligación de no atentar contra el Estado de Derecho, ¿por qué tendrían que cuidar de su supuesta obligación moral de obedecer el Derecho, la cual parece que es de poca importancia? Lo mismo vale para los homicidas. Si ellos no le dan peso a su obligación moral de no matar, ¿qué nos hace pensar que ellos darán más peso a su obligación moral de obedecer la norma jurídica que indica no matar? Lo que hace que tales personas se detengan es la amenaza efectiva de sanción, y si el Derecho se impone o no sobre la base de amenazas efectivas es absolutamente independiente de si hay o no una obligación moral de obedecer por parte de una persona amenazada.

El problema moral del Derecho no es el problema de cómo o por qué el derecho le habla a los delincuentes morales. El problema moral del Derecho es el problema de cómo y por qué le habla a las personas moralmente decentes. ¿Por qué, moralmente hablando, deberían ceder ante el Derecho? ¿Por qué deberían dar crédito a ancianos en pelucas, políticos clientelistas, o sujetos fornidos con escudos antimotines? ¿No es esta una rendición moralmente irresponsable de nuestro juicio moral?²² Ya vimos que a veces está justificado. Pero no hay razón para pensar que siempre, normalmente o presuntamente sea así. El Derecho debe ser visto con un ojo escéptico, para ver cuán absurdo (o peor que eso) es que trate de conseguir aceptación de nosotros al afirmar su autoridad moral por sí mismo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert, "On necessary relations between Law and Morality", *Ratio Juris*, vol. 2, 1989.

COLEMAN, Jules, *The practice of principle*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

²² Cfr. Wolff, Robert Paul, *In defense of Anarchism*, New York, Harper and Row, 1970.

- COLEMAN, Jules, y LEITER, Brian, "Legal positivism" en Patterson, Dennis (ed.), *A companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell Publishers, 1996.
- DWORKIN, Ronald, "The model of rules", *University of Chicago Law Review*, vol. 35, 1967.
- _____, *Law's empire*, Cambridge-Mass., Harvard University Press, 1986.
- _____, "Hart's postscript and the character of political philosophy", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24.
- FINNIS, John, *Natural law and natural rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980.
- _____, "Law as Co-ordination", *Ratio Juris*, vol. 2, 1999.
- _____, "Aquinas' Moral, Political and Legal Philosophy", Edward N. Zalta (ed.) *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2005, en <http://plato.stanford.edu/entries/aquinas-moral-political/>.
- FULLER, Lon, *The morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1964.
- HART, H.L.A., *The concept of law*, Oxford, Clarendon Press, 1961.
- HONORÉ, Tony, "The dependence of morality on law", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, 1993.
- MACCORMICK, Neil, "Der Rechtsstaat und die Rule of Law", *Juristenzeitung*, vol. 39, 1984.
- POSTEMA, Gerald, "Law's autonomy and public practical reason", en George, Robert (ed.), *The autonomy of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1999.
- RAZ, Joseph, *The authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979.
- _____, *The morality of freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986.
- _____, *Ethics in the public domain*, Oxford, Clarendon Press, 1994.
- _____, "Incorporation by Law", *Legal Theory*, vol. 10, 2004.
- WOLFF, Robert Paul, *In defense of Anarchism*, New York, Harper and Row, 1970.

CAPÍTULO 29

DERECHO Y MORAL

John GARDNER*

SUMARIO: I. *¿Tiene el Derecho fines morales?* II. *¿El Derecho siempre hace parte de la moralidad?* III. *¿La moralidad hace parte del Derecho?* IV. *¿Tiene el Derecho una moralidad interna?* V. *¿Hay una obligación moral de obedecer al Derecho?* VI. *Bibliografía.*

I. ¿TIENE EL DERECHO FINES MORALES?

El Derecho, a diferencia de la moral, es creado por alguien. Así que, a diferencia de la moral, puede tener fines, los cuales son los fines de quienes lo elaboran (ya sea individual o colectivamente). Sin embargo, no todas las reglas y principios del Derecho tienen fines porque no toda creación del derecho es intencional. El Derecho consuetudinario se genera por acciones convergentes que son realizadas sin la intención de crear Derecho, y así sin ninguna intención adicional de alcanzar algo mediante la creación del derecho, es decir, sin ninguna finalidad. Hay también otras modalidades de creación accidental del derecho. No obstante, por ahora me ocuparé del Derecho que es creado intencionalmente y, que por ello es capaz de tener fines.

Algunas personas han pensado que cuando el derecho tiene fines debe, por su naturaleza, tener ciertos fines morales distintivos. Si carece de tales fines, no es Derecho. Deber tener como fin ser justo,¹ servir al bien común,² justificar la coerción,³ o ser en alguna otra manera moralmente

* Profesor of Jurisprudence, Oxford University. Este capítulo está basado en John Gardner, 'Ethics and Law', in John Skorupski (ed.), *The Routledge Companion to Ethics* Abingdon, Routledge, 2010, pp 420-429. (Trad. de Francisco Martínez Cruz, Revisión de Jorge Luis Fabra Zamora).

¹ *Cfr.* Postema, Gerald, "Law's autonomy and public practical reason", en George, Robert (ed.), *The autonomy of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p. 80.

² *Cfr.* Finnis John, *Natural law and natural rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, p. 276.

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 2, pp.1105-1119.

vinculante o moralmente exitoso. El problema de estas posturas es que al menos algunos creadores de normas jurídicas no tienen fines morales. Son personas absolutamente cínicas. Ellos usan la creación del derecho solamente como un instrumento para beneficio económico, retaliación o consolidación del poder. Por supuesto, se puede aún atribuir fines morales al Derecho creado por tales individuos si es intencionalmente desarrollado o adaptado por funcionarios posteriores que sí tengan fines morales. Jueces posteriores, por ejemplo, pueden interpretar una norma jurídica como si tuviera un fin moral, y por tanto dotarla de uno, incluso si careció de tal en su generación. Pero en ocasiones, los jueces también pueden ser totalmente cínicos. Sistemas jurídicos completos pueden, de hecho, ser puestos en marcha por carteles de funcionarios que se mueven por el interés personal, para los cuales el sistema es principalmente una elaborada red de extorsión o una gran chiste.

En tales casos, el Derecho no tendría propósitos morales. Sin embargo todos los funcionarios jurídicos, incluso en tal sistema, deben por lo menos *pretender* tener fines morales cuando ellos actúan en el ejercicio de sus funciones oficiales. O como frecuentemente se ha dicho, deben por lo menos realizar *pretensiones* morales en nombre del Derecho.⁴ Esto no significa, por supuesto, que sin fines morales estas personas fracasarán en alcanzar a sus pretensiones no morales (es decir, perderán sus beneficios, privilegios o base de poder). Eso puede ser cierto, pero no viene al caso. El punto es que en la medida en que ellos son los voceros del Derecho, los funcionarios no pueden evitar realizar pretensiones morales para el Derecho. Estas son las pretensiones que (en combinación con otros criterios específicos) distinguen a estas personas como funcionarios jurídicos.

Para identificar las pretensiones del Derecho, hay que comenzar con el lenguaje que emplean los funcionarios jurídicos. Al establecer o describir las NORMAS JURÍDICAS, los funcionarios no pueden sino usar el lenguaje de las obligaciones, derechos, permisos, poderes, compromisos, etcétera. Lo que ellos de este modo afirman es que el Derecho impone obligaciones, crea derechos, concede permisos, confiere poderes, da lugar a responsabilidades, etcétera. Se debe pensar que la pretensión aquí no requiere ser una pretensión moral. Los funcionarios deben afirmar únicamente que existen OBLI-

³ Cfr. Dworkin, Ronald, *Law's empire*, Cambridge-Mass., Harvard University Press, 1986, p. 93.

⁴ Cfr. Raz, Joseph, *The authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, pp. 28-33; Alexy Robert, "On necessary relations between Law and Morality", *Ratio Juris*, vol. 2, 1989, pp. 177-82.

GACIONES *jurídicas*, DERECHOS *jurídicos*, permisos *jurídicos*, etcétera, no morales. Pero esto no puede ser todo lo que comprende la pretensión del derecho. Una obligación jurídica, un derecho jurídico o un permiso jurídico no es otra cosa más que una obligación, derecho o permiso que existe de conformidad con el Derecho, y una obligación, derecho o permiso que existe de conformidad con el Derecho no es otra cosa más que una obligación, derecho o permiso, cuya existencia el Derecho afirma. Así que afirmar la existencia de una obligación jurídica es simplemente afirmar la existencia de lo que el Derecho afirma como obligación. Esta es una pretensión de segundo orden. Los funcionarios (también abogados, comentaristas jurídicos y otros) tienen suficientes razones y ocasiones para realizar tales pretensiones de segundo orden, pero cuando ellos lo hacen están reportando las pretensiones del Derecho, no realizándolas. So pena de vacuidad o regresión infinita, necesitamos atribuir al Derecho mismo una pretensión de primer orden adecuada. Las obligaciones jurídicas son pretensiones de ser algo, pero ¿qué es lo que se pretende que sean? Aquí es donde aparece la idea de que el Derecho realiza un fin moral. “Moral”, en este contexto, es el nombre dado al tipo de obligación que el Derecho pretende que sean las obligaciones jurídicas. Las obligaciones jurídicas están llamadas a ser obligaciones que no son solamente afirmaciones, y que por tanto no son meramente jurídicas. Se pretende que estas se sitúen más allá del Derecho, o que sean ancladas (como a veces sucede) tanto en la consciencia como en el Derecho.⁵

II. ¿EL DERECHO SIEMPRE HACE PARTE DE LA MORALIDAD?

Que el Derecho realice pretensiones morales por sí mismo significa que el paradigma o tipo ideal de Derecho —el modelo conforme al cual todos los otros derechos necesitan ser comparados y a través de los cuales necesita ser entendido— es moralmente justificado.⁶ Esto es así porque el paradigma o tipo ideal de cualquier cosa que tiene propósitos es aquel en el cual se consiguen esos fines, y el paradigma o tipo ideal de cualquier cosa que realice fines es aquel en el cual se consiguen esos objetivos genuinamente. El Derecho realiza propósitos morales y, cuando los realiza genuinamente,

⁵ Cfr. Finnis, John, “Aquinas’ Moral, Political and Legal Philosophy”, Edward N. Zalta (ed.) *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2005, <http://plato.stanford.edu/entries/aquinas-moral-political/>.

⁶ *Ibidem*, pp. 14 y 15.

tiene propósitos morales; y cuando consigue esos propósitos, está moralmente justificado. El Derecho que incluso está a la altura de estándares morales, es aquel a causa de su naturaleza como Derecho, se mantiene por sí mismo a esa altura. Este es el caso paradigmático del Derecho.

Cuando el Derecho está moralmente justificado —en el caso paradigmático de Derecho— tiene el dominio que se propone tener sobre aquellos a quienes se dirige. Sus normas tienen fuerza moral. Esto no siempre resulta en que sean moralmente obligatorias. Algunas normas imponen obligaciones, y cuando estas lo hacen y están moralmente justificadas al hacerlo, imponen obligaciones tanto morales como jurídicas. Sin embargo, otras normas confieren poderes o conceden permisos.⁷ Cuando una norma jurídica confiere un poder o concede un permiso, y el conferir o conceder está moralmente justificado, la norma igualmente confiere un poder moral o confiere un permiso moral, según sea el caso, *i.e.* permite cambiar la posición tanto moral como jurídica de alguien, o determina alguna línea de conducta con la garantía de que es tanto moral como jurídicamente permisible.

Cuando una norma jurídica está moralmente justificada, para generalizar, se convierte en parte de la moralidad. Ahora bien, comencé diciendo que la moralidad, a diferencia del Derecho, no está hecha por nadie. No tiene fuentes, funcionarios o acción capaz de formular sus mandatos. Pero este punto ahora necesita ser explicado. La moralidad adquiere esos rasgos en la medida en que en sí misma es constituida por el Derecho. Cuando una norma jurídica llega a ser parte de la moralidad, hay un sentido en el cual las FUENTES DEL DERECHO y los funcionarios se convierten también en fuentes y funcionarios de la moralidad. Hay, entonces, un filón de autoridad moral, aunque uno no pueda entender toda la moralidad en este modelo. No puede existir autoridad moral general. ¿Por qué? Porque hay una condición adicional que debe ser satisfecha antes que una norma jurídica (o de hecho cualquier norma que esté hecha por alguien) se vuelva parte de la moralidad, a saber, su aplicación a aquellos para los que se aplica debe estar moralmente justificada. Son necesarios estándares morales independientes por los cuales el ejercicio de la autoridad pueda ser juzgada en orden a determinar si tiene la fuerza moral que afirma tener.

Hay un indicio de paradoja, como pueden pensar, acerca de la idea de que las normas jurídicas justificadas moralmente se convierten en parte de la moralidad. ¿Por qué la moralidad las necesita? Ustedes pueden pensar que en la medida en que están justificadas moralmente, estas solamente duplican

⁷ *Cfr.* Hart, H.L.A., *The concept of law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, pp. 79, p. 247.

el contenido que la moralidad ya tiene, y por tanto la condición de su conversión en parte de la moralidad es también la condición de su redundancia moral.⁸ Pero esto es un error. Las normas jurídicas moralmente justificadas necesitan no solamente replicar el contenido que la moralidad ya tiene. Moralmente, por ejemplo, tengo una razón para no chocar mi automóvil con el suyo puesto que podría matarlo. Esto significa que tengo una razón para conducir mi automóvil en el mismo lado de la carretera —izquierda o derecha— si los demás conducen los suyos del mismo modo. Pero la moralidad es indiferente respecto de si la conducción deba ser a la izquierda o a la derecha del camino. No importa moralmente si tenemos o no que mantenernos a la izquierda o la derecha, en tanto que todos hagamos lo mismo. El Derecho puede hacer una regla según la cual debamos mantenernos a la izquierda en vez de la derecha. En la medida en que nosotros estemos eligiendo aceptar la AUTORIDAD DEL DERECHO, cumpliéndose todas las demás condiciones, la intervención del Derecho en este caso está moralmente justificada, así como nos permitirá hacer, o hacer mejor, aquello para lo que, moralmente, ya tenemos una razón para hacer. Así, el Derecho no duplica simplemente el contenido ya existente de la moralidad. La moralidad de hecho nos dice qué hacer pero el Derecho agrega, a través de su autoridad, una forma adecuada de hacerlo.⁹

Tal caso es conocido como un caso de coordinación y es un tipo en el cual el Derecho contribuye a la moralidad. La necesidad del Derecho de contribuir a la moralidad en tales situaciones proviene de los vacíos que esta tiene. En muchas cuestiones, la moralidad calla (¿debe tomarse la izquierda o la derecha en la carretera?). En otras, alberga conflictos internos que no puede resolver por sí misma (¿se debe matar a un inocente para detener la muerte de dos inocentes?). Y aún en otras más, la moralidad sufre de indeterminación conceptual (¿es posible ser cruel para ser justo?). De cualquier manera, la mejor solución moral puede, a veces (sólo a veces) ser cualquier solución sobre la cual la gente pueda coincidir, reduciendo, de este modo, el error y la disputa innecesaria.

Aquí la habilidad de coordinación del Derecho está llamada a, o al menos está dispuesta, a hacer que la moralidad tenga menos lagunas que de otro modo tendría. El Derecho puede también ayudarnos de otras maneras

⁸ Cfr. Coleman, Jules y Leiter, Brian, “Legal positivism” en Patterson, Dennis (ed.), *A companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell Publishers, 1996, p. 244.

⁹ Cfr. Finnis, John, “Law as Co-ordination”, *Ratio Juris*, vol. 2, 1999, pp. 97-104; Honoré, Tony, “The dependence of morality on law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, 1993, pp. 1-17.

para hacer lo que moralmente nosotros tenemos razón de hacer.¹⁰ Esto puede ayudarnos, de vez en cuando, con experiencia o saber adicionales. Puede también ayudar a fortalecer nuestra solución. En el último caso la norma jurídica normalmente replica el contenido de una norma moral que existe independientemente de ese contenido, pero cambia las consecuencias morales de fracasar al adecuarse a este (es decir, las normas morales adicionales que se refieren a lo que debe ser hecho en respuesta al fracaso). Esta es otra manera importante en la que el Derecho puede realizar intervenciones moralmente justificadas, contribuyendo, de este modo, a la moralidad. Algo importante de entender es, no obstante, que las intervenciones del Derecho no están automáticamente justificadas. Con frecuencia, el Derecho no se restringe a sí mismo la búsqueda entre alternativas morales elegibles sino que elige, en su lugar, una alternativa moralmente inaceptable. En principio, deberíamos tratar al Derecho, en esos casos, con el desprecio o ridículo que se merece. Esto es pues hay un gran trecho que va de pretender autoridad moral a en realidad tenerla.

III. ¿LA MORALIDAD SIEMPRE HACE PARTE DEL DERECHO?

La moralidad tiene lagunas y a veces requiere del Derecho para subsanarlas. Pero esto también es cierto a la inversa. Frecuentemente, el Derecho tiene lagunas y necesita la ayuda de la moralidad para disminuirlas. Las normas jurídicas, al igual que las morales, a menudo entran en conflicto entre sí, y con frecuencia tales conflictos no pueden ser resueltos usando únicamente normas jurídicas. Las indeterminaciones del lenguaje y la intención por parte de los legisladores, por otra parte, pueden afectar al Derecho de tal modo que frustran su rol de completar las lagunas morales. El conflicto jurídico y la indeterminación requieren recursos extrajurídicos para superarlos.¹¹ Y la necesidad de superarlos es a menudo una necesidad apremiante para el Derecho. Muchos funcionarios jurídicos, sobre todo jueces, están obligados por sus juramentos (u otros deberes) a conocer y a decidir cualquier caso que caiga dentro de su jurisdicción. Ellos no pueden suspender su juicio (es decir, abstenerse de una decisión), como por el contrario sí lo podemos hacer el resto de nosotros y mantenerlo así, suspendido.

¹⁰ Cfr. Raz, Joseph, *The morality of freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 75.

¹¹ Cfr. Raz, Joseph, *The authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, pp. 53-77.

¿Cómo es que los jueces, quienes son los funcionarios jurídicos públicamente más afectados por las lagunas jurídicas, usan la moralidad para referirla en sus deliberaciones jurídicas? Una sencilla respuesta, bosquejada por Hart,¹² señala lo siguiente. Primero, un juez va tan lejos como puede con las NORMAS JURÍDICAS. Después se encuentra con una laguna, y por ello, con una consecuente posibilidad de actuar discrecionalmente. El juez ejerce su DISCRECIONALIDAD al usar razones morales y normas (o de hecho, otras razones y normas) para colmar la laguna. Al hacerlo, crea nuevas normas jurídicas. Este es el reverso del caso de coordinación discutido arriba, en el cual existe una laguna moral que la ley nos permite completar (al escoger la izquierda en lugar de la derecha, por ejemplo). Pero es bastante raro para los jueces colmar lagunas de esta manera cuasi-legislativa. En la mayoría de las culturas jurídicas, es el último recurso. En su lugar, los jueces usualmente colman las lagunas ajustándose al RAZONAMIENTO JURÍDICO. Ellos combinan las normas jurídicas existentes con otras premisas, incluyendo premisas morales no reconocidas hasta ese momento por el Derecho, para llegar a nuevas conclusiones jurídicas. Ustedes pueden decir que esto no es realmente un razonamiento jurídico dado que, hipotéticamente, incluye normas que aún no están reconocidas por el Derecho. Es cierto, esto significa que no se trata de un razonamiento *sobre* el Derecho. El juez que lleva a cabo tal razonamiento no está determinando lo que el Derecho ya dice. Pero este razonamiento es acorde *con* el Derecho. El Derecho se configura no-redundantemente en el razonamiento del juez si bien no determina por sí mismo la conclusión de este.¹³

Este es un típico ejemplo del razonamiento jurídico entendido como razonamiento acorde con el Derecho:

- (1) Nadie debe ser discriminado en el ámbito laboral a causa de su sexo (regla jurídica existente);
- (2) Denegar a una mujer un trabajo en razón de su embarazo es moralmente igual que denegárselo en razón de su sexo, a pesar de que no haya una comparación con el sexo masculino conforme de la mujer embarazada que permitiría que la denegación se considerase como sexualmente discriminatoria en el sentido técnico hasta entonces reconocido por la ley (proposición moral que invoca una norma moral de paridad). Entonces, (3) a nadie se le debe negar un trabajo en razón de su embarazo (nueva regla jurídica);
- (4) D le fue denegó un trabajo a P en razón de su embarazo (constatación de hecho); Por tanto, (5) D aún debe a P el trabajo que le fue negado, o algún sustituto que lo compense (decisión jurídica).

¹² Cfr. Hart, H.L.A., *op. cit.*, pp. 124-54.

¹³ Cfr. Raz, Joseph, *Ethics in the public domain*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 326-40.

Incluí los pasos finales (4) y (5) para dejar claro que la decisión en el caso (5) es una norma jurídica diferente de la regla en la que está basada (3), incluso si el contenido de la decisión se sigue de la aplicación de la regla de constatación del hecho (4). Es una norma diferente porque tiene consecuencias jurídicas diferentes. En particular, usualmente permite a P el acceso a acciones jurídicas que no estarían disponibles si la decisión no estuviese en su favor. Es también preciso mencionar que la decisión en el caso (5) puede vincular a posteriores funcionarios incluso si la regla en la cual está basada (3) no lo hiciere. El que la regla (3) obligue o no a funcionarios posteriores depende de si del tribunal realizando el razonamiento está en un nivel tal dentro del sistema que permita crear precedentes vinculantes. Pero la decisión en (5) vincula a funcionarios posteriores incluso si quien participa en el razonamiento es el tribunal de menor jurisdicción, pues es parte de la naturaleza de un tribunal que sus decisiones vinculen aunque sus reglas no lo hagan.

Muchos malentendidos se centran en el estatus de (2) y el consecuente estatus de (3). Mucha gente se preocupa acerca de dónde el tribunal obtiene su licencia para invocar una norma moral en (2) y, de este modo, cambia el Derecho para incluir a (3). Una reacción común es probar y mostrar que (3) ya era realmente parte del Derecho antes que el tribunal la invoque,¹⁴ o que de todas maneras está cubierta por algunas normas jurídicas generales que facultan su uso.¹⁵ Algunas respuestas están incluso encaminadas a señalar que hay un cuerpo de Derecho que llega a existir sin que nadie lo haya anunciado, usado, o interactuado de ninguna forma con él. Esta maniobra es necesaria sólo a causa de una errada suposición de que los jueces, en tanto que sean jueces, deben toda su lealtad al Derecho. En esta suposición, la cuestión clave es: ¿Cómo, jurídicamente, los jueces llegan a estar facultados para invocar la moralidad? ¿Cuales recursos pueden adecuadamente invocar para fundamentar la premisa (2)? Pero esto invierte el orden propio de la interrogante. La cuestión clave acerca de los jueces es: ¿Cómo, moralmente, los jueces llegan a estar facultados para invocar el Derecho? ¿Cuales recursos pueden adecuadamente invocar para fundamentar la premisa (1)? Pues los jueces son seres humanos como el resto de nosotros. En virtud de ese hecho, la moralidad tiene un inevitable dominio sobre ellos. Mientras que, por otra parte, su relación con el Derecho, al

¹⁴ Cfr. Dworkin, Ronald, "The model of rules", *University of Chicago Law Review*, vol. 35, 1967, pp. 16-40.

¹⁵ Cfr. Coleman, Jules, *The practice of principle*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 103-119.

igual que la de ustedes y la mía, es evitable. Ellos necesitan una razón moral para mantenerse responsables ante el Derecho, pero no necesitan una razón legal para mantenerse a sí mismos responsables ante la moralidad.¹⁶

¿Qué razón moral tienen los jueces para mantenerse responsables ante el derecho? Por supuesto, tienen las mismas razones que ustedes y yo. Ellos deben aplicar el derecho moralmente justificado porque forma parte de la moralidad; ese derecho tiene la fuerza moral que se supone debe tener. Pero los jueces, y algunos otros funcionarios jurídicos, tienen razones extra-morales que van más allá de esto. Tienen razones extra-morales para respetar el derecho incluso en los casos donde en el derecho no está moralmente justificado. Puesto que los jueces se comprometieron a respetar el derecho desde que aceptaron hacer su trabajo, esto da a las normas jurídicas una fuerza extra que no habrían tenido si los jueces no se hubiesen comprometido a respetarlas. Los jueces deben tolerar algunas deficiencias morales en el Derecho que ellos no tendrían que tolerar si no hubiesen asumido, como parte de su trabajo, el respeto del Derecho. Sin embargo, ellos no deben, por la misma razón, tolerar ninguna deficiencia moral en este. Invariablemente, como en el ejemplo esquematizado arriba desde (1) a (5), los jueces deben esforzarse por mejorar el derecho al revertir o refrenar las inmoralidades introducidas por otros funcionarios, en la medida en que tengan el poder jurídico para hacerlo. Y sólo ocasionalmente, en casos de extrema inmoralidad, deben simplemente desobedecer el derecho (mientras quizá pretendan respetarlo).

En muchos sistemas jurídicos la obligación moral de respetar el Derecho que el juez prometió al asumir su trabajo está formalizada en un juramento. El contenido de tal juramento no tiene ningún valor. En muchos sistemas jurídicos los jueces toman un juramento para hacer “justicia de acuerdo con el Derecho”, o algo por el estilo. Esto no es un juramento para aplicar el Derecho. Por el contrario, es un juramento para hacer justicia, para decidir casos de conformidad con una justificación moral. Para hacerlo no se debe usurpar el rol de la legislatura, puesto que el juramento no autoriza la legislación judicial. Este autoriza cambios judiciales en el Derecho, para hacer al Derecho más justo, pero sólo cuando estos cambios son consecuencia del razonamiento jurídico, es decir, mediante el razonamiento de conformidad con el Derecho. Este es el “de conformidad con el Derecho” que es parte del juramento. Esto explica el sentido en cual el razonamiento jurídico es un tipo de razonamiento moral. Nótese que esto sigue siendo consistente con la idea que todo Derecho está elaborado por al-

¹⁶ Cfr. Raz, Joseph, “Incorporation by Law”, *Legal Theory*, vol. 10, 2004.

guien. En este caso, el Derecho está hecho por alguien (un juez) que crea un nuevo Derecho usando una norma moral en su razonamiento, una norma moral que de este modo llega a ser legalmente reconocida. La moralidad no entra en el Derecho por su propia cuenta. A causa de la naturaleza del Derecho, siempre corresponde a un funcionario convertir una norma moral en una norma jurídica.

IV. ¿ TIENE EL DERECHO UNA MORALIDAD INTERNA?

Algunas personas se sienten atraídas por la idea de que nada es legal a menos que pase un examen moral. Esto es completamente diferente de la idea de que la moralidad a veces y de algún modo se infiltra a través del Derecho por su propia cuenta, sin la intervención de algún funcionario. Se puede aceptar que nada entra en el Derecho sin la intervención de algún funcionario, y aun así insistir que un inequívoco examen moral *también* necesita realizarse antes que alguna norma se califique como legal. Las versiones más difundidas de esta propuesta afirman que hay un valor moral o ideal denominado *legalidad*, el cual se refiere a que una norma se califica como legal sólo si exhibe este valor.¹⁷ Muchos suscriptores de esta idea agregan que esa exhibición del valor de la legalidad es cuestión de grado, por lo que tales normas pueden ser *más o menos* legales.

Hay una confusión aquí. Es verdad que hay un ideal moral de la legalidad, y que el Derecho puede aproximarse a (o apartarse de) este ideal, y en ese sentido ser más (o menos) legal. El ideal, sin embargo, se aplica a las normas jurídicas porque son Derecho. No es que sean Derecho porque sean conformes con ese ideal moral. Para decirlo de otra manera, si las normas jurídicas no fueran Derecho, no podría sostenerse el ideal de legalidad en primer plano y por ello no podrían ser conforme con ese ideal.¹⁸ Así que no podría darse el caso de que si las normas jurídicas no fueran conformes con ese ideal moral, no serían Derecho. De hecho, esta es una pequeña exageración. El ideal de la legalidad puede también ser usado para juzgar otras normas y sistemas de normas en la medida en que sean similares al Derecho. Pero, de nuevo, esto requiere que su parecido deba determinarse independientemente de si están o no conformes con el ideal.

¹⁷ Cfr. Dworkin, Ronald, "Hart's postscript and the character of political philosophy", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, 2004, pp. 23-27.

¹⁸ Cfr. Finnis, John, *Natural law and natural rights*, *op. cit.*, pp. 363-6.

El Derecho, entonces, es siempre legal en un sentido (siempre forma parte de algún sistema jurídico), pero puede ser más o menos legal en otro sentido. No es un oxímoron, por tanto, hablar de Derecho ilegal. El que sea jurídico está determinado sin argumento moral, sólo por observar al agente que lo elabora y la manera en que se hace. El que sea ilegal en el sentido fuerte es, sin embargo, un juicio moral que uno puede hacer una vez que acepta que es jurídico.

¿Qué es el ideal de la legalidad? Es el ideal también conocido como Estado de Derecho, *Rechtsstaat*¹⁹ o la “moralidad interna” del Derecho.²⁰ Es un ideal de gobierno por el Derecho, en el cual la gente puede ser guiada por el Derecho mismo y mediante la expectativa de que los funcionarios serán guiados también por él. Sus principales ingredientes son las siguientes normas: reglas jurídicas que deban ser prospectivas,* públicas, claras y estables; decisiones jurídicas que deban estar basadas en esas reglas prospectivas, públicas, claras y estables; las reglas deben ser aplicadas por un poder judicial independiente, con facultades de revisión sobre los demás funcionarios; los tribunales deben ser públicos y accesibles; y los principios de *audi alteram partem* (“ambas partes deben ser escuchadas”) y *nemo in sua causa iudex* (“nadie debe ser juez en su propia causa”) deben ser observados.²¹

Es fácil ver aquí por qué los abogados, quienes tienden a estar profesionalmente comprometidos con este ideal de legalidad, deben estar moralmente inquietos acerca de la legislación judicial, o de manera más genérica acerca de la creación judicial del Derecho. Se puede decir que la creación judicial del Derecho puede violar varias de las normas arriba enlistadas. El Derecho que es aplicado en tales casos no es prospectivamente creado, y no es claro en qué momento es violado, y ni tampoco es claro en qué sentido la decisión está basada en tal derecho nuevo. El Derecho es, en resumen, inasequible para la guía de aquellos quienes supuestamente deben ser guiados por él. No sorprende que algunos teóricos estén motivados a encontrar una manera de mostrar que la premisa (2), en el ejemplo del razonamiento jurídico que señalamos arriba, sea ya parte del Derecho antes que el juez lo haga.

¹⁹ Cfr. MacCormick, Neil, “Der Rechtsstaat und die Rule of Law”, *Juristenzeitung*, vol. 39, 1984, pp. 65-70.

²⁰ Cfr. Fuller, Lon, *The morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1964.

* *N. del T.* Es decir, elaboradas con miras a regular las conductas que sucedan con posterioridad a su entrada en vigor, lo cual de manera implícita señala, en principio, la prohibición de que sean aplicadas retroactivamente.

²¹ Cfr. Raz, Joseph, *The authority of Law*, *op. cit.*, pp. 214-9.

A decir verdad, sin embargo, el ideal de la legalidad no se afecta con la creación judicial del Derecho tan exhaustivamente como sugiere este planteamiento. Primero, hay lagunas inevitables en el Derecho y no podemos evitar dejar que los jueces las colmen. En tanto los jueces eviten legislar y en su lugar completen esas lagunas inevitables mediante el razonamiento judicial, se estarán basando en el Derecho para desarrollar el Derecho y no anularán las expectativas de nadie al respecto. Así el ideal de la legalidad no está comprometido y no puede ser frustrado. Segundo, hay demandas conflictivas dentro del ideal de legalidad en sí mismo. Algún sacrificio de claridad prospectiva en el Derecho puede estar justificado para, por ejemplo, asegurar que todos tengan un juicio justo. Finalmente y más importante, el ideal de la legalidad no es el principio y fin del éxito moral en el ámbito del Derecho. Sus normas pueden entrar en conflicto con otras normas morales que no son parte del ideal de la legalidad. En esas ocasiones, la legalidad del Derecho debe a veces ser sacrificada en favor de lograr otras reformas morales en el Derecho. En tales ocasiones, los jueces deben justificadamente apartarse del Derecho (como cuando deciden en contra de las normas) incluso si ello rompe con las expectativas de las personas. El último punto es con frecuencia pasado por alto. El paradigma del Derecho es de aquel Derecho que exhibe todas las virtudes morales que pueden ser exhibidas por las instituciones, no solo la virtud de la legalidad. Cuando el derecho puede exhibir la legalidad únicamente a expensas de otras virtudes morales, de ninguna manera se concluye inevitablemente que la legalidad deba triunfar.

V. ¿HAY UNA OBLIGACIÓN MORAL DE OBEDECER AL DERECHO?

Hemos hasta ahora encontrado dos importantes puntos acerca de la obligatoriedad moral del Derecho (véase, LA OBLIGACIÓN DE OBEDECER EL DERECHO). El primero es que la obligación e imposición de normas jurídicas están a veces moralmente justificadas, así como cuando estas son las que crean obligaciones morales. El “a veces” aquí debe ser entendido como referido a las diferencias entre normas jurídicas diferentes, pero también a diferencias entre diferentes aplicaciones de la misma norma jurídica única. Una norma jurídica puede estar moralmente justificada cuando se aplique a una persona y no se aplique a otra, o moralmente justificada cuando se aplique a una acción y no se aplique a otra. Una regla jurídica que prohíba

pasarse la luz roja del semáforo es más relevante, moralmente hablando, cuando la luz roja está en un cruce muy transitado que cuando está en medio de la nada. En algunos casos la ubicación del semáforo puede ser tan absurda como para hacer que el Derecho, en relación con la luz roja, se encuentre moralmente injustificado, por lo que la obligación jurídica de detenerse que se crea no produce una obligación moral similar. Todos estos problemas dependen de los detalles de la situación concreta. Es difícil imaginar algún Derecho que tenga *toda* la fuerza moral que pretende tener. Incluso en las mejores de las normas jurídicas se encuentran casos donde se excede a tal grado que su aplicación está moralmente injustificada, por lo que idealmente debería ser frenada.

El segundo punto encontrado es que las personas pueden agregar obligaciones al rango de obligaciones morales que el Derecho les da cuando toman juramento o votos de obediencia, ya sea prometiendo o comprometiéndose a obedecer, o mediante otro tipo de compromiso mediante el cual se obliguen a sí mismos a prestar obediencia. A través de estos métodos, las personas pueden obligarse a sí mismas a seguir incluso normas moralmente injustificadas: normas sumamente complicadas, inútiles o excesivas, aunque probablemente no categóricamente inmorales. Las personas ya mencionadas que típicamente se encuentran en esta situación son los jueces. Pero hay otros más. Nuevos inmigrantes, policías, jefes de Estado y otros más a menudo realizan tales compromisos. Pero la mayoría de las personas no los hacen, y no tendrían por qué hacerlos. Si cada quien debiese tratar de comprometerse a sí mismo, eso podría neutralizar el efecto moral del acto del compromiso, y por ello, podría ser una intervención contraproducente.

Una larga tradición en filosofía política ha intentado de extender el alcance de tal compromiso, y por tanto de las obligaciones extra-morales que genera, para todos a quienes el Derecho se aplica, o al menos para cada ciudadano a quien el Derecho aplica. Argumentos complejos se han elaborado para mostrar cómo las personas que nunca han hecho tales juramentos u otro tipo de promesas de obedecer al Derecho, de ninguna manera deben ser tratados como si lo hubiesen hecho. La cuestión más interesante acerca de esta amplia pero malograda tradición es: ¿por qué importa tanto mostrar que las personas tienen una obligación moral extensiva de obedecer el Derecho parecida a la que tienen jueces y policías? ¿Por qué uno tendría que asumir todo esta problema para mostrar consentimiento, convenio u otro compromiso? Esto es un misterio. Parece que hay una inquietud común acerca del desorden social, acerca de la ruptura del Estado de Derecho. Esta inquietud es razonable. Pero la existencia o no de una obligación moral de obedecer el Derecho es irrelevante para un futuro desor-

den social. A lo sumo, evitar el desorden social brinda una razón a las personas para *pretender* que tienen una obligación moral de obedecer el Derecho, es decir, afirmar del Derecho una justificación moral mayor de la que realmente posee. E incluso este pretexto es defendible sólo si las personas sostuvieran que el desorden social va a afectar (lo que ellos creen que son) sus obligaciones morales. ¿Por qué lo harían? Si ellos no se preocuparan por sus obligaciones morales para no provocar desorden social, en particular su obligación de no atentar contra el Estado de Derecho, ¿por qué tendrían que cuidar de su supuesta obligación moral de obedecer el Derecho, la cual parece que es de poca importancia? Lo mismo vale para los homicidas. Si ellos no le dan peso a su obligación moral de no matar, ¿qué nos hace pensar que ellos darán más peso a su obligación moral de obedecer la norma jurídica que indica no matar? Lo que hace que tales personas se detengan es la amenaza efectiva de sanción, y si el Derecho se impone o no sobre la base de amenazas efectivas es absolutamente independiente de si hay o no una obligación moral de obedecer por parte de una persona amenazada.

El problema moral del Derecho no es el problema de cómo o por qué el derecho le habla a los delincuentes morales. El problema moral del Derecho es el problema de cómo y por qué le habla a las personas moralmente decentes. ¿Por qué, moralmente hablando, deberían ceder ante el Derecho? ¿Por qué deberían dar crédito a ancianos en pelucas, políticos clientelistas, o sujetos fornidos con escudos antimotines? ¿No es esta una rendición moralmente irresponsable de nuestro juicio moral?²² Ya vimos que a veces está justificado. Pero no hay razón para pensar que siempre, normalmente o presuntamente sea así. El Derecho debe ser visto con un ojo escéptico, para ver cuán absurdo (o peor que eso) es que trate de conseguir aceptación de nosotros al afirmar su autoridad moral por sí mismo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert, "On necessary relations between Law and Morality", *Ratio Juris*, vol. 2, 1989.

COLEMAN, Jules, *The practice of principle*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

²² Cfr. Wolff, Robert Paul, *In defense of Anarchism*, New York, Harper and Row, 1970.

- COLEMAN, Jules, y LEITER, Brian, "Legal positivism" en Patterson, Dennis (ed.), *A companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell Publishers, 1996.
- DWORKIN, Ronald, "The model of rules", *University of Chicago Law Review*, vol. 35, 1967.
- _____, *Law's empire*, Cambridge-Mass., Harvard University Press, 1986.
- _____, "Hart's postscript and the character of political philosophy", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24.
- FINNIS, John, *Natural law and natural rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980.
- _____, "Law as Co-ordination", *Ratio Juris*, vol. 2, 1999.
- _____, "Aquinas' Moral, Political and Legal Philosophy", Edward N. Zalta (ed.) *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2005, en <http://plato.stanford.edu/entries/aquinas-moral-political/>.
- FULLER, Lon, *The morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1964.
- HART, H.L.A., *The concept of law*, Oxford, Clarendon Press, 1961.
- HONORÉ, Tony, "The dependence of morality on law", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, 1993.
- MACCORMICK, Neil, "Der Rechtsstaat und die Rule of Law", *Juristenzeitung*, vol. 39, 1984.
- POSTEMA, Gerald, "Law's autonomy and public practical reason", en George, Robert (ed.), *The autonomy of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1999.
- RAZ, Joseph, *The authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979.
- _____, *The morality of freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986.
- _____, *Ethics in the public domain*, Oxford, Clarendon Press, 1994.
- _____, "Incorporation by Law", *Legal Theory*, vol. 10, 2004.
- WOLFF, Robert Paul, *In defense of Anarchism*, New York, Harper and Row, 1970.

CAPÍTULO 30

OBLIGACIÓN JURÍDICA

Hernán G. BOUVIER*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Obligación jurídica*. III. *Uso del término y/o concepto “obligación”*. IV. *Fuente de la obligación jurídica*. V. *Contenido conceptual y estructura*. VI. *Obligación jurídica y justificación*. VII. *Bibliografía recomendada*.

I. INTRODUCCIÓN

El término “obligación” se utiliza a menudo aunque no siempre en el mismo sentido. Lo que es más importante, no siempre se está al tanto del sentido en el cual se usa tal expresión. Esto no resulta sorprendente: el alcance y contenido de los términos y conceptos no siempre resulta transparente para quien lo emplea.

La utilización del término y/o concepto “obligación jurídica” comparte y hereda tal fenomenología. En efecto, se lo utiliza a menudo, no siempre en el mismo sentido, y muchas veces resulta opaco para quien lo utiliza.

El presente texto trata de colaborar en la tarea de identificar qué se pretende indicar o decir cuando se utiliza el término y/o concepto “obligación jurídica”. Además, persigue un propósito ulterior: indicar qué concepciones sobre obligación jurídica implican ciertos compromisos conceptuales y con qué ideas son incompatibles. Es en ese sentido una tarea conceptual pues no pretende identificar el “verdadero” sentido de obligación jurídica. No hay objeción de fondo que hacer a una tarea con tal pretensión. Esta puede resultar valiosa en ciertos contextos. Simplemente no es la que se emprenderá aquí.

* Profesor de la Universidad Nacional de Córdoba e Investigador de CONICET.

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 2, pp. 1123- 1145.

II. OBLIGACIÓN JURÍDICA Y OBLIGACIÓN DE OBEDECER AL DERECHO

Dependiendo del contexto puede ser posible distinguir entre la pregunta sobre qué es una obligación jurídica y cuándo es obligatorio de acuerdo a otras consideraciones hacer aquello que se considera una obligación jurídica. Aunque es cierto que muchas veces estas preguntas están relacionadas, y la respuesta a una implica la automática respuesta a la otra, no puede decirse que necesariamente es así.

Puede aludirse a las dos cuestiones distinguiendo entre “norma jurídica de obligación” y “obligatoriedad de las normas (de obligación)”.

No toda norma es una norma de obligación, pues se considera que hay normas que facultan, prohíben o permiten conductas. Por tanto se puede hablar de “norma de obligación” como una especie dentro del género normas. A su vez, esta cualificación de las normas puede dejar lugar a preguntarse por la obligatoriedad (de acuerdo a otras consideraciones) de la norma jurídica de obligación. (véase, NORMA JURÍDICA).

La distinción entre ambas preguntas es relevante debido a que no siempre es claro qué es lo que se pretende determinar cuando, por ejemplo, se pregunta en qué consiste la “verdadera” obligación impuesta por una norma jurídica de obligación.

Esta pregunta puede pretender determinar qué es lo que establece o impone el derecho sobre una determinada cuestión y es lógicamente redundante con las normas jurídicas que imponen obligaciones.

En otro sentido, la pregunta puede apuntar ya no a determinar cuál es el alcance de la norma jurídica que impone la obligación, sino si esa norma que impone una obligación jurídica debe ser seguida de acuerdo a otras consideraciones no jurídicas (v.g. morales, políticas, éticas, estéticas). Es decir, se refiere a la obligatoriedad (de acuerdo a otras consideraciones) de la norma jurídica de obligación.¹ (véase, NORMATIVIDAD DEL DERECHO).

Una manera alternativa de distinguir entre estas dos cuestiones es aludir a la distinción entre identificación de una obligación jurídica y normatividad de esa obligación jurídica, división que depende de la distinción entre la pregunta por la identificación del derecho y su normatividad (de acuerdo a otras consideraciones).

¹ Sobre este doble aspecto de los deberes y obligaciones jurídicas, véase Ross, Alf, “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, *El concepto de validez y otros ensayos*, México, Fontamara, 2001.

La distinción entre obligación jurídica y la obligatoriedad según otras consideraciones no es necesariamente definitoria de una u otra forma de ver el derecho. Una opción, por ejemplo, es decir que hay una distinción que hacer entre obligaciones jurídicas a obedecer y obligaciones jurídicas que no deben ser obedecidas (de acuerdo a otras consideraciones). Esto puede afirmarse tanto desde una visión que sostiene que toda obligación jurídica proviene de acciones o fuentes sociales (i.e. POSITIVISTA y descriptiva) como desde una visión que niega parcial o totalmente esta forma de ver las cosas (v.g. IUSNATURALISTA). La cuestión depende, claro está, de cómo se caractericen los términos y concepciones involucradas.

Se puede llegar a asumir que la distinción en cuestión no puede funcionar si se considera que las obligaciones morales son equivalentes a aquellas que determinan o deciden la pregunta final sobre qué hacer. Existen diferentes formas de referirse a esta idea. Por ejemplo acordándole a las obligaciones morales el carácter de finales, sustantivas o concluyentes. De todos modos, incluso quien sostiene que existen obligaciones morales (en el sentido de finales, sustantivas, concluyentes, etc.) puede reconocer algún aspecto distintivo a la idea de obligación jurídica.

Una vía para mantener la distinción es dividir entre diferentes obligaciones jurídicas. Por ejemplo, entre perfectas e imperfectas y acordarle el valor de “verdadera” obligación – en el sentido de final, concluyente, más fuerte – sólo a las primeras. Este tipo de distinciones, sin embargo, no puede realizarse irrestrictamente.

Si se considera que el significado de “obligación” incluye lo que determina un curso de acción (que dependiendo la terminología puede llamarse “más fuerte”, “final”, “concluyente”), no hay espacio para hablar de obligaciones que no determinan un curso de acción finalmente, pues supone una contradicción en los términos.

Si se considera que la distinción puede hacerse - pues se adscribe algún significado diverso a cada ocurrencia de la expresión “obligación” (i.e. “obligación jurídica” no es lo mismo que “moral” o “final”) - no habría problemas en sostener que hay obligaciones jurídicas y de otro tipo, y que las primeras no deciden la cuestión final sobre qué hacer.

Esta última afirmación puede rechazarse de dos maneras: negando la posibilidad de existencia de obligaciones jurídicas, o negando la posibilidad de existencia de obligaciones morales.

La primera variante puede basarse en el llamado realismo moral. De acuerdo al realismo moral existen obligaciones morales y pueden ser conocidas y descritas, y en conflicto entre estas obligaciones y otras, se debe realizar lo que indican las primeras. Si se considera que esto excluye la posibili-

dad de hablar de obligaciones en otros términos que no sean morales debería desarrollarse una argumentación en la siguiente línea: las obligaciones jurídicas parecen (pero no son) verdaderas obligaciones y quienes creen que existen están presos de una ilusión o creencia sistemáticamente falsa.

La segunda vía para negar la distinción entre obligación jurídica y obligación moral niega la existencia de obligaciones morales. Una forma de plantear esto de manera sustentable es mediante una tesis de carácter restrictivo o sobre lo que hay o existe. Es decir, recurriendo a lo que suele llamarse una “tesis ontológica” restrictiva. Así, puede sostenerse que sólo existen las entidades que satisfacen ciertas propiedades y que las putativas entidades morales no satisfacen tales propiedades, por lo que están excluidas de la existencia. Una vía de esta variante lleva a un problema. Generalmente está relacionada con concepciones apegadas a las ciencias naturales, el empirismo duro o también llamado “naturalismo”.

La idea según la cual sólo existen los hechos a los que aluden las ciencias naturales, entendida en el sentido de que sólo existen hechos que pertenecen a un sistema espacio-temporal causalmente cerrado, ciertamente puede conllevar a sostener que no existen obligaciones morales. Esto es así en los casos en que se sostenga que las entidades morales no pertenecen al dominio en cuestión. Tal enfoque, en conjunción con la idea de que sólo existen hechos empíricos, y que de los hechos no puede pasarse a las normas (o reglas), lleva a la conclusión de que no existe ninguna norma (regla). Esto puede servir para eliminar del mundo las extrañas entidades morales, como las obligaciones, pero al precio de tirar por la borda la idea de “regla”, que resulta imprescindible para construir cualquier teoría.

Por el contrario, puede sostenerse que existe algún carácter distintivo de las obligaciones jurídicas, pero esto no tiene por qué implicar que no existen deberes morales, sustanciales o de otro tipo.² La vía argumentativa que hace posible esto es sostener que el término “obligación” no siempre refiere en todo contexto a las mismas cosas y que la referencia a obligaciones morales y jurídicas ejemplifica esta situación. Además, se debe contar con una tesis de tipo “ontológica” medianamente amplia sobre lo que existe. Es decir, que tolere entidades de variado tipo.

Si se acepta que es posible distinguir entre obligaciones jurídicas y de otro tipo, es posible adentrarse en el siguiente análisis. Para ello resulta útil

² Véase Caracciolo, Ricardo. “Realismo moral vs. positivismo jurídico”, *El derecho desde la filosofía*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2009.

distinguir entre uso del término o concepto; fuente u origen; contenido conceptual/estructura; y justificación de una obligación jurídica.

III. USO DEL TÉRMINO Y/O CONCEPTO “OBLIGACIÓN”

Las obligaciones se consideran en general parte de las llamadas pautas de conducta. Una característica asociada a las pautas de conducta es que permiten discriminar entre acciones correctas e incorrectas. En el caso puntual de las obligaciones se suele sostener que una persona tiene una obligación cuando debe (tiene que, está sujeto a, se le ha impuesto) realizar una determinada conducta. Así, en el lenguaje cotidiano podría decirse de manera indistinta “se debe respetar a los padres” “se tiene que respetar a los padres” y también “los hijos están sujetos a lo que los padres decidan”. Estas expresiones no siempre significan lo mismo, aunque todas ellas pueden ser (y de hecho son) usadas para hablar de obligaciones.

Las expresiones que de manera intercambiable se utilizan para referir al concepto de obligación indican, cual más, cual menos, que hay un curso de conducta a seguir frente al cual el agente está vinculado o atado de manera especial.

La alusión a una atadura suele conectarse con el origen latino de la expresión. También se alude a la estrecha relación entre la ligazón y los deberes. En otros casos se refiere a la imposición de determinadas acciones en virtud de acciones anteriores (dañar obliga a indemnizar), o en virtud de manifestaciones de promesa o compromiso, pero en todo caso restringiendo el concepto al ámbito civil. Es claro que en el amplio y extenso derecho romano no hay un sólo significado de *obligatio* y que éste, además, fue cambiando su significado.³ No es claro, por ejemplo, si cabe aplicar el término *obligatio* a obligaciones que surgen de posiciones institucionales, algo que no está vedado al uso actual.⁴

³ Sobre cómo se fue desplazando el sentido de “obligatio” aplicable en un principio sólo al *ius civile* y luego al *ius honorarium* puede verse Rodríguez Ennes, Luis, “La obligatio y sus fuentes”, *Revista Internacional de Derecho Romano*, abril 2009, en especial pp. 106-108.

⁴ Así, por ejemplo, en algunos casos se vinculaba estrechamente el deber a la obligación que deriva del “officium” (ufficio -it-, oficio -esp-), y con esto se entendía, en algunas de sus acepciones, los deberes que surgen de ciertas posiciones institucionales (como la que tiene un magistrado o un sacerdote). White, Alan R., *Rights*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 1984. También Agamben, Giorgio, *Opus Dei. Archeologia dell' ufficio*, Bollati Boringhieri, 2012. De todos modos no es claro que, en tal contexto, los deberes que surgen del oficio sean equivalentes a los deberes que surgen en el campo de la *obligatio*. Mejor dicho, en un punto

El recurso a la etimología para iluminar lo que se entiende por “obligación” puede ser informativo, aunque insuficiente. En efecto, en otros idiomas parece utilizarse el mismo concepto con diferente terminología (en alemán, por ejemplo, se utiliza “Pflicht” y es menos usual encontrar la expresión “Obligation”). Es relevante tener en cuenta que un mismo concepto puede ser expresado con diversas formulaciones o terminologías. A su vez, el recurso a la etimología en el análisis de un concepto es útil pero puede llevar a confusión. No puede desatenderse el hecho básico según el cual una determinada formulación, expresión o significante puede independizarse de su origen etimológico.

IV. FUENTE DE LA OBLIGACIÓN JURÍDICA

La cuestión sobre el origen o fuente de la obligación jurídica puede ser analizada, al menos, desde dos perspectivas. Llamaré a la primera “interna” y a la segunda “externa”. Se trata aquí, por un lado, de aquello que determina que se tenga por aplicable una norma jurídica que impone una obligación y, por el otro, aquello que genera que exista una norma que estipula una obligación jurídica. Dicho de otra manera: cuándo se dan los supuestos a los que una norma asocia una obligación y cuándo se crea una norma de obligación que contiene tales supuestos.⁵

Desde la perspectiva interna puede decirse que las obligaciones jurídicas tienen su fuente en las acciones precedentes, en el acuerdo y en la posición institucional. Se puede hablar aquí de “fuentes” porque se trata de situaciones normativamente reguladas que dan lugar a la existencia de una obligación. Si alguien daña a otro, surge una obligación de reparar; si acuerda realizar una determinada prestación, está obligado a llevar adelante esa prestación; y si alguien ocupa una determinada posición institucional (v.g., juez, policía, funcionario, padre/madre, tutor) puede tener ciertas obligaciones.

Se consideran casos especiales de posición institucional los casos de “responsabilidad objetiva”. Es decir, los casos en los que no media una

fue claro que eran diferentes (las *obligatio* formaban parte del *ius civile*, no del *ius honorarium*) aunque esto parece haberse modificado con el tiempo. Véase nota anterior.

⁵Al hablar aquí de perspectiva “interna” y “externa” no me refiero al problema del “punto de vista interno/externo” de las reglas según es abordado en la discusión iusfilosófica a partir de la obra de Herbert Hart (que se relaciona, a su vez, con el par aceptante/observador).

acción del obligado conectada causalmente con el hecho que genera la obligación (v.g. la obligación del empleador de responder por las acciones de los operarios, de los padres por el daño ocasionado por sus hijos, etc.).

Las situaciones o supuestos que son fuente de obligaciones jurídicas, en este primer sentido, pueden variar de sistema en sistema.⁶

Cuando se habla en este contexto de “fuente” se pretende indicar que se ha verificado una situación de hecho ubicable en términos espacio-temporales que hace aplicable la norma que prevé una determinada consecuencia jurídica (obligación de hacer o dejar de hacer algo). Un caso especial dentro de esta forma de ver las cosas lo constituyen las obligaciones penales. Mientras que sólo se tiene la obligación, por ejemplo, de pagar si se lo prometió, o de indemnizar si se dañó, podría decirse que la obligación de no matar está en todo caso presente para quien satisface ciertas condiciones (mayor de edad, sano psíquicamente, etc.). En realidad, hay dos formas de analizar este supuesto.

En primer lugar hay que identificar quién es el destinatario de la obligación (o el sujeto obligado) y en su caso a qué acción. Se puede decir, en el caso de las normas penales, que el obligado a realizar una determinada acción es el juez cuando se den ciertas condiciones en el mundo (que alguien haya matado a otro). Surge la obligación de sancionar cuando alguien mata a otro (este podría ser el enfoque favorecido por Kelsen). En este caso no hay diferencia con los supuestos anteriores. Alternativamente se puede decir que la obligación está dirigida al “ciudadano” (no debe matar) y que es una obligación que subsiste en todo tiempo y lugar mientras detente ciertas propiedades genéricas (v.g. estar lúcido o con capacidad de conocer y entender).⁷

En todos estos casos, si se asume este enfoque, se considera que las obligaciones surgen de las normas jurídicas. Por ello no resulta del todo informativo en este contexto sostener que las obligaciones jurídicas provienen de los contratos, las acciones dolosas y culposas o de la ley (como suele resaltar la doctrina civilista). En un sentido todas provienen de la ley pues se las

⁶ La doctrina civilista distingue entre diversos supuestos de fuentes (o “causas”) de las obligaciones. Por ejemplo, obligaciones que surgen de actos lícitos, de actos ilícitos (responsabilidad extracontractual), de gestión de actividades, etc.. Estas categorías pueden ser reconducidas a las fuentes indicadas más arriba. Un análisis exhaustivo se encuentra en Inzitari, Bruno, “Le Obbligazioni: fonti e disciplina generale” en Bessone, Mario (ed.). *Lineamenti di diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2008.

⁷ Sobre el destinatario de las obligaciones que surgen de normas penales puede verse el apartado siguiente.

extrae como consecuencia de la normativa sobre contratos, o sobre responsabilidad civil contenidas en los códigos.

Puede llamarse “interna” a esta perspectiva, porque se centra en el contenido de una norma jurídica y su alcance, de manera tal que las obligaciones jurídicas surgen cuando se dan hechos o acciones previstos en las normas de obligación, o son una consecuencia lógica de ese contenido. De este modo, la perspectiva interna identifica invariablemente la fuente de las obligaciones en las normas jurídicas. Esto abre paso a un segundo sentido de origen o fuente de las obligaciones jurídicas en su relación con las normas jurídicas.

Si las específicas obligaciones jurídicas tienen su fuente en las normas jurídicas, puede analizarse ulteriormente cuál es la fuente de la norma jurídica que da lugar a obligaciones. Es este el sentido en el que puede hablarse de fuente externa de las normas (y obligaciones jurídicas). Las obligaciones jurídicas, se sostiene, provienen de normas jurídicas. Responder al origen de las primeras supone tomar posición por el origen y ubicación de las segundas.

Aunque las posibilidades son múltiples, puede decirse que la obligación jurídica, en este aspecto externo, o bien surge de hechos y acciones ubicados espacio-temporalmente (acciones humanas) o bien no puede hablarse propiamente de un origen o fuente, sino más bien de una localización, pues no comienzan o dejan de existir.

La primera opción está vinculada de manera estrecha con la idea del POSITIVISMO JURÍDICO descriptivo. Según este enfoque, las normas jurídicas surgen de fuentes sociales, esto es, de acciones de ciertos sujetos (a determinar).

Los sujetos que mediante sus acciones dan origen a normas y por tanto a obligaciones jurídicas pueden variar según el enfoque. Se puede sostener que las normas emanan de los legisladores o, alternativamente: de los jueces; de los jueces y la actividad de la doctrina; de la regularidad de conducta y aceptación de estas pautas de conducta por parte de alguno de los anteriores; o, por último, de los sujetos a quienes se dirigen. Bajo esta última opción, las obligaciones jurídicas surgen de actos humanos de seguimiento, cumplimiento, conformidad, aceptación, etc. de la “ciudadanía”. Es esto lo que está involucrado cuando informalmente se sostiene que dado que ya nadie respeta una determinada obligación jurídica, no hay tal obligación.

En todo caso - para esta concepción - las normas y obligaciones jurídicas empiezan a existir o cesan de hacerlo en virtud de ciertos hechos o actos. La forma en que se crean o eliminan normas de obligación variará

según a qué hecho, acción social o sujeto se le acuerde la capacidad de introducir o eliminar normas del sistema. Las teorías positivistas descriptivas coinciden en que las normas jurídicas surgen de hechos y acciones sociales realizadas por ciertos agentes, pero disienten sobre cuáles son esos agentes.

Una alternativa a la idea de fuentes sociales de las obligaciones jurídicas consiste en sostener que se originan en entidades o consideraciones no positivas. Como presumiblemente esto lleva a que no comiencen y dejen de existir, aquí con *f fuente* u *origen* no se refiere estrictamente aquello en virtud de lo cual algo surge, aparece o comienza a existir, sino a una relación diferente. Se puede sostener que el origen o fuente de una obligación jurídica, en este caso, refiere a algún tipo de relación exitosa que la putativa obligación jurídica tiene que satisfacer con respecto a otras consideraciones (v.g. morales, políticas). Estas relaciones pueden ser de dos tipos: o bien se sostiene que las obligaciones jurídicas son una consecuencia lógica de otras consideraciones normativas no jurídicas, o bien se sostiene que se corresponden con tales consideraciones. Aquellas normas que pretenden imponer obligaciones jurídicas que no satisfacen las relaciones de deducibilidad o correspondencia no valen como obligaciones jurídicas. Naturalmente surge aquí el problema de la redundancia y de la trivialidad, pues se torna elusivo el carácter distintivo que tendría una obligación jurídica más allá de derivarse de, o corresponderse con, la consideración extrajurídica que le sirve de fuente.

Quizás en estos casos se esté pensando en lo que suele ser llamado “fundamento”.

Si se considera que aquí al aludir a origen o fuente como deducibilidad o correspondencia se está en realidad hablando de “fundamento” de una obligación jurídica conviene remitirse a las consideraciones que se hacen más abajo sobre justificación.

V. CONTENIDO CONCEPTUAL Y ESTRUCTURA⁸

Se asocia al concepto de obligación jurídica las siguientes características: (a) la existencia de una pauta de conducta que manda a hacer o dejar de hacer algo; (b) la conducta en cuestión deja por tanto de ser optativa o facultativa;

⁸ La obligación jurídica suele ser tomada o bien como una especie del género “deber” o bien como su equivalente. Las consideraciones que siguen son independientes de esa discusión.

(c) la conducta complementaria está prohibida o no permitida y (d) la imposición de hacer o dejar de hacer algo es insensible a los deseos del sujeto al que se dirige la pauta de conducta. En este sentido, en ciertos contextos, no sería válida la expresión “S no está obligado a p, porque S no desea p”.⁹ La relación entre los deseos, estados mentales y las obligaciones es un punto problemático, que será abordado más abajo.

El análisis del contenido conceptual y estructura de la obligación jurídica puede ser mejor iluminado explorando cuatro líneas: obligación y lenguaje; obligación y sanción; obligación y estados mentales; obligación jurídica y obligación de la moral social.

1. *Obligación y lenguaje.*

Desde un punto de vista lingüístico los enunciados que expresan obligaciones establecen realizar una determinada acción o mandan a hacer o dejar de hacer algo. No es necesario que aparezcan expresiones como “A está obligado a p en las circunstancias q” o “es obligatorio para los A hacer p en q” para considerar que existe una obligación jurídica. Una obligación jurídica admite diferentes variaciones en sus formulaciones (“tener que”, “se debe”). Incluso admite, como suele indicarse, la utilización de expresiones descriptivas en futuro simple o indicativo. v.g. “El causante del daño *pagará* al demandado el importe equivalente al daño”.

Dentro del conjunto de consideraciones sobre el lenguaje puede aludirse a los problemas lógicos. Desde el punto de la lógica deóntica el carácter deóntico “obligatorio” también puede ser remplazado, en ciertos contextos, por otros caracteres deónticos. Así, al igual que en el lenguaje cotidiano se puede decir “obligatorio no avanzar” o “prohibido avanzar”, en la lógica deóntica son interdefinibles los caracteres O-p y Php. También hay interdefinibilidad entre los caracteres Obligatorio y Permitido.¹⁰

La interdefinibilidad muestra que es posible dar lugar a una misma situación normativa con diferente terminología (de lenguaje cotidiano o lógica). En el caso puntual de la interdefinibilidad lógica, sin embargo, no puede aplicarse irrestrictamente en cualquier contexto y en especial en el

⁹ En un sentido similar a la caracterización (a)-(d), Hart H.L.A., *El concepto de Derecho* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968.

¹⁰ La interdefinibilidad básica entre los caracteres de las normas es la siguiente: sean “P” por permitido, “Ph” por prohibido, “O” por obligatorio y “¬” por negación, tenemos que $Pp = \neg Php = Obl-p$ y $Php = \neg Pp = Obl-p$.

contexto jurídico. Esta interdefinibilidad o coextensionalidad es válida si se habla de normas o caracteres normativos, pero no siempre que se habla del derecho se habla exclusivamente de esto. A veces, aunque se habla de normas y obligaciones, nos referimos a las conductas y si a ellas se le ha acordado o no, contingentemente, una cierta calificación. Si se pasa inadvertidamente de un contexto a otro se puede llegar a aplicar a la descripción del derecho algo que funciona para la interdefinibilidad lógica (para las reglas de la lógica deóntica) pero no para la descripción de reglas jurídicas. No es posible desarrollar aquí este problema, basta indicar un punto.

De acuerdo a la interdefinibilidad de caracteres normativos antes indicada, puede pasarse de Prohibiciones a Obligaciones y de allí a Permisiones (ubicando correctamente los signos de negación para los caracteres y las acciones modalizadas). La famosa frase “todo lo que no está prohibido, está permitido” pretende realizar un movimiento análogo al vincular la prohibición y la permisón. Sin embargo, en la frase referida, esto suele hacerse en un contexto diferente (el de la descripción del derecho y de los caracteres de las conductas) donde la interdefinibilidad no funciona de la misma manera.¹¹

Desde el punto de vista sintáctico, una característica asociada a las obligaciones jurídicas es que son formuladas en lenguaje condicional con condiciones antecedentes que dan lugar al surgimiento de la solución normativa (para el caso, la acción modalizada como obligatoria). La expresión “si se daña el patrimonio de otro es obligatorio indemnizarlo” satisface de manera informal esta caracterización. De acuerdo a ciertos enfoques esta es la forma más común en que los juristas conciben las normas jurídicas y por tanto las obligaciones de este tipo. Para un jurista —se sostiene— una formulación normativa que no respete la sintaxis condicional sería semejante a una fórmula mal formada. Así, enunciados como “no matar” propios de otros ordenes normativos, parecerían al jurista enunciados incompletos.¹² Sin embargo, no hay argumentos contundentes para mostrar que las normas jurídicas sólo responden a unas reglas de formación sintáctica, mientras que las morales responden a otras.

Se puede rechazar esta última afirmación de la siguiente manera: (a) las normas incondicionadas son equivalentes a normas categóricas, y (b)

¹¹ Al respecto Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975, capítulo VII. También puede verse “Permisos y Normas Permisivas”, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 215-238.

¹² Vernengo, Roberto J. “Normas morales y normas jurídicas”, *Doxa*, vol. 9, 1991, pp. 205-223.

las normas categóricas son morales. Tal vía no está exenta de problemas: si se pasa por alto el debate acerca de la relación entre los pares categórico/hipotético e incondicionado/condicionado (que depende, entre otras cosas, de serias discusiones sobre la obra de Kant) todavía queda espacio para decir que el derecho también incluye normas incondicionadas (v.g. algunos principios) y que existen sistemas morales arduamente defendidos que contienen en sus sistemas normas de tipo condicionado.

La asociación biunívoca entre “sintaxis incondicionada=moral”, “sintaxis condicionada=derecho”, es válida sólo para ciertas formas de concebir el derecho, y sólo para ciertas formas de ver la moral.¹³

2. *Obligación y sanción.*

Una de las características asociadas a los sistemas jurídicos es que resultan sistemas de control social coactivos. Es decir, que pretenden imponer ciertas pautas de conducta alterando el horizonte de expectativas de las personas mediante el anuncio de ciertas cargas o perjuicios que llevarían a alentar o desalentar conductas. La sanción penal es un instrumento paradigmático para influir de este modo en la conducta de los individuos. A su vez es posible corroborar empíricamente que los sistemas jurídicos, cuando prevén pautas de conducta, asocian a su desatención un determinado mal o perjuicio sancionatorio. La forma canónica en que suelen aparecer deberes y obligaciones asociados con sanciones es la siguiente: “si S realiza p será sancionado con X”.¹⁴

De la ocurrencia concomitante entre pautas de conducta pretendidas y sanciones puede extraerse la conclusión según la cual la sanción o bien es una condición necesaria de la existencia de una obligación jurídica (no hay obligación jurídica sin sanción) o bien es una característica definitoria conceptual. Con esto último se pretende decir que aunque el enunciado nor-

¹³ Puede verse Moreso, J. J. “Condicionalidad, Derrotabilidad y conflicto entre normas”, por Zapatero Gómez, Virgilio (ed.) en *Horizontes de la filosofía del derecho : homenaje a Luis García San Miguel*, vol. 2, 2002, pp. 295-312.

¹⁴ Existe una larga discusión sobre el correcto modo de interpretar teóricamente este enunciado. Se puede discutir si aquí hay dos normas o pautas de conducta (no matar, y sancionar); si una se deriva o infiere de la otra; si son “dos caras de la misma moneda”, pero no dos normas (Alf Ross); y si convendría hablar de reglas primarias y secundarias (y a cuál de las supuestas dos normas y/o a las conductas le corresponde tal rótulo). Por si fuera poco, se propone distinguir entre normas de sanción y normas de conductas. Voy a dejar de lado estas complicaciones.

mativo no contenga una sanción, la mejor forma de reconstruir conceptualmente un enunciado normativo en el derecho es como vinculado a una sanción.

De este modo decir que existe una obligación jurídica equivale a decir que el individuo será sancionado si desatiende la conducta esperada. Con la expresión “será sancionado” generalmente se deja implícita la idea de que existe un órgano competente que debe llevar a cabo la acción en cuestión en caso de desatención de la pauta de conducta prevista.

Si se afirma que es obligatorio jurídicamente no matar, esto tiene que ser reemplazable, *salva veritate*, por la afirmación de que si alguien mata entonces hay alguien que tiene el deber u obligación de sancionarlo.¹⁵ El mismo paso tiene que llevarse adelante con respecto a la obligación o deber de sancionar. Bajo este esquema, habría una obligación de sancionar si en caso que no se sancione a quien mate, está previsto a su vez una sanción. Esta vez, ya no por haber matado, sino por no haber sancionado. Esta forma de ver las cosas vincula no sólo la idea obligación con la de sanción, sino la idea de obligación con posiciones institucionales o competencias porque el enunciado que manda a hacer algo supone un sujeto competente para sancionar (es irrelevante aquí determinar si la competencia viene de la misma norma que manda a sancionar o de otra distinta). A su vez, como es conocido, esto lleva a un regreso al infinito para las obligaciones jurídicas (si se las considera equivalentes a un deber, cosa que es discutida).

En la cadena de obligaciones, según la cual no hay obligación si no hay una sanción ante la omisión de la conducta esperada, habrá de encontrarse (so pena de regreso al infinito) una norma que imponga sancionar ante la omisión de una conducta, pero que a su vez no de lugar a otra obligación de sancionar. Si se pretende evitar el regreso al infinito tiene que existir una norma que indique una pauta de conducta (sancionar) pero sin una norma ulterior que mande a sancionar cuando no se ha sancionado en tal caso. Por definición de obligación jurídica en este contexto se sigue que, para el caso de la norma última que corta el regreso al infinito, no hay obligación

¹⁵ En el caso del ámbito civil, “obligatorio pagar” significa que en caso de plantearse ante un tribunal está predeterminado normativamente un órgano que puede mediante herramientas coactivas varias (embargo, inhibición) hacer efectiva la obligación. Se puede agregar, además, en recursividad a normas penales, que está previsto un mecanismo de aplicación de sanciones en sentido estricto en caso de desobediencia de la orden judicial de pagar.

alguna. Este es, a grandes rasgos, uno de los problemas que se asocia a la estrecha vinculación entre obligación jurídica y sanción.¹⁶

La vía alternativa es sostener que la sanción no es ni una condición necesaria ni definicional de la obligación jurídica y que, por el contrario, la violación de una obligación jurídica es la preconditione normativa (imputativa) de una sanción. De esta manera, se debe definir o caracterizar una obligación jurídica con otros caracteres, aunque sea cierto que, de hecho, concomitantemente, nuestros sistemas jurídicos hacen aparecer algunas pautas de conducta junto a sanciones.

Una forma de caracterizar la obligación jurídica con independencia de la sanción es apelando a la semántica (la pauta de conducta expresada debe poder ser traducida a una pretensión de hacer o dejar de hacer algo) en conjunción con un criterio de tipo genético con respecto a las normas (v.g. si pertenecen a cierto sistema, o si han sido dictadas por ciertas personas que detentan ciertas propiedades). Se trata aquí de conjugar criterios semánticos (y también sintácticos) con criterios de pertenencia a un conjunto ordenado de normas o por referencia a una fuente o “pedigree” común.

La desvinculación conceptual entre sanción y obligación jurídica puede llevar a algún tipo de disconformidad. En esta línea puede decirse que una norma que manda un curso de conducta (v.g. sancionar a otro) pero que a su vez no está respaldada por una norma que manda a sancionar a quien no lleva adelante esa conducta carece de relevancia práctica alguna. Esta forma de ver las cosas pasa por alto un aspecto importante y en todo caso no puede ser sometida a escrutinio sin decidir qué sentido de “irrelevancia práctica” está en juego aquí.

En ausencia de mecanismos de refuerzo motivacional como la sanción la norma que establece una obligación jurídica puede carecer de fuerza motivacional pero conserva una propiedad importante: puede servir todavía a justificar una solución jurídica para un caso (una sentencia). Esto muestra de manera simple que la idea de una obligación sin sanción puede no ser irrelevante en términos teóricos, pero también prácticos, pues hace una diferencia normativa desde el momento que permite justificar una decisión jurídica. La propuesta funciona si se acepta que esta obligación tiene carácter de norma jurídica y se agrega que las decisiones jurídicas están justificadas si y sólo si se basan en normas jurídicas.

¹⁶ Puede verse una explicación de este problema en Bayón, Juan Carlos, “Deber Jurídico” en Garzón Valdes, E. y Laporta, F. (eds) *El derecho y la justicia*. Madrid, Trotta, 1996. Aunque Bayón se ocupa del deber, sus consideraciones son válidas para el caso de la obligación.

Como es fácil de ver, hay aquí en juego dos sentidos de relevancia práctica: motivacional e institucional. Se trata aquí de distinguir entre qué hace a una pauta de conducta preferible o eficaz para cambiar el balance de razones y motivos de los individuos y qué la hace una obligación.

En el primer sentido (motivacional) decir que es irrelevante una pauta de conducta —dado que no existe un esquema institucional preestablecido de aplicar una sanción ante su omisión— asume que los individuos actúan en virtud de injerencias en sus cálculos prudenciales. Es claro que este tipo de afirmaciones se basa en alguna especial teoría antropológica y de la acción con respecto a lo que mueve actuar. Estas consideraciones dejan de lado la idea de que las personas pueden actuar por otras razones o motivos. Para un juez, por ejemplo, el hecho de que una norma diga algo de una cierta manera (aspecto semántico) y que detente cierta propiedad (pertenecer al sistema jurídico o ser dictada por cierta autoridad) puede ser una razón o motivo suficiente para actuar. Pero aunque se acepte que no es una razón motivacionalmente suficiente para actuar, todavía queda espacio para decir que la relevancia práctica subsiste a nivel institucional.

En un segundo sentido, el institucional, una pauta de conducta que se tiene por obligatoria jurídicamente, aunque no se prevea una sanción, posee una relevancia no menospreciable. Una característica asociada a las sentencias es que deben estar fundadas. Con esto se indica que tienen, entre otras cosas, que basarse en normas jurídicas. Una sentencia que no satisface esta propiedad es inválida o arbitraria. Resulta claro que la existencia de una norma de obligación que no estipula una sanción puede ser irrelevante en el sentido motivacional, pero no es irrelevante en el sentido institucional (o, si se quiere, procesal), pues puede ser usada para fundamentar sentencias. Es así como cabría entender la aplicación, por ejemplo, de normas constitucionales (que carecen de sanción) si se las considera normas de obligación. Pero también cuando se sostenga que los jueces están obligados a aplicar el derecho positivo en conjunción con el hipotético caso de la derogación de la parte especial del Código Penal que remite al prevaricato.

3. *Obligación y estados mentales.*

Tanto el origen etimológico de la expresión “obligación”, como su estrecha relación con conceptos prácticos no-jurídicos (por ejemplo religiosos), y el hecho de que se la considera un vínculo normativo de carácter especialmente exigente o estricto, conllevan a vincular a la obligación jurídica con ciertos fenómenos mentales. En especial con el sentimiento o sensación de

sentirse frente a una constrictión particularmente aguda. Relacionada con esta idea se encuentra la estrecha vinculación que suele asumirse entre la existencia de una obligación jurídica y su capacidad para forzar psicológicamente la acción esperada. Esta estrecha vinculación entre la obligación jurídica y lo que las personas sienten (creen, desean) puede llevar a considerar que no hay obligación jurídica sin ciertos sentimientos, o que no hay obligación jurídica si no se verifican ciertos estados mentales. La cuestión de la vinculación entre obligación jurídica y estados mentales abre un sinnúmero de frentes y problemas de los cuales aquí se pueden abordar sólo algunos.

En una distinción que puede denominarse “clásica” corresponde distinguir entre sentirse obligado y tener una obligación, consideración que ha tenido mejor suerte en cuanto a distinción conceptual que la que ha tenido en cuanto observación sobre el uso del lenguaje en el lenguaje que se originó.¹⁷

De acuerdo a esta distinción y a consideraciones posteriores sobre el uso del lenguaje se está dispuesto a decir que existe una obligación en alguna de las siguientes situaciones: a. el destinatario de la obligación no cree que deba realizarla; b. el destinatario no desea realizar la acción en cuestión; c. el destinatario no teme ante la reacción institucional o de otro tipo que se sigue de su violación (si existe). La idea podría ser resumida de la siguiente manera: tiene completo sentido decir que existe una obligación aunque el destinatario no lo crea, desee o tema. Para la existencia de la obligación jurídica es irrelevante la existencia de estos estados mentales o, dicho de otra manera, no resulta una impugnación válida sostener “no estoy obligado porque no deseo”. Bajo estas consideraciones puede excluirse la relevancia de otros estados mentales análogos (como el verse/sentirse forzado, sentirse especialmente compelido, etcétera.)

Además de apelaciones al uso del lenguaje puede apelarse a cuestiones valorativas en el sentido de buenas razones para no aceptar la vinculación entre obligación jurídica y deseos o creencias. Una variante de esta idea puede adquirir el siguiente contenido: si se supedita la existencia de una obligación jurídica a cuestiones psicológicas o idiosincráticas relativas a los

¹⁷ Hart, en la versión original inglesa de *El concepto de Derecho*, distingue entre “being obliged” y “having an obligation”. La traducción al español de Genaro Carrió eligió (respectivamente) “sentirse obligado” y “tener una obligación”. La traducción de Carrió ha captado la distinción conceptual que pretendía transmitir Hart, aunque se duda si en lengua inglesa se asocian dos conceptos diferentes a esas dos expresiones. Dicho de otra manera, Hart habría distinguido adecuadamente entre dos conceptos, pero no eligió correctamente las expresiones que los ejemplifican. Véase White, *op. cit.*

deseos, creencias y otras entidades “subjetivas” y relativas cualquiera podría impugnar el derecho en casi cualquier circunstancia. Esto haría casi impracticable la idea básica de derecho como sistema de reglas generales, aplicables de manera más o menos imparcial y en todo caso insensibles al mero capricho o gusto.¹⁸

Claro está que este argumento sólo mostraría por qué sería mejor utilizar el concepto de una determinada manera, no es una muestra de cómo de hecho se lo usa o las características que de hecho se le asocian.

Resulta diferente, en cambio, corroborar que en el uso de obligación jurídica se desatienden deseos, creencias y pareceres personales, y que además el argumento valorativo de más arriba (i.e. “caso contrario no sería practicable el derecho”) otorga la mejor racionalización posible - si lo hace de esa práctica.

Un caso especial en la compleja vinculación entre obligación jurídica y estados mentales lo constituye el par obligación-conocimiento de esa obligación. Cuatro consideraciones resultan relevantes aquí: una conceptual, otra histórica, una valorativa y otra empírica o relativa a los sistemas jurídicos contemporáneos.

Desde el punto de vista conceptual suele considerarse al conocimiento como un sucedáneo especial de las creencias o ciertos estados psicológicos relacionados con la certeza (en conjunción con la idea de que esos estados psicológicos son verdaderos). Conocer implica, cuanto menos, poseer creencias verdaderas. Haciendo un uso informal de la transitividad podría decirse que si cualquier creencia verdadera o falsa del destinatario de la obligación es irrelevante para determinar si tiene la obligación en cuestión, una creencia calificada como el conocimiento también resulta irrelevante. Dicho de manera frontal, lo que el destinatario cree es irrelevante y eso incluye creencias calificadas como el conocimiento de que existe esa pauta de conducta esperada. Tras esta conceptualización se encuentra la idea de que las normas jurídicas son tomadas más bien como prescripciones antes que como actos de comunicación. Mejor dicho, que en algunos casos importantes las normas se consideran existentes (y esto valdría también para las obligaciones) antes que lleguen a su destinatario.¹⁹

¹⁸ Este tipo de argumentos aparece de manera recurrente frente al siguiente grupo de problemas jurídicos y políticos: desobediencia civil, derecho a manifestarse, objeción de conciencia, libertad de culto, entre otros.

¹⁹ Sobre diferentes concepciones de normas y su relación con la prescripción y la comunicación puede verse Alchourrón, Carlos, y Bulygin, Eugenio, “Von Wright y la Filosofía del Derecho”, *Análisis Lógico y Derecho*, *op. cit.*

Desde el punto de vista histórico la interpretación de los sistemas positivos ha consagrado la clásica máxima “*error iuris nocet*” de acuerdo con la cual las obligaciones jurídicas son independientes del conocimiento. Esto es, que tiene sentido sostener que alguien tiene una obligación jurídica aunque no estaba al tanto de ello. La expresión latina, en realidad, sirve de dos maneras: se utiliza para remitir de manera abreviada a los casos en que no puede alegarse desconocimiento del derecho y, además, para referir al aspecto valorativo en virtud del cual sería irrazonable vincular estrechamente obligación jurídica a conocimiento. De acuerdo a la etimología, en una traducción informal, el error sobre el derecho “daña” o es perjudicial.

Desde el punto valorativo, y relacionado con el origen etimológico, surgen nuevamente aquí consideraciones acerca de por qué sería impracticable y/o irracional admitir como eximente de responsabilidad jurídica el caso de desconocimiento de la ley. Al igual que en el caso de la relación entre creencias y obligación jurídica, aceptar una relación estrecha entre obligación jurídica y conocimiento (i.e. si no hay conocimiento no se está obligado) podría tornar impracticable la tarea jurídica (concebida de cierto modo). Nuevamente, este argumento sólo mostraría por qué sería mejor utilizar el concepto de una determinada manera, no es una muestra de cómo de hecho se lo usa o las características que de hecho se le asocian.

Como cuestión de hecho o empírica sobre los sistemas jurídicos la relación entre conocimiento y derecho ha comenzado a modificarse tanto en la doctrina como en la jurisprudencia y la ley. Esto nos lleva a la última consideración relativa a la relación entre obligación y conocimiento: la empírica.

Bajo la idea de que el desconocimiento del derecho no puede ser válidamente alegado, en conjunción con la idea según la cual el derecho se presume conocido, resultaba impracticable tomar como condición necesaria de una obligación jurídica el conocimiento de la misma. Sin embargo, en base a consideraciones sobre la paulatina complejidad adquirida por los sistemas jurídicos se acepta a nivel jurisprudencial, doctrinario y legislativo, la vinculación entre conocimiento y obligación jurídica para algunos casos especiales. Esto es fácilmente verificable en el ámbito del derecho penal donde se asiste a la lenta incorporación de lo que se llama “error de prohibición”.²⁰

²⁰ En Alemania se acepta, bajo condiciones bien restringidas, el *Verbotsirrtum* (párrafo 17 del Código penal alemán). En algún sentido supone una excepción a la idea de que el conocimiento del derecho es independiente de su existencia o exigibilidad. De acuerdo a sofisticaciones dogmáticas penales, que aquí no vienen al caso, puede decirse que este reconocimiento del error sobre el derecho no es paragonable sin más a la negación del *error iuris*

Aunque la independencia entre obligación jurídica y estados mentales es comúnmente aceptada, debe indicarse que ella no puede ser sostenida de manera irrestricta. Mejor dicho, no puede ser sostenida en conjunción con cualquier concepción sobre qué son las normas y cuáles son sus fuentes.

En efecto, bajo la idea de que las normas jurídicas emanan de ciertas acciones, creencias y actitudes de ciertos agentes sociales (a especificar) existe un punto límite en el cual no hay norma jurídica si nadie lo cree, acepta o desea.

Como se indicó más arriba, un enfoque bien asentado es aquel según el cual las normas jurídicas (y por tanto las obligaciones de este tipo) emanan de hechos o acciones sociales de ciertos sujetos. Es en este sentido que el derecho positivo, para esta forma de ver las cosas, está íntimamente ligado a las creencias y, según la versión que se elija, a ciertas convenciones. Dicho de manera básica pero informativa: no hay derecho positivo si nadie cree que lo hay o acuerda en que lo hay.²¹

En realidad no hay problemas en sostener o bien una tesis positivista o bien una tesis positivista convencionalista que asuma, por un lado, que el contenido de las obligaciones es insensible a ciertos estados psicológicos y, por el otro, que desde el sentido externo de fuente no hay obligación jurídica si no se dan, al menos en algunos sujetos (legisladores, jueces, ciudadanos, doctrina, etc.), la creencia en que esas pautas de conducta valen como derecho y son obligatorias. Así, del hecho que las obligaciones jurídicas tengan como origen o fuente externa una serie de creencias, actitudes y estados mentales, no se sigue que en el contenido o alcance de la obligación jurídica se tome como relevantes las creencias y estados mentales. Esto vale en la medida en que los estados mentales del grupo de los “creadores” y de los “obligados” no sean coextensivos para todos los casos.

Las consideraciones anteriores sobre la independencia de los estados mentales y las obligaciones jurídicas no deberían llevar a concluir que para cualquier nivel de análisis de la obligación jurídica no hay vinculación alguna entre obligación y estados mentales. Además de los supuestos referidos en los dos párrafos anteriores (en que se supone que las normas jurídicas surgen por acciones de ciertos sujetos) debe tenerse en cuenta que para un número importante de obligaciones la voluntad o el deseo es la condición de posibilidad de surgimiento de esa obligación. En efecto, la obligación contractual surge si el individuo desea contratar, y la obligación de

nocet. En especial porque el desconocimiento o error afecta sólo a la culpabilidad del individuo, aunque se sigue considerando que la conducta es antijurídica.

²¹ Para un análisis de las consecuencias de este enfoque puede verse Celano, Bruno, “Justicia procedimental pura y teoría del derecho”, *Doxa*, vol. 24, 2001.

cumplir con las promesas surge si el individuo desea prometer. Aquí el deseo o la voluntad juega claramente un rol diferente al anteriormente analizado. Es la condición de posibilidad para el surgimiento de la obligación. Una vez que se ha verificado que quiere o desea el análisis anterior cobra relevancia pues en principio sus pareceres, deseos y sentimientos son irrelevantes para determinar si está obligado o no. Por supuesto, puede extinguirse una obligación jurídica por acuerdo de voluntades pero en todo caso no pueden extinguirse de manera unilateral para todo caso y el tipo de voluntades que son relevantes para tales extinciones no es coextensiva con cualquier deseo, creencia o parecer de los individuos.²²

4. *Obligación jurídica y moral social.*

Aunque de acuerdo a una perspectiva (ya analizada más arriba) las obligaciones jurídicas son una subespecie de las normas jurídicas, y estas de las normas sociales, no toda norma y obligación social es una norma y obligación jurídica. Entre un sinnúmero de obligaciones sociales puede sostenerse que existen obligaciones morales, entendiéndose por estas un conjunto de obligaciones que dependen de las prácticas de ciertos individuos. En este supuesto se sostiene que todavía puede hacerse una distinción entre obligaciones jurídicas y obligaciones morales (surgidas de las prácticas sociales). Esta diferencia tiene que ver con el contenido que, se asume, suelen tener unas y otras. Así, en un análisis bien conocido,²³ puede decirse, en primer lugar, que no todas las obligaciones jurídicas se ocupan de cuestiones consideradas centrales o importantes para la vida en común, mientras que se asocia a las reglas de la moral social que tienen por contenido casi exclusivamente cosas que se consideran importantes o centrales (aunque pueden resultar no serlo en realidad). En segundo lugar, dado que la moral social se concibe más bien como un agregado lento y progresivo (casi “geológico”) de prácticas y costumbres, no tiene sentido el intento de cambio deliberado o intempestivo, algo que resulta un elemento básico de las obligaciones jurídicas. El legislador puede -se sostiene- cambiar de un día para otro el contenido de nuestras obligaciones jurídicas mientras que las obligaciones

²² En la doctrina civilista, en primer lugar, un amplio rango de obligaciones no pueden extinguirse unilateralmente. En segundo lugar, aquellas que pueden extinguirse (uni o bilateralmente) encuentran límites en la doctrina de los “límites de la autonomía de la voluntad”.

²³ Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, op. cit. Cap VIII.

morales son inmunes a tales intentos. En tercer lugar, mientras que en las obligaciones morales el recurso a la ausencia de voluntad o deseo de infringirla (o el desconocimiento de cierta pauta de conducta) puede funcionar como eximente de responsabilidad, las obligaciones jurídicas suelen ser insensibles a tales argumentos. De manera tal que no existe algo así como una violación involuntaria de una obligación moral aunque sí existen ejemplos de desatención de obligaciones jurídicas aunque se demuestre la ausencia de voluntad. En cuarto y último lugar, en los sistemas jurídicos contemporáneos existe un tipo de presión social concentrada y, en especial, autorizada. Esto es, existen reglas que identifican quién y bajo qué procedimiento puede aplicar esta o aquella consecuencia jurídica de manera tal que puede hablarse de una presión social organizada y determinada. Las formas más comunes de esta presión social organizada son la sanción penal y otro tipo de perjuicios como el pago de intereses o indemnización. Por el contrario, la presión social propia de las obligaciones morales se efectuaría vía la apelación a la constricción, el remordimiento o la culpa y, en todo caso (aunque este punto no es resaltado por Hart), sin la identificación previa de autoridades competentes para apelar a estas consecuencias.²⁴

VI. OBLIGACIÓN JURÍDICA Y JUSTIFICACIÓN

Como se indicó al hablar de fuentes de las obligaciones jurídicas, una variante de la teoría de las fuentes (desde la perspectiva que aquí se llamó externa) puede referirse a la idea de fundamento en el sentido de aquello con lo cual se corresponde (o de lo cual se deducen) las obligaciones jurídicas. Bajo esta idea, existe una obligación jurídica en la medida en que se encuentre en una relación apropiada de correspondencia o deducibilidad con respecto a parámetros no positivos.

La idea básica que se pretende sostener es que ciertas pautas de conductas son exigibles en la medida en que satisfacen cierta relación con otras pautas no jurídicas. Es usual que en estos casos el análisis sea referente a la obligatoriedad (de acuerdo a otras consideraciones) de la norma jurídica de obligación. De modo alternativo suele hablarse del problema de la normatividad. Esto lleva la discusión al plano relativo a la obligación de obedecer al dere-

²⁴ Puede rechazarse éste último punto sosteniendo que ciertas normas de moral social están íntimamente emparentadas con instituciones (iglesias o credos de variado tipo) y que ellas poseen normas de competencia y autoridades, de manera tal que la forma en que se ejerce la presión social (i.e. de forma organizada) no alcanza para distinguir obligaciones de uno y otro tipo.

cho de acuerdo a pautas sustantivas (morales, éticas, políticas). No es objeto de este trabajo ocuparse de cuándo resultan ser obligatorias moral o políticamente las obligaciones jurídicas. Basta indicar que como fundamento de las obligaciones jurídicas suelen invocarse, al menos, tres consideraciones.

En primer lugar el acuerdo entre pares. Bajo esta idea, las obligaciones jurídicas son exigibles porque se basan en un acuerdo o consenso común (real o hipotético). Bajo esta idea se cimientan las teorías contractualistas, las que a su vez extraen su justificación, entre otras cosas, de la idea de promesa, pacto o precompromiso. Las doctrinas del estado que reconocen como fundamento del derecho la voluntad general pueden situarse en este primer grupo. Es usual referir en este ámbito a autores como Rousseau (o a Hobbes en *De Cive*), aunque la exégesis de tales autores puede no permitir encuadrarlos tan fácilmente en tal esquema.

En segundo lugar, la obligatoriedad de las normas jurídicas puede justificarse en términos de protección o seguridad. De acuerdo a esta forma de ver las cosas, las normas jurídicas son obligatorias porque (o en la medida que) contribuyen a garantizar la supervivencia o la seguridad. Es usual indicar en estos casos la obra de Hobbes (en especial *Leviatán*). De acuerdo a ciertas lecturas de esta obra, allí se sientan las bases de una categoría fundamental de las obligaciones frente a la autoridad o el Estado. Se está obligado porque se está protegido. Según la propuesta de Carl Schmitt, al igual que el *cogito ergo sum* cartesiano resulta una categoría fundamental en filosofía teórica, cabría acuñar el *protego ergo obligo* como axioma fundamental del pensamiento político moderno (trasladable a la exigibilidad del derecho).

Propuestas alternativas sitúan la obligatoriedad sustantiva de obedecer al derecho en el deber de solidaridad, o como instrumento necesario para la vida en común o condición de posibilidad del desarrollo de las libertades o respeto de la autonomía o “humanidad” (no hay libertad, ni dignidad, ni “humanidad” posible sin respeto de normas).

Todos estos supuestos se refieren, como se indicó, a la obligatoriedad sustantiva de las obligaciones jurídicas y están ligadas al problema de si se debe obedecer el derecho, punto que no es objeto de este trabajo.

VII. BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

BAYÓN, Juan Carlos, “Deber Jurídico” en Garzón Valdes, E. y Laporta, F. (ed) *El derecho y la justicia*. Madrid, Trotta, 1996.

- CARRIÓ, Genaro, *Sobre el concepto de deber jurídico*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1966.
- COLEMAN, Jules L., “Legal Duty and Moral Argument”, *Social Theory and Practice*, vol. 5, núm. 3-4, 1980.
- GREEN, Leslie, “Law and Obligations,” in Jules Coleman and Scott Shapiro, eds. *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford: Clarendon Press, 2001.
- HART, H.L.A., “Legal and Moral Obligation”, en Melden, A.I., *Essays in Moral Philosophy*, University of Washington Press, Seattle, 1958.
- , “Commands and Authoritative Legal Reasons”, Hart, Herbert Lionel Adolphus, *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon, Oxford, 1982.
- , “Legal Duty and Obligation” en HART, Herbert Lionel Adolphus, *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon, Oxford, 1982.
- MARÍ, Enrique, *La teoría de las ficciones*. Buenos Aires, Eudeba, 2002.
- ROSS, Alf Tû-Tû, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976
- SCARPELLI, Uberto, “Dovere morale, obbligo giuridico, impegno político”, en Scarpelli, Uberto, *L’etica senza verità*, Il Mulino, Bologna, 1982.

CAPÍTULO 31

NORMATIVIDAD DEL DERECHO

Nicola MUFFATO*

SUMARIO: I. *Introducción: El problema de la normatividad del Derecho.* II. *Relevancia del problema para el positivismo jurídico.* III. *Algunas precisiones conceptuales ulteriores.* IV. *Bibliografía recomendada.*

I. INTRODUCCIÓN: EL PROBLEMA DE LA NORMATIVIDAD DEL DERECHO

Una *vexata quaestio* de la teoría y de la filosofía del derecho de corte iuspositivista concierne a la *normatividad* (o, para emplear expresiones *prima facie* sinónimas, a la *obligatoriedad* (*Verpflichtung*, *obligatorieness*), *fuerza vinculante* (*Verbindlichkeit*, *binding force*), *validez*, *relevancia práctica* o *carácter práctico*, *guía motivacional*) del derecho para sus destinatarios. Nótese bien: mediante la expresión “normatividad” no se entiende aquí aquella propiedad definitoria del concepto de derecho por la cual el derecho sería un sistema o un ordenamiento de normas – tesis esta que caracteriza al *normativismo jurídico* (en cuanto opuesto al iusrealismo empirista) – o por la cual el derecho sería una práctica estudiable asumiendo un cierto punto de vista normativo interno a la misma – *tesis de la normatividad de la ciencia jurídica* –, sino la propiedad o característica por la cual las normas jurídicas guían la conducta vinculando e influyendo de una manera particular sobre la deliberación práctica de sus destinatarios.¹ Por supuesto, hay otras formas de concebir la normatividad, pero esta es una de las más básicas y, sobre todo, es la que parecen emplear más frecuentemente los juristas, teóricos y filósofos del derecho.

* Investigador de la Università degli Studi di Trieste, Italia.

¹ Las tres tesis – 1) el derecho como ordenamiento de normas, 2) la ciencia jurídica como “ciencia normativa”, 3) la normas jurídicas como pautas genuinamente vinculantes – tienen obviamente muchas relaciones, sobre todo remontando al nivel de la regla de reconocimiento (o de la norma básica). Pero tales relaciones no son el tema de este capítulo.

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 2, pp. 1147-1175.

He aquí algunas formulaciones alternativas y no equivalentes del problema de la normatividad del derecho:

- 1) ¿Tiene sentido hablar de un “deber jurídico” (o de una “obligación jurídica”) independiente y distinto de los deberes morales o de los deberes *tout court*? ¿Los enunciados con los que se expresan normas jurídicas sirven o no para exigir o justificar las conductas de sus destinatarios? (véase, OBLIGACIÓN Y DEBER)
- 2) ¿Es que el derecho guía la conducta sólo si la guía *justificadamente*?
- 3) ¿Hacen las normas jurídicas una *diferencia práctica* en la deliberación de un agente?
- 4) ¿Tiene sentido hablar de razones jurídicas autónomas y distintas de otros tipos de razones?
- 5) ¿Cómo puede el derecho ser a la vez un conjunto de hechos sociales complejos susceptibles de descripción y el fundamento práctico de un razonamiento justificatorio de decisiones y acciones que desemboca en genuinas normas? ¿No viola esta duplicidad la Gran División entre hechos y valores, descripciones y normas?
- 6) ¿Bajo cuáles condiciones puede el derecho dar lugar a un deber de actuar “genuino” (auténtico, dotado de relevancia práctica)?
- 7) ¿Con base en qué razones (justificativas) hay que cumplir con lo prescrito por las normas jurídicas?
- 8) ¿Bajo cuáles condiciones hay que obedecer las normas jurídicas?

Las preguntas de 1) a 5) pueden ser clasificadas como preguntas sobre el concepto o el significado de ‘normatividad jurídica’, las preguntas de 6) a 8) como preguntas sobre las condiciones o los criterios de normatividad del derecho. En los siguientes apartados II y III trataré ofrecer una reconstrucción analítica del problema de la normatividad del derecho sin empeñarme en una presentación de las posibles respuestas a las preguntas 6), 7) y 8), lo que conllevaría adoptar el punto de vista y los instrumentos de una teoría (y de una ética) normativa (moral y política). El apartado IV será dedicado a algunas precisiones sobre el concepto de normatividad.

II. RELEVANCIA DEL PROBLEMA PARA EL POSITIVISMO JURÍDICO

Según los ANTIPOSITIVISTAS el problema de la normatividad afectaría al POSITIVISMO JURÍDICO porque lo dejaría apesado entre los cuernos del siguiente dilema: o bien la normatividad del derecho depende de la norma-

tividad de la moral crítica (objetiva/metafísica o subjetiva), por lo que el positivista no puede seguir aceptando la tesis de la separación justificativa entre derecho y moral – negada por el iusnaturalismo y el neoconstitucionalismo;² o bien la normatividad del derecho es en algún sentido diferente, “independiente”, por lo que hace falta explicar de qué manera ciertos hechos sociales pueden engendrar un deber específicamente jurídico que constituye una esfera de justificación separada dentro del marco de la deliberación práctica de cada agente racional: cosa que, según la mayoría de los autores (positivistas y antipositivistas) es imposible.

Examinemos pues más detenidamente estas dos alternativas.

1. *La normatividad del derecho depende de la normatividad de la moral*

Según Carlos Santiago Nino, autor que profesó en su tiempo una versión del positivismo metodológico,³ la controversia entre positivistas y antipositivistas dependería de un grave malentendido: los primeros emplearían un concepto *descriptivo* de derecho, mientras los segundos utilizarían un concepto *normativo* de derecho.⁴ Si se emplea un concepto descriptivo de derecho, las normas jurídicas resultan identificables a partir de hechos sociales (tesis de las fuentes sociales): pero de ello no se deriva que los jueces tengan el deber de aplicarlas o que los ciudadanos deban cumplir con ellas. El único deber que se puede derivar del concepto descriptivo de derecho es un deber “entrecomillado”,⁵ no genuino. Un enunciado de deber entrecomillado no expresa una *razón práctica operativa*,⁶ no sirve para guiar la con-

² Los antipositivistas niegan también la tesis de la separación *conceptual* entre derecho y moral, afirmando que la identificación de lo que el derecho nos exige depende también de como tenemos que actuar desde un punto de vista moral.

³ Cfr. Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2003 [1980], p. 43. Sin embargo, cfr. *idem*, *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.

⁴ Cfr. Nino, Carlos Santiago, “La superación de la controversia ‘positivismo vs. iusnaturalismo’ a partir de la ofensiva antipositivista de Dworkin” y “El enfoque esencialista del concepto de derecho”, ambos en *idem*, *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985.

⁵ La idea de un uso entrecomillado de los términos deónticos remonta a Hare, Richard Mervyn, *The Language of Morals*, Clarendon, Oxford, 1952, pp. 124-125, 164. Cfr. también Carrió, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4a. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2006 [1965], pp. 385-386; Nino, Carlos Santiago, “Hay deberes y ‘deberes’”: respuesta a Carrió”, en *idem*, *La validez del derecho*, *op. cit.*

⁶ Cfr. Raz, Joseph, *Practical Reason and Norms*, 2a., ed., Hutchinson, London, 1990 [1975], pp. 33-35. Una razón es *operativa* si justifica una actitud práctica hacia una acción, es *auxiliar* si identifica y describe la acción o la clase de acciones para las cuales existe una razón operativa.

ducta de su destinatario, sino para describir los hechos sociales que reflejan la existencia de una norma jurídica. Por el otro lado, basándose en un concepto normativo de derecho, la afirmación según la cual una cierta norma es una norma jurídica implicaría la afirmación de que los jueces tienen el deber de aplicarla, mientras los ciudadanos tienen el deber de conformarse a ella. Hablar de un concepto normativo de derecho “implica asimilarlo a conceptos éticos tales como los de bueno, correcto o justo. Como noción normativa, el concepto de derecho que se refiere a los estándares que deben ser reconocidos, no puede ser aplicado sin una concepción valorativa que le asigna cierto contenido”.⁷ (véase, METODOLOGÍA JURÍDICA, DERECHO Y MORAL)

Según los positivistas la ciencia jurídica tiene que adoptar el concepto descriptivo de derecho para mantener separados el derecho que *es* (vigente, existente) y que puede ser descrito sin recurrir a valoraciones desde el punto de vista de un observador externo (el teórico del derecho), del derecho que *debe ser* de acuerdo con la moral y que sólo puede ser prescrito por quien acepta una determinada visión ético-política. Según los antipositivistas, en cambio, el jurista tiene que adoptar el concepto normativo 1) para dar cuenta de la posibilidad del *error*, es decir para trazar una distinción entre lo que el derecho *es* – un ordenamiento de normas que *tienen que ser* reconocidas, aplicadas y obedecidas – de lo que funcionarios y ciudadanos *creen que es* derecho – el conjunto ordenado de las normas efectivamente reconocidas, aplicadas y obedecidas –, 2) para reconstruir adecuadamente el razonamiento de los intérpretes aplicadores del derecho, interesados en establecer qué reglas son *justificadamente* aplicables en sus decisiones y 3) porque ello permitiría explicar los usos lingüísticos de los juristas.

Dejemos de lado el primer y el tercer punto y concentremos nuestra atención en el segundo. Sostiene Nino que sólo el concepto normativo de derecho permite dar cuenta del razonamiento práctico/justificatorio del juez a la hora de solucionar una controversia jurídica. De hecho, si los enunciados jurídicos asumidos como premisas mayores del silogismo judicial contienen un deber entrecomillado, lo que equivale a decir que tienen un significado descriptivo, entonces no se ve cómo puedan fundar una con-

⁷ Nino, Carlos Santiago, “La superación de la controversia ‘positivismo vs. iusnaturalismo’ a partir de la ofensiva antipositivista de Dworkin”, *op. cit.*, p. 167. Para una reseña comparativa de los autores que utilizan un concepto normativo de derecho (entre otros, Ronald Dworkin, Lon Fuller, John Finnis, Robert Alexy), *cfr.* Shiner, Roger, “Law and its Normativity”, en Dennis Patterson (ed.), *Blackwell Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell, Oxford, 2010.

clusión en la que aparece un deber no entrecomillado, genuinamente prescriptivo. La explicación positivista del razonamiento del juez sería por lo tanto viciada por una doble falacia: una falacia de ambigüedad del término “deber” y una falacia naturalista, que consiste en la derivación fraudulenta de un ser (*is*) a partir de un deber ser (*ought*). Si en cambio se adopta el concepto normativo de derecho resulta posible evitar esta dificultad complicando el análisis de la estructura del razonamiento práctico/justificatorio jurídico.

Nino asume que un juicio práctico “o bien no depende del hecho de que alguna persona o grupo de personas lo haya formulado o aceptado o, si depende de un hecho tal, ello debe ser en virtud de otro juicio práctico que haga relevante ese hecho, sin que su validez dependa a su vez de la circunstancia de que alguien lo haya formulado o aceptado”.⁸ Las normas jurídicas entendidas como hechos sociales son relevantes en virtud de juicios prácticos: “las proposiciones que asignan validez a normas jurídicas para justificar acciones o decisiones, son una subclase de juicios morales que se caracterizan por derivar de un principio de esa índole que da legitimidad a una fuente social de directivas y de un juicio que describe la formulación de una de esas directivas”.⁹

La estructura del RAZONAMIENTO JURÍDICO justificatorio de un juez puede ser sintéticamente esquematizada de la siguiente manera:

- i. se debe obedecer a la autoridad jurídica elegida democráticamente y emplear las normas que esta dicte como premisas de razonamientos jurídicos justificatorios (premisa mayor: juicio práctico de deber moral que expresa una razón operativa);
- ii. el sujeto *S* ha sido elegido democráticamente (primera premisa menor: juicio descriptivo de un hecho social);
- iii. *S* ha dictado el enunciado jurídico *EJ* (segunda premisa menor: juicio descriptivo de un hecho social);¹⁰
- iv. de acuerdo con el argumento interpretativo *A*, *EJ* significa *N*: “Si (está probado que) *p*, entonces *Oq*” (tercera premisa menor: juicio interpretativo);¹¹

⁸ Nino, Carlos Santiago, “Normas jurídicas y razones para actuar”, en *idem*, *La validez del derecho*, *op. cit.*, p. 132.

⁹ Nino, Carlos Santiago, “La superación de la controversia “positivismo vs. iusnaturalismo” a partir de la ofensiva antipositivista de Dworkin”, *op. cit.*, p. 145.

¹⁰ Es posible modificar las premisas i., ii. y iii. para dar cuenta de las normas jurídicas consuetudinarias o que tienen origen en los precedentes judiciales (y no en actos de una autoridad legislativa).

¹¹ Para un escéptico en tema de interpretación, un juicio interpretativo no puede ser verdadero o falso. Sin embargo, también un escéptico podría aceptar la estructura del razo-

- v. \mathcal{N} resulta aplicable (juicio de aplicabilidad);
- vi. se debe obedecer a \mathcal{N} (primera versión (metalingüística) de la conclusión intermedia: juicio práctico de adhesión moral a la norma jurídica \mathcal{N} que expresa una razón operativa)
- vii. si (está probado que) p , entonces Oq (segunda versión de la conclusión intermedia: juicio práctico condicional de deber moral que expresa una razón operativa);
- viii. (está probado que) p (juicio descriptivo de un hecho empírico calificado por una norma jurídica);
- ix. Oq (conclusión: juicio práctico de deber moral, norma individual).

Lo que distingue vii. y ix. de otros tipos de juicios morales es que para su identificación y derivación es relevante cierta fuente fáctica descrita en las premisas ii. y iii. Las premisas i., ii. y iii. reflejan la adopción de un concepto normativo de derecho; las premisas iii., iv. y v. expresan una razón auxiliar. Los pasajes vii., viii. y ix. coinciden en cambio con la *justificación interna* de la conclusión normativa.¹² Para Nino, el razonamiento justificatorio, para ser un razonamiento justificatorio *jurídico*, no puede empezar directamente por la premisa vi.¹³ En sus palabras:

si el juez partiera en su razonamiento de ese juicio como razón operativa primitiva, su conducta subsiguiente no implicaría *observar* lo que un legislador ha dispuesto por el hecho de haberlo establecido él, sino que simplemente habría una coincidencia entre su conducta y el contenido de esa estipulación.¹⁴

namiento justificatorio jurídico si se modificara la premisa i. de esta manera: se debe obedecer a la autoridad jurídica elegida democráticamente y emplear las normas que los intérpretes autorizados obtengan de los enunciados que esta haya dictado como premisas de los razonamientos jurídicos justificatorio.

¹² Cfr. Wróblewski, Jerzy, “Legal Decision and Its Justification”, en *Logique et Analyse*, vol. 54, 1971; *Idem*, “Legal Syllogism and the Rationality of Judicial Decision?”, en *Rechtstheorie*, vol. 5, 1974.

¹³ Esto es lo que en cambio se sostiene en Moreso Mateos, Josep Joan; Navarro, Pablo E.; y Redondo Natella, María Cristina, “Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial,” en P.E. Navarro y M.C. Redondo Natella (eds.), *Normas y actitudes normativas*, México, Fontamara, 1994. Cfr. *infra* § 2.

¹⁴ Nino, Carlos Santiago, *Normas jurídicas y razones para actuar*, *op. cit.*, p. 141. Cfr. también Bayón Mohino, Juan Carlos, *La normatividad del derecho*, *op. cit.*, p. 477: “cuando una ‘regla’ – en una de las acepciones de este ambiguo término – se incluye en el razonamiento práctico de un individuo como razón operativa *primitiva* se desvanece el fundamento para afirmar que la regla aceptada es precisamente una regla *social*. Los elementos que permiten afirmar que una regla es precisamente una regla *social* – o jurídica, o de la moral de un individuo –

Concluye su reconstrucción el autor argentino afirmando que las normas jurídicas no pueden tener una relevancia práctica independiente en la justificación de la decisión judicial. Dicho de otra manera: las normas jurídicas figuran en el razonamiento justificatorio jurídico o bien como hechos sociales susceptibles de descripción y calificados como hechos relevantes por un juicio práctico de índole moral, o bien como expresiones de juicios morales acatados por los intérpretes-aplicadores. La normatividad del derecho dependería por lo tanto de la normatividad de la moral: no existirían razones jurídicas operativas independientes aptas para marcar una diferencia práctica en el razonamiento justificatorio del juez.¹⁵ Por ello, Nino plantea la cuestión también de la siguiente manera: o bien el deber jurídico no tiene carácter práctico (el derecho no es obligatorio) en si mismo, o bien coincide con un deber moral, y es por lo tanto redundante.¹⁶ En consecuencia, el razonamiento jurídico sería un caso especial de razonamiento moral (*Sonderfallthese*).¹⁷

2. *La tesis de la independencia de la normatividad jurídica*

La tesis “del caso especial” es rechazada por los partidarios de la independencia de la normatividad jurídica, como Hans Kelsen y Ma. Cristina Redondo. Según estos autores habría diferentes clases de obligaciones y de razones categóricas (dominantes) para actuar, lo que para Redondo conlleva además una fragmentación del concepto de justificación en ámbitos independientes¹⁸ y la negación de aquella variante del principio de unidad

se pierden de vista cuando las reglas se conciben meramente como ‘juicios prácticos’, abstraídos de las circunstancias *fácticas* que permiten atribuirles uno u otro de esos calificativos”.

¹⁵ Sobre este punto, *Cfr.* también Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, 2a. ed., Duckworth, London, 1977, pp. 57-58; Duff, Robin Anthony, “Legal Obligation and the Moral Nature of Law”, *Juridical Review*, vol. 25, 1980; Bayón Mohino, Juan Carlos, *La normatividad del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 736-739.

¹⁶ *Cfr.* Nino, Carlos Santiago, *El constructivismo ético*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 30 y 118 (donde se presenta la paradoja de la irrelevancia moral de la autoridad).

¹⁷ *Cfr.* Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1978, C/I/2; *Idem*, “The Special Case Thesis”, *Ratio Juris*, vol. 12 núm. 4, 1999, p. 374; Nino, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, *op. cit.*, capítulo IV, §§ 1-2. *Cfr.* también Pavlakos, Georgios, “The Special Case Thesis: An Assessment of Robert Alexy’s Discursive Theory of Law”, *Ratio Juris*, vol. 11 núm. 2, 1998; Ruíz Manero, Juan, *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp. 177-179.

¹⁸ *Cfr.* Bayón Mohino, Juan Carlos, *La normatividad del derecho*, *op. cit.*, pp. 447-448.

del razonamiento práctico¹⁹ o “teorema fundamental de la teoría del derecho”²⁰ denominado por Nino principio del “imperialismo de la moral”.²¹

La tesis de la independencia de la normatividad jurídica es a menudo tachada de positivismo ideológico. Sin embargo, es oportuno presentar adecuadamente estas dos posturas para subrayar eventuales parecidos y diferencias. El positivismo ideológico puede presentarse de dos formas diferentes: cómo *doctrina normativa* que prescribe la obediencia al derecho vigente o como teoría que emplea un concepto normativo de derecho (*à la* Nino) según el cual el derecho tiene fuerza vinculante y expresa genuinas razones para la acción que descansan en última instancia en un principio de autoridad. Esta segunda versión es ideológica (o normativa) no en el sentido de prescribir directamente la obediencia al derecho, sino en el sentido de presentarse como descripción adecuada de un fenómeno que consiste (también) en la obligatoriedad jurídica de ciertas conductas.²²

Ahora bien, la tesis central del positivismo ideológico puede ser calificada en al menos dos sentidos. Por un lado puede ser “cuantificada” con respecto a situaciones y presentarse en dos versiones: A) el deber jurídico *siempre* es *concluyente*; B) *en algunas situaciones* (es decir, bajo determinadas condiciones) el deber jurídico puede no ser concluyente, sino sólo un deber *prima facie*. Por el otro lado puede ser modalizada con respecto a una supuesta propiedad o característica de la normatividad: C) el derecho es *moralmente* obligatorio/vinculante, siempre (*legalismo ético*) o bajo determinadas condiciones (*positivismo ético*); D) el derecho siempre es *jurídicamente* obligatorio/vinculante.²³

¹⁹ Cfr. Atienza Rodríguez, Manuel, “Lógica y argumentación jurídica”, en J. Echeverría; J. de Lorenzo; y L. Peña (eds.), *Calculemos... Matemáticas y libertad. Homenaje a Miguel Sánchez-Mazas*, Madrid, Trotta, 1996.

²⁰ Cfr. Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, *op. cit.*, p. 322; *Idem*, “A Brief Note on the Structure of Legal Reasoning”, trad. it., “Una breve nota sulla struttura del ragionamento giuridico”, *Ragion pratica*, vol. 1, 1993, p. 32.

²¹ *Ibidem*, pp. 68-69.

²² Cfr. Raz, Joseph, “Kelsen’s Theory of the Basic Norm”, en *Idem*, *The Authority of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1979, p. 137.

²³ Para Mauro Barberis el legalismo ético no es una forma de positivismo ideológico (*cf.*, *Filosofía del diritto. Un’introduzione teorica*, Giappichelli, Torino, 2008 (III ed.), pp. 21-22); para María Cristina Redondo Natella (*cf.* *El carácter práctico de los deberes jurídicos*, *op. cit.*, p. 365), en cambio, “Positivista ideológico es quien sostiene que los deberes jurídicos implican el deber moral o racional de actuar, cometiendo una falacia definicionista; o bien quien defiende que las razones o deberes jurídicos prevalecen sobre otras razones o deberes, autónomas o heterónomas, que se aplican a un agente. En este último caso, un positivista ideológico es quien asume la idea de unidad del razonamiento práctico y otorga al derecho el papel del único generador de deberes ‘genuinos’, que prevalecen sobre todos los demás”.

Las combinaciones de la sub-tesis C) con las sub-tesis A) y B) pueden ser consideradas formas de positivismo ideológico. La tesis de la independencia de la normatividad jurídica puede ser analizada como una combinación de las sub-tesis B) y D) sobre mencionadas, y presupone conceptualmente la tesis de la separación entre normatividad jurídica y normatividad moral, entre deber jurídico y deber moral.

Esta última distinción fue elaborada originariamente por Hans Kelsen en su teoría nomoestática, donde se pone en luz también el entronque interno entre normatividad y forma lógica de la norma jurídica.²⁴ He aquí una clara formulación de la distinción: “La obligatoriedad jurídica de las normas de derecho, su carácter normativo, nace, en efecto, de otra fuente que la fuerza obligatoria de las leyes morales. Existe, entre unas y otras, una total independencia, en lo que a su carácter normativo se refiere”.²⁵

Para el jurista y teórico del derecho pragués, la existencia de cualquier tipo de norma consiste en su obligatoriedad, en el deber ser (*Sollen, ought*) de alguna conducta. Pero normas morales y normas jurídicas difieren bajo algunos aspectos cruciales. La norma moral es autónoma y motiva directamente la conducta de sus destinatarios, que advierten en su conciencia un sentimiento de sujeción de la voluntad y la reconocen como digna de respeto: por lo tanto tiene una existencia puramente subjetiva y una forma lógica categórica del tipo “Debe ser C”. La norma jurídica, en cambio, es heterónoma y sirve para poner en acto una técnica de motivación indirecta de la conducta de los coasociados: sus destinatarios directos son los funcionarios, tiene una existencia objetiva y su forma lógica es condicional: “si se verifica un acto ilícito, entonces es obligatorio (se debe) aplicar una sanción” (“si I, debe ser S”).

Norma moral y norma jurídica no difieren sólo con respecto a la presencia/ausencia del elemento sancionatorio institucionalizado, sino también con respecto a su relación con el deber (*Pflicht, duty*) respectivamente moral y jurídico. En las palabras de Kelsen:

La frase: “un individuo tiene el deber (moral) o se encuentra (moralmente) obligado a observar tal o cual conducta”, significa que existe una norma válida (de carácter moral) que ordena tal comportamiento; o que el individuo debe conducirse en esa forma. El concepto de deber jurídico no es sino la contrapartida del concepto de norma jurídica.

²⁴ Cfr. en particular Kelsen, Hans, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Mohr, Tübingen, 1911, trad. cast. por Wenceslao Roces, *Problemas capitales de la teoría jurídica del estado*, México, Porrúa, 1987, capítulos XI-XIII.

²⁵ *Ibidem*, pp. 47 y 48.

Pero la relación es aquí más compleja... Un individuo está jurídicamente obligado a la conducta opuesta a aquella que constituye la condición de la sanción dirigida contra él.²⁶

El “contenido” del deber jurídico consiste en una conducta distinta del acto antijurídico. Nótese, sin embargo, que “[d]e acuerdo con esta definición del deber jurídico, la norma de derecho que obliga al sujeto a abstenerse del acto violatorio, enlazando una sanción a dicho acto, no establece ningún deber jurídico de ejecutar la sanción o de ‘aplicar’ la misma norma... el órgano aplicador del derecho puede hallarse jurídicamente obligado a ejecutar la sanción... sólo cuando hay otra norma que enlaza una nueva sanción a la no ejecución de la primera”.²⁷

Dicho de otra manera: mientras en el caso de la norma moral el comportamiento debido coincide con el comportamiento prescrito por la norma (el *Pflicht* tiene una relación directa con el *Sollen*), en el caso de la norma jurídica la conducta debida es la conducta de los coasociados, la cual no coincide con la conducta prescrita por la norma jurídica a los funcionarios y que consiste en aplicar la sanción.²⁸ Desarrollando esta idea hasta sus últimas consecuencias, hay que concluir que en un ordenamiento jurídico habrá siempre una norma para cuyo incumplimiento no está prevista una sanción.

Estas consideraciones se relacionan con la distinción entre obligatoriedad moral y obligatoriedad/validez jurídica. Una norma moral es obligatoria en la medida en que establece un deber ser, la calificación normativa de cierta conducta, y engendra un ser, el hecho psicológico de que su contenido haya sido reconocido y aceptado autónomamente por su destinatario. La obligatoriedad/validez de una norma jurídica, en cambio, tiene su fuente en la voluntad de la autoridad objetivizada en un contenido de significado (*Sinngehalt*) y “no reside en el hecho de que se la acate o se la aplique; para sentir la necesidad de descubrir semejante ‘fundamento’, hay que concebir la norma jurídica como lo que la norma jurídica no es: como una regla que se inspira a la conducta efectiva del hombre. La validez de una norma jurídica... consiste, no en que se acate o se aplique, sino en que *debe*

²⁶ Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, *op. cit.*, pp. 58-59, trad. cast. por Eduardo García Máynez, *Teoría general del Derecho y del Estado*, 5a. reimp. de la 2a. ed., México, UNAM, 1995 [1958], pp. 68 y 69.

²⁷ *Ibidem* pp. 59-50, trad. cast. *op. cit.*, pp. 69 y 70.

²⁸ *Cfr.* Paulson, Stanley, “An Empowerment Theory of Legal Norms,” *Ratio Juris*, vol. 1, 1988, pp. 67-70; Celano, Bruno, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, Il Mulino, Bologna, 1999, pp. 196-206.

ser acatada o aplicada”.²⁹ Una norma jurídica debe ser acatada, es válida y dotada de fuerza vinculante si es emitida por una autoridad en el cumplimiento de lo prescrito por otra norma jurídica válida; a esta última norma, sin embargo, se le aplica el mismo criterio de validez, con una cadena de remisiones que termina en la *Grundnorm*.

Por supuesto, una visión de este tipo deja espacio para la pregunta: ¿por qué la norma básica debe ser acatada? Para Kelsen, sin embargo, esta cuestión no puede ser recogida por un jurista: “carece de todo interés jurídico el problema del fundamento o la razón de la validez en cualquiera de sus dos posibles acepciones. Cuando versa sobre el móvil de la conducta ajustada a derecho, es, simplemente, un problema psicológico, perteneciente al campo de la sociología; cuando busca una justificación moral, sólo tiene cabida en el campo de la ética”.³⁰ El jurista tiene que adoptar un punto de vista formal y asumir la normatividad del derecho sin indagar el fundamento material sobre el que descansa su validez. La fuente de la normatividad jurídica coincide con la presuposición transcendental (o con la ficción) de la norma básica.³¹

De esto se sigue, en la forma de una respuesta a Nino, que

a ningún juez, ni a nadie que tenga por cometido aplicar el derecho como órgano suyo, le pase nunca por las mentes proceder con arreglo a la teoría de quienes supeditan la existencia de un deber jurídico a los postulados de la moral, las buenas costumbres o la cultura. Lejos de ello, todo órgano llamado a realizar la voluntad del Estado – y no en otra cosa consiste la función de aplicar el derecho – no tendrá por qué examinar más de una cosa, a saber: si se da o no el supuesto de hecho a que la ley condiciona la voluntad del Estado de castigar o aplicar medidas de ejecución.³²

La filosofía del derecho anglosajona ha recuperado la idea de una distinción entre normas, obligaciones y normatividades morales y jurídicas explicándola a través del paradigma del análisis conceptual y lingüístico. Hart, después de criticar duramente los reduccionismos semánticos benthamiano, austiniano y rossiano de los enunciados normativos jurídicos a afirmaciones sobre hechos sociales (hechos psicológicos de los aplicadores y

²⁹ Kelsen, Hans *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, trad. cast. *op. cit.*, pp. 305 y 306.

³⁰ *Ibidem*, pp. 306 y 307. Cfr. también, Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, 2a. ed., Deuticke, Wien, 1960, capítulo II.

³¹ Cfr. Bindreiter, Uta, “Presupposing the Basic Norms”, *Ratio Juris*, vol. 14 núm. 2, 2001, pp. 146-147; Delacroix, Sylvie, “Hart’s and Kelsen’s Concepts of Normativity Contrasted”, *Ratio Juris*, vol. 17 núm. 4, 2004.

³² Kelsen, Hans, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, trad. cast. *op. cit.*, p. 289. La misma idea es expresada por Ruíz Miguel, Alfonso, “Derecho y punto de vista moral”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. 14, 1997, p. 578.

de los coasociados o hechos relativos a la probabilidad de que una sanción siga cierto acto prohibido por el soberano) y después de distinguir los conceptos de “estar obligado por alguien”, “sentirse obligado” y “tener una obligación”, sostiene que los enunciados jurídicos manifiestan la *aceptación* por parte de los miembros de un grupo social de cierto estándar de conducta y expresan *razones* para actuar de cierta manera y criticar o punir la conducta divergente:³³ esta, al menos, parece ser la interpretación comúnmente aceptada a partir de las interpretaciones de Joseph Raz y Kevin Toh.³⁴ Sin embargo, para Hart, quien conforma su propia conducta a la prescrita por una norma jurídica puede hacerlo “por una multiplicidad de razones diferentes y entre esas razones puede contarse a menudo, aunque no siempre, el conocimiento de que eso es lo que más le conviene”.³⁵ De hecho, “obedecer una regla (o una orden) no implica *necesariamente* que la persona que obedece piense que lo que hace es lo correcto, tanto para él como para los otros: no es menester que vea en ello el cumplimiento de una pauta o criterio de conducta para el resto de los miembros del grupo social. No es necesario que conciba a su conducta ajustada a la regla como correcta, apropiada u obligatoria”.³⁶ Hart es todavía más explícito en el siguiente pasaje:

el acatamiento al sistema puede estar basado en muchas consideraciones diferentes: cálculos interesados a largo plazo, interés desinteresado en los demás; una actitud tradicional o una actitud no reflexiva heredada; o el mero deseo de comportarse como lo hacen los otros. No hay por cierto razón alguna que se oponga a que quienes aceptan la autoridad del sistema continúen haciéndolo por una diversidad de consideraciones, no obstante que un examen de conciencia los haya llevado a decidir que moralmente no deben aceptarla.³⁷

Aun así, las normas jurídicas engendran razones de un tipo especial: razones *autoritativas, perentorias e independientes del contenido* prescrito.³⁸ Una razón

³³ Cfr. Hart, Herbert L.A., *The Concept of Law*, 2a. ed., Clarendon, Oxford, 1994, [1961], capítulo V, § 2.

³⁴ Cfr. Raz, Joseph, “The Purity of Pure Theory”, en *Revue Internationale de Philosophie*, vol. 138, 1981, p. 243; Toh, Kevin, “Hart’s Expressivism and his Benthamite Project”, *Legal Theory*, vol. 11, núm. 1, 2005.

³⁵ Hart, Herbert L.A., *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 114, trad. cast. por G.R. Carrió, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963 p. 142. Cfr. también *idem*, “Commands and Authoritative Reasons”, en *idem*, *Essays on Bentham*, Clarendon, Oxford, 1983, pp. 256 y 257.

³⁶ *Ibidem*, p. 115, trad. cast. p. 143.

³⁷ *Ibidem*, p. 203, trad. cast. p. 261.

³⁸ Hart, Herbert L.A., “Commands and Authoritative Reasons”, *op. cit.*, pp. 254 y 255.

para ejecutar una clase de acciones K es dependiente del contenido cuando se considera cada miembro de K intrínsecamente valioso. Una razón es en cambio independiente del contenido si ella existe no en virtud del valor intrínseco de K , sino en virtud de haberse ejecutado un acto lingüístico particular, como una orden o la promulgación de una ley.³⁹ Una razón es perentoria si excluye la deliberación práctica sobre cierta acción.

La noción de razón perentoria utilizada por Hart es tomada de la teoría de Joseph Raz, quien en cambio habla de “razones excluyentes”. Una *razón excluyente* para cierta clase de acciones K es una razón de “segundo orden” para no actuar por otras razones de primer orden en contra de K . Una norma jurídica, en cuanto directiva emitida por una autoridad, no se limita a expresar sino que *es* una *razón protegida* para cierta clase de acciones K ,⁴⁰ es decir una combinación de al menos una razón de primer orden para K y de una razón excluyente para K (para no considerar ciertas razones en contra de K):⁴¹ se trata de la “tesis de la sustitución” (“*pre-emption thesis*”).⁴² En la opinión de Raz, existiría un principio de la racionalidad práctica a tenor del cual las razones excluyentes se impondrían siempre sobre las razones de primer orden que están a su alcance. Un balance global sólo sería posible entre razones del mismo nivel, no entre razones excluyentes y excluidas: un agente tiene que actuar por una razón no excluida/derrotada.⁴³ Sin embargo, las razones excluyentes, a pesar de su fuerza normativa especial, no son para Raz razones *absolutas* ni *últimas*: no son insuperables por cualquier otra razón de signo contrario y siempre habrán que estar justificadas por consideraciones más fundamentales que se apliquen independientemente al agente (“tesis de la justificación normal”).⁴⁴ Dicho de otra manera: la normatividad del derecho se manifestaría en formas típicas, distintas de la normatividad moral, pero necesitaría una suerte de fundamento –la legitimidad de la autoridad– cuya naturaleza normativa es aparentemente reductible a la política y a la moral. Raz parecería entonces aceptar el

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Raz afirma explícitamente (“Legal Reasons, Sources, and Gaps”, en *Idem, The Authority of Law, op. cit.*, p. 65) que un enunciado jurídico del tipo “Según el derecho x debe hacer π ” tiene el mismo sentido de un enunciado del tipo “Existe una razón jurídica (*legal reason*) para que x haga π ”.

⁴¹ *Cfr.* Raz, Joseph, *Practical Reason and Norms, op. cit.*, pp. 36-40, 185.

⁴² *Cfr.* Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon, 1986, p. 46.

⁴³ *Cfr.* Raz, Joseph, *Practical Reason and Norms, op. cit.*, p. 40. Para una extensa crítica a este modelo, *cfr.* Bayón Mohíno, Juan Carlos, *La normatividad del derecho, op. cit.*, pp. 487-543.

⁴⁴ *Cfr.* Raz, Joseph, *The Morality of Freedom, op. cit.*, p. 47.

principio de unidad del razonamiento práctico:⁴⁵ por esta razón resulta difícil clasificarlo como partidario de la tesis de la independencia de la normatividad jurídica. Menos clara, en este sentido, resulta la postura de Hart, que no aboga abiertamente por dicho postulado.⁴⁶

Redondo, por su parte, elabora su concepción de la normatividad conjugando las tradiciones kelseniana y oxoniense y contestando directamente la teoría de Nino.⁴⁷ Sostiene la autora argentina que una concepción iuspositivista no tiene que aceptar necesariamente la idea de una coincidencia entre a) los conceptos de “norma” y “norma moral”, b) los conceptos de razonamiento justificatorio y justificación sustantiva, c) las premisas de un argumento formal y las razones sustantivas para la acción y d) las distinciones derecho vs. moral y derecho vs. fuerza vinculante. Asimilar sin más cada pareja conceptual en una única noción depende de una estipulación que equivale a una petición de principio en favor de la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral.

Redondo destaca también que la aceptación de una norma jurídica por razones morales no convierte la norma jurídica en un contenedor vacío de una norma moral: “Aun si la sugerencia de Nino fuese verdadera, ...de ello no se sigue que las normas jurídicas no sean suficientes para la justificación

⁴⁵ Para una toma de partido más explícita, *Cfr.* Raz, Joseph, “Authority and Justification”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 14 núm. 1, 1985. Hay sin embargo argumentos textuales para considerarlo como un defensor de la idea opuesta: *Cfr.* sobre todo Raz, Joseph, “Hart on Moral Rights and Legal Duties”, *op. cit.*

⁴⁶ Con respecto a Hart, la duda surge de la interpretación del siguiente pasaje (*The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 203, trad. cast. *op. cit.*, p. 261): “Quienes aceptan la autoridad de un sistema jurídico lo ven desde el punto de vista interno, y expresan su apreciación de las exigencias de aquél en enunciados internos, acuñados en el lenguaje normativo que es común al derecho y a la moral: ‘Yo (tú) debo (debes)’; ‘yo (él) tengo que (tiene que)’; ‘yo (ellos) tengo (tienen) una obligación’. Sin embargo, eso no los compromete a un juicio *moral* en el sentido de que es moralmente correcto hacer lo que el derecho prescribe. Sin duda alguna que si no se dice nada más, existe la presunción de que cualquiera que se expresa de esa manera respecto de sus obligaciones jurídicas o de las obligaciones jurídicas de los demás, no piensa que hay alguna razón moral o de otro tipo que se oponga al cumplimiento de las mismas. Esto, sin embargo, no demuestra que nada puede ser reconocido como jurídicamente obligatorio si no es aceptado como moralmente obligatorio. La presunción aludida se apoya en el hecho de que comúnmente carecerá de objeto que reconozcamos o señalemos una obligación jurídica, si tenemos razones concluyentes, morales o de otro tipo, para abogar en contra de su cumplimiento”.

⁴⁷ *Cfr.* Redondo Natella, María Cristina, “El carácter práctico de los deberes jurídicos”, *Doxa*, vol. 21 núm. 2, 1998; *Idem*, “La justificación de decisiones judiciales”, en *Isegoría*, vol. 21, 1999; *Idem*, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, capítulo VI.

deductiva (formal) de la decisión final. El hecho de que la razón que explica la aceptación de normas morales sea, a su vez, la aceptación de normas morales, no convierte a las normas jurídicas en normas morales, ni exige que el argumento, para ser lógicamente válido, se remonte a dichas normas”.⁴⁸ De hecho, “[e]l argumento práctico en sentido lógico sólo sirve a un concepto formal de justificación y no asegura que las premisas constituyan razones sustantivas para la acción”:⁴⁹ esto permite separar las razones formales de las razones sustanciales para la acción.

Si se admite el concepto de justificación formal, con arreglo al cual el carácter de la misma y de la conclusión derivada es siempre relativo a las premisas empleadas y a su marco normativo, hay que reconocer también que habrá tantas clases de justificaciones como de premisas: jurídicas, morales, prudenciales, religiosas, de etiqueta, etc. Preguntarse por las razones de cierto tipo de justificación, sin embargo, comporta una salida del marco de referencia. Como lo dice Juan Carlos Bayón:

La razón que uno pasa a tener a resultas de aceptar una norma no tiene por qué ser de la misma clase que las razones que haya podido tener para proceder a aceptarla: por ejemplo, uno podría aceptar una norma moral por razones prudenciales; una norma jurídica por razones morales; etcétera. Que la norma que se acepta sea “jurídica”, sin embargo, no depende en absoluto de la clase de razones por las que alguien la haya aceptado.⁵⁰ Esto significa rechazar el principio de unidad del razonamiento práctico.

El principio de unidad del razonamiento práctico puede ser interpretado de dos maneras, una “fuerte” y una “débil”. En su lectura débil, el principio se concreta en dos tesis: 1) la idea según la cual cada concepción normativa debe articularse en una jerarquía de justificaciones (identificadas o bien con preferencias y meta-preferencias internas al sujeto o bien con pautas objetivas externas al mismo) que permite identificar unívocamente la respuesta a un problema práctico y 2) la tesis según la cual las justificaciones morales ocuparían el último peldaño de tal estructura estratificada. Para Redondo, sin embargo, un principio de unidad así concebido, por un lado “no excluye la posibilidad de coexistencia de múltiples concepciones normativas. Y algunas de ellas establecen que en determinadas circunstancias hay más de una perspectiva correcta para evaluar una situación... en el

⁴⁸ Redondo Natella, María Cristina, *La justificación de decisiones judiciales*, *op. cit.*, p. 151.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 152.

⁵⁰ Bayón Mohíno, Juan Carlos, voz “Deber jurídico”, en Garzón Valdés, Ernesto, y Laporta San Miguel, Francisco Javier (eds.), *El Derecho y la Justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Trotta, Madrid, 1996, p. 326. *Cfr.* también Buluyin, Eugenio, “Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos”, *Doxa*, vol. 10, 1991.

siguiente sentido: en una misma situación puede estar justificado jurídicamente hacer algo diferente de lo que está justificado hacer consideradas todas las cosas”.⁵¹ Por el otro emplea la palabra “moral” como sinónimo de la expresión “de último nivel”, con la diferencia de que respeto a esta tiene una carga emotiva favorable.

Para rechazar la objeción a la tesis 1) es necesario negar, desde un punto de vista metaético, que en cada jerarquía justificativa se den varios conjuntos de principios últimos actualmente o potencialmente incompatibles y afirmar que existe una única forma de justificación práctica válida: esto es el principio de unidad del razonamiento práctico en su sentido más fuerte. Sin embargo, si se adopta una postura metaética liberal y pluralista, es decir, si se reconoce la posibilidad de una pluralidad de concepciones (o de éticas) normativas alternativas o de puntos de vista normativos igualmente correctos, es menester admitir que existen diferentes e igualmente válidos parámetros de evaluación de los argumentos prácticos. En breve: siempre queda abierta la posibilidad de que haya varias formas válidas de justificación y de que la fragmentación, negada en ámbito ético-normativo, reaparezca en ámbito metaético. En la opinión de Redondo para evitar esta conclusión haría falta uno o más criterios para determinar qué teoría ética y qué metaética son correctas. Mas la búsqueda de este criterio se enfrenta con enormes (tal vez insuperables) problemas epistemológicos y conceptuales.⁵²

La conclusión extrapolada por la autora argentina es entonces la siguiente: un positivista jurídico puede explicar la relevancia práctica del derecho sólo negando la tesis de la unidad del razonamiento práctico. De esta manera sería también posible evitar la imputación de violación de la “Ley de Hume” (conclusiones normativas no pueden ser deducidas de solas premisas descriptivas): “el derecho constituye genuinos deberes jurídicos; es decir, aquello que el derecho es significa la existencia de un auténtico deber, i.e. la existencia de razones justificatorias. Estos deberes tienen la peculiaridad de que se identifican, siempre, por su relación con ciertas fuentes sociales; aunque ello no implica que las normas que los imponen sean reducibles a dichas fuentes sociales”.⁵³ Las normas jurídicas son razones justificatorias formales, no sustanciales/morales: el carácter práctico no es un rasgo definitorio del deber jurídico.

⁵¹ Redondo Natella, María Cristina, *La justificación de decisiones judiciales*, op. cit., p. 156. Cfr. también *Idem*, *La noción de razón para la acción el análisis jurídico*, op. cit., cap. VI.

⁵² Cfr. *Ibidem*, pp. 157-159.

⁵³ Redondo Natella, María Cristina, *El carácter práctico de los deberes jurídicos*, op. cit., p. 363.

3. *La tesis de la irrelevancia del problema de la normatividad para la teoría del derecho*

Las dos soluciones al problema de la normatividad que acabamos de reseñar dan por sentado que una de las tareas fundamentales de la teoría del derecho consiste en explicar de qué forma el derecho puede expresar razones operativas y no meramente auxiliares, deberes “genuinos” (morales o independientes) dotados de fuerza obligatoria vinculante. Sin embargo, muchos partidarios del iuspositivismo han negado que un teórico del derecho tenga que hacerse cargo de este cometido: el problema de la normatividad del derecho – por cuanto interesante para la filosofía política – sería irrelevante para la teoría del derecho.

La diferencia entre el positivismo jurídico que defiende la tesis de la independencia de la normatividad jurídica y el iuspositivismo “indiferente” al problema depende probablemente de las respectivas interpretaciones de la “tesis de la falibilidad moral” (“*moral fallibility thesis*”) del derecho.⁵⁴ Con arreglo a esta tesis, el hecho de que una norma forme parte de un ordenamiento jurídico no implica que sea *moralmente* obligatoria o que tengan que existir razones morales para actuar de acuerdo con ella. El iuspositivismo del primer tipo (el de Kelsen y Redondo, para entendernos) considera que la validez (formal y material) jurídica de una norma implica que sea *jurídicamente* obligatorio actuar de acuerdo con ella; el iuspositivismo indiferente, en cambio, considera que la mera pertenencia de una norma a un ordenamiento jurídico no implica nada respecto a su obligatoriedad o relevancia práctica moral y que hablar de una relevancia práctica jurídica no tiene sentido.

Entre los primeros autores que negaron la relevancia del problema de la normatividad cabe mencionar Alf N.C. Ross. Para el teórico y filósofo del derecho danés el derecho consiste en un conjunto de hechos sociales complejos que pueden ser identificados y descritos científicamente, tarea esta que le compete al jurista teórico (y al sociólogo del derecho). Nociones como “normatividad”, “obligatoriedad” y “fuerza vinculante” pueden designar propiedades metafísicas *a priori*, como en las concepciones iusnaturalistas, o propiedades fácticas, como en las concepciones iuspositivistas. En el primer caso, dichos conceptos son totalmente inútiles para una teoría del derecho, en cuanto ocultan preferencias ideológicas; en el segundo caso, en

⁵⁴ Cfr. Hart, Herbert L.A., *The Concept of Law*, *op. cit.*, pp. 185-186, trad. cast. *op. cit.*, pp. 229 y 230; Lyons, David, *Ethics and the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1984, p. 63; Füßer, Klaus, “Farewell to ‘Legal Positivism’: The Separation Thesis Unraveling”, en George, Robert P. (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Clarendon, Oxford, 1996.

cambio, se trata de conceptos empíricos que designan fenómenos complejos con respecto a los cuales no tiene sentido agregar la calificación “moral” o “jurídica”: el hecho de que cierto tipo de conducta es normalmente sancionado por los tribunales, el hecho de que las normas jurídicas se expresen en formas lingüísticas típicas (los enunciados de deber), el hecho de que dichos enunciados tengan un contenido significativo abstracto relativo a un modelo de conducta (la directiva) que sirve como esquema de interpretación de las acciones de los coasociados, el hecho de que los ciudadanos y los funcionarios “vivan” concretamente la directiva experimentando determinadas emociones (el sentimiento de obligatoriedad), etcétera. Para Ross todos estos hechos pueden ser estudiados por la ciencia jurídica, la psicología y la sociología del derecho.⁵⁵

El autor –que mueve de una crítica a los conceptos kelsenianos de validez y norma básica– deslinda además claramente los deberes *conformes* a derecho, es decir puestos mediante (y basados en) normas jurídicas, del deber de obedecer el derecho, un deber *hacia* el derecho que no puede fundarse sobre normas jurídicas y que tiene carácter moral. Decir que cierto ordenamiento jurídico tiene fuerza vinculante es expresar un deber moral de cumplir con las normas jurídicas, pero esto nada tiene que ver con la descripción del derecho: una concepción del derecho que repare en estas afirmaciones no es un verdadero positivismo jurídico, sino un cuasi-positivismo, un positivismo ideológico enmascarado.⁵⁶

El punto ha sido retomado en tiempos más recientes por Jules Leslie Coleman y Eugenio Bulygin. Coleman ha argüido que “el derecho tiene sólo un valor instrumental y su autoridad depende del hecho de que se trata de un medio convencionalmente aceptado para producir consecuencias sociales deseables”,⁵⁷ precisando también que una *jurisprudencia* positivista debería ocuparse sólo de lo que es derecho de acuerdo con la regla de reconocimiento.⁵⁸ Bulygin, por otro lado, ha destacado que la expresión “normativo” (y por consiguiente el nombre abstracto “normatividad”) pue-

⁵⁵ Cfr. Ross, Alf Niels Christian, *On Law and Justice*, *op. cit.*, capítulo I, §§.

⁵⁶ Cfr. Ross, Alf Niels Christian, *Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law*, *op. cit.*, §§.

⁵⁷ Cfr. Coleman, Jules Leslie, “On the Relationship Between Law and Morals”, *Ratio Juris*, vol. 2, 1989, p. 67, traducción mía.

⁵⁸ Coleman manifiesta sin embargo un cambio de opinión en algunos escritos posteriores: en *The Practice of Principle* (Oxford University Press, Oxford, 2001, capítulo X), por ejemplo, sostiene que para poder salvar el positivismo jurídico inclusivo *no* es necesario abandonar al menos una entre la tesis de la convencionalidad de los criterios de validez y la tesis de la diferencia práctica.

de tener al menos dos significados, ya mencionados en la Introducción: 1) estar compuesto por normas y 2) tener fuerza vinculante. El positivismo jurídico tiene que contestar, entre otras, a las preguntas teóricas sobre si y en qué medida el derecho es un ordenamiento de normas y sobre cuáles normas pertenecen a cierto ordenamiento jurídico particular, son válidas y/o aplicables en ello, no a una pregunta práctica sobre su fuerza vinculante o sobre si los jueces tienen un deber *concluyente* de aplicar las normas jurídicas en un caso concreto.

¿Pero es posible esgrimir algún argumento en contra del análisis del razonamiento justificatorio del juez propuesto por Nino (que supone una conexión justificativa necesaria entre derecho y moral) sin aceptar al mismo tiempo la idea de la existencia de un deber jurídico cuya normatividad es independiente de la normatividad moral? No es fácil contestar afirmativamente a esta pregunta. La única opción viable parece ser la negación de la existencia de una moral objetiva unida a una postura crítica del modelo deductivo de razonamiento justificatorio, que incurre en el conocido dilema de Jørgensen: o bien la noción de consecuencia lógica definida en términos de valores de verdad es incorrecta y tiene que ser modificada, o bien normas e imperativos (entendidos como juicios prácticos) no pueden aparecer en inferencias lógicas. No voy a ocuparme aquí de esta objeción, que merecería un análisis muy extenso y de todos modos se aplicaría también a los iuspositivistas que aceptan la posibilidad de un razonamiento práctico de tipo silogístico, pero nótese que sin el rechazo del silogismo práctico el positivista tendría que admitir al menos una conexión necesaria justificativa entre el derecho y los valores aceptados por el juez.

III. ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES ULTERIORES

Hasta ahora he presentado la discusión entre los partidarios de las varias posturas utilizando sus términos y conceptos. Sin embargo, como el lector se habrá dado cuenta, los mismos términos y conceptos empleados padecen serias y potencialmente desviantes ambigüedades. En este apartado, siguiendo principalmente los excelentes análisis de Bayón y Redondo,⁵⁹ me detendré algo más sobre algunas nociones clave del debate, en el intento de

⁵⁹ Bayón Mohíno, Juan Carlos, *La normatividad del derecho*, *op. cit.*, Redondo Natella, María Cristina, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, *op. cit.*

establecer mejor el origen, los límites y el núcleo del desacuerdo entre las opuestas concepciones.

En primer lugar, conviene destacar que las diversas soluciones al problema de la normatividad dependen en buena medida de diferentes posturas metaéticas, epistemológicas y ontológicas, que se reflejan directamente en las concepciones de la racionalidad práctica. Así, para un *externalista* hay razones para actuar que son hechos externos al sujeto y objetivos: los juicios prácticos con los que se expresan dichas razones son o bien verdaderos o falsos o bien objetivamente correctos o incorrectos; para un *internalista* las razones para actuar son preferencias⁶⁰ y meta-preferencias que dependen de las actitudes prácticas del agente, y pueden ser ordenadas en una estructura jerárquica.⁶¹ En su ensayo *La normatividad del derecho*, Bayón, inspirándose a una tradición que cuenta con autores como Stephen Körner, Harry Frankfurt, Richard Jeffrey y Amartya K. Sen, propone un modelo internalista de estructura de preferencias en el que se identifican tres niveles y tres clases de razones: de primer nivel o instrumentales (deseos), de segundo nivel o prudenciales (intereses) y de tercer nivel o morales (valores). Un sujeto racional actúa siempre con base en la razón no dominada de nivel más alto que se refiere a la clase de acciones en juego. Por otro lado, es posible distinguir entre monismo y pluralismo. Un *monista* cree que en el último nivel de una jerarquía de razones se encuentra sólo cierto tipo de valores que no pueden entrar en conflicto; un *pluralista* considera en cambio que siempre es posible un conflicto entre razones últimas.

Sin embargo, existe un sentido diferente de la distinción monismo/pluralismo, subyacente al análisis de Redondo, con arreglo al cual se considera monista toda reconstrucción que acepte el principio de unidad de razonamiento práctico y la idea de que las razones de tercer nivel son razones *morales* que dominan sobre las razones de los niveles inferiores, mientras se considera pluralista una concepción para la cual las razones de último nivel pueden ser de tipos distintos (religiosas, jurídicas, prudenciales, etc.). Se puede discutir sobre la oportunidad de llamar convencionalmente “morales” las razones dominantes de tercer nivel: pero el desacuerdo no radica en una etiqueta teórica, sino en lo que entendemos por “moral”, “norma” y “aceptación”.

⁶⁰ Cfr. Williams, Bernard, “Internal and External Reasons”, en Harrison, Ross (ed.), *Rational Action*, Cambridge University Press, Cambridge, 1979.

⁶¹ Cfr. Frankfurt, Harry, *Freedom of the Will and the Concept of a Person*, “Journal of Philosophy”, vol. 68, núm. 1, 1971.

La distinción entre *moralidad positiva* (o *social*) y *moralidad crítica* (o *racional*) es clásica al menos desde el ensayo *Law, Liberty, and Morality* de Hart:⁶² la primera es un subconjunto de las reglas sociales adoptadas en un determinado grupo social que se diferencian de las demás por la importancia que revisten para los coasociados, por la inmunidad al cambio deliberado y las formas de presión social que las sostienen y por el carácter voluntario de las transgresiones a las mismas;⁶³ la segunda es un conjunto de razones justificativas que ocupan el nivel más alto de una estructura jerárquica. Las reglas de la moralidad social son identificables por su fuente, es decir con base en hechos sociales; las razones morales se identifican en cambio porque rigen universalmente y no son dominadas (por deseos o consideraciones de interés personal). Así, puede ocurrir que tanto desde la perspectiva internalista como desde el punto de vista externalista, las reglas de la moralidad social no sean idóneas para proporcionar razones morales (en el sentido de la moralidad crítica).

La distinción entre moral positiva y moral crítica se funda sobre la distinción entre razones morales y reglas sociales, que a menudo son confundidas bajo la calificación de “normas”. Ya vimos en qué consisten las razones morales. Las *reglas sociales* son *hechos*: son regularidades de comportamiento de los miembros de un grupo social consideradas como vinculantes en virtud de una red de disposiciones de conducta individuales interdependientes que se refuerzan recíprocamente. Estas disposiciones no son nada más que actitudes prácticas, susceptibles de descripción, que los miembros del grupo manifiestan en caso de desviación y de ausencia de una reacción crítica frente a dicha desviación. Sin embargo, cada miembro del grupo social puede articular razonamientos prácticos muy distintos a la hora de conformarse a la conducta regular y reaccionar críticamente frente a las desviaciones: 1) puede hacerlo irracionalmente, por mera imitación de los otros coasociados; 2) puede hacerlo por razones prudenciales, porque es su interés evitar sufrir las reacciones críticas de los otros miembros del grupo frente a su desviación o a su falta de reacción crítica frente a una desviación; 3) puede hacerlo por una razón dominante (moral) independiente de la existencia de la regla y dependiente del contenido (en el sentido de Hart), porque piensa que es correcto o valioso actuar como se actúa regularmente, prescindiendo de las disposiciones interdependientes de los coasociados; 4) puede hacerlo porque *acepta* la regla, porque considera que es correcto actuar como se actúa regularmente en la medida en que esto constituya el

⁶² Hart, Herbert L.A., *Law, Liberty, and Morality*, Stanford University Press, Stanford, 1963.

⁶³ *Cfr.* Hart, Herbert L.A., *The Concept of Law*, *op. cit.*, capítulo VIII, § 2.

“contenido” de las disposiciones interdependientes de los coasociados, es decir por una razón dominante dependiente de la existencia de la regla e independiente del contenido. En este último caso, sin embargo, *constatar* la existencia de la regla puede ser una razón operativa sólo para un externalista: un internalista diría en cambio —*pace* Hart— que dicha constatación constituye una razón auxiliar, en cuanto sólo permite describir cierta acción individual como un caso de una clase de acciones para la cual ya se tiene una razón operativa.

La palabra “norma” es también ambigua: puede indicar una regla social, una razón para la acción o un precepto de la autoridad emitido en cierto contexto. Los *preceptos* son actos ilocucionarios cumplidos por un sujeto —la autoridad— pretendiendo que su destinatario los interprete como muestra de una intención característica o de su compromiso práctico (*practical commitment*) para inducir al destinatario a tener cierta conducta (la conducta prescrita) en virtud del reconocimiento por parte del mismo destinatario de dicha intención o compromiso práctico y de un deber de (en el sentido de razón operativa para) hacer lo que la autoridad mande. La determinación de los criterios para reconocer cierto sujeto como autoridad constituye un problema normativo muy complicado del que aquí no puedo dar cuenta.

Ahora bien, los partidarios de la tesis de la dependencia de la normatividad jurídica de la normatividad moral sostienen que las razones para actuar no se pueden identificar por su fuente social (jurídica o relativa a la moral positiva), sino sólo por el papel que desempeñan en los razonamientos prácticos. No existen razones jurídicas independientes de las razones morales para tener reglas sociales jurídicas y autoridades legítimas que emiten preceptos para regular la conducta de los coasociados, de la misma manera que los preceptos de la autoridad y las reglas sociales jurídicas no expresan razones operativas, sino que sólo pueden entrar en los razonamientos prácticos de los agentes sólo como razones auxiliares.

Quien defiende la tesis de la independencia de la normatividad jurídica, en cambio, sostiene que las reglas sociales y los preceptos, en cuanto actos o prácticas significativos, tienen un contenido semántico normativo que puede expresarse en términos deónticos y que no tiene necesariamente carácter práctico. Dichos contenidos semánticos, en virtud de su estructura o forma lógica, pueden cumplir el papel de premisas en una justificación formal, es decir en un razonamiento práctico. En otras palabras: una norma sería una abstracción a partir de un acto ilocucionario o de una práctica social, susceptible de inferencia práctica. Si un precepto emitido por una

autoridad o una regla social son reconocidos como jurídicos en cierta comunidad (por ejemplo, en virtud de una regla de reconocimiento), entonces su contenido semántico es una norma jurídica que puede ser utilizada por el juez para justificar jurídicamente —aunque no necesariamente moralmente— cierta solución normativa a una controversia concreta.

Lo que se suele objetar a esta segunda postura es que quien justifica jurídicamente cierta acción o solución no se limita a emplear como premisas normativas de una inferencia práctica los contenidos semánticos normativos abstraídos de una regla social o de un precepto identificados como jurídicos, sino que los emplea en el razonamiento práctico justamente *porque* fueron reconocidos como jurídicos. Cuando se trata de encontrar una solución a un problema práctico, por ejemplo a una controversia jurídica, la justificación formal no puede ir separada de la justificación sustancial: en este caso, usar una norma como premisa de un razonamiento práctico justificatorio implica aceptar otra norma (o sistema de normas) que la justifique o que justifique su aplicación. Lo cual, nótese, es distinto de aceptar la norma que aparece como premisa en la inferencia práctica.

Los partidarios de la tesis de la independencia de la normatividad jurídica pueden replicar a esta crítica mediante un argumento elaborado por Redondo: el carácter de razón sustantiva para la acción “sólo puede establecerse dentro una teoría normativa y no depende de la aceptación grupal o individual. Del mismo modo que el hecho de identificar una norma como razón justificativa para la acción... no significa, todavía, aceptarla”.⁶⁴ En efecto, si el carácter operativo de una razón dependiera de su aceptación, del hecho de que haya sido internalizada por un agente, entonces no sería posible discutir racionalmente sobre razones para actuar, ya que un desacuerdo racional presupone que se compartan al menos algunos parámetros objetivos de juicio. Para Redondo, la *identificación* de una pauta que puede ser aceptada con el carácter de razón sustantiva exige la *suposición*⁶⁵ de una teoría normativa, no necesariamente de su aceptación: la aceptación de la teoría normativa, en cambio, es lo que determina la aceptación de una norma como razón sustantiva.

Un razonamiento jurídico justificatorio no requiere que sus premisas sean aceptadas, que sean razones sustantivas: basta con que se suponga que ciertas normas figuran como premisas de un argumento en un sentido meramente lógico.

⁶⁴ Redondo Natella, María Cristina, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, *op. cit.*, p. 202.

⁶⁵ La suposición consiste en proponer una premisa o una teoría como meras conjeturas que no comprometen con la acción: *cf. ibidem*, p. 189.

Esta réplica se funda sobre asunciones conceptuales (y ontológicas) distintas de las adoptadas por los partidarios de la tesis de la dependencia de la normatividad jurídica de la normatividad moral. Un autor como Bayón observaría probablemente que un juez no puede contentarse con una justificación hipotética basada en premisas normativas meramente supuestas: justificar jurídicamente no es justificar hipotéticamente. Esta divergencia depende en última instancia de como se reconstruye el concepto de aceptación: mientras para Redondo la aceptación es un *hecho* psicológico, para Bayón se trata de una actitud práctica que, una vez satisfecha la condición *ceteris paribus*, puede constituir una razón práctica. Redondo adopta respeto a la aceptación un punto de vista externo, y parece creer que una razón tiene que poder ser identificada independientemente de las preferencias de un agente; mientras Bayón, desde una postura internalista, sostiene que se puede considerar la aceptación también desde un punto de vista interno, y que no existe algo que constituye un interés o un valor para el agente independientemente de sus preferencias. La elección entre los diferentes modelos de análisis de la normatividad jurídica, por lo tanto, no puede prescindir de una evaluación global de la plausibilidad de las “imágenes del mundo” alternativas de las que dichos modelos forman parte.

IV. BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

1. *Sobre el concepto de normatividad*

- BRANDOM, Robert, *Making It Explicit*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), London, 1994.
- , “Modality, Normativity, and Intentionality”, en *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. 63, núm. 3, 2001.
- BRATMAN, Michael E., “The Sources of Normativity”, *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. 58, núm. 3, 1998
- BROOME, John, “Normative Requirements”, *Ratio*, vol. 12, núm. 4, 1999.
- DANCY, Jonathan (ed.), *Normativity*, Blackwell, Oxford, 2000.
- KORSGAARD, Christine M., *The Sources of Normativity*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996.
- TURNER, Stephen, *Explaining the Normative*, Polity Press, Cambridge, 2010.
- WALLACE, R. Jay, “Normativity, Commitment, and Instrumental Reason”, *Philosopher’s Imprint*, vol. 3, núm. 1, 2001.

_____, *Normativity and the Will. Selected Essays on Moral Psychology and Practical Reason*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2006
WEDGEWOOD, Ralph, *The Nature of Normativity*, Clarendon, Oxford, 2007

2. Sobre la normatividad del derecho

- BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos, *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- BERTEA, Stefano, *The Normative Claim of Law*, Portland, Hart, 2009.
- BERTEA, Stefano y PAVLAKOS, Georgios (eds.), *New Essays on the Normativity of Law*, Oxford, Hart, 2011.
- BULYGIN, Eugenio, *El positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2006 (capítulo IV).
- DELGADO PINTO, José, voz “Normatividad del derecho”, en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta San Miguel, Francisco Javier (eds.), *El Derecho y la Justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Madrid, Trotta, 1996.
- GANS, Chaim, “The Normativity of Law and Its Co-Ordinative Function”, en *Israel Law Review*, vol. 16, 1981.
- PAULSON, Stanley y PAULSON LITSCHIEWSKI, Bonnie (eds.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon, 1998.
- POSTEMA, Gerald, *The Normativity of Law*, en GAVINSON, Ruth (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy*, Oxford, Clarendon, 1987.
- RAZ, Joseph, *Practical Reason and Norms*, 2a. ed., London, Hutchinson, 1990 [1975].
- REDONDO NATELLA, María Cristina, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996.
- _____, “Normativity in Legal Contexts. An Institutional Analysis”, en P. Comanducci y R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1998. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1999.
- SHINER, Roger, “Law and its Normativity”, en Patterson, Dennis (ed.), *Blackwell Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell, 2010.
- SPAACK, Torben, “Legal Positivism, Law’s Normativity, and the Normative Force of Legal Justification”, *Ratio Juris*, vol. 16, núm. 4, 2003.

3. Sobre obligatoriedad, fuerza vinculante y validez del derecho

- BARBERIS, Mauro, “La norma senza qualità. Appunti su ‘validità’ in Hans Kelsen, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. 11, 1981.
- GARZÓN VÁLDES, Ernesto, “Algunos modelos de validez normativa”, *Revista latinoamericana de filosofía*, vol. 3, 1977.
- HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, “La obligatoriedad del Derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho (nueva época)*, vol. 4, 1987.
- HILL, Roscoe, “Legal Validity and Legal Obligation”, *Yale Law Journal*, vol. 80, 1970.
- KELSEN, Hans, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Mohr, Tübingen, 1911, trad. cast. por Wenceslao Roces, *Problemas capitales de la teoría jurídica del estado*, México, Porrúa, 1987.
- _____, *Reine Rechtslehre. Enleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Deuticke, Leipzig, Wien, 1934, trad. cast., *La Teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, México, Editora Nacional, 1974.
- _____, “The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence “(1941), en *idem*, *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*, Berkeley, University of California Press, 1957.
- _____, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1945, trad. cast. por Eduardo García Máynez, *Teoría general del Derecho y del Estado*, México, UNAM, 1995 (1958).
- _____, *Reine Rechtslehre*, 2a. ed., Deuticke, Wien, 1960, trad. cast. por Roberto J. Vernengo, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1982.
- MEYER, Stephan, *Juristische Geltung als Verbindlichkeit*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.
- MORESO MATEOS, Josep Joan, “Sobre la noción de validez normativa”, *Doxa*, vol. 30, 2007.
- MUNZER, Stephen R., *Legal Validity*, Nijhoff, The Hague, 1972.
- NINO, Carlos Santiago, *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985.
- ROSS, Alf Niels Christian, *On Law and Justice*, Stevens, London, 1958 (capítulo 2).
- _____, “Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law”, *Revista jurídica de Buenos Aires*, vol. 4, 1961.
- SARTOR, Giovanni, *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence – Volume V – Legal Reasoning. A Cognitive Approach to Law*, Springer, Dordrecht, 2005 (capítulos 12 y 13)

_____, “Validity As Bindingness: The Normativity of Legality”, en *EUI Working Paper – Law*, 18, 2006.

4. Sobre la tesis de la diferencia/relevancia práctica del derecho

BEYLEVELD, Derek y BROWNSWORD, Roger, “The Practical Difference between Natural Law Theory and Legal Positivism”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 5, núm. 1, 1985.

CARACCILO, Ricardo, “La relevancia práctica de una autoridad normativa. El argumento de las razones auxiliares”, en P. Comanducci y R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1998. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1999.

COLEMAN, Jules Leslie, “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”, *Legal Theory*, vol. 4, núm., 1998.

_____, *The Practice of Principle. In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

HIMMA, Kenneth Einar, “H.L.A. Hart and the Practical Difference Thesis”, *Legal Theory*, vol. 6, núm. 1, 2000.

REDONDO NATELLA, María Cristina, “El carácter práctico de los deberes jurídicos”, *Doxa*, vol. 21, núm. 2, 1998.

RUIZ MANERO, Juan, “Sobre la relevancia justificativa de la dimensión institucional del derecho”, en POZZOLO, Susanna (ed.), *La legge e i diritti*, Torino, Giappichelli, 2002.

SHAPIRO, Scott J., “On Hart’s Way Out”, en *Legal Theory*, vol. 4, núm. 4, 1998.

_____, “The Difference that Rules Make”, en Bix, Brian (ed.), *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*, Oxford University Press, New York, 2003 [1998].

_____, “Law, Morality and the Guidance of Conduct”, *Legal Theory*, vol. 6 núm. 1, 2000.

WALUCHOW, Wilfrid J., “Authority and the Practical Difference Thesis”, *Legal Theory*, vol. 6 núm. 1, 2000.

5. Sobre deber jurídico y obligación jurídica

BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos, voz “Deber jurídico”, en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta San Miguel, Francisco Javier (eds.), *El Derecho y la Justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Madrid, Trotta, 1996.

BOUIVER, Hernán. OBLIGACIÓN JURÍDICA.

CARRIÓ, Genaro, *Sobre el concepto de deber jurídico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1966.

CHIASSONI, Pierluigi (ed.), *The Legal Ought*, Torino, Giappichelli, 2001.

COLEMAN, Jules Leslie, "Legal Duty and Moral Argument", *Social Theory and Practice*, vol. 5, núm. 3-4, 1980.

HART, Herbert Lionel Adolphus, "Legal and Moral Obligation", en Melden, A.I., *Essays in Moral Philosophy*, University of Washington Press, Seattle, 1958.

_____, "Commands and Authoritative Legal Reasons", en Hart, Herbert Lionel Adolphus, *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon, 1982.

_____, "Legal Duty and Obligation" en Hart, Herbert Lionel Adolphus, *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon, 1982.

KRAMER, Matthew Henry, "Requirements, Reasons, and Raz: Legal Positivism and Legal Duties", *Ethics*, vol. 109 núm. 2, 1999.

LADD, John, "Legal and Moral Obligation", en Pennock, J.R. y Chapman, J.W. (eds.), *Political and Legal Obligation – Nomos XII*, Atherton, New York, 1970.

MACCORMICK, Donald Neil, "Legal Obligation and the Imperative Fallacy", en Simpson, A.W.B. (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence. Second Series*, Oxford University Press, Oxford, 1973.

SCARPELLI, Uberto, "Dovere morale, obbligo giuridico, impegno político", en Scarpelli, Uberto, *L'etica senza verità*, Il Mulino, Bologna, 1982.

6. Sobre el deber de obediencia al derecho

FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, *La obediencia al derecho*, Madrid, Civitas, 1987.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

GOLDMAN, Alvin, "The Obligation to Obey Law", *Social Theory and Practice*, vol. 6, 1980.

HONORÉ, Anthony Maurice, "Groups, Law and Obedience", en Simpson, A.W.B. (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence. Second Series*, Clarendon, Oxford, 1973.

KELSEN, Hans, "Why Should Law Be Obeyed?", en *idem*, *What is Justice?*, University of California Press, Berkeley, Los Angeles, 1957.

- MACKIE, John Leslie, “Obligations to Obey the Law”, en *Virginia Law Review*, vol. 67, 1981.
- MALEM SEÑA, Jorge F., voz “Obediencia al derecho”, en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta San Miguel, Francisco Javier (eds.), *El Derecho y la Justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Madrid, Trotta, 1996.
- MARSHALL, John, “Inventing the Obligation to Obey Law”, *Virginia Law Review*, vol. 67, 1981.
- MCPHERSON, Terence, *Political Obligation*, London, Routledge, 1967.
- MILGRAM, Stanley, *Obedience to Authority*, Harper & Row, New York, 1974.
- RAZ, Joseph, *The Authority of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1979 (IV parte).
- SMITH, M.B.E., “Is There a Prima Facie Obligation to Obey the Law?”, *Yale Law Journal*, vol. 82, 1973.
- SOPER, Philip, “The Obligation to Obey the Law”, en Gavinson, Ruth (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy*, Clarendon, Oxford, 1987.
- VILAJOSANA RUBIO, Josep María, *Identificación y justificación del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2008 (capítulo 4).
- WASSERSTROM, Richard A., “The Obligation to Obey the Law”, *U.C.L.A. Law Review*, vol. 10, 1963.

CAPÍTULO 32

AUTORIDAD

Juan VEGA GÓMEZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Distinciones fundamentales*. III. *Autoridad como derecho a ordenar*. IV. *Autoridad como facultad*. V. *Autoridad como experto*. VI. *Conclusiones*. VII *Bibliografía indispensable*.

I. INTRODUCCIÓN

Supongamos el caso de Héctor Márquez, al cual le pagan su sueldo al final de un mes trabajado y ve una deducción importante ordenada por un juez por concepto de pensión alimenticia. Héctor tuvo 2 hijos y recientemente se divorció. Héctor tiene serias dudas acerca de lo procedente del monto asignado para la pensión, entonces acude a su abogado para resolver algunas inquietudes. Para Héctor, su abogado es una autoridad en temas legales. La primera pregunta de Héctor es general, le pregunta a su abogado si considera procedente la cantidad que finalmente le están deduciendo, pregunta ¿Por qué esta cantidad? El abogado responde que la cantidad la fijó el juez y es producto de un juicio ya decidido y adjudicado; replica de nuevo Héctor y pregunta con qué derecho hace esto el juez, para Héctor, el juez no debe ignorar otras necesidades económicas que tiene, ni tampoco ignorar lo oneroso que resulta la deducción para sus gastos mensuales. El abogado responde que con el derecho que le otorgan las leyes al juez para decidir este tipo de asuntos, entre ellas está el Código Civil y la Constitución. La conclusión del abogado es que Héctor tiene que pagar la pensión o atenerse a las consecuencias que en estos casos contempla el derecho por el no pago. El abogado considera que no es necesario ahondar más en el

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Agradezco los comentarios y sugerencias de Jorge Fabra, Enrique Rodríguez, Sandra Gómora, Ricardo Reyes y Yanara Suenaga hechas a una versión preliminar del trabajo.

problema para dar una respuesta satisfactoria a Héctor, pero Héctor se queda con algunas dudas.

Este caso hipotético me permite plantear el tema de la autoridad de acuerdo a los tres sentidos que Raz¹ resalta del concepto. En primer término está la autoridad en el sentido de estar facultado para hacer algo, *autoridad como facultad*: El abogado piensa que las dudas de Héctor son de este tipo al responder dónde se puede encontrar la autorización de la autoridad para determinar la pensión. Por otra parte está el sentido de *autoridad como derecho a ordenar*, este es el problema que le interesa a Héctor porque sus preguntas están encaminadas a inquietudes generales de justificación que le permitan explicar cómo puede entenderse el reclamo que le hace la autoridad para hacer algo que piensa puede decidirlo mejor con mi propio juicio al respecto, él no niega darle alimentos a sus 2 hijos, pero considera que él es el mejor juez para decidir qué tanto puede dar al mes porque sólo él entiende la necesidad económica que le tiene que prestar a sus padres, por ejemplo, que necesitan también de su ayuda en estos momentos. Y por último está el sentido de la *autoridad como experto*, para Héctor su abogado es un experto en todos los temas legales, abogado que conoce mejor que él las leyes y las conductas exigidas por el derecho.

Cuando uno pretende explicar el concepto autoridad frente al foro de abogados, resulta difícil alejar las discusiones del primer sentido de *autoridad como facultad*, esto porque generalmente la función del abogado es ésta, saber si tal o cual autoridad goza de facultades para ordenar algo y a partir de ahí plantear una defensa del caso respectivo ante los tribunales. Pero para este estudio las preguntas no se agotan aquí, queremos *intentar* contestar las inquietudes de *justificación* de Héctor y en ese sentido entender la autoridad del derecho, un problema que es de interés si bien no para el abogado practicante, sí para el filósofo del derecho, filósofo moral y político. Finalmente estamos frente al concepto de autoridad del derecho entendida como autoridad política.

Entonces, previas ciertas distinciones fundamentales (II), el estudio se divide en tres partes: (III) El análisis de la autoridad como derecho a ordenar; (IV) En discutir la autoridad como facultad; y (IV) El caso de la autoridad como experto.

¹ Raz, Joseph, (ed.) *Authority*, New York, NYU Press, 1990.

II. DISTINCIONES FUNDAMENTALES

Para centrar mejor la atención hacia la noción de autoridad, tenemos que tener claro tres posibles escenarios: *Primero* tenemos el caso del poder bruto, ¿Son estos casos, casos de autoridad? El apelar al ejemplo tradicional del asaltante nos dice que no. Supongamos el caso del asaltante que en el cajero automático y con arma en mano me dice “el dinero o la vida”, el asaltante me *exige* que le entregue el dinero, y amenaza que en caso de desobediencia tiene los elementos para hacerme daño con su arma. Casos como estos del asaltante son casos de poder bruto más no de autoridad porque el asaltante me puede *forzar* a entregarle el dinero, pero en ningún momento dado tiene como objetivo decirme lo que *correctamente tengo* que hacer, o *debo* hacer en estas circunstancias, al asaltante lo que le interesa es la entrega de dinero, y si replico y le pido razones del porqué, lo más probable es que me enseñe el arma como amenaza para la entrega del dinero.

Si dejamos a un lado el caso del asaltante y nos centramos en los casos típicos de autoridad, el asunto es distinto. Si logro entablar una plática con el agente de tránsito que se acaba de llevar mi auto en una grúa y pido razones para entender el por qué se lleva mi automóvil, el agente de tránsito de seguro mostrará una actitud de *reclamo* por haber hecho algo *indebido*, y a diferencia del asaltante, sí me da razones de su actuar, es decir, me enseña y explica el reglamento de tránsito donde se ubican las infracciones por estacionar el auto en lugares prohibidos.

Puede ser que considere que el agente de tránsito y la reglamentación respectiva estén en lo correcto en relación a lo que debo hacer en cuanto al estacionamiento de los autos, entonces estaré frente a un caso de autoridad legítima. Puede ser que no considere que el agente de tránsito y la reglamentación estén en lo correcto y no me convenzan sus razones, pero por lo menos así regularmente se desempeñan las autoridades y estaré frente al caso de la autoridad de facto.

De esta manera llegamos a los otros *dos* escenarios adicionales de autoridad: autoridades legítimas y autoridades de facto. El caso de la *autoridad legítima* es el caso de la autoridad que me dice lo que correctamente tengo que hacer, y el caso de la *autoridad de facto* es aquella que no llega a ser legítima, pero se desempeña como tal, pretende decirme lo que correctamente tengo que hacer. Reitero, quizá yo no esté de acuerdo con el reglamento de tránsito y considere que la autoridad es de facto, no me dice lo que correctamente tengo que hacer, pero al llevarse el auto y al explicarme las razones, la autoridad *pretende* decirme lo que correctamente tengo que hacer. O

bien puedo reconocer al agente de tránsito y el reglamento como autoridades legítimas y guio mi conducta con base en lo que me instruyen y por lo tanto evito estacionarme en lugares prohibidos, aquí estoy frente a autoridades que me dicen lo que correctamente debo hacer.

La discusión subsecuente se centra en los casos de autoridades de facto y autoridades legítimas en relación a las 3 sentidos típicos de autoridad ya mencionados.

III. AUTORIDAD COMO EL DERECHO A ORDENAR

Tratándose de autoridades legítimas, la forma más clara de plantear la discusión es como lo hace R.P. Wolff cuando dice que éstas son las que tienen el derecho a ordenar, con la obligación correlativa de obedecer a la persona que da la orden.² Y es una cuestión de obedecer al que ordena, agrega Wolff, porque “*él te dice que lo tienes que hacer*”.³

En nuestro caso hipotético, precisamente estas son las preguntas que le formula Héctor a su abogado, se pregunta con qué derecho el juez ordena algo tan importante como deducir mensualmente una parte de su sueldo. En principio a Héctor no le satisfacen las respuestas del abogado que se quedan circunscritas al ordenamiento jurídico, es decir, respuestas del abogado de que el juez tiene el derecho con base en las facultades que le otorga el Código Civil vigente. Héctor pregunta sobre la legitimidad moral y política del derecho y de esta instrucción en particular, y la respuesta también debe ser de naturaleza moral y política.

Son dos las características de las órdenes de la autoridad que generan perplejidad. Por una parte las instrucciones de la autoridad generan razones *independientes de contenido*, y por la otra se trata de *razones preferentes* o de *prevención*.⁴

² Wolff, Robert P. *In Defense of Anarchism*, Berkeley, UC Press, 1998

³ *Idem*, las cursivas se encuentran en el original.

⁴ La explicación, en la teoría jurídica, inicialmente es Hartiana, (véase *Essays on Bentham*, Oxford, Clarendon Press, 1982), posteriormente es recogida por Raz y otros (véase, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986). Hay diferencias sutiles e importantes entre la explicación de Hart y Raz en cuanto a las razones preferentes y su papel en la deliberación. Para Hart, las razones preferentes *cancelan la deliberación* en relación a otras razones que puedo tener para hacer o no hacer algo, mientras que para Raz una razón preferente no cancela la deliberación, sólo *la acción* con base en otras razones que puedo tener para hacer o no algo. Las palabras utilizadas son: “preemptory” en el caso de Hart, y “pre-emptive” en el caso de Raz. Trato de dejar pendiente estas diferencias y discusión, y en

El decir que las instrucciones emitidas por una autoridad son *preferentes* implica que la instrucción proporciona una razón que toma preferencia sobre las demás que tenga para hacer o no hacer algo y tendría que actuar con base en dicha razón, independientemente de mi juicio al respecto. Pongamos un ejemplo, estoy en un vuelo a 23,000 pies de altura, hay algo de turbulencia y pienso que tengo razones para abrocharme el cinturón, pero tengo otras razones para no abrocharme el cinturón —quizá me molesta mucho y no puedo descansar con el cinturón puesto— a los 5 minutos se enciende la luz de abrocharse el cinturón y el Capitán ordena a todos abrocharse el cinturón. La instrucción de esta autoridad y la razón que proporciona toma preferencia sobre las razones que yo tenía, si estamos frente a una autoridad tendría que actuar con base en lo que instruye.

Y decir que las instrucciones de la autoridad son *independientes de contenido* significa que sigues la instrucción de la autoridad porque es autoridad, independientemente de lo que te pida hacer o no hacer. Es decir, la fuerza de la razón está en que es emitida por una autoridad, la fuerza no radica en lo correcto o incorrecto de lo que te pide hacer o no hacer. También encontrar un ejemplo resulta bastante sencillo, imaginemos la orden del papá que le dice al hijo “hazle caso a tu madre”, el papá prácticamente está explicando lo que es una instrucción independientemente de contenido en tanto que le pide al hijo seguir las instrucciones de la madre independientemente de lo que la madre le haya instruido, tiene que hacer lo que le dice su madre porque es su madre. (La noción *independientes de contenido* requiere un análisis más puntual que atiende las diferentes formas en que pensamos las normas son independientes de contenido).⁵

En nuestro caso hipotético el mismo Héctor le plantea estas dudas a su abogado al no comprender cómo la instrucción del juez tiene *preferencia* sobre sus razones, es decir, sobre las necesidades económicas que contempla para el mes. Asimismo, Héctor no logra convencerse del elemento *independiente de contenido* porque no le parece razón convincente el que lo diga el juez.

Para un anarquista como Wolff estas perplejidades se resuelven fácilmente al negar la posibilidad de tener autoridades legítimas:

este trabajo denomino a este tipo de razones, razones preferentes. No obstante existen versiones en castellano que utilizan la palabra reemplazo para transmitir esta idea, prefiero utilizar preferencia o prevención porque considero que se atiende mejor lo que implica la tesis.

⁵ Para esto véase Gur, Noam, “Are Legal Rules Content-Independent Reasons?”, *Problema*, núm., 5, 2011.

1. *Un ejemplo del anarquista típico.*

Wolff parte de que la gente —dejando a un lado casos excepcionales de menores y discapacitados mentales— posee libre albedrío y razón y por ello tenemos una obligación de asumir una responsabilidad por nuestros actos.⁶ Una responsabilidad que gira en torno a la obligación de deliberar y analizar por nuestra propia cuenta nuestras conductas, adquiriendo los conocimientos necesarios para tomar las mejores decisiones.⁷ Para Wolff, el hombre *responsable* es aquel que insiste en juzgar por sí mismo cuáles son las mejores decisiones a la luz de ciertas exigencias morales.⁸ La persona responsable es quien lleva a cabo este proceso de deliberación y determina *autónomamente* y de manera *libre* lo que debe hacer.⁹

La conclusión a la que llega Wolff es que si el hombre tiene esta obligación de ser autónomo y determinar por su propia cuenta de manera libre qué debe hacer con base en las exigencias morales, entonces la autoridad del Estado que consiste en ese *derecho a ordenar y ser obedecido*, resulta incongruente con la autonomía porque la autonomía consiste en el rechazo a ser ordenado.¹⁰

Por lo anterior, el hombre autónomo “nunca va a considerar los mandatos del Estado como legítimos”¹¹ es decir, como directivas que señalan lo que uno correctamente tiene que hacer en términos morales. Para Wolff, la moralidad exige respeto a dicha autonomía y por ende lo moralmente correcto por hacer es lo que uno de manera libre determina.

De manera clara Scott Shapiro¹² resalta el lugar difícil en el que nos ubica el anarquista, porque resulta que si los mandatos de la autoridad son equivocados, ¿Entonces por qué voy a seguir esta instrucción en lugar de mi razonamiento? Por otra parte, si los mandatos de las autoridades están en lo correcto, resultan inútiles porque a esa conclusión pude llegar sin la intermediación de la autoridad, lo único necesario, entonces, es mi razonamiento y autonomía.

⁶ Wolff, *op. cit.*, p. 26.

⁷ *Ibid.*, p. 25.

⁸ *Ibid.*, p. 26.

⁹ *Ibid.*, pp. 26 y 27

¹⁰ *Ibid.*, p. 29.

¹¹ *Ibid.*, p. 29.

¹² Shapiro, Scott, “Authority”, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Jules Coleman y Scott Shapiro (eds.) Oxford, Clarendon Press, 2002, p. 383.

Como se señala hasta el cansancio, gran parte de la teoría de la autoridad en los últimos años se caracteriza por los diferentes intentos de dar respuesta al desafío anarquista.

2. *Una respuesta típica al anarquista.*

Una de las respuestas más influyentes, sobre todo en el contexto de la filosofía del derecho, es la de Joseph Raz. La conclusión a la que llega Raz es que el derecho *necesariamente* es una autoridad de facto, es decir, puede ser legítima, pero por lo menos pretende gozar de autoridad legítima. Y para Raz, el análisis y requisitos de lo que constituye una autoridad legítima nos sirve para entender a las autoridades de facto en el derecho.

Para Raz, la perplejidad anotada por el anarquista es importante pero atendible dado que podemos contar con autoridades sin menoscabar nuestra autonomía. En este sentido, puede ser que la autoridad auxilie a llegar a la mejor decisión de lo que tengo que hacer. Es decir, la autoridad juega un papel mediador para llegar a lo que correctamente tenemos que hacer. Pero subsiste una de las perplejidades: Si en algún momento dado las instrucciones de la autoridad están equivocadas, de todas formas tenemos que seguir sus instrucciones según Raz. En estos casos excepcionales de equivocación sigue en pie el cumplimiento de la instrucción porque si estoy en constante duda acerca de lo que me dice la autoridad, su papel de autoridad en realidad no es tal.¹³ Puesto en otros términos, si dudo y tengo que analizar las razones que toma en consideración la autoridad para darme su recomendación, nulifico las ventajas que proporciona tener autoridades.¹⁴ Y para Raz contar con autoridades es algo común y corriente que tenemos que explicar, las autoridades cumplen, en algunos casos, un papel instrumental importante.

Pero veamos las tesis que menciona Raz para poder explicar a las autoridades legítimas.

Tesis de la Dependencia. Que sostiene que todas las directivas deben basarse, entre otras cosas, en razones que se aplican a los sujetos de esas directivas y que giran en torno a las circunstancias cubiertas por dichas directivas.

Tesis Normal de la Justificación. Sostiene que la manera normal en que se determina que debe reconocerse que una persona posee autoridad sobre otra consiste en demostrar que es más probable que el sujeto que cumple con las razones que ya se le aplican (que no son las de la autoridad) si acepta las directivas de la supuesta autoridad como

¹³Raz, *The Morality of Freedom*, op. cit., pp. 47 y 48

¹⁴*Ibid.*, p. 61.

dotadas de autoridad, e intenta seguirlas, en lugar de que el sujeto mismo intente seguir las razones que se le aplican directamente.

Tesis de la Prevención o Preferencia. El hecho de que una autoridad exija el llevar a cabo una acción, es una razón para actuar en correspondencia, razón que no se debe agregar a otras razones relevantes al momento de determinar qué se debe hacer, dichas razones producto de la directiva reemplazan a algunas de las otras razones.¹⁵

Sin entrar a un análisis exhaustivo de la teoría de Raz,¹⁶ podemos mencionar brevemente las ventajas de estas tres tesis y su poder explicativo para las autoridades. La *tesis de la justificación normal* es la que sirve de puente para entender las otras dos tesis porque resalta algo que mencionamos anteriormente, el papel mediador que puede tener una autoridad, mediador en tanto nos permita llegar a actuar correctamente si sigo sus instrucciones más que seguir mi propio juicio al respecto. No debe resultar extraño esto, en muchas ocasiones paso un poder de decisión a otras personas porque puede ser que tengan más conocimientos que yo en determinada materia; o quizá, al elegir una de varias acciones posibles, permitan estas autoridades una coordinación entre los miembros de una comunidad; o bien estas decisiones de autoridades pueden lograr consensos básicos para todos, consensos imposibles de alcanzar si cada uno determina por su cuenta el mejor curso de acción.¹⁷

Pero este papel mediador de las autoridades es limitado y este es el objetivo de la *tesis de la dependencia* porque las directivas o instrucciones de las autoridades legítimas tienen que relacionarse con razones que yo ya tengo frente al caso concreto sobre el cual gira la instrucción, es decir, las autoridades, si son legítimas, toman en cuenta mi situación, es decir, mis razones que tenga para hacer o no hacer algo, y con base en ellas instruyen, pero con base en ellas, con base en razones dependientes que yo ya tengo, la

¹⁵ Raz, Joseph, *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 214

¹⁶ Véase Mike Giudice, Giudice, M., “Joseph Raz’s Legal Philosophy”, en *IVR Encyclopedia of Jurisprudence, Legal Theory and Philosophy of Law*, 2009 en http://ivr-enc.info/index.php?title=Joseph_Raz's_Legal_Philosophy; yo lo intenté en Vega Gómez, Juan, “El Positivismo Excluyente de Raz”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm., 110, 2004. De reciente aparición véase Ehrenberg, K., “Joseph Raz’s Theory of Authority”, y “Critical Reception of Raz’s Theory of Authority”, *Philosophy Compass*, 2011, en <http://philosophy-compass.com/sections/legal-and-political/>, estudios que constituyen un mapa introductorio al pensamiento de Raz.

¹⁷ De Raz véase: *The morality of Freedom*, *op. cit.*, caps. 1-4, así como “Facing Up: A Reply”, en *Southern California Law Review*, vol. 62, 1989, p. 1180 *et. seq.* y “Reasoning with Rules”, *Current Legal Problems*, vol. 54, 2001, p. 18

autoridad no puede decidir – o podrá hacerlo sin ser legítima – ignorando las razones que yo tengo ante tal decisión de actuar correctamente.

Por último *la tesis de la prevención o preferencia* es una que ya adelantamos. Se trata de uno de los aspectos que molesta al anarquista, es decir, la forma en que la emisión de una instrucción por parte de una autoridad legítima me obliga a dejar a un lado mi deliberación para actuar en correspondencia a lo que instruye.

Esta última tesis se denomina tesis de la preferencia o prevención, *prevención* en tanto que las razones producto de la directiva previenen el basarse en otras que tenga para hacer o no hacer algo, o de *preferencia* por lo mismo, porque las directivas y las razones que proporcionan tienen preferencia sobre las otras razones. Raz denomina las razones producto de las directivas *razones excluyentes*, o de segundo orden, que tienen este papel excluyente frente a razones dependientes o de primer orden.

Las autoridades legítimas reúnen estos tres requisitos y las de facto por lo menos pretenden reunirlos. Pero en la tesis de Raz el punto importante que sirve para contestar al anarquista es la función mediadora que cumplen las autoridades para llegar a actuar de manera correcta. Raz considera que esta forma común, normal que tenemos para justificar una autoridad y las ventajas que trae consigo contar con autoridades es suficiente para no descartarlas. Además de remarcarle al anarquista la primera tesis, la tesis de la dependencia que atiende el papel limitado de las autoridades, las autoridades legítimas deben instruir con base en razones dependientes que se aplican a *mí* situación, no se trata de decisiones ajenas a *mí* deliberación.

Podemos tener algunas o muchas reservas sobre la tesis de la autoridad de Raz, pero explica elementos fundamentales en el derecho, como la naturaleza de las normas jurídicas y cómo éstas se pueden entender mejor como razones excluyentes que *legítimamente* me obligan y afectan o *de facto* pretenden afectar mi razonamiento práctico.¹⁸ Independientemente de las ventajas de Raz en la teoría del derecho, el punto está en si la tesis contesta de manera satisfactoria las inquietudes del anarquista. Las siguientes dos teorías argumentan que *no* y ven en la autoridad como facultad por una parte, y en la autoridad como experto, por la otra, explicaciones alternativas para la autoridad del derecho. El punto difícil de aceptar en tesis como la de Raz es la defensa de ciertas instrucciones emitidas por la autoridad que *obligan* a pesar de estar equivocadas, y que pretenden que uno deje a un

¹⁸ Véase Green, Leslie, “Legal Obligation and Authority”, en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2003, en www.plato.stanford.edu, también Ehrenberg, *op. cit.* Dudas importantes acerca del reclamo de legitimidad se pueden ver en Himma, Ken, “Law’s Claim to Legitimate Authority”, en *Hart’s Postscript*, Jules Coleman (ed.) Oxford, Oxford University Press, 2001.

lado la deliberación propia para actuar en correspondencia a lo que instruye la autoridad. Para estas teorías, los argumentos de Raz de que la autoridad juega un papel mediador simplemente no resultan convincentes.

IV. AUTORIDAD COMO FACULTAD

Otra posible explicación para entender la autoridad política y la autoridad en el derecho es evitar preguntas incómodas y seguir la estrategia del abogado cuando le contesta a Héctor Márquez en nuestro caso hipotético. El abogado no siente mayor problema en responder, a cada una de las preguntas de Héctor, con una explicación que atiende al lugar donde Héctor puede encontrar la *autorización* que tiene el juez para deducirle tal cantidad de dinero por motivo de una pensión alimenticia. El abogado primero apela a la sentencia, y cómo de su lectura Héctor tiene que entender la *facultad* del juez para ordenar la deducción, y cuando las preguntas de Héctor continúan, el abogado apela al Código Civil y posteriormente a la Constitución.

Esta es otra forma de explicar el elemento autoridad, como una simple autorización o facultad que tiene cierta persona o grupo de personas para hacer algo. Pero la explicación del abogado no le fue satisfactoria a su cliente y tampoco lo es para nuestros propósitos, la razón es bastante sencilla y es una que ya adelantamos: La pregunta es una que tiene que ver con la autoridad *del derecho* para hacer ciertas cosas, y las respuestas, si quieren ser interesantes e importantes para el cliente, tienen que evitar encontrar una respuesta en el derecho mismo, es decir, evitar la circularidad de explicar la autoridad del derecho con base en el derecho. Para el abogado la circularidad no es un problema porque nunca pretende cerrar el círculo, las preguntas que generalmente le hacen sus clientes como experto no requieren mayor argumentación que la que le dio a Héctor, o puesto en términos más técnicos y como lo dice Hart, las preguntas reiteradas en relación a la validez del derecho encuentran un momento donde ya no son preguntas acerca de la validez del derecho, sino de su justificación moral y política.¹⁹ Pero para el tema que aquí nos interesa de la autoridad, resulta indispensable contestar estas preguntas morales y políticas.²⁰

¹⁹ Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, cap. 6.

²⁰ Para un análisis estrictamente jurídico del concepto autoridad, Hernández Marín, Rafael, "Autoridad-Competencia", *El Derecho y la Justicia*, Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta (eds.) Madrid, Trotta, 1996.

Independientemente de lo anterior, algunos filósofos insisten en destacar la noción de la autoridad como facultad como vía promisorias para explicar la autoridad política, claro, evitando la circularidad y encontrando en argumentos morales y políticos su fuerza explicativa. Esta es la idea que tiene R. Ladenson.

Ladenson deliberadamente quiere evitar las preguntas incómodas del anarquista que ven en el derecho a ordenar un derecho extraño que genera deberes, incluso en el caso en que estén equivocadas las autoridades. Para esta teoría, el derecho a ordenar no es uno que tenga un correlativo de deber, sino es un derecho de *justificación*.²¹ Justificación entendida en el sentido de estar autorizado a hacer algo, es una justificación de cierto comportamiento. Ladenson menciona el ejemplo de la legítima defensa, es un derecho de justificación para hacer algo donde resulta erróneo tratar de encontrar un correlativo de deber frente a ellos.²² en el caso de la legítima defensa simplemente se autoriza a repeler una agresión.

En este orden de ideas, el derecho a ordenar propio de las autoridades políticas son esto, una justificación para hacer algo, este algo es ejercer la coerción. La coerción, en términos generales, resulta inmoral para Ladenson,²³ y por ello el derecho y el Estado requieren esta autorización expresa.

La explicación de Ladenson de esta autorización expresa de la coerción resultará *my* dudosa para algunos filósofos —me apunto en la lista— pero no está demás mencionarla para entender la tesis en su justa dimensión: Con una fuerte influencia de Hobbes, Ladenson sostiene que por naturaleza humana sabemos que tenemos una tendencia hacia los “conflictos destructivos”, para evitar esto se justifica la existencia del Estado y la coerción del Estado, una coerción que no objetaría ninguna persona racional bajo el esquema contractualista de un velo de ignorancia.²⁴

Para calmar a muchos, Ladenson argumenta que esta justificación de la coerción del Estado no es total, en circunstancias especiales y con argumentos específicos se podrá argumentar su no viabilidad. Además, para Ladenson existen casos de exceso de esta facultad coercitiva, al igual que la legítima defensa se puede convertir en una agresión deliberada, la coerción puede llegar a extremos no racionales ni justificables.²⁵

²¹ Ladenson, R. “In Defense of a Hobbesian Conception of Law”, *Authority*, Joseph Raz (ed.) New York, NYU Press, 1990, p. 35.

²² *Ibid.*, p. 35 y 36.

²³ *Ibid.*, p. 36.

²⁴ *Ibid.*, pp. 36 y 37.

²⁵ *Ibid.*, p. 37.

Al parecer una de las ventajas de recuentos de la autoridad como este de Ladenson, es que al desviar la atención de un derecho a ordenar que obliga a pesar de poder estar equivocado supuestamente queda inmune frente a las críticas del anarquista. Pero su defecto es muy parecido al defecto con el que nos dejó el Modelo Simple de Austin y Bentham en relación al derecho, es decir, las expectativas de lo que pretenden explicar son altas, pero al final no explican lo más importante.

Tanto en el caso de Ladenson, como del Modelo Simple, dejan de explicar la *NORMATIVIDAD* del derecho y de la autoridad. Ladenson al eliminar la noción del derecho a ordenar como un derecho que implica un correlativo de deber de *OBEDIENCIA*, elimina todo un conjunto de conceptos que queremos entender: obligación, deber, pretensión de autoridad, actuar bien, actuar mal, etcétera. Elementos centrales para entender a las autoridades políticas. El agente de tránsito que se lleva mi auto por estar mal estacionado y al que le pregunto sus razones del por qué se lleva mi auto, es probable que me conteste con una aclaración de que he hecho algo *indebido*, que tengo una *obligación* de respetar las leyes de tránsito y que por este *mal* proceder se lleva el auto. A Ladenson le sobran estos conceptos, el agente de tránsito simplemente tiene el derecho, tiene un derecho de justificación, para actuar de manera coercitiva y llevarse el auto. Ladenson tiene que explicarnos estos conceptos normativos que resaltan en casos tan sencillos como los de las reglas de tránsito, conceptos que resulta imposible ignorar porque detrás está toda una práctica de las autoridades políticas que los utilizan en sus actividades diarias.²⁶

V. AUTORIDAD COMO EXPERTO

Otra opción que se presenta para evitar las complejidades de la autoridad como “derecho a ordenar” y las críticas anarquistas, es la que asimila el papel de las autoridades políticas con las autoridades teóricas o de expertos. Una autoridad teórica, a través de sus consejos, me da razones para creer algo, esto a diferencia de la autoridad práctica que me da razones para actuar. Para Héctor, su abogado es una autoridad teórica, acudió a él porque lo considera un experto en leyes, una autoridad que finalmente le proporciona razones para creer cuál es el contenido de las leyes vigentes.

²⁶ Esta crítica no es original, para ver otras formas de plantearla véase Raz, “Introduction”, *Authority*, *op. cit.*, y Shapiro, *op. cit.*

Plantear la autoridad política como autoridad teórica implica que, lo que aconseje la autoridad es una razón para creer que es lo que tengo que hacer,²⁷ es decir, es una autoridad teórica para cuestiones prácticas sobre qué hacer. El punto importante está en que esta autoridad política, entendida como autoridad teórica, también evita —al igual que Ladenson, pero obviamente con argumentos distintos— defender la “problemática” tesis de la prevención o preferencia porque la autoridad, con su consejo, no previene el que uno se base en algunas otras razones para hacer o no hacer algo, el consejo para creer lo que se tiene que hacer se une al balance de razones para la acción.²⁸

El consejo se une al balance de razones y aun cuando no excluye ni previene el que uno se base en otras razones para hacer o no algo, sí le damos “cierta” preferencia sobre las razones que teníamos antes de contar con el consejo del experto. Esta “cierta” preferencia se debe a que esta autoridad tiene, por ejemplo, ciertos recursos que carecemos y puede juzgar mejor sobre qué hacer.²⁹

Esto es muy interesante si nuestro objetivo es entender los diferentes tipos de autoridades. Ciertamente todos los días me topo con casos de autoridades teóricas: ya mencionamos el caso del abogado de Héctor que funge como su autoridad teórica en materia del contenido de leyes vigentes; puede ser que yo tenga como autoridad teórica a Arturo Salvador quien con su amplia e importante experiencia me aconseja creer cuáles son los mejores equipos de audio de todos los tiempos; incluso mi médico internista es una autoridad teórica que me proporciona razones para creer si mi salud está bien o mal. Pero en esta discusión el asunto no es plantear la viabilidad de autoridades teóricas, incluso autoridades teóricas con consecuencias prácticas, el punto es determinar si podemos equiparar a la autoridad del derecho con una autoridad teórica.

Para muchos la respuesta es negativa: Por ejemplo, un interesante argumento en contra es el que menciona Shapiro al aludir a los casos en el derecho donde *no* necesitamos opinión de ningún experto, casos que pretenden solucionar problemas de coordinación. En los problemas de coordinación necesitamos decidir una opción entre varias igualmente viables, la que se elija no es importante, lo importante es que se elija una para poder coordinarnos. Pongamos el mismo ejemplo de Shapiro de manejar en el lado derecho o izquierdo de la carretera, cuál lado elegir no es trascendente, el punto

²⁷ Hurd, Heid, “Challenging Authority”, *The Yale Law Journal*, Vol. 100, núm., 6, 1991, p. 1667.

²⁸ *Ibid*, p. 1667.

²⁹ *Ibid*, p. 1674.

es elegir uno para que la coordinación, tránsito y comunicación sean más eficaces.³⁰ Las autoridades políticas deciden este tipo de problemas en el derecho y ciertamente no necesitamos la opinión de un experto.³¹

Esta es una de las vías para criticar a los que quieren entender la autoridad del derecho como una autoridad teórica, pero considero que hay un punto más preocupante. Ciertamente a partir de la crítica del anarquista el dilema es claro: por una parte tengo la opción de criticar la forma común de entender la autoridad del derecho, las obligaciones y las directivas de la autoridad con sus características de ser independientes de contenido y de prevención; o bien mantengo en pie esta forma común de entender la autoridad y me dedico a argumentar cómo las características de las directivas de las autoridades en sí no representan un problema importante para la autonomía y entendimiento clásico del razonamiento práctico.

Heidi Hurd, una de las principales exponentes de las tesis que equiparan la autoridad del derecho con las autoridades teóricas, no duda en argumentar que la forma común de entender las obligaciones jurídicas es *equivocada* y, con sus argumentos a favor de la tesis de la autoridad como experto, nos pide entender estos conceptos claves del derecho de una manera diferente.³²

El punto preocupante que mencioné anteriormente es lo costoso que resulta adoptar explicaciones de la autoridad del derecho como las de Hurd, costoso en el sentido de obligarme a ignorar la forma común de entender el concepto de obligación jurídica y las directivas que emiten, por ello no estoy muy seguro de tener argumentos convincentes para seguir su tesis, prefiero partir de esta forma común de entender el concepto de obligación jurídica y a partir de aquí trabajar con las críticas del anarquista. Creo que esta es una de las virtudes de teorías que defienden una explicación de la autoridad como derecho a ordenar, teorías que ciertamente deben responder críticas importantes de sus adversarios, pero que a mi parecer señalan el camino indicado para continuar con los trabajos explicativos de las autoridades políticas y del derecho.³³

³⁰ Shapiro, *op. cit.*, pp. 400 y 401.

³¹ Shapiro menciona varias críticas adicionales, pero creo que muchas de ellas encontrarán respuesta en artículos como el de Heidi Hurd, menciono la que me parece más relevante.

³² Hurd, *op. cit.*, p. 1676.

³³ En este sentido, véase Shapiro, *op. cit.*

VI. CONCLUSIÓN

Con este estudio no hemos llegado a conclusiones espectaculares en relación al tema de la autoridad del derecho, pero ese no fue mi objetivo inicial, el objetivo fue plantear los problemas de la justificación de la autoridad de manera muy clara, y que también quedaran muy claras las avenidas que tenemos para poder contestar las preguntas que originan su explicación. Ubicar la discusión dentro de los tres sentidos del concepto autoridad es un buen inicio para el entendimiento de las autoridades jurídicas.

VII. BIBLIOGRAFÍA INDISPENSABLE

- CHRISTIANO, Thomas, “Authority”, en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2012, [www.plato.stanford.edu].
- EHRENBERG, Kenneth, “Joseph Raz’s Theory of Authority”, y “Critical Reception of Raz’s Theory of Authority”, *Philosophy Compass*, 2011, [<http://philosophy-compass.com/sections/legal-and-political/>].
- GIUDICE, Michael, “Joseph Raz’s Legal Philosophy”, *IVR Encyclopedia of Jurisprudence, Legal Theory and Philosophy of Law*, 2009, en [http://ivr-enc.info/index.php?title=Joseph_Raz's_Legal_Philosophy].
- GREEN, Leslie, *The Authority of the State*, Oxford, Clarendon Press, 1990.
- _____, “Legal Obligation and Authority”, en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2003, en [www.plato.stanford.edu].
- GUR, Noam, “Are Legal Rules Content-Independent Reasons?”, *Problema*, núm., 5, 2011.
- HART, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961.
- _____, *Essays on Bentham*, Oxford, Clarendon Press, 1982.
- HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, “Autoridad-Competencia”, *El Derecho y la Justicia*, Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta, editores, Madrid, Trotta, 1996.
- HIMMA, Ken, “Law’s Claim to Legitimate Authority”, *Hart’s Postscript*, Jules Coleman (ed.) Oxford, Oxford University Press, 2001.
- HURD, Heidi, “Challenging Authority”, *The Yale Law Journal*, Vol. 100, núm., 6, 1991.

- LADENSON, R. "In Defense of a Hobbesian Conception of Law", en *Authority*, Joseph Raz (ed.) New York, NYU Press, 1990.
- RAZ, Joseph, *Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986.
- _____, (ed.) *Authority*, New York, NYU Press, 1990.
- _____, "The Problem of Authority: Rethinking the Service Conception", *Minnesota Law Review*, Vol. 90, núm. 4, 2006.
- _____, *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Clarendon Press, 1994.
- _____, "Facing Up: A Reply", *Southern California Law Review*, vol. 62, 1989.
- _____, "Reasoning with Rules", *Current Legal Problems*, vol. 54, 2001.
- SHAPIRO, Scott, "Authority", *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Jules Coleman y Scott Shapiro (eds.) Oxford, Clarendon Press, 2002.
- VEGA GÓMEZ, Juan, "El Positivismo Excluyente de Raz", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm., 110, 2004.
- WELLMAN, Vincent, "Authority of Law", en *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Dennis Patterson (ed.) Oxford, Blackwell, 1999.
- WOLFF, Robert P., *In Defense of Anarchism*, Berkeley, UC Press, 1998.
- _____, "The Conflict between Authority and Autonomy", *Authority*, Joseph Raz (ed.), New York, NYU Press, 1990.

CAPÍTULO 33

LA OBLIGACIÓN DE OBEDECER EL DERECHO

Juan Francisco IOSA *

SUMARIO: I. *Cuestiones preliminares.* II. *El alcance de la pregunta.* III. *Los problemas de la norma moral.* IV. *El nivel conceptual: correlativismo vs. No-correlativismo.* V. *Argumentos relativos a la existencia de una obligación de obedecer al derecho.* VI. *Conclusiones.* VII. *Bibliografía.*

I. CUESTIONES PRELIMINARES

¿Debemos obedecer el derecho?

Quienes niegan la existencia de deberes propiamente dichos (i.e., las variadas formas del escepticismo normativo) tienen una rápida respuesta a la pregunta: no. La pregunta tiene sentido entonces sólo para aquellos que consideran hay algo que debemos hacer. En todo caso, como modo de evitar compromisos ontológicos excesivos, asumiré aquí que la pregunta presupone alguna forma de cognitivismo moral.¹

Supone también la hoy comúnmente aceptada tesis de la unidad del razonamiento práctico. Bien puede que los criterios de identificación de las normas jurídicas difieran de los de las morales, pero la fuente de normatividad ha de ser una sola: la idea de dos fuentes de normatividad con exigencias potencialmente contradictorias destinadas al mismo agente racional no parece viable. La tesis no niega entonces la independencia conceptual del derecho: éste se puede identificar de acuerdo a la tesis de las fuentes sociales. Sí niega su independencia normativa: sólo cabe considerar al de-

* Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, y profesor de Teoría de la Argumentación Jurídica e investigador de la Universidad Empresarial siglo 21 de Córdoba, Argentina.

¹ El cognitivismo, como tesis que afirma que es posible conocer nuestros deberes morales, es compatible al menos con el realismo y con el constructivismo como tesis ontológicas respecto de la moral.

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 2, pp. 1193-1245.

recho como un conjunto de normas genuinas, i.e., de razones categóricas para la acción, si hay razones morales para ello. Si esto es así entonces la inquisición es sobre la existencia de una obligación *moral* de obedecer el derecho.²

Nuestra pregunta no se refiere a un supuesto DERECHO NATURAL, cualquiera sea la forma como se lo identifique. En general el derecho natural es concebido como un conjunto de principios morales jurídicamente vinculantes, de modo que de referirse a ese derecho la pregunta sería tautológica. Por el contrario, lo que estamos inquiriendo es si existe una obligación moral de obedecer el derecho *positivo*.

En tanto la pregunta por la obligación de obedecer el derecho tiene por objeto el derecho positivo, en tanto este derecho emana de fuentes sociales y en tanto la mayor parte del derecho positivo actual lo hace de fuentes explícitas (la costumbre jurídicamente relevante es hoy una fuente menor) la pregunta puede ser considerada *prácticamente* equivalente a la de la existencia de AUTORIDADES legítimas, i.e., moralmente fundadas.³ Quien pretende autoridad pretende que sus mandatos deben ser obedecidos. Quien goza de autoridad legítima debe, moralmente, ser obedecido.⁴

Igualmente, en tanto inquiriere respecto del derecho positivo, en tanto éste emana mayormente de fuentes explícitas y en tanto estas fuentes no son sino actos de otros seres humanos (legislación, jurisdicción), nuestra pregunta es equivalente a la pregunta por la normatividad del derecho positivo, i.e., la respuesta debe dar cuenta de cómo actos humanos (hechos) pueden cambiar deberes. Es más, se debe dar cuenta de cómo actos *ajenos* pueden cambiar deberes *propios*.⁵

² Para una defensa de la tesis de la unidad del razonamiento práctico véase, Nino, Carlos, *La Validez del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985.

³ Sobre la equivalencia práctica entre el problema de la existencia de una obligación general de obediencia y el de la autoridad legítima *general*, ver Raz, Joseph, "The obligation to obey: revision and tradition", en Edmundson, William, (ed.), *The duty to obey the law*, Maryland, Rowman & Littlefield Publishers, 1999, p. 166. Ahora bien, tal vez haya, tal como afirma Raz, casos en que hay un deber de obedecer el derecho aún cuando no haya autoridades legítimas. Raz está pensando en aquellas situaciones en que de desobedecer los mandatos autoritativos se minaría la capacidad del gobierno de promover fines valiosos. En todo caso la obligación parecería aquí condicional a la obtención de esos fines valiosos, no categórica.

⁴ *cf.* Wolff, Robert Paul, *In defense of anarchism*, Nueva York, Harper Torchbooks, 1971, p. 4; Edmundson, William, "State of the art: the duty to obey", *Legal Theory*, vol. 10, 2004, p. 218.

⁵ Cabe notar que la pregunta por existencia de una obligación de obedecer el derecho es formalmente idéntica a la pregunta por la existencia de una obligación de cumplir las promesas. Quizás la única diferencia que hace, al menos aparentemente, que el caso de las

Su ámbito de sentido es el espacio entre dos extremos. Por un lado una concepción iusnaturalista tal que afirmara que sólo es derecho lo que es justo, i.e., que hiciera del contenido (moral) de las normas jurídicas un criterio de identificación de las mismas, implicaría una respuesta afirmativa a la pregunta por razones conceptuales. Y como suele suceder aquí los extremos se tocan. Así el positivismo ideológico, la doctrina que sostiene que el derecho positivo es necesariamente valioso y por lo tanto debe ser obedecido con independencia de la calidad moral de cada una de sus normas, también vuelve necesaria la respuesta afirmativa.⁶ La pregunta entonces tiene sentido sólo si no se identifican los criterios de pertenencia de las normas al sistema jurídico con los criterios de vinculatoriedad de esas mismas normas, es decir, cuando se mantienen separados estos dos sentidos de validez normativa.

promesas resulte menos intrigante (todos damos por descontado que existe tal obligación) es que las promesas cambian la *propia* situación normativa de modo que no entran en conflicto con nuestra autonomía personal. El hecho de que *otro* pueda cambiar nuestros deberes es como mínimo más preocupante. Pero la cuestión de cómo dar relevancia a los actos (de prometer o de mandar), de cómo acomodarlos en el razonamiento práctico, es idéntica.

⁶ Bobbio definía el POSITIVISMO ideológico en estos términos. “Como ideología, el positivismo jurídico representa la creencia en ciertos valores y, sobre la base de esta creencia, confiere al derecho que es, por el solo hecho de existir, un valor positivo, prescindiendo de toda consideración acerca de su correspondencia con el derecho ideal. Esta atribución de un valor positivo al derecho existente se realiza a menudo a través de dos tipos diversos de argumentación: 1) El derecho positivo, por el solo hecho de ser positivo, esto es, de ser la emanación de una voluntad dominante, es justo; o sea, el criterio para juzgar la justicia o injusticia de las leyes coincide perfectamente con el que se adopta para juzgar su validez o invalidez; 2) el derecho, como conjunto de reglas impuestas por el poder que ejerce el monopolio de la fuerza en una determinada sociedad, sirve con su misma existencia, independientemente del valor moral de sus reglas, para la obtención de ciertos fines deseables, tales como el orden, la paz, la certeza y, en general, la justicia legal. De ambas posiciones se deduce la consecuencia de que las normas jurídicas deben ser obedecidas por sí mismas, en cuanto tales; con otras palabras, la obediencia a las normas jurídicas es un deber moral...”, *cf.* Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, 5a. ed., trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 1997, pp. 46 y 47. Obsérvese que la segunda versión descrita por Bobbio ya incluye un argumento a favor de la vinculatoriedad de las leyes positivas al que podríamos calificar como argumento de la coordinación, de modo que la tesis ya no es meramente conceptual. La primera versión de Bobbio sí lo es. A su entender esta versión “tiene que sostener una obligación incondicionada de obedecer las leyes desde el momento en que no reconoce valores diversos y superiores a aquellos recogidos por las leyes, y hace de estas el criterio último e insuperable del bien y del mal.” Pero él mismo preguntaba “¿existe algún jurista positivista que haya sostenido alguna vez doctrina semejante?” (Bobbio, Norberto, *Ibidem*, 53). Quizás como sospechaba Ross, lo que él denominaba quasi-positivismo no sea más que una forma del iusnaturalismo. Ver Ross, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, 3a. ed. Trad. de Genaro Carrió y Osvaldo Paschero, México, Fontamara, 1997, p. 19 y ss.

II. EL ALCANCE DE LA PREGUNTA

Para tener chances de llegar a obtener una respuesta adecuada a nuestro problema es necesario precisar el alcance de la pregunta. Para ello conviene despejar primero cualquier confusión que pueda oscurecerla. Si bien no es cierto que todos los problemas filosóficos (menos aun el problema de la obligación de obedecer el derecho) sean seudoproblemas que se disuelven una vez que disipamos las confusiones envueltas en la pregunta, sólo hay posibilidades de llegar a una respuesta adecuada si se la plantea con claridad.

Comencemos estudiando las siguientes exposiciones de la tesis cuyo valor de verdad estamos investigando:⁷

La obligación política es la doctrina según la cual todo el mundo tiene una razón moral para obedecer todas las leyes de su propio Estado, y que esta razón lo vincula independientemente del contenido del derecho. Esto no implica que la obligación de obediencia sea absoluta, ni que se aplique en circunstancias radicalmente injustas. La doctrina de la obligación política se supone relativa a una vinculatoriedad *prima facie*, en estados razonablemente justos.⁸

Durante siglos, los teóricos políticos y jurídicos se han preguntado si cada persona tiene la obligación general de obediencia a las normas jurídicas de la sociedad en la que él o ella vive. La obligación bajo examen en estas discusiones teóricas se entiende por lo general *prima facie*, relativa a todas las personas y todas las normas, e independiente de su contenido...⁹

Nos preguntamos entonces si existe una norma moral tal que impone a todos los ciudadanos de un estado razonablemente justo la obligación de otorgar un peso normativo *prima facie* a todas las normas de su sistema jurídico, independientemente de cuál sea el contenido de esas normas. Conviene desagregar estas calificaciones.

⁷ Presentaciones similares de esta tesis pueden verse en Edmundson, *op. cit.*, nota 4, p. 218; Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 3, p. 159; Green, Leslie, "Legal Obligation and Authority", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (ed.), 2012, en <<http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/legal-obligation/>> y Malem, Jorge, "Obediencia al derecho", en Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta (ed.), *El derecho y la Justicia*, Madrid, Trotta, 1996, p. 521.

⁸ Green, Leslie, "Who believes in political obligation?", en Edmundson, William, (comp.), *The duty to obey the law*, Maryland, Rowman & Littlefield Publishers, 1999, p. 309.

⁹ Kramer, Matthew, "Legal and moral obligation", en Martin P. Golding y William A. Edmundson (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Malden, Blackwell Publishing, 2005, p. 179.

1. *Primera calificación: el problema del carácter general de la supuesta obligación*

En la teoría política contemporánea la pregunta que aquí se explora se ha formulado en los siguientes términos: ¿Existe una obligación *general* de obedecer el derecho positivo? La obligación por la que se pregunta parece ser general en dos sentidos: respecto de todas las personas a quienes el derecho requiere obediencia y respecto de todas las leyes que forman el derecho objetivo, i.e., todas las normas de obligación identificadas como tales por los criterios de identificación de normas del sistema jurídico en cuestión.

Sin duda debemos concederle a la formulación canónica del problema que el derecho (o la autoridad) pretende obediencia general para todas sus normas y respecto de todos los ciudadanos incluidos en su alcance. Pero nuestra pregunta no pone en cuestión cuál sea el alcance de la *pretensión* del derecho. En todo caso lo que preguntamos es hasta qué punto esta pretensión está justificada.¹⁰

Centrándonos en la vinculatoriedad del derecho es claro que el problema se puede plantear de dos modos distintos. La forma canónica hace énfasis en la generalidad y pregunta en los siguientes términos:

(a) “¿existe una obligación *general* de obedecer el derecho?”.¹¹

¹⁰ John Finnis parece confundir las dos cuestiones al afirmar que “el derecho se presenta como un tejido sin costuras. Los súbditos no tienen permitido escoger entre las prescripciones y estipulaciones del derecho.” Finnis, John, “The authority of law and the predicament of contemporary social theory”, *Notre Dame Journal of Law, Ethics, and Public Policy*, núm. 115, 1984, p. 120. Pero como bien indica Raz del hecho de que el derecho se presente a sí mismo de determinado modo no se sigue nada respecto de cómo nosotros debemos tomarlo. *cf.* Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 3, p. 169.

¹¹ Así Raz: “Las prohibiciones del asesinato, la violación, la esclavitud, el encierro y prohibiciones legales similares son fundamentales en las leyes de todo sistema jurídico justo. Su existencia no puede ser descartada como marginal o controversial. Si estas leyes no hacen una diferencia en nuestras obligaciones morales, entonces no hay obligación general de obedecer el derecho. Puede haber una obligación moral de obedecer algunas leyes, pero esto nunca estuvo en disputa.” *cf.*, Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 3, p. 162. Igualmente M. B. E. Smith: “...la cuestión de si existe una obligación *prima facie* de obedecer el derecho es claramente sobre una obligación genérica. Todos, incluso los anarquistas, estarían de acuerdo que en muchas circunstancias los individuos tienen obligaciones *prima facie* específicas de obedecer leyes específicas. Puesto que es evidente que existe en la mayoría de las circunstancias una obligación específica *prima facie* de abstenerse de cometer actos de asesinato, violación o incumplimiento de contrato, es evidente que en estas circunstancias cada uno de nosotros tiene una obligación *prima facie* específica de no violar las leyes que prohíben estos actos. Una vez más, desobedecer el derecho a menudo tiene consecuencias seriamente adversas y, cuando esto es así, casi todo el mundo estaría de acuerdo en que hay una obligación *prima facie* específica para obedecer. Por lo tanto, la pregunta interesante sobre nuestra obligación frente al derecho no es ‘¿Tienen los ciudadanos individuales obligaciones *prima*

Pero hay quienes consideran que el modo correcto de plantear la cuestión es más amplio y preguntan:

(b) “¿existe *alguna* obligación de obedecer el derecho?”¹²

facie específicas de obedecer leyes particulares?” sino más bien ‘¿es la relación moral de un gobierno con sus ciudadanos tal que estos tienen una obligación *prima facie* de hacer ciertas cosas simplemente porque tienen un requerimiento legal de hacerlo?’ Esto por supuesto es equivalente a preguntar ‘¿existe una obligación *prima facie* genérica de obedecer el derecho?’” Smith, M. B. E., “Is there a *prima facie* obligation to obey the law?” *Yale Law Journal*, vol. 82, 1973, p. 951. La falta de claridad de la pregunta por la obligatoriedad y, consiguientemente, la necesidad de un trabajo elucidatorio, se deja observar en la confusión que comete aquí Smith entre la cuestión de la generalidad de la obligación y la cuestión de su carácter independiente del contenido. Que el derecho sea obligatorio *porque* es derecho, i.e., su carácter de vinculante con independencia del contenido, es algo que se ha de decidir independientemente de si todas las normas son vinculantes para todos. Puede que sólo algunas normas sean vinculantes para algunos individuos (negación de la tesis de la generalidad) pero que aquellas que sean vinculantes lo sean meramente en razón de su carácter jurídico (afirmación de la tesis de la independencia del contenido). Sin duda Smith está pensando que si una norma es obligatoria *porque* es derecho, lo es para todos los alcanzados por dicha norma. Ahora bien, por esta frase se entiende que la obligatoriedad de una norma no depende de la moralidad de su contenido. Pero al afirmar esto nada se dice respecto de cuál sea la fuente de vinculatoriedad el derecho (obviamente no se afirma que el mero hecho de que algo sea derecho lo hace vinculante: el derecho, en tanto emanado de fuentes sociales, no puede considerarse fuente de su propia vinculatoriedad sin realizar un salto injustificado entre ser y deber ser). Ahora bien, no hay razón para pensar que, dada una fuente de normatividad, ésta alcance necesariamente a todas las normas del sistema. Por el contrario, bien puede otorgar poder normativo a algunas normas y a otras no. De tal modo el afirmar que hay normas vinculantes con independencia de su contenido no nos compromete con afirmar que todas las normas son vinculantes para todas las personas, i.e., no nos compromete con la tesis de la generalidad.

Amén de esta última cuestión, es curioso que los dos autores aquí citados afirmen que si bien no hay obligaciones genéricas sí hay obligaciones particulares, i.e., que a veces el derecho es obligatorio para algunas personas. Así por ejemplo Raz: “Mi posición básica no es que nadie tiene razón moral alguna para tener en cuenta la existencia del derecho. Yo sostengo que el alcance de la obligación de obedecer varía de persona a persona. En ningún caso la obligación moral es tan extensa como la obligación jurídica.” *cf.* Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 3, p. 165, también Smith, M. B. E., *Ibidem*, p. 950. Es decir, si bien al preguntar lo hacen en términos generales, su respuesta es también compatible con la concepción más amplia de la pregunta aquí sostenida.

¹² En este sentido Simmons: “A menudo se asume que si no podemos dar cuenta de la obligación política en el sentido de que todos en, por ejemplo, un estado particular, están obligados, entonces no podemos dar cuenta de la idea de obligación política aplicable a personas específicas en ese estado.... La exigencia común a estos autores es que la obligación política sea lo que M.B.E. Smith ha denominado una ‘obligación genérica’, se supone que la obligación sea tal que todos los ciudadanos, o todos los ciudadanos de un estado particular, la deban a su gobierno. Si la obligación no es ‘genérica’ en este sentido, entonces debe ser una ficción. Sugiero que esta actitud todo o nada es equivocada en primer lugar

Es claro que una respuesta negativa a la primera pregunta aún deja abierta la cuestión de la existencia de alguna obligación. En otras palabras, la obligación *general* de obedecer el derecho se puede negar tanto afirmando que ninguna persona tiene obligación de obedecer ninguna norma de derecho positivo, i.e., de obedecerla porque es derecho (la postura anarquista), como afirmando que hay una obligación pero que no es general. Esta última tesis puede implicar que aunque típicamente o en muchas situaciones debe obedecerse el derecho, bajo determinadas circunstancias (que la teoría debe explicitar) puede que haya algunas personas que no tengan la obligación de obedecer las normas que otros sí deben acatar. O bien, puede que haya algunas normas pertenecientes al sistema que sin embargo no requieran legítimamente obediencia por parte de algunas o de todas las personas comprendidas en su ámbito de personal de aplicación.¹³ Observemos las alternativas desplegadas analíticamente:

- Todos tienen obligación de obedecer todas las normas positivas pertenecientes al sistema.
- Todos tienen la obligación de obedecer algunas normas positivas (y otras no).
- Algunos (y algunos no) tienen la obligación de obedecer todas las normas positivas.
- Algunos (y algunos no) tienen la obligación de obedecer algunas normas positivas (y otras no).
- Ninguno tiene la obligación de obedecer ninguna norma positiva (anarquismo filosófico).

A mi entender una respuesta acabada al problema debe dar cuenta de cuál de estas opciones es la verdadera, por ello concuerdo con Simmons en que el segundo es el modo adecuado de plantear la cuestión.¹⁴

porque no puedo ver objeciones obvias a la teoría que permite que algunas personas tengan obligaciones políticas y a la vez permite que otras, incluso dentro del mismo estado, no las tengan. Una teoría de la obligación política debe decirnos qué clase de personas están vinculadas a sus gobiernos y por qué; si nos dice que sólo ciertas personas están vinculadas, personas que, por suponer, han realizado cierto acto, la teoría no es obviamente defectuosa por decirnos esto.” *cf.*, Simmons, John, *Moral principles and political obligations*, Princeton, Princeton University Press, 1979, p. 35 y 36.

¹³ En este sentido Raz, Joseph, *The morality of freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 74.

¹⁴ *cf.* Simmons, *op. cit.*, nota 12, p. 35 y ss.

2. *Segunda calificación: la obligación de obedecer las normas emanadas de estados razonablemente justos*

La calificación excluye del alcance de la pregunta a las normas jurídicas de estados groseramente injustos. Ahora bien, es claro que los estados groseramente injustos pueden tener al menos algunas normas justas e igualmente, de un estado razonablemente justo pueden emanar al menos algunas normas injustas. Y no es obvio por qué no debieran obedecerse las normas justas de estados injustos ni por qué debieran obedecerse las normas injustas de estados justos. No es obvio entonces por qué deberíamos preguntar por la obligatoriedad de las normas de estados razonablemente justos y no por si sólo deben obedecerse las normas justas (y no las injustas) de cualquier estado, justo o injusto. Claro que esta última pregunta equivale a la negación de la tesis de (y a la respuesta negativa a la pregunta por) el carácter de vinculantes con independencia del contenido de las normas jurídicas. Si se han de sostener como cuestiones separadas —cosa que aquí no afirmo categóricamente—, la pregunta debe ser por la obligatoriedad de las normas (justas o injustas) de estados razonablemente justos. El grado suficiente de justicia de un estado impondría un umbral a partir del cual tendría cabida la pregunta. Ahora bien, un estado razonablemente justo es uno que dicta en general normas justas, por lo que no cabe dar mayores precisiones sobre el punto.

En todo caso, dadas estas ambigüedades, cabe distinguir las siguientes preguntas:

(1) Si y en qué medida existe una obligación de obedecer las normas de un estado injusto. En tanto la pregunta por el estado injusto se suele hacer en sentido amplio, tal que incluya la cuestión de la legitimidad, se puede preguntar también por la obligación de obedecer las normas de un estado ilegítimo. Esta pregunta, i.e., la cuestión de la existencia de un derecho moral de rebelión, el locus clásico de la filosofía política, no es el tema de este trabajo. La pregunta por la obligación de obediencia no se hace aquí respecto de, por ejemplo, dictaduras o tiranías (por más justas que puedan ser algunas normas particulares).¹⁵

¹⁵ Sin duda es cierto que la pregunta debe desdoblarse en tanto entendamos legitimidad en un sentido débil, i.e., como ausencia de tiranía. Nadie supone que deban obedecerse las normas de un estado tiránico (tal vez la excepción sea Finnis en tanto parece considerar a la conquista de un territorio por un poder con capacidad de imponer un esquema de coordinación como título suficiente para justificar el dominio —*cf.*, Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, 5a. ed., Oxford, Oxford University Press, 1988, p. 252). Ahora bien, si entendemos la idea de legitimidad en sentido fuerte, la pregunta se vuelve tautológica pues un

(2) Si y en qué medida existe una obligación de obedecer las normas de un estado en líneas generales justo y legítimo. Esta es la pregunta moderna y la explorada en este trabajo. Ahora bien, aquí hay dos cuestiones que cabría deslindar:

(a) ¿Existe una obligación general de obedecer incluso las normas *injustas* de un estado en líneas generales justo y legítimo? En general, y en contradicción con la intuición de que las normas son obligatorias con independencia del contenido, en esta discusión se supone que la obligación de obediencia no alcanza a las normas groseramente injustas. Pero dado que se supone la justicia general del estado respecto del cual se hace la pregunta, estas normas se supone que serán escasas. El problema se acentúa cuando estamos frente a una norma que si bien es injusta o injustificada a nuestros ojos, no es groseramente injusta. ¿Se supone que debemos obedecerla?

(b) ¿Existe una obligación general de obedecer las normas *justas* de un estado en líneas generales justo y legítimo? Aquí la pregunta es si la obligación existe con independencia del carácter de justicia de las normas. Es decir, si dichas normas tienen un peso normativo aparte de su justicia. De ser éste el caso, de ser afirmativa la respuesta a esta pregunta, entonces parece que también es afirmativa la respuesta a la pregunta anterior. En todo caso, estas últimas preguntas parecen ser reducibles a la cuestión de si el peso normativo del derecho sería independiente de su contenido. En otras palabras, no podríamos responder a la vez que la obligación de obediencia es sólo relativa a las normas justas de estados justos y que es una obligación independiente del contenido.

3. *Tercera calificación: la obligación de obedecer es independiente del contenido*

En las formulaciones arriba presentadas la independencia del contenido calificaba a la obligación de obediencia. La idea sin embargo es ambigua: se predica tanto de (la norma que impone) la obligación general de obedecer el derecho (pues ‘derecho’ aquí funciona como una variable a llenar por los específicos mandatos del legislador empírico) como de las normas jurídicas

estado legítimo es aquel cuyas normas deben ser obedecidas. De modo que la pregunta por la existencia de una obligación de obedecer el derecho se torna equivalente a la pregunta por las condiciones de legitimidad de un estado. En este trabajo entonces se asume que el derecho respecto del cual se hace la pregunta es el de un gobierno justo y legítimo en el sentido de no tiránico. Sobre el punto puede verse. Wasserstrom, Richard, “Disobeying the Law”, *The Journal of Philosophy*, vol. 58, núm. 21, 1961.

específicas.¹⁶ Como no alcanzo a observar ninguna consecuencia práctica para esta distinción, y para facilitar el orden expositivo, imputaré la calificación en cuestión a las normas que son el objeto de la obligación, i.e., al derecho. Respecto de estas normas la idea de independencia del contenido es negativa: predica que las normas jurídicas son obligatorias cualquiera sea (la calificación moral de) su contenido. Esto es lo que se quiere decir cuando se predica que se debe obedecer lo que el derecho manda *porque es derecho*.¹⁷ Lo que de ninguna manera afirma esta tesis es que el mero carácter jurídico de una norma garantice su relevancia moral. Esto sería equivalente a afirmar el positivismo ideológico. Por el contrario, siempre se supone que hay algún argumento, alguna teoría moral, que da cuenta de la relevancia moral del derecho. Las normas jurídicas (y el derecho en su conjunto) tendrán el peso normativo que este argumento les provea. Lo que sí afirma positivamente quien afirma que las normas jurídicas son vinculantes independientemente de su contenido es que dicho argumento existe y que, por consiguiente, al menos algunas normas jurídicas tienen peso normativo en tanto normas jurídicas (y no en tanto normas justas).

Si, tal como sugerí, la idea de que la pregunta por la obligación de obediencia es sólo relativa a las normas justas de estados justos entra en tensión con la idea de que la obligación es independiente del contenido de las normas, entonces para que la pregunta pueda ser respondida habrá que desechiar una tesis o la otra.

4. Cuarta calificación: la obligación moral de obediencia es *prima facie*

¿Qué se quiere decir cuando se sostiene que la supuesta obligación de obediencia al derecho es *prima facie*?

Observemos que la frase “existe una obligación moral *prima facie* de obedecer el derecho positivo” puede entenderse en sentido asertivo o en sentido prescriptivo. En el primer sentido puede significar o bien la descripción del hecho de que existe una norma moral que impone tal obliga-

¹⁶ Para deshacer la ambigüedad contenida en la expresión “obligación de obedecer el derecho” bien podemos seguir la propuesta de Green de distinguir entre obligaciones hacia el derecho (obligations to the law) y obligaciones en el derecho (obligations in the law). *cf.* Green, Leslie, *op. cit.*, nota 8, p. 1.

¹⁷ Al respecto ver Kramer, Matthew, *op. cit.*, nota 9, p. 180 y Edmundson, William, *op. cit.*, nota 4, p. 217. La idea de una razón (una norma, una obligación) independiente del contenido, en los términos de la discusión contemporánea ha sido formulada por Hart. *cf.* Hart, Herbert, *Essays on Bentham, Oxford, Clarendon Press, 1982*, pp. 254 y 255.

ción (i.e., estaríamos frente a una proposición normativa moral) o bien una afirmación del hecho de que las normas pertenecientes a determinado derecho positivo son moralmente vinculantes en sentido *prima facie*. Ambas afirmaciones serían descripciones de estados de cosas y por lo tanto susceptibles de verdad o falsedad. En el segundo sentido la frase es expresión de un estándar moral (una razón de algún tipo, una norma por ejemplo) que impone que “debe obedecerse *prima facie* el derecho positivo”.¹⁸ Aquí podríamos hablar de una conexión normativa o justificatoria: Sólo si existe un estándar tal (que siguiendo a Caracciolo llamaremos N0) podremos afirmar fundadamente que el derecho positivo es normativo *prima facie*.¹⁹ Aquí lo que estamos tratando de determinar es el alcance de dicho estándar (qué normas positivas incluiría y a qué personas alcanzaría en qué situaciones). La determinación de su supuesto alcance y, por consiguiente, la precisión de la tesis cuyo valor de verdad estamos investigando, es condición necesaria para adentrarnos en la cuestión de su existencia.²⁰

Nótese que aquí se da la misma ambigüedad que resaltamos en el punto anterior. El carácter *prima facie* lo podemos imputar tanto a (la norma moral que impone) la obligación de obedecer el derecho cómo a las normas jurídicas. Ambas ideas, hasta donde alcanzo a ver, son equivalentes a los fines prácticos. Si afirmamos que existe una norma que manda prestar obediencia *prima facie* ya a una parte, ya a todo el derecho entonces ya algunas, ya todas las normas jurídicas son obligatorias *prima facie*.

He aquí otro problema: responder afirmativamente a la pregunta por la obligación *general* de obediencia supone afirmar que *todas* las normas jurídicas son *prima facie* obligatorias. Pero si ampliamos la pregunta e inquirimos

¹⁸ Aquí la cuestión central es la segunda. Sólo si damos cuenta mediante un argumento normativo de la existencia de un estándar moral que imponga el deber *prima facie* de obedecer el derecho se podrá afirmar la verdad de la proposición que afirma la existencia del deber de obediencia. Y ello en los dos sentidos de la proposición arriba explicitados.

¹⁹ Al respecto, Caracciolo sostiene que la existencia de una obligación general de obedecer el derecho depende de la existencia de una metanorma moral —N0— que imponga esa obligación y que se refiera a todas las normas que componen cada sistema jurídico (Caracciolo, Ricardo, *El derecho desde la filosofía*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2009, p. 206; *La obligación general de obedecer el derecho. Análisis de alternativas*, —manuscrito— p. 1.). Caracciolo se compromete con que nuestro estándar es una norma. Por mi parte quisiera dejar ese punto indeterminado al menos por ahora. Pues hasta aquí nada indica que no pueda ser un principio o un valor moral.

²⁰ Sin duda una vez comprometidos en la búsqueda de fundamentos morales para afirmar la existencia o no del estándar en cuestión, bien puede ser que debamos modificar su alcance. Pero si hemos de inquirir respecto de los fundamentos de determinado estándar primero hemos de tener una idea aproximada de aquello cuyos fundamentos estamos investigando.

sobre la existencia de alguna obligación de obediencia no hay por qué suponer que la respuesta afirmativa implique que todas las normas jurídicas sean *prima facie* obligatorias. Por el contrario, la respuesta positiva bien podría sostener que algunas normas jurídicas (aquellas que cumplan con las condiciones de vinculatoriedad previstas en la teoría moral que justifica N0) son *prima facie* obligatorias.

Ahora bien, la imputemos a la norma moral o a las normas jurídicas, la idea de una obligación *prima facie* de obedecer el derecho puede entenderse en dos sentidos.²¹

En un sentido, débil y subjetivo, el estándar requiere meramente que toda persona alcanzada por determinada norma jurídica legítima la tenga seriamente en cuenta en su razonamiento psicológico-práctico (en este sentido es que podemos hablar del carácter subjetivo del estándar), que se esfuerce por determinar qué le exige la norma y que sólo la deje de lado si tras una evaluación concienzuda entiende que hay razones morales más poderosas que apuntan en dirección contraria a la obediencia. En otras palabras, N0 impondría una presunción derrotable a favor del derecho.²² Si éste fuera el caso, la persona que deja de lado el derecho en el caso concreto lo hace por razones dominantes: la norma jurídica específica fue analizada pero se determinó que para el caso no contaba en absoluto, que en la situación no tenía ningún peso. Bajo estas circunstancias no hay nada que lamentar a nivel moral, no hay nada que el agente debió hacer y no hizo. Lo que N0 mandaría no es obedecer el derecho en sentido literal, sino tenerlo en cuenta en el razonamiento práctico: analizar si en el caso cuenta o no. Quien evaluó el derecho y concluyó que este carecía de fuerza normativa para el caso, satisfizo todo lo que N0 requeriría de él.

En un segundo sentido, fuerte y objetivo, el estándar requeriría que siempre se otorgue, ya a todo el derecho positivo, ya a las normas alcanzadas por (la justificación de) N0, algún peso normativo x. Esto en virtud de que el derecho objetivo en cuestión tendría objetivamente tal peso norma-

²¹ Tal como reconoce Simmons una de las preguntas centrales alrededor de ésta cuestión es qué acción satisface lo requerido por la supuesta obligación de obediencia, i.e., qué es obedecer. Al respecto ver Simmons, John, *op. cit.*, nota 12, p. 3. La distinción aquí presentada es una elaboración sobre la propuesta por Smith. Ver Smith, M.B.E., *op. cit.*, nota 11, p. 952. Está implícita en la negativa de Simmons a utilizar la distinción *prima facie*-actual, para referirse a las obligaciones. Ver Simmons, John, *op. cit.*, nota 12, pp. 24–28. En el mismo sentido Christie, George, “On the moral obligation to obey the law”, *Duke Law Journal*, *Durham*, vol. 1990, núm. 6, 1990, p. 1312.

²² En este sentido Simmons, *op. cit.*, nota 12, p. viii.

tivo.²³ Sin dudas puede que éste sea menor que otras consideraciones que apunten en sentido contrario. Si éste es el caso el agente, todas las cosas consideradas, deberá actuar en contra de lo que el derecho prescribe. Pero ante esta situación no podremos dejar de reconocer que algo se ha perdido, que no se ha hecho plenamente lo que se debía hacer y, por lo tanto, que hay algo que lamentar.

III. LOS PROBLEMAS DE LA NORMA MORAL N0

Luego de esta tarea de clarificación volvamos a la pregunta principal. Inquirimos tanto por el valor de verdad de la tesis que afirma la existencia de una obligación de obedecer el derecho como por la existencia de un estándar de conducta que impone tal obligación. La verdad de la tesis asertiva depende de la existencia de este estándar que siguiendo a Caracciolo denominaré N0.²⁴ De modo que la investigación puede centrarse en esta última cuestión.

¿Existe entonces una norma moral que impone que todas o algunas personas tienen la obligación de otorgar un peso normativo *prima facie* e independiente del contenido a todas o a algunas normas de los sistemas jurídicos de estados suficientemente justos?

N0) *Todas o algunas personas tienen la obligación de otorgar un peso normativo prima facie e independiente del contenido a todas o a algunas normas de los sistemas jurídicos de estados suficientemente justos.*

La exigencia moral de obediencia al derecho equivale a la exigencia de tomar al derecho como normativamente relevante. A su vez, y dado que prácticamente todo nuestro derecho positivo emana de fuentes explícitas, entonces afirmar que el derecho positivo es normativamente relevante equivale a afirmar que se debe otorgar peso normativo (es decir, capacidad de incidir en lo que, todas las cosas consideradas, debemos hacer) a las normas jurídicas emanadas de mandatos autoritativos. Por su parte esta idea, que (el contenido de) los mandatos autoritativos es normativamente

²³ El peso normativo del derecho aunque objetivo (el agente debe reconocerlo como reconoce cualquier hecho sobre el que no puede disponer) sería derivado: conferido por el estándar moral que transferiría a las normas jurídicas su propio peso normativo (sin esta conexión normativa o justificatoria, las normas jurídicas —productos de actos humanos contingentes— carecerían de esa cualidad). En este sentido la tesis de la obligación *general* estaría afirmando que N0 otorga peso normativo (aunque derrotable) a todas y cada una de las normas pertenecientes al sistema jurídico.

²⁴ *cfr.* Caracciolo, Ricardo, *op. cit.*, nota 19, p. 206.

relevante, puede entenderse en dos sentidos distintos: o bien el derecho (en todo o en parte) es un conjunto de deberes o bien (en todo o en parte) es un conjunto de hechos relevantes para la determinación de nuestros deberes. A su vez estos dos modos de concebir la relevancia práctica del derecho se reflejan de modo distinto en el razonamiento práctico de un agente racional. O bien debemos considerar las normas como un conjunto de razones operativas o bien como un conjunto de razones auxiliares.²⁵ Comencemos por analizar esta última alternativa.

1. *El derecho como un conjunto de razones auxiliares*

Si el derecho positivo emana de fuentes sociales entonces es un hecho. Luego no podemos considerarlo directamente fuente de deberes sin cometer la falacia naturalista. Entre nosotros Nino ha sostenido este argumento con particular énfasis.²⁶ Si aceptamos que este es el caso una estrategia para sostener la relevancia práctica del derecho es considerarlo como fuente indirecta de deberes. Según esta estrategia las normas serían razones auxiliares y como tales relevantes para determinar lo que debe hacerse. El razonamiento práctico debería reconstruirse, sostiene esta estrategia, en los siguientes términos:

1. N0: Es justo o debido moralmente obedecer a la autoridad L (por ejemplo, porque es democrática).
2. L ha prescripto que debe pagarse como impuesto el 30 % de las ganancias.
3. Debo pagar el 30% de mis ganancias.²⁷

Aquí N0 serviría para asegurar la relevancia normativa del derecho positivo que, pese a ser un conjunto de razones auxiliares, sería no obstante, relevante para la determinación de nuestros deberes finales. Así, solo en

²⁵ Nino, (*cf.*, Nino, Carlos, *op. cit.*, nota 2, p. 131) simplificando en alguna medida a Raz, afirma que una razón operativa consiste en una premisa de deber ser que en sí misma podría constituir una razón completa para alguna acción y una razón auxiliar consiste en un juicio fáctico que indica un medio para satisfacer una razón operativa. Sobre la distinción ver Raz, Joseph, *Razón práctica y normas*, trad. de Juan Ruiz Manero, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 37–39. Aquí, por supuesto, lo que es relevante no es el juicio ni la premisa sino el hecho que tanto el juicio como la premisa reflejan. Por cierto, los hechos relevantes como razones auxiliares no serían propiamente normas sino más bien actos de mandato.

²⁶ Ver Nino, *Ibidem*, pp. 125–143.

²⁷ El ejemplo está extraído de Nino, Carlos, *Derecho Moral y Política*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 122.

virtud de la existencia de N0 y de que el legislador ha realizado un acto de promulgación en el sentido de que debemos pagar el 30% de nuestra ganancia en concepto de impuesto, es que debemos pagar ese dinero.

Pero Caracciolo ha mostrado que esta propuesta no carece de problemas. Al respecto ha sostenido las tesis que transcribo a continuación y que a mi entender refutan todo intento de dar cuenta de la normatividad de los mandatos autoritativos en términos de razones auxiliares:

1) La fuerza persuasiva del argumento se sustenta en un equívoco, producto de un cambio de significado en los términos claves “derivar” y “razón auxiliar”. Ello es así porque en ningún caso una norma jurídica cualquiera N se deriva de N0, más la descripción del acto de promulgar N. Más bien, N0 se refiere a N y, en este sentido es metalingüística con respecto al lenguaje que se use en los eventuales actos de promulgación. Por lo tanto, ninguna inferencia es posible entre ambas normas y los actos de promulgación no son hechos que puedan determinar la aplicación de N0, i.e., no pueden funcionar como razones auxiliares.

2) N0 no es otra cosa que el resultado de una cuantificación universal sobre cualquier clase de circunstancias y cualquier clase de conductas, con respecto a los actos de promulgación de una autoridad legítima. De manera que la norma general dice

$N0 = \text{“Para todas las circunstancias } C \text{ y para todas las acciones } p, \text{ si } C \text{ se debe hacer } p \text{ si, y sólo si, la autoridad legítima dice que se debe hacer } p \text{ si ocurre } C\text{”}$.

Pero esta formulación no puede funcionar como una razón operativa simplemente porque no menciona acción alguna que deba llevarse a cabo: las letras C y p sólo son variables que tienen que ser reemplazadas por descripciones de hechos y de acciones para obtener una norma dirigida al comportamiento, i.e., para obtener una “razón operativa” para la acción. Cuáles sean esos hechos y cuáles esas acciones se determina, en verdad, en cada acto de promulgación de acuerdo a la propuesta de Nino. Ello significa que, como estos actos obran como criterios de sustitución, en relación a una específica circunstancia C y a una específica clase de comportamiento p, el hecho de que la autoridad legítima enuncie “si C entonces se debe realizar p” es una condición necesaria y suficiente para la existencia del deber de realizar p en caso de que C, esto es, para que el contenido de esa enunciación adquiera el estatus de una norma válida, i.e., de una razón objetiva para realizar p, con prescindencia de cuál sea su contenido. Antes que algún acto de ese tipo se lleve a cabo no hay acción que deba ser realizada y el término “obediencia” se refiere de manera elíptica al conjunto de descripciones que pueden sustituir a las variables de acción.²⁸

²⁸ *cf.* Caracciolo, *op. cit.*, nota 19, pp. 221-224. Bien dije arriba que la objeción de Caracciolo precluye todo intento de concebir los mandatos en términos de razones auxiliares. Ahora bien, esto debe entenderse como precuyendo todo intento de concebir los mandatos como los hechos que constituyen las razones auxiliares. Pero, a mi entender, si las autoridades tienen mayor conocimiento (creencias verdaderas justificadas) sobre los hechos que deben figurar como premisas fácticas en nuestros razonamientos prácticos, entonces los agentes tienen buenas razones para utilizar como premisas auxiliares de dichos razonamientos no sus propias creencias sobre los hechos sino las creencias presupuestas en los mandatos

2. *El derecho como un conjunto de razones operativas*

La supuesta norma general de obediencia, i.e., la exigencia de otorgar peso normativo al derecho, no puede reconstruirse como una razón operativa que tomara a los específicos actos de promulgación (y al contenido de las normas jurídicas) como razones auxiliares. Si el derecho ha de tener peso normativo ha de ser en virtud de que constituye directamente un conjunto de razones operativas i.e., de deberes. La norma moral N0 debería reconstruirse entonces como la formulación resumida de la idea de que todas o algunas normas jurídicas de estados razonablemente justos imponen deberes *prima facie* e independientes del contenido. Existiría una obligación de obedecer el derecho porque éste sería (al menos en parte) un conjunto de deberes. De ahí que nuestra pregunta por la existencia de una obligación moral de obedecer el derecho sea equivalente a esta otra:

(a) ¿Es el derecho positivo (ie, las normas de obligación del derecho objetivo), un conjunto de *deberes*?

La respuesta afirmativa a esta pregunta supone que se ha ofrecido una particular respuesta a los problemas básicos de la legitimidad estatal. Los estados requieren determinadas conductas de los ciudadanos en la mayoría de los casos respaldando dichos requerimientos con la amenaza de sanciones. Pretenden además que tienen derecho a realizar estas acciones. La filosofía política siempre ha intentado dar cuenta del fundamento de este supuesto derecho que los estados reclaman. Tal como afirma Seleme “la pregunta por la legitimidad política se refiere a qué condiciones debe satisfacer una estructura política estatal para poseer el derecho moral que los estados de modo característico reclaman poseer sobre sus ciudadanos”.²⁹ Para responder acabadamente a esta pregunta se deben entonces responder dos cuestiones de distinta índole. Por un lado está el problema conceptual de en qué consiste el derecho moral que un estado legítimo característicamente pretende sobre sus ciudadanos, i.e., qué debe entenderse por “legitimidad política”. Por otro está la cuestión normativa relativa al conjunto de condiciones bajo las cuales se puede considerar a alguien como autoridad legítima, i.e., como poseedor del conjunto de derechos sobre los

de la autoridad. Al respecto ver Iosa, Juan, “Reconsiderando el argumento de las razones auxiliares”, *Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, año I, núm. 2, 2012, pp. 219–231.

²⁹ Seleme, Hugo, “La legitimidad como autoría”, *Revista Brasileira de Filosofia*, año 59, volumen 234, 2010, p. 75.

ciudadanos característicos de tal autoridad.³⁰ Abordaremos primero el problema en el nivel conceptual para luego adentrarnos en el normativo.

IV. EL NIVEL CONCEPTUAL: CORRELATIVISMO VS. NO CORRELATIVISMO.

Quien supone que el derecho positivo es un conjunto de deberes supone, en el nivel conceptual, la siguiente respuesta a la pregunta por la autoridad legítima: es autoridad quien tiene derecho a mandar y, correlativamente, derecho a ser obedecido. El derecho a mandar es, en otras palabras, correlativo al deber de los súbditos de obedecer los mandatos. De aquí que se conozca a esta idea como correlativismo.³¹ Es también conocida como tesis de la inseparabilidad: “la autoridad política es legítima sí y sólo sí impone un deber moral de obediencia sobre aquellos a ella sujetos”.³² Por último ha sido también denominada tesis de la diferencia práctica: el mandato de una autoridad legítima hace una diferencia, cambia en algún sentido los deberes del sujeto normativo.³³ Hay entonces deberes dependientes de la emisión de mandatos. Estos deberes, justamente en virtud de ser derecho

³⁰ *cfr.* Coop, David, “The idea of a legitimate state”, *Philosophy and Public Affairs*, Princeton, Princeton University Press, vol. 28, núm. 1, 1999, p. 5.

³¹ *cfr.*, Wolff, Robert Paul, *op. cit.*, nota 4, p. 4; Kant, Immanuel, *Metafísica de las Costumbres* (1797), traducción de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Barcelona, Altaya, 1996, p. 31. (MC. 6:224); Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 13 p. 23; Raz, Joseph, *The Authority of Law*, 5a ed., Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 12; Selemé, Hugo, *op. cit.* nota 29, pp. 75 y 76. Siempre me ha resultado particularmente esclarecedora la definición de John Lucas. Al respecto sostiene que “un hombre o cuerpo de hombres tiene autoridad si de su dicho ‘que ocurra X’ se sigue que x debe ocurrir”, *cfr.* Lucas, John, *The Principles of Politics*, Oxford, Oxford University Press, 1966, p. 16.

³² *cfr.* Durning, Partrick, “Political legitimacy and the duty to obey the law”, *Canadian Journal of Philosophy*, vol. 33, núm. 3, 2003, p. 375; Edmundson, William, *op. cit.*, nota 4, p.220; Edmundson, William, *Three anarchical Fallacies*, Cambridge, Cambridge University press, 1998, p. 38; Wyckoff, Jason, “The inseparability thesis: why political legitimacy entails political obligations”, *Southwest Philosophy Review*, vol. 26, núm. 1, 2010, p. 51. Habitualmente esta tesis se presenta ligada a la tesis de la obligación general. Tal como aquí uso los términos “correlativismo” y “tesis de la diferencia”, no tienen este vínculo conceptual con la idea de “generalidad”. Pueden afirmar la generalidad pero también pueden afirmar que sólo típicamente los mandatos están asociados a la creación de deberes, i.e., los mandatos de una autoridad dentro del límite de su legitimidad. Al respecto ver Raz, *op. cit.*, nota 13, p. 74.

³³ *cfr.* Coleman, Jules, “Incorporationism, conventionality, and the practical difference thesis”, en Coleman, Jules (ed.), *Hart’s postscript: essays on the postscript to the concept of law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 101; Verbeek, Bruno, “The authority of norms”, *American Philosophical Quarterly*, vol. 44, núm. 3, 2007, p. 245.

objetivo, son razones para guiar nuestra conducta, tienen derecho a intervenir en nuestro razonamiento práctico.

Es importante destacar que la respuesta afirmativa a la pregunta por si el derecho es un conjunto de deberes implica una respuesta afirmativa a estas otras:

(b) ¿Es el derecho positivo un conjunto de deberes *categoricos*?³⁴

Cuando nos preguntamos por la existencia de un deber de obedecer el derecho descartamos cualquier interpretación que lo reduzca a un conjunto de imperativos hipotéticos, i.e., que entienda el derecho básicamente en términos de coerción justificada o injustificada. Por cierto, la respuesta negativa a la pregunta por el carácter categorico de los deberes jurídicos puede llevarnos a verlos como meros imperativos de prudencia, pero esta posición sólo puede ser adoptada al final, nunca al principio, de la indagación.

(c) ¿Es el derecho positivo un conjunto de deberes *genuinos*?

Los deberes genuinos se oponen a los deberes entrecorillados, relativizados, o desde un punto de vista. Los deberes entrecorillados son enunciados de deber, pero no necesariamente deben ser tenidos en cuenta por un agente racional en su razonamiento práctico, i.e., aquél por el que determina lo que finalmente debe hacer. Supongamos que usted es un adulto y su abuela le dice “debes ir a misa el domingo”. Usted no tiene ningún deber de ir a misa el domingo, al menos no porque su abuela se lo diga. Pensemos ahora en el deber de no dañar a otros. Debemos abstenernos de esa conducta aún cuando nadie nos lo indique. Este es (supongamos aquí) un deber genuino, uno que debemos tomar en cuenta. Dejando de lado la obvia diferencia entre el deber jurídico en tanto dependiente de la emisión de mandatos y el deber de no dañar a otro en tanto deber natural, la pregunta aquí relevante es ¿los deberes jurídicos se parecen más a su deber de ir a misa según el mandato de su abuela o al deber de no dañar a otro? (véase, *NORMATIVIDAD JURÍDICA*)

Estos dos puntos no son mayormente controvertidos, la indagación entonces continuará con el primero.

En cuanto al correlativismo, la tesis de la inseparabilidad o de la diferencia práctica, cabe insistir en la necesidad de distinguir el nivel conceptual del sustantivo (dependiente por cierto de consideraciones normativas). Pues una cosa es decir que la emisión de mandatos está conceptualmente ligada a la pretensión de crear deberes en los súbditos y otra cosa es decir

³⁴ Ello en virtud de que la idea de deber categorico y deber genuino están presupuestas en el uso común de “deber”.

que los mandatos generan de hecho esos deberes. Igualmente, una cosa es decir que la idea de un estado legítimo está conceptualmente ligada con la idea de que los súbditos deben cumplir sus mandatos y otra cosa es afirmar que existen estados legítimos. Así por ejemplo Robert Paul Wolff, el anarquista filosófico por excelencia, adhiere a las tesis conceptuales aquí presentadas negando a su vez que exista alguna autoridad legítima, i.e., negando que alguien tenga algún deber de obedecer los mandatos estatales.³⁵ Es claro que quien afirma que existe una obligación de obedecer el derecho debe afirmar las tesis aquí expuestas tanto en el nivel conceptual como en el sustantivo.

Detengámonos en el nivel conceptual. Aquí creo que hay que hacer un nuevo distingo. Pues una cosa es afirmar que quien tiene autoridad legítima necesariamente tiene un derecho a mandar y a ser obedecido (versión fuerte) y otra cosa es afirmar que quien pretende autoridad legítima necesariamente pretende el derecho a mandar y a ser obedecido (versión débil). Quienes niegan que la autoridad legítima tenga derecho a mandar y que sus súbditos tengan un deber de obediencia pueden aun conceder que quien pretende autoridad necesariamente pretende ese derecho. En todo caso me interesa centrarme en la versión fuerte de la tesis en cuestión. Quienes niegan esta versión de la tesis niegan que la legitimidad de un estado deba analizarse necesariamente en términos de su capacidad de imponer deberes.³⁶ En este sentido Ladenson, por ejemplo, afirma que un estado es legítimo cuando sus actos de coerción hacia sus súbditos están moralmente justificados. Revisemos primero esta idea para pasar luego al análisis de los argumentos en favor de la tesis de la inseparabilidad.

1. Argumentos en contra de la tesis de la inseparabilidad: autoridad como coerción justificada

En general los esfuerzos realizados por desligar el derecho a mandar de la autoridad del deber de obediencia por parte del sujeto normativo son in-

³⁵ Wolff, Robert Paul, *op. cit.*, nota 4, p. 4.

³⁶ La negación de la tesis de la inseparabilidad asume diversos modos que no es posible analizar aquí (sobre el punto puede verse Durning, Patrick, *op. cit.*, nota 32, 374 y 375. Particular interés ha despertado la tesis que, negando que exista un deber de los súbditos de obedecer el derecho, afirma no obstante la existencia de un deber de no interferencia con los mandatos y la aplicación de la fuerza por parte de las autoridades. Al respecto principalmente Edmundson, William, *op. cit.*, nota 32, pp. 48–61. Acuerdo sin embargo con Christiano en que al menos la mayoría de los actos de desobediencia son actos de interferencia. *Cfr.* Christiano, Thomas, “Justice and Disagreement at the Foundations of Political Authority” *Ethics*, vol. 110, núm. 1, 1999, p. 170.

tentos de anular el orden de prioridad establecido al definir la autoridad como derecho a dictar normas vinculantes y, subsidiariamente, como derecho a imponer sanciones.³⁷ Toda la tradición hobbesiana de pensamiento político afirma que sólo este segundo elemento es el importante y el que define la autoridad. Dentro de esta tradición, Robert Ladenson ha sostenido que el concepto de derecho implicado en el derecho a mandar es un derecho como justificación (justification-right).³⁸ Estos derechos (a diferencia de los derechos como pretensiones (claim-rights), no son derechos a que otro haga algo y por lo tanto no implican, como sí implican aquellos, un deber por parte del sujeto pasivo de la relación. Como señala Juan Carlos Bayón, el ‘derecho a mandar’ en la concepción de Ladenson implica meramente la pretensión de que la autoridad tiene una justificación moral para ejercer el poder (entendido como capacidad de hacer que otros cumplan con su voluntad, no como poder normativo).³⁹ Así, las normas emanadas de quien pretende autoridad deben ser interpretadas como amenazas de usar la fuerza en caso de no correspondencia con la conducta ordenada. Una autoridad legítima tiene derecho a mandar si el ejercicio de la fuerza por su parte está justificado. Esta situación no implica sin embargo que aquellos a ella sometidos tengan un deber de obedecerla.

Si éste es el caso, podemos pensar la existencia de un derecho de amenazar con sanciones independiente de un derecho a dictar o crear normas. Las sanciones justificadas se aplicarían, en esta interpretación, a la acción que falla en conformarse a normas independientes de la emisión de mandatos, i.e., morales. Bajo este esquema podríamos pensar que la autoridad es meramente el derecho a respaldar con la fuerza pública el cumplimiento por parte de los ciudadanos de deberes preexistentes, por ejemplo su deber de no dañar a otros. Aún más, podemos pensar que hay ciertos casos de coacción justificada aún cuando la persona que la sufre no se encuentre bajo un deber moral de comportarse de determinada manera. Pensemos en el caso de quien ha perdido el juicio y se comporta violentamente. La autoridad pretende tener un derecho a encerrarlo en un manicomio pese a que

³⁷ Sobre el punto puede verse Green, Leslie, *op. cit.*, nota 8, p. 5.

³⁸ Ladenson, Robert, “In Defense of a Hobbesian Conception of Law”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 9, núm. 2, 1980, p. 139, reimpresso en J. Raz, (ed.), *Authority*, Basil Blackwell, Oxford, 1990. Para los conceptos aquí expuestos véase p. 35 y siguientes de esta última edición. En el mismo sentido Reiman, Jeffrey, *In defense of political philosophy*, Nueva York, Harper Torchbooks, 1972, p. 18.

³⁹ Bayón, Juan Carlos, *La Normatividad del Derecho. Deber Jurídico y Razones para la Acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 629.

no supone que esa persona ha violado ningún deber. Si el derecho a mandar no es correlativo con un deber de obediencia, lo único que puede reclamar para sí la autoridad es un derecho (una justificación moral) a imponer coactivamente sanciones bajo determinadas circunstancias. De hecho la teoría política moderna de cuño hobbesiano sostiene la tesis de que el estado surge cuando los agentes en estado de naturaleza se restringen en el uso de la fuerza para crear así un monopolio de la coacción legítima en manos del estado. Esta teoría no requiere afirmar que la autoridad pueda cambiar los deberes del agente.

Bayón destaca una idea que, a mi juicio, resulta muy esclarecedora respecto de la diferencia entre la concepción del derecho a mandar como justificación para usar la fuerza y la concepción de la diferencia práctica:

...decir que alguien tiene una justificación para usar el poder es decir que hay razones morales que amparan la realización de actos que pueden modificar las razones prudentiales de otro (y sólo esa clase de razones). Por el contrario, pretender que –en tanto que autoridad legítima– uno cuenta con un poder normativo equivale a sostener que mediante la emisión de directivas se puede modificar el conjunto de razones para actuar dominantes sobre las meramente prudentiales del destinatario de las normas.⁴⁰

Pero si la concepción del derecho a mandar en términos de justificación moral para usar la fuerza fuera correcta, se seguiría que debería negarse que las normas jurídicas emanadas de los poderes públicos sean razones que puedan justificar una decisión institucional. La deliberación debería hacerse sobre bases morales y luego aplicarse la sanción. Sin embargo por lo general suponemos que la norma que puede legítimamente fundar una decisión jurisdiccional de aplicar una sanción es una norma positiva. Por ello buena parte de la doctrina actual considera que este intento de separar el derecho a mandar del deber de obedecer no conduce por buen camino. Raz, por ejemplo, nos señala que una sociedad en que la autoridad funcionara como Ladenson pretende sería una sociedad cuyas prácticas nos resultarían irreconocibles. Así las cortes no impondrían penas o mandarían pagar indemnizaciones en virtud de que las personas han violado un deber jurídico de comportarse de determinado modo. En dicha sociedad los tribunales sólo afirmarían que a las personas que se comporten de ciertos modos se las hará sufrir y se tendrá dicho sufrimiento por moralmente justificado.⁴¹

⁴⁰ Bayón, Juan Carlos, *Ibidem*, p. 632.

⁴¹ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 13, p. 27; en el mismo sentido Simmons, John, “Political obligation and Authority” en Simon, Robert (ed.), *The Blackwell Guide to social and political philosophy*, Malden, Blakwell Publishers, 2002, p. 19.

Por otra parte, indica Bayón,⁴² esta doctrina implicaría que toda coerción justificada debería contar como un caso de autoridad legítima, lo que evidentemente confunde las ideas de actuar como autoridad y estar moralmente autorizado a usar la fuerza sobre otro. Joseph Raz también se ha manifestado en este sentido:

Parece claro que el uso justificado de la fuerza coercitiva es una cosa y la autoridad es otra. No ejerzo autoridad sobre personas que sufren de enfermedades peligrosas si las pongo fuera de combate y las encierro para proteger al público, a pesar de que estoy, dadas las circunstancias, justificado en hacerlo. No tengo más autoridad sobre ellos que la que tengo sobre perros rabiosos.⁴³

Si bien los sostenedores de la teoría en cuestión podrían replicar que la autoridad legítima es sólo *un* caso de coacción justificada, deberían poder mostrar en qué se diferencia la autoridad del resto de los casos de la clase. Sin embargo ahora esta diferencia sería la marca definitoria de la autoridad y no el hecho la mera capacidad de coaccionar justificadamente.

La tesis de la inseparabilidad en general da por sentado que normalmente la autoridad legítima goza del monopolio de la fuerza legítima. Lo que sucede es que considera que la relación entre autoridad y fuerza es meramente empírica, no la marca definitoria de la autoridad. Bien puede concebirse autoridades que imponen deberes sin necesidad de respaldarlos con sanciones.

2. Argumentos a favor de la tesis de la inseparabilidad

Para avalar la tesis de la inseparabilidad es común apelar a la idea de que sólo podemos forzar a los demás a comportarse de cierta manera si ellos ya tienen el deber de comportarse de esa manera. Así, un estado no tendría el derecho de imponer por la fuerza sus leyes a los ciudadanos si éstos no tuvieran ya el deber de obedecerlas. Pues en este caso estaría forzando a la gente a hacer lo que no tienen deber de hacer.⁴⁴

Pero esta línea argumentativa no carece de problemas. Primero observemos que aun si fuera cierto que el estado no puede forzarnos a hacer lo

⁴² Bayón, Juan Carlos *op. cit.*, nota 39, p. 629.

⁴³ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 13, pp. 25 y 26.

⁴⁴ En este sentido Klosko, George, *The principle of fairness and political obligation*, Lanham, Rowman & Littlefield, 1992, pp. 38-45. Aquí sigo la exposición y crítica de Durning en Durning, Patrick, *op. cit.*, nota 32, p. 376 y ss.

que no tenemos deber de hacer, esto no implicaría que sus sanciones presupongan un deber de obediencia *a sus normas*. Ello porque carecer del deber de obedecer el derecho es carecer del deber de hacer lo que el derecho requiere, *porque* lo requiere. De modo que aun si careciéramos del deber de obedecer el derecho podríamos tener, por razones morales, el deber de actuar conforme al contenido del derecho. Si fuera el caso que una norma jurídica impone la misma conducta que una norma moral entonces el estado podría sancionar nuestra infracción y hacerlo justificadamente, pues tenemos un deber (moral) de comportarnos de determinado modo. Sin embargo esto no muestra que el estado, al sancionar, esté presuponiendo un deber de obedecer el derecho. Teorías como la de Ladenson son, entonces, inmunes a este argumento.

En segundo lugar, el principio mismo sobre el que reposa este argumento tiene problemas. En este sentido Durning afirma que no es cierto que sólo esté justificada la coerción sobre quien ya tiene un deber de comportarse en el sentido requerido. A su entender si alguien está justificado en emitir mandatos respaldados por la fuerza y si alguien tiene el deber de seguir esos mandatos, es algo que depende de las condiciones subjetivas de los respectivos agentes, tales como la información o la falta de información de cada uno.

Por ejemplo, un gobierno podría tener el permiso moral de poner en cuarentena a todos los que habiten un área donde cunde una enfermedad mortal, incluso si algunos residentes saben —hecho que no es conocido ni posible de determinar ni por las autoridades ni por la policía— que ellos no son portadores y que no implican peligro para los demás. En este caso las personas que saben que no son portadores pueden no tener el deber de someterse a la cuarentena, aun cuando la policía estaría justificada en ordenarles que permanezcan en cuarentena y en forzarlos a ello.⁴⁵

Sin embargo el argumento de Durning es, a mi entender, cuestionable: no distingue entre un sentido subjetivo y un sentido objetivo de justificación. Los funcionarios están subjetivamente justificados en imponer la cuarentena a los que no son portadores pues no saben ni pueden saber este hecho. Pero desde el punto de vista de los hechos relevantes y de las normas que justifican la imposición de la cuarentena, no se sigue la justificación moral de la imposición: no es cierto que la imposición de la cuarentena por la fuerza esté justificada aun cuando de parte de los no portadores no haya deber de respetarla. Los funcionarios creen que están justificados y ello puedes servirles de excusa. Pero de hecho no lo están.

⁴⁵ Durning, Patrick, *op. cit.*, nota 32, p. 377.

Durning trae a cuento un segundo ejemplo.⁴⁶ Con vistas a prevenir los graves daños resultantes del efecto acumulativo de muchas acciones individualmente insignificantes, un gobierno puede estar justificado en imponer a los ciudadanos el seguir ciertas reglas. Por ejemplo, el gobierno podría estar justificado en imponer la reducción de la polución ambiental. Consideraciones de equidad y facilidad en la administración pueden justificar que este objetivo se lleve a cabo requiriendo a cada uno que instale dispositivos de control de polución en sus vehículos. Sin embargo, aun cuando cada individuo puede tener un deber de limitar la polución que causa, puede no tener el deber de hacerlo precisamente del modo que el gobierno lo requiere. Puede ser que determinada persona pueda hacer su parte en recortar la polución reduciendo en dos tercios el tiempo de uso de su auto en lugar de instalando el dispositivo antipolución. El gobierno puede estar, sin embargo, justificado en imponerle por la fuerza la regla en cuestión.

Sin duda es discutible si Durning logra mostrar con estos ejemplos lo que pretende, i.e., que hay casos de imposición justificada de la fuerza sin que el que sufra la imposición tenga un deber de realizar la acción requerida. Consideraciones relativas a la bondad de contar con un esquema adecuado de coordinación, por ejemplo, podrían justificar la existencia de un deber para todo ciudadano de instalar el dispositivo anti-polución en el último ejemplo de Durning. Pero aún si no todo caso de imposición justificada de la fuerza supusiese la existencia de un deber de comportarse de determinado modo, el primer argumento en contra de esta versión del correlativismo (la fundamentación de Klosko) ya es bastante fuerte. Por ello es que la idea de que el estado sólo puede forzar a los demás a hacer aquello que ya tienen el deber de hacer suele ser dejada de lado como argumento a favor de la tesis de la inseparabilidad.

Un segundo argumento a favor del correlativismo es el que ya hemos esbozado al criticar las tesis de Ladenson: el derecho de hacer mandatos y respaldarlos con la fuerza (sin suponer un deber por parte de los ciudadanos) no nos permite distinguir al estado de sus ciudadanos. En este sentido Wolff indica, por ejemplo, que todo aquel que al llegar a su casa encuentre en ella un ladrón tiene derecho a ordenarle salir y a respaldar esa orden con la fuerza. Pero no por ello es una autoridad.⁴⁷ Raz por su parte afirma, tal como vimos, que tener autoridad requiere más que tener una autorización moral para usar la coerción. Si éste fuera el único criterio entonces la

⁴⁶ Durning, Patrick, *op. cit.*, nota 32, pp. 377 y 378.

⁴⁷ Wolff, Robert Paul, *op. cit.*, nota 4, pp. 95 y 96.

amenaza de mi vecino de quemar basura al lado de mi casa si no podo mis arboles (asumamos que está justificado en requerirme la poda en virtud de que las hojas de mis arboles tapan sus desagües o algo parecido) lo convertiría en autoridad mía. Pero, sostiene Raz no es el caso que la capacidad de afectar mi comportamiento junto con la justificación de esta capacidad, convierta a mi vecino en mi autoridad.⁴⁸

Como bien indica Durning,⁴⁹ tanto Wolff como Raz consideran que un estado legítimo tiene un estatus moral especial con respecto a los ciudadanos en general. Si no podemos encontrar este estatus apelando a la idea de una justificación para el uso de la fuerza (pues tanto el estado como los ciudadanos gozan de las mismas justificaciones para el uso de la fuerza) entonces se sigue que este estatus moral especial debe recaer en su capacidad de crear deberes, i.e., se sigue la verdad de la tesis de la inseparabilidad.

En contra de este último argumento Durning apunta que los intentos de Wolff y Raz de excluir cualquier opción a la tesis de la inseparabilidad, de hecho no logran su cometido: aun hay alternativas.⁵⁰ A su entender un estado puede tener un derecho *especial* a emitir mandatos respaldados por las fuerza incluso si todos tienen algún derecho a realizar esta acción. Por ejemplo, afirma, los estados pueden tener derechos para emitir este tipo de mandatos sobre un ámbito de acciones más amplio que el de de los demás grupos o individuos. Igualmente podrían hacerlo sobre la base de un grupo más amplio de razones. Así el estado podría tener derecho a forzar a las personas a sostener económicamente las actividades estatales o a expropiar la propiedad privada, mientras que los individuos no tendrían esos derechos. Asimismo, sostiene, aun si fuera cierto que los individuos tienen derecho a emitir mandatos coercitivos sobre los mismos ámbitos que el estado, todavía podríamos distinguir al estado “afirmando que, en un estado legítimo, las autoridades estatales tienen un derecho excluyente para usar la fuerza y regular la conducta.”⁵¹ Para visualizar esta idea imaginemos un grupo de individuos que ante la ausencia de las autoridades se ponen a regular el tráfico. Tienen derecho a ello pues en vista de las consecuencias están justificados. Pero, afirma Durning, cuando los funcionarios asumen la tarea, los demás tienen el deber de dejar en sus manos el uso de mandatos y la imposición de la fuerza. Durning parece considerar obvio que los ciudadanos comunes deben dejar su derecho justificado a mandar en manos de los funcionarios cuando estos reasumen su tarea, pues de hecho no ofrece

⁴⁸ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 13, p. 25.

⁴⁹ Durning, Patrick, *op. cit.*, nota 32, p. 378.

⁵⁰ *cf.* Durning, Patrick, *Ibidem*, p. 380.

⁵¹ Durning, *idem*.

ningún argumento que avale esta posición. Particularmente no queda claro aquí el criterio de distinción entre funcionarios y particulares. En todo caso, concluye Durning que cualquiera de estas posibilidades da al estado un estatus moral especial sin poner en cabeza de sus súbditos un deber de obediencia.

A mi entender sin embargo estos últimos ejemplos de Durning, sobre todo el del derecho especial del estado a imponer sus mandatos sobre ámbitos a los que los demás no tienen acceso, cubrirán un ámbito muy limitado de casos, muchos menos que aquellos sobre los cuales el estado pretende autoridad.

V. ARGUMENTOS RELATIVOS A LA EXISTENCIA DE UNA OBLIGACIÓN DE OBEDECER EL DERECHO

Asumamos, por amor del argumento, la verdad del correlativismo, la tesis de la inseparabilidad, etc. Para que a partir de estas tesis podamos dar cuenta de la existencia de un deber moral de obedecer el derecho o, en otras palabras, del derecho como un conjunto de deberes categóricos, debemos afirmar que existen estados legítimos. Para ello a su vez necesitamos contar con un argumento sustantivo que establezca las condiciones que un estado debe satisfacer para ser legítimo y además algún estado empírico debe satisfacer esas condiciones. Aquí analizaremos brevemente algunas de las principales justificaciones del estado así como las críticas por ellas sufridas, críticas que al no encontrar respuesta categórica han llevado a que la tesis de la inexistencia de una obligación de obediencia sea hoy dominante.⁵²

⁵² Como bien apunta Edmundson “Las teorías positivas generalmente reconocen la influencia del libro *Moral Principles and Political Obligations* que en 1979 publicara John Simmons, que ofreció un argumento negativo tan impresionante que no es exagerado decir que la literatura del último cuarto del siglo XX consistió en gran parte en los esfuerzos realizados para superar o desviar las objeciones de Simmons” (Edmundson, William, *op. cit.*, nota 4, p. 228). La crítica ofrecida por Simmons está siempre presente en este trabajo. Reconstrucciones bien elaboradas de las diversas justificaciones y sus críticas pueden verse también en Edmundson, William, *idem*; Smith, M. B. E., *op. cit.*, nota 11; Green, Leslie, *op. cit.*, nota 8; Malem, Jorge, *op. cit.*, nota 7 y Dagger, Richard, “Political Obligation”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2010, Edward N. Zalta (ed.), en <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2010/entries/political-obligation/>>.

Un problema aparte es cómo deben ser clasificadas las diversas teorías sustantivas de la legitimidad estatal.⁵³ Por mi parte dividiré primero entre aquellas que niegan y aquellas que afirman (la posibilidad de fundar) la existencia de una obligación de obedecer el derecho. Entre las primeras, i.e., las posturas anarquistas, distinguiré a su vez entre anarquismos *a priori* y anarquismos *a posteriori*, siguiendo, aunque críticamente, la clasificación de Simmons.⁵⁴ Entre las segundas distinguiré entre teorías voluntaristas y no voluntaristas (en general racionalistas) según conciban la naturaleza del deber moral.⁵⁵ En tanto todas las teorías aquí expuestas son intentos de mostrar que los deberes jurídicos por una u otra razón son deberes genuinos, intentos, en otras palabras, de dar cuenta de la fuerza normativa moral de (el contenido de) los mandatos autoritativos y de las normas jurídicas en general, no va desencaminada una clasificación que los ordene en virtud de las diversas concepciones que asumen respecto de la naturaleza de la moralidad.

⁵³ Diversos criterios clasificatorios pueden verse en Simmons (*cf.* Simmons, John, *op. cit.*, nota 41, p. 24-27) quien distingue entre teorías transaccionales, asociativistas y las que apelan a un deber natural de justicia; Smith, (*op. cit.*, nota 11, p. 953), distingue tres grupos: “En primer lugar, aquellas que se apoyan sobre los beneficios que cada individuo recibe del gobierno, segundo, las que se basan en el consentimiento implícito o promesa, en tercer lugar, aquellas que apelan a la utilidad o al interés general; Edmundson, (*op. cit.*, nota 4, p. 228), distingue entre teorías primitivas y derivadas: “Las teorías derivadas buscan justificar el deber vinculándolo a un principio moral más amplio y tal vez menos controversial o un conjunto de principios morales. Las teorías primitiva, por el contrario, tratan de defender el deber de obedecer el derecho como moralmente autónomo.”

⁵⁴ Simmons, John, *Justification and Legitimacy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, pp. 104 - 105.

⁵⁵ Para una clasificación bajo un criterio similar. ver Green, Leslie, *op. cit.*, nota 8. Green, de quien me he servido en buena medida en esta reconstrucción, entiende que “los voluntaristas sostuvieron que esto (la existencia de una obligación moral de obedecer el derecho) requiere algo así como un sometimiento voluntario al estado de derecho a través, por ejemplo, del consentimiento. Los no voluntaristas lo negaron, insistieron en que el valor de un sistema jurídico justo y efectivo es en sí mismo suficiente para validar las pretensiones del derecho.” Conuerdo con Green en el criterio de distinción. Sólo cabe resaltar que el requerimiento o no de una sujeción voluntaria (un acto o estado subjetivo del agente) se debe en última instancia a los diversos presupuestos que las diversas teorías sobre la existencia de un deber de obedecer el derecho tienen sobre la naturaleza de todo deber categorico. Con particular atención a este último punto (aunque haciendo referencia a concepciones epistémicas antes que a racionalistas o no voluntaristas) clasifiqué las justificaciones de la autoridad en Iosa, Juan, “La estructura del conflicto entre autoridad y autonomía”, *Análisis e Derecho*, Madrid, 2011, pp. 38 y 39. Allí muestro la estrecha conexión entre teorías acerca del contenido de los mandatos (producto de la voluntad vs. vs producto de la razón), teorías acerca de la justificación de la autoridad (voluntarismo-racionalismo), teorías acerca del carácter veritativo o no de los juicios de deber moral (no cognitivismo-cognitivismo) y, por último, teorías acerca de la naturaleza del deber moral (antirrealismo-realismo).

1. Teorías negativas: Anarquismo

Si bien cuestionable y mejorable,⁵⁶ ya es clásica la distinción de Simmons entre anarquismo *a priori* y anarquismo *a posteriori* y por ella me guiaré aquí.⁵⁷ Por oposición al anarquismo político,⁵⁸ el compromiso práctico del anarquismo filosófico se limita a afirmar que no hay ningún deber de obedecer los mandatos estatales. Esta tesis suele basarse en dos tipos de argumentos. Por un lado los anarquistas *a priori* afirman que nunca puede haber deberes dependientes de la emisión de mandatos estatales en virtud de que no pueden existir autoridades legítimas. Ello porque, a su entender, el concepto de autoridad legítima sería o bien internamente contradictorio o bien contradictorio con un concepto más central en nuestro discurso moral como el de autonomía o el de racionalidad. Por su lado el anarquismo *a posteriori*, tal y como Simmons ha construido la categoría, puede ser de dos tipos. Primero tenemos los anarquistas empíricos por llamarlos de algún modo: tienen una teoría de la legitimidad estatal, i.e., creen que existen un conjunto de condiciones tales que de satisfacerlas un estado sería legítimo, pero no creen que haya ningún estado actual que las satisfaga. En segundo lugar tenemos los anarquistas teóricos: no están convencidos por los argumentos anarquistas *a priori* pero a la vez consideran insatisfactorias a todas las teorías positivas de la legitimidad estatal de modo que no consideran que se les haya ofrecido buenos argumentos para considerar autoritativos a los mandatos estatales.⁵⁹

A. Anarquismo *a priori*

El argumento *a priori* más contundente en contra de la posibilidad misma de existencia de autoridades legítimas lo ha dado Robert Paul Wolff en su clásico *In Defense of Anarchism*.⁶⁰ Allí afirma que no puede haber autoridades legítimas y, por lo tanto, no hay ningún deber de obedecer los mandatos de quienes pretenden autoridad. Ello porque existe una contradicción conceptual entre autoridad legítima y autonomía moral. A su vez, dado que el

⁵⁶ Para la reconstrucción y crítica del distingo simmoniano véase Iosa, Juan, “Anarquismo Filosófico y Anarquismo Político”, *Revista de la Facultad UNC*, vol. 4, núm. 1, Nueva Serie II, 2013.

⁵⁷ *cf.* Simmons, John, *op. cit.*, nota 54, pp. 104 y 105.

⁵⁸ El anarquismo político considera que, en virtud de su ilegitimidad, todos tenemos un deber moral de hacer lo que esté a nuestro alcance para destruir el estado.

⁵⁹ *cf.* Simmons, John, *Idem*.

⁶⁰ Wolff, Robert Paul, *op. cit.*, nota 4.

concepto de autonomía goza de preeminencia normativa en razón de su vínculo conceptual con nuestras ideas de moralidad y racionalidad, el concepto de autoridad legítima resulta vacío: es imposible que haya algún elemento perteneciente a esa clase.⁶¹

Para evaluar esta afirmación hay que entender primero los conceptos de autonomía y de autoridad en juego. En otro lugar he intentado demostrar que en Wolff se cueban solapadamente dos concepciones —epistémica y voluntarista— de la autoridad y dos concepciones—epistémica y voluntarista— de la autonomía.⁶² Si ello es así entonces el conflicto postulado por Wolff debe ser desdoblado.

(a) El conflicto entre autoridad y autonomía es irresoluble porque la autonomía moral requiere que siempre seamos los autores de las normas que hemos de obedecer mientras que la autoridad pretende que su voluntad sea la fuente de tales normas.

(b) El conflicto entre autoridad y autonomía es irresoluble porque la autonomía moral requiere que siempre juzguemos por nosotros mismos sobre qué razones categóricas deben guiar nuestra acción y que obremos en consecuencia, mientras que la autoridad pretende que renunciemos a actuar sobre la base de nuestro propio juicio para descansar en el suyo.

Bajo concepciones voluntaristas de la autoridad y de la autonomía no es cierto que el conflicto sea conceptual, tal como el mismo Wolff lo reconoce.⁶³ Si un agente autónomo es aquel que se da leyes a sí mismo entonces una sociedad de agentes autónomos puede vincularse a leyes colectivamente legisladas: la democracia directa y por unanimidad es una solución al supuesto conflicto entre autoridad y autonomía. Sin duda las democracias de este tipo son improbables, existen grandes dificultades prácticas para su concreción. Pero el problema ahora es empírico y no conceptual.⁶⁴

Si, por el contrario, nos centramos en concepciones epistémicas de la autoridad y la autonomía, la tesis del conflicto conceptual parece ser más defendible: para que sean posibles las autoridades prácticas deberíamos afirmar que existen sabios morales, tesis incompatible, al menos en principio, con los postulados básicos de la moralidad moderna: todos tenemos igual acceso a la

⁶¹ Ver Wolff, Robert Paul, *Ibidem*, pp. 3–19; Iosa, Juan, “Wolff entre autoridad y autonomía”, *Doxa*, Madrid, núm. 33, 2010, p. 516; Iosa Juan, *op. cit.*, nota 55, pp. 32 y 33.

⁶² Iosa, *op. cit.*, nota 55, pp. 31–57. Para ser exactos, en el ámbito de la autonomía, la distinción es entre autonomía como juicio propio y autonomía como autolegislación. La concepción voluntarista (wolffiana) de la autonomía como autolegislación es una entre otras, e.g., realistas, constructivistas.

⁶³ Wolff, Robert Paul, *op. cit.*, nota 4, pp. 21–23.

⁶⁴ Para un análisis detallado de la versión voluntarista del problema ver Iosa, Juan, *op. cit.*, nota 61.

ley moral.⁶⁵ Aunque tal vez los candidatos apropiados para desempeñar el papel de sabio que justifica el abandono del juicio propio en cuestiones morales sean las instituciones democráticas y no las personas.⁶⁶

B. *Anarquismo a posteriori*

Como afirmé arriba deben distinguirse los anarquismos *a posteriori* por razones empíricas de aquellos que adoptan esta posición por razones teóricas. Los argumentos empíricos pueden ser suficientes para rechazar que debamos obediencia a los estados actuales. Pero suponen una teoría de la legitimidad que dichos estados no logran satisfacer. De modo que lo interesante es estudiar si dicha suposición es acertada. El anarquista *a posteriori* por razones teóricas es justamente aquel que niega que éste sea el caso, i.e., que haya alguna teoría que debamos aceptar como fundamento suficiente de la legitimidad estatal. En lo que sigue presentaré la mayoría de las teorías de la legitimidad discutidas por la filosofía política contemporánea. Todas las que aquí presento tienen problemas. No pretendo ser exhaustivo pero sí, en todo caso, indicar una tendencia que de confirmarse apuntaría en la dirección del anarquismo filosófico *a posteriori* por razones teóricas.

2. *Teorías positivas*

A. *Teorías no voluntaristas*

Una teoría de la legitimidad estatal o de los fundamentos de la obligación política es no voluntarista si la justificación del deber de obediencia al derecho está vinculada a hechos independientes de cualquier tipo de actos, actitudes o disposiciones de los sujetos normativos. Dichas teorías están vinculadas, en otras palabras, a algún tipo de realismo moral: conciben los

⁶⁵ Un desarrollo de los problemas implicados por la versión epistémica del conflicto puede verse en Iosa, Juan, “Reconsiderando el argumento de las razones auxiliares”, *Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, año I, núm. 2, 2012, pp. 219–231. Un análisis de los supuestos básicos de la moralidad moderna en el sentido de la tesis de la igual capacidad epistémica en cuestiones morales puede verse en Schneewind, Jerome, *The Invention of Autonomy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, p. 4. Para defensas de concepciones epistémico-prácticas de la autoridad ver Raz, *op. cit.*, nota 13, pp. 38–80.

⁶⁶ Para justificaciones epistémicas de la autoridad democrática ver Nino, Carlos, *The constitution of deliberative democracy*, New Haven, Yale University Press, 1996; Estlund, David, *La autoridad democrática*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores 2001; Martí, José Luis, *La república deliberativa*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006.

deberes morales, y específicamente la normatividad moral de los deberes jurídicos, como dependientes de hechos objetivos.

a. Asociativismo

Quizás el asociativista más destacado de la actualidad sea Ronald Dworkin. A su entender “la asociación política, al igual que la familia, la amistad y otras formas de asociación más locales e íntimas, está saturada de obligación.”⁶⁷ A su entender pareciera ser que el mero hecho de ser miembro de una asociación conlleva ciertos deberes. En un sentido algo parecido Seleme afirma que

...las justificaciones asociativas... derivan el derecho que todo Estado legítimo posee del hecho que los ciudadanos se encuentren relacionados con una asociación de personas que posee cierto carácter -la comunidad política- de una manera específica. El *derecho* que todo estado legítimo posee se deriva de la mera membresía de los ciudadanos a dicha comunidad o del rol que ocupan en ella”.⁶⁸

Una de las objeciones centrales al asociativismo es aquella que señala que el hecho de que uno pertenezca a determinada comunidad política, incluso por azares tales como el nacimiento en determinado lugar, no puede dar cuenta por sí mismo de la existencia de deberes para con la estructura institucional de esa comunidad. Habría que acudir a otros principios morales más familiares como el hecho de que la asociación promueve la justicia, la utilidad general, etc. Otra objeción vinculada indica que si bien es cierto que la gente que pertenece a ciertas asociaciones suele tener sentimientos de deber hacia los demás miembros en tanto tales y hacia la asociación en general, resulta claro que tener un sentimiento de deber no es lo mismo que tener un deber.⁶⁹

Dagger señala otras dos objeciones al Asociativismo.⁷⁰ Primero, que la analogía que suelen establecer los asociativistas entre la comunidad política (y

⁶⁷ Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, p. 206. En el mismo sentido Horton, John, *Political Obligation*, Atlantic Highlands, Palgrave Macmillan Limited, 1992, pp. 150 y 151.

⁶⁸ Véase Seleme, Hugo, *op. cit.*, nota 29, p. 77. Una reconstrucción prolija de diversas teorías asociativistas derivadas (Juego Limpio, Gratitud, Asociativismo Liberal) puede verse en Edmundson, William, *op. cit.*, nota 4, pp. 242-249. El tema también está tratado en Simmons, John, “Associative Political Obligations”, *Ethics*, vol. 106, núm. 2, Jan., 1996, pp. 247-273 y en Horton, John, “In defense of associative political obligations”, parte uno en *Political Studies*, vol. 54, 2006 y parte dos en *Political Studies*, vol. 55, 2007.

⁶⁹ *cf.* Green, Leslie, *op. cit.*, nota 8, p.6; y Dagger, Richard, *op. cit.*, nota 52.

⁷⁰ Dagger, Richard, *op. cit.*, nota 52.

particularmente entre la estructura institucional de la comunidad política, i.e., el estado) y asociaciones más próximas como la familia no se sostiene: no es ni persuasiva ni atractiva. No convence pues la cercanía de relación entre los miembros de una familia evita cualquier traslación de la naturaleza de sus vínculos a relaciones mucho más distantes como las que se establecen entre los ciudadanos y los funcionarios de un estado. Además resulta políticamente objetable en virtud de las resonancias paternalistas con que dotaría a la autoridad estatal. Segundo, está la cuestión de la caracterización moral de la asociación de la que estamos hablando. Si la mera pertenencia a una asociación genera deberes esto implica que estamos vinculados a asociaciones con independencia de su carácter moral. ¿Pero estamos dispuestos a predicar obligación respecto de asociaciones injustas?⁷¹

b. Teorías instrumentalistas

En sentido amplio, las teorías instrumentalistas son aquellas que justifican la autoridad sobre la base de algún supuesto beneficio que brindan. El beneficiario bien puede ser el individuo particular o la comunidad en general (teorías del bien común). Dejaré para el capítulo de las teorías voluntaristas aquellas concepciones de la autoridad que, como la teoría del juego limpio (fair play), la justifican en la *aceptación* del beneficio en cuestión.

b.1. La autoridad como servicio normativo: el argumento epistémico y el argumento de la coordinación.

Según Raz la autoridad está justificada cuando presta un servicio típico a sus súbditos: les facilita el actuar correctamente, i.e., conforme a deber.⁷² A su entender éste es el caso cuando se dan tres condiciones. Primero la tesis de la justificación normal:

⁷¹ Pese a su no correlativismo, puede leerse en clave de respuesta a estas objeciones la idea de Seleme de dar cuenta de la obligación política como implicada por determinado rol social considerado valioso. En este sentido Seleme afirma que para que generen obligaciones, “lo que se requiere es que las instituciones estatales coloquen a los ciudadanos en un determinado rol, el de autor” (cf. Seleme, Hugo, *op. cit.*, nota 29). Si las instituciones posibilitan que los ciudadanos se conciban a sí mismos como autores i.e., si satisfacen los intereses que estos en tanto autores tienen, esas instituciones son suyas y por lo tanto legítimas. Esto a su vez garantizaría en un esquema correlativista la obligación de los ciudadanos de obedecer los mandatos institucionales. También intenta batallar contra estas críticas Horton en las dos partes de su artículo “In defense of associative political obligations”. Ver Horton, John, *op. cit.*, nota 68.

⁷² Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 13, pp. 55 y 56.

El modo normal de establecer que una persona tiene autoridad sobre otra persona requiere mostrar que la persona aludida tiene mayores probabilidades de cumplir con las razones (subyacentes o dependientes) que se le aplican si acepta las directivas de la supuesta autoridad como autoritativamente vinculantes y trata de seguirlas, en lugar de intentar seguir directamente las razones que se le aplican.⁷³

Ahora bien, esta tesis supone a su vez la tesis de la dependencia:

Todas las directivas autoritativas deben estar basadas en razones que ya se aplican a los sujetos, independientemente de las directivas, y que son relevantes para su acción en las circunstancias cubiertas por las directivas.⁷⁴

Si la autoridad tomó en cuenta estas razones subyacentes y además está justificada en los términos de la tesis de la justificación normal, entonces el agente tiene buenas razones para actuar conforme lo requiere la tesis de la exclusión:

El hecho de que una autoridad requiera la realización de una acción es una razón para su realización que no ha de ser sumada a todas las demás razones relevantes al evaluar qué hacer, sino que debe excluirlas y tomar el lugar de algunas de aquellas.⁷⁵

De lo contrario estaríamos contando la misma razón dos veces, una cuando la tomamos como razón subyacente y otra cuando tomamos como razón el mandato que refleja aquella razón subyacente.

La tesis de la justificación normal se satisface básicamente en dos tipos de situaciones:⁷⁶

(i) Cuando la autoridad conoce mejor que los ciudadanos las razones aplicables a una clase de situaciones.

(ii) Cuando la autoridad tiene capacidad para asegurar la coordinación social.

-El argumento epistémico: En lo que hace a la primera causa de justificación debemos observar que la pretensión de mayor conocimiento de la autoridad puede darse respecto de dos tipos de casos:⁷⁷ Por un lado la autoridad puede tener un mayor conocimiento empírico. Así la autoridad puede conocer más sobre qué drogas son seguras para vender al público⁷⁸ o

⁷³ Raz, Joseph, *Ibidem*, p. 53.

⁷⁴ Raz, Joseph, *Ibidem*, p. 47.

⁷⁵ Raz, Joseph, *Ibidem*, p. 46.

⁷⁶ Raz, Joseph, *Ibidem*, p. 75; Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 25, pp. 71–73 y 185. Raz, Joseph, “Introduction” en Raz, Joseph (ed.) *Authority*, Oxford, Basil Blackwell, 1990, p. 6.

⁷⁷ Ofrezco un análisis detallado de los problemas de la justificación epistémica en Iosa, Juan, *op. cit.*, nota 55, pp. 43 y 44 y en Iosa, Juan, *op. cit.*, nota 65, pp. 222-230.

⁷⁸ Este es el ejemplo de Raz, en *op. cit.*, nota 13, p. 74.

sobre cómo preservar los bancos de pesca o sobre cómo evitar el calentamiento global. Pero este tipo de conocimiento no nos permite diferenciar la autoridad práctica de la teórica.⁷⁹

La autoridad puede también pretender mayor conocimiento moral: de existir hechos morales susceptibles de ser conocidos, nada impediría, al menos *prima facie*, que éste fuera el caso. Sin embargo el problema con esta justificación epistémica es que va en contra de los supuestos básicos del pensamiento moral moderno. En otras palabras, para poder darla por buena hay que suponer que hay personas con mayor conocimiento moral que otras. Pero nosotros pensamos y actuamos moralmente bajo el supuesto de que todos tenemos la misma capacidad de conocer lo que está bien y lo que está mal (y por ende la misma responsabilidad por nuestras acciones).⁸⁰ Es más, aún si hubiera personas con mayor conocimiento moral esto no las convertiría inmediatamente en autoridades prácticas (i.e., con capacidad de cambiar las razones para la acción conforme a la tesis de la diferencia) sino en autoridades epistémicas sobre cuestiones prácticas.

-El argumento de la coordinación: El argumento de la coordinación, presente ya en textos clásicos como el *Leviatán* de Hobbes, ha recibido particular atención en los últimos años.⁸¹ En su versión normativista afirma que la autoridad está justificada y, por lo tanto, debe ser obedecida si puede resolver satisfactoriamente los problemas de coordinación que los ciudadanos no pueden resolver por su cuenta. Un típico problema de coordinación que parece poder resolver la autoridad es el del tránsito vehicular. No hay ninguna razón para conducir por un lado u otro de la calle a menos que todos hagan lo mismo. Y los mandatos de una autoridad efectiva pueden lograr este resultado. Por lo tanto uno tendría buenas razones, en tanto tiene buenas razones para resolver el problema de coordinación, para tomar los mandatos de la autoridad como deberes.

⁷⁹ Ver Green, Leslie, *op. cit.*, nota 8, p. 7.

⁸⁰ Sobre el punto ver Kant, *Inmanuel, Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, (1985), trad., de Roberto Aramayo, Madrid, Alianza, 2002, pp. 4:411, 4:404, 4:391; Schneewind, Jerome, *op. cit.*, nota 65, p. 4; Iosa, Juan, *op. cit.*, nota 65, p. 226.

⁸¹ Sobre el punto, que no puede aquí abordarse con la profundidad que se merece, puede verse: Finnis, John, "Law as Co-ordination", *Ratio Juris*, vol. 2, núm. 1, 1989, pp. 97-104; Green, Leslie, "Authority and Convention" *The Philosophical Quarterly*, vol., 35, núm. 41, 1985, pp. 329-346; Gams, Chaim, "The Normativity of Law and its Coordinative Function", *Israel Law Review*, núm. 16, 1981, p. 333-355; Postema, Gerald, "Coordination and Convention at the Foundations of law", *Journal of Legal Studies*, núm. 11, 1982, pp. 165-203; Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 13, pp. 30, 49, 50, 56; Lewis, David, *Convention, A Philosophical Perspective*, 3a. ed., Malden, Blackwell Publishers, 2002.

En contra se ha sostenido que la autoridad no es necesaria para resolver estos problemas. Que lo que hace falta es una práctica generalizada de obediencia (en nuestro caso una práctica de conducir por la derecha). Si los mandatos no logran instaurar la práctica no hay ninguna razón para tomarlos en cuenta. Y si la práctica tiene lugar, eso es lo que hace falta y no los mandatos, que en todo caso pueden ser una causa explicativa, entre otras, del surgimiento de la práctica.⁸²

b.2. El argumento de la gratitud

Calificaré el argumento de la gratitud dentro de las teorías instrumentalistas dado que, si bien no requiere explicitar cuál es el beneficio que brinda la autoridad, al justificar el deber de obediencia como un deber de gratitud supone que el ciudadano ha recibido algún beneficio de la autoridad. Sin duda esta clasificación es cuestionable: como el término lo indica, la gratitud se debe en virtud de un acto de gracia (i.e., hecho sin una intencionalidad instrumental). Pero las teorías empíricas de la gratitud no siempre han supuesto una autoridad graciosa.

Si bien el argumento es conocido desde el Critón de Platón,⁸³ su formulación moderna se debe a A. D. M. Walker⁸⁴ quien lo reconstruye en estos términos.

1. La persona que se beneficia de X tiene una obligación de gratitud de no actuar en contra de los intereses de X.
2. Todo ciudadano recibe beneficios del estado.
3. Todo ciudadano tiene una obligación de gratitud de no actuar de modos contrarios a los intereses del estado.
3. Desobedecer el derecho es contrario a los intereses del estado.
5. Todo ciudadano tiene una obligación de gratitud de cumplir con el derecho.

Contra semejante argumento se ha sostenido que no se puede tener deberes de gratitud hacia las instituciones sino sólo hacia las personas.⁸⁵ Se ha remarcado también que sólo los beneficios conferidos por la razón de que se desea beneficiar a una persona generan un deber de gratitud, no aquellos que, si bien lo benefician, no fueron conferidos con ese interés sino en virtud de otros intereses propios del causante, aquí el estado. Que en mu-

⁸² En este sentido Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 31, pp. 249; Dworkin, Gerald, "Reasons and Authority", *The Journal of Philosophy*, vol., 69, núm. 20, 1972, pp. 716-718; Caracciolo, Riccardo, *op. cit.*, nota 19, p. 214; Bayón, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 37, pp. 654 y ss.

⁸³ Platón, *Critón*, 48b-52d.

⁸⁴ Walker, A. D. M., "Political obligation and the argument from gratitude", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 17, núm. 3, 1988, pp. 205.

⁸⁵ *cfr.* Simmons, John, *op. cit.*, nota 12, pp. 187 y 188.

chos casos las leyes que los estados dictan están fundadas en intereses de este último tipo, e.g., el interés de los políticos de perpetuarse en el poder.⁸⁶

En segundo lugar hay que remarcar que, aun si fuera el caso que los ciudadanos deban estar agradecidos con sus gobiernos, esto no implica necesariamente que ese agradecimiento deba expresarse mediante la obediencia a sus leyes. No hay argumentos que muestren que el deber de gratitud es tan requirente, sobre todo cuando las leyes exigen grandes sacrificios a los individuos.

Una persona con padres demandantes y dominantes puede expresar mejor su gratitud asintiendo a cada capricho, pero sin duda no tiene una obligación *prima facie* de hacerlo. [...] es claro que el mero hecho de que una persona me haya conferido incluso los mejores beneficios no establece su derecho a determinar todo mi comportamiento; tampoco establece que yo siempre tenga la obligación de considerar sus deseos al decidir qué hacer.⁸⁷

b.3. Teorías utilitaristas.

Smith ha planteado en términos sencillos el atractivo de una teoría utilitarista de la legitimidad estatal:

Obviamente hay una obligación *prima facie* de realizar actos que tienen buenas consecuencias. Ahora bien, el estado es absolutamente necesario para asegurar el bienestar general: la alternativa es el estado de naturaleza en donde cada persona es miserable, en donde la vida es ‘solitaria, pobre, tosca, embrutecida y breve.’ Pero ningún gobierno puede mantenerse en pie frente a una desobediencia generalizada, por el contrario el gobierno sólo puede promover el bienestar general en tanto sus leyes son obedecidas. De aquí que la obediencia al derecho garantice la existencia continuada del gobierno y, por lo tanto, tenga buenas consecuencias. Se sigue que existe una obligación *prima facie* de obedecer el derecho.⁸⁸

Pese a su inicial apariencia de plausibilidad, el UTILITARISMO ha recibido escasa atención entre los interesados por encontrar un fundamento sobre el cuál afirmar la existencia de una obligación de obedecer el derecho. Ello porque, en virtud de su estricto consecuencialismo, los utilitaristas tienen problemas a la hora de argumentar a favor de la existencia de obligaciones de cualquier tipo. Si bajo cualquier circunstancia tenemos razón para actuar en pro de la mayor felicidad del mayor número, o a favor de maximizar la utilidad general, entonces nunca parece haber espacio para las obligaciones. Supongamos que, todas las cosas consideradas, produci-

⁸⁶ *cf.* Smith, M. B. E., *op. cit.*, nota 11, p. 953.

⁸⁷ Smith, M. B. E., *Ibidem*, pp. 955 y 956.

⁸⁸ Smith, M. B. E., *Ibidem*, p. 965.

remos mayor bien total donando nuestros bienes a los pobres que cumpliendo con nuestras obligaciones, e.g., pagando nuestras deudas. Entonces debemos, según el utilitarismo, donar nuestro dinero a los pobres. Lo mismo se aplica respecto de las deudas que tengamos para con el Estado.⁸⁹

c. El deber natural de justicia

En “*Teoría de la Justicia*” Rawls abandona el principio de fair play (que, tal como veremos, sostuvo en “Legal Obligation and the duty of fair play”)⁹⁰ como fundamento adecuado del deber de obedecer el derecho. Recordemos asimismo su distinción entre obligaciones y deberes: sólo las primeras estarían fundadas en actos voluntarios. De ahí que, al dejar de lado lo que consideraba un fundamento voluntarista adecuado de la obligación de obediencia, se viera obligado a concluir que no existe, “estrictamente hablando, una *obligación* política para los ciudadanos en general”.⁹¹

Pero que no haya obligación política no significa que no haya vínculo político: el ciudadano está requerido de obedecer las leyes de un estado justo en virtud de la existencia de un deber natural de justicia. Este deber a su vez requiere “apoyar y obedecer a las instituciones justas existentes que nos son aplicables”.⁹²

Quizás la principal objeción que se haya hecho a esta concepción sea que no supera el requisito de la particularidad de Simmons.⁹³ Dicho brevemente, el deber de justicia y su derivado, el deber de apoyar y obedecer instituciones justas, parece serlo respecto cualquier institución justa. Pero nos parece que el vínculo de los ciudadanos para con las leyes de su país es diferente, más especial y requirente, que para con las leyes del país vecino.⁹⁴ El deber de

⁸⁹ Ver Simmons, John, *op. cit.*, nota 12, pp. 47- 54; Dagger, Richard, *op. cit.*, nota 52, p. 5; Smith, M.B.E., *op. cit.*, nota 11, pp. 964-969. Dada la escasa atención que, a partir de la crítica de Simmons, la teoría de la legitimidad ha dado al utilitarismo de las reglas, para su análisis remito al trabajo recién citado de Smith.

⁹⁰ Rawls, John, “Legal obligation and the duty of fair play”, en Sidney Hook, (ed.), *Law and Philosophy*, Nueva York, New York University Press, 1964.

⁹¹ Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, trad. de María Dolores González., México, Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 137.

⁹² Rawls, John, *Ibidem*, p. 138.

⁹³ Simmons, John, *op. cit.*, nota 12, p. 31.

⁹⁴ Aunque la fuerza de la intuición detrás del requisito de la particularidad puede haber sido exagerada. Tal como indican Waldron y Edmundson, puede que luego de la reflexión debamos conceder que nuestras obligaciones políticas son mucho más cosmopolitas de lo que pensábamos. ¿Acaso no pensamos que tenemos el deber de obedecer el derecho del país vecino al menos cuándo estamos en él? Para esta objeción ver Edmundson, William, *op. cit.*, nota 4, p. 232; también Waldron, Jeremy, “Special Ties and natural duties”, *Philosophy* &

justicia, en tanto fundamento del deber de obediencia, no da cuenta de esta intuición compartida, no permite, en otras palabras, distinguir el vínculo de los nacionales para con el estado del de los extranjeros.⁹⁵

B. *Teorías voluntaristas*

a. Consentimiento

Todo aquel que considere que no hay deber moral sin algún tipo de acto (e.g. promesa) o actitud (e.g. aceptación) por parte de la persona obligada, ha de considerar que no hay deber de obedecer el derecho sino gracias a algún acto o actitud de los súbditos. Así por ejemplo Hobbes, quien considera que en el estado de naturaleza no hay deberes propiamente dichos,⁹⁶ los hace emanar de un acto de los súbditos: el contrato social.⁹⁷ A su entender "...el derecho de todos los soberanos se deriva originariamente del consentimiento de cada uno de los que han de ser gobernados".⁹⁸ En el mismo sentido Locke, en el *Segundo Ensayo sobre el Gobierno Civil*, afirma que "siendo...los hombres libres, iguales e independientes por naturaleza, nin-

Public Affairs, vol. 22, núm. 1, 1993. En contra, negando que sea posible satisfacer conjuntamente todas las posibles exigencias de más de un estado, Simmons, John, *op. cit.*, nota 41, p. 29.

⁹⁵ Lo mismo puede predicarse según Simmons de todas las teorías no voluntaristas hasta aquí desarrolladas. La única que escapa a esta objeción es la asociativista. Para una defensa del deber natural de justicia en contra del argumento de Simmons ver Waldron, Jeremy, *idem*.

⁹⁶ Hobbes, Thomas, *Leviatán*, 2a. ed., trad. de Manuel Sánchez Sarto, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 103 y 104.

⁹⁷ Por supuesto esta afirmación puede ser rápidamente puesta en entredicho. Según una larga tradición de lectura de los clásicos —tradición que no desconoce las diferencias existentes entre sus respectivas teorías— la libertad propia del estado de naturaleza no implica ausencia de deberes morales sino simplemente libertad de coerción estatal legítima (en este sentido Simmons, John, *op. cit.*, nota 11, p. 63). Ahora bien, aún siendo éste el caso, hay toda otra línea de lectura que entiende que en el estado de naturaleza no hay deberes de ningún tipo, ni siquiera naturales, sino sólo potestades de los hombres libres. En todo caso lo que aquí afirmo es que una teoría consensualista o contractualista de la autoridad política es consistente con una concepción internalista de la moralidad y no con una teoría externalista o realista. Argumento en detalle sobre el punto en Iosa, Juan, *op. cit.*, nota 55. Simmons apunta en la misma dirección cuando advierte que la doctrina de los derechos inalienables (y por lo tanto, al de los deberes naturales) no se adecúa cómodamente a la teoría del consentimiento. Al respecto ver Simmons, John, *op. cit.*, nota 12, pp. 67 y 68.

⁹⁸ *cf.* Hobbes, Thomas, *op. cit.*, nota 96, p. 474.

gundo de ellos puede ser arrancado de esa situación y sometido al poder político de otro sin que medie su propio consentimiento”.⁹⁹

No es aquí el lugar de discutir si Hobbes o Locke son correctamente interpretados como postulando un contractualismo expreso, tácito o hipotético. Basta con explicitar el hecho de que toda una corriente de pensamiento que los considera sus precursores afirma que un gobierno legítimo es aquel que cuenta con el consentimiento de sus súbditos. De hecho la teoría del consentimiento es quizás la teoría canónica en materia de obligación de obedecer el derecho. De aquí la especial atención que aquí le brindaremos.

Siguiendo a Simmons asumiré una definición amplia para “teorías del consentimiento”. Son tales todas aquellas teorías que fundan la obligación política de los ciudadanos en la realización personal de un acto voluntario que implica la asunción deliberada de una obligación.¹⁰⁰ Así las teorías del consentimiento son teorías liberales: respetan nuestra creencia de que sólo el propio afectado tiene derecho a decidir el curso que ha de seguir su vida, en otras palabras, que su vida y el marco (e.g. las instituciones) en que ella transcurre debe ser objeto de su decisión y diseño en la mayor medida posible.¹⁰¹

Las teorías del consentimiento difieren en relación a quiénes deben prestar el consentimiento, a cómo deben hacerlo y respecto de qué.

Una forma extrema de la teoría requiere consentimiento de todos los súbditos para cada acto de gobierno: la democracia directa y por unanimidad sería el único gobierno legítimo.¹⁰² Claro que es tan poco probable que una democracia tal se sostenga en el tiempo que exigir democracia directa y por unanimidad como condición de legitimidad de un gobierno, a los efectos prácticos (aunque no a los teóricos) es equivalente a afirmar el anarquismo.¹⁰³

La forma más divulgada y más plausible requiere que todos los ciudadanos vinculados por el derecho (no sus ancestros, no basta con que ellos hayan firmado un contrato originario)¹⁰⁴ presten consentimiento a la cons-

⁹⁹ Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, trad. de Amando Lazaro Ros, Buenos Aires, Aguilar, 1955, p. 113.

¹⁰⁰ *cf.* Simmons, John, *op. cit.*, nota 12, p. 57.

¹⁰¹ *cf.* Simmons, John, *Ibidem*, p. 69.

¹⁰² *cf.* Wolff, Robert Paul, *op. cit.*, nota 4, pp. 22 y 23.

¹⁰³ Para un análisis detallado de la postura de Wolff y particularmente de su tesis de que la democracia directa y por unanimidad es una de las formas de solucionar el conflicto entre autoridad y autonomía ver Iosa, Juan, *op. cit.*, nota 61.

¹⁰⁴ Ello porque el consentimiento de un individuo no puede vincular a otro salvo que éste último le haya otorgado su representación, lo que por razones obvias no puede pasar con los descendientes de los firmantes del contrato originario. Ésta sin embargo, y tal como hace

titución de un gobierno i.e., que adhieran al contrato social. La obligatoriedad de las leyes dictadas por dicho gobierno se derivaría aquí de la fuerza vinculante de la promesa de obediencia implicada en el acto colectivo de constitución.

El contraargumento clásico contra las teorías contractualistas es que nadie o, en el mejor de los casos, muy poca gente, ha dado el consentimiento expreso, el acto que requiere la teoría como condición de legitimidad del gobierno. Éste en todo caso es un argumento en contra de la existencia de estados legítimos, no en contra de la teoría de la legitimidad. Claro que como en general nos preocupa el estatus moral de nuestros gobiernos, el hecho de que el acto que la teoría requiere como condición de legitimidad sea altamente improbable, la vuelve mucho menos interesante.

Para obviar esta dificultad ya los clásicos apelaron a la idea de consentimiento tácito. En particular, Locke afirmó que la mera residencia en el territorio de un estado es expresión suficiente de consentimiento a su gobierno:

Todas aquellas personas que tienen bienes o el disfrute de una parte cualquiera de los dominios territoriales de un gobierno, otorgan con ello un consentimiento tácito y se obligan a obedecer desde ese momento las leyes de tal gobierno mientras sigan disfrutando de esos bienes y posesiones... En efecto, ese consentimiento puede consistir simplemente en el hecho de vivir dentro del territorio de dicho gobierno.¹⁰⁵

Para evaluar la potencia de la idea de consentimiento tácito como fundamento de la autoridad legítima y, particularmente, para evaluar si los hechos que siguiendo a Locke se suelen considerar como indicadores de consentimiento tácito (e.g., posesión, residencia) son tales, es importante que definamos previamente su alcance. Al respecto hay que resaltar que lo ‘tácito’ del consentimiento se refiere sólo al modo en que es expresado: permaneciendo callado o inactivo. Podríamos decir entonces que el consentimiento tácito es un consentimiento expresado mediante el silencio en situaciones apropiadas. De aquí que suponga los mismos requisitos que el consentimiento expreso. Así, para que haya consentimiento tácito quien consiente debe conocer el valor de su silencio y querer vincularse mediante el silencio. Según Simmons las condiciones que deben darse para tener por vinculante al consentimiento tácito, condiciones que de algún modo aseguran que se den los requisitos de conocimiento y voluntad son las siguientes:

constar Simmons, era la posición de Richard Hooker en su *Of the laws of Ecclesiastical Polity*, E. P. Dutton & Co., 1925 [1527]. Al respecto ver Simmons, John, *op. cit.*, nota 12, p. 60.

¹⁰⁵ *cf.* Locke, John, *op. cit.*, nota 99, p. 135, párrafo 119.

1) La situación debe ser tal que quede perfectamente claro que el consentimiento allí prestado es relevante y además la persona que consiente debe estar al tanto de esto. 2) Debe darse un período apropiado para expresar el disenso y los medios de expresarlo deben ser comprendidos por el potencial disidente. 3) Debe quedar claro el momento a partir del cual ya no cabe disentir. 4) Los medios apropiados para indicar disenso deben ser razonables y fácilmente utilizables. 5) Las consecuencias de disentir no pueden ser extremadamente gravosas para quien ha de consentir.¹⁰⁶ Un consentimiento tácito que satisfaga estas condiciones tiene la misma fuerza vinculante que un consentimiento expresado por actos positivos.

Ya podemos ver que ni la posesión de bienes ni la residencia son hechos que indiquen ni la intención de consentir ni el conocimiento de que por ellos se está consintiendo. A menos que le concedamos a Locke que el consentimiento tácito no requiere intención de consentir debemos rechazar que estos actos sean indicadores de consentimiento tácito.

Apelar a hechos como la residencia implica además afirmar que *todos* los estados son legítimos. Pues los ciudadanos deben necesariamente vivir en el ámbito de algún estado.¹⁰⁷ De modo que todo el énfasis puesto en requerir consentimiento como garantía de que ha de respetarse el plan de vida de la persona se pierde si lo que se postula como indicador es un hecho necesario. Así vivir dentro del territorio de la peor tiranía equivaldría a consentir (y consecuentemente a estar vinculado a) a esa tiranía.¹⁰⁸

Pero quizás la residencia no sea el hecho adecuado para expresar consentimiento tácito. John Plamenatz ha apuntado a un hecho, un acto, mucho más plausible: el voto.

Si Smith fuera de hecho elegido, sería extraño decir de cualquiera que lo haya votado que no consiente a su autoridad... Donde hay un proceso establecido de elección de autoridades, entonces, supuesto que la elección sea libre, cualquiera que toma parte en el proceso consiente a la autoridad de quienquiera que sea elegido para el cargo.¹⁰⁹

En el mismo sentido, en “Man and Society”, afirma que

¹⁰⁶ *cf.* Simmons, John, *op. cit.*, nota 12, pp. 80 y 81.

¹⁰⁷ *cf.* Simmons, John, *Ibidem*, pp. 73 y 74.

¹⁰⁸ Para un desarrollo de la filigrana del argumento del consentimiento tácito más acabado que el aquí posible ver Simmons, John, *Ibidem*, núm. 4, 1965; Pitkin, Hanna, “Obligation and Consent” partes uno y dos, en *The American Political Science Review*, vol. 59, núm. 4, 1965 Dec., y vol. 60, núm. 1, 1966 (Mar., 1966) respectivamente; Smith, M. B. E., *op. cit.*, nota 11.

¹⁰⁹ Plamenatz, John, *Consent, Freedom and Political Obligation*, Oxford, Oxford University Press, 1968, pp. 168–170.

Incluso si no te gusta el sistema y deseas cambiarlo, cuando votas te pones a ti mismo bajo la obligación (*prima facie*) de obedecer cualquier gobierno que legalmente alcance el poder... Porque el propósito de una elección es dar autoridad a la gente que gana y si votas sabiendo lo que haces y sin sufrir compulsión, tu voluntariamente tomas parte en un proceso que da autoridad a esas personas.¹¹⁰

Pese a que consideramos a la democracia como la forma de gobierno con pretensiones más plausibles de legitimidad, el argumento de Plamenatz no ha convencido a los críticos. Tanto Smith como Simmons lo consideran insuficiente. Trataré de reconstruir sus críticas para luego evaluarlas.

Según Smith la estructura del razonamiento de Plamenatz es la siguiente:

1. El propósito de (participar en) una elección es conferir autoridad a los que ganan sobre los votantes (esto implicaría a su entender que las elecciones efectivamente confieren autoridad a los ganadores).
2. Si alguien tiene autoridad entonces los demás tienen la obligación *prima facie* de obedecer sus mandatos (esta premisa está implícita en el razonamiento de arriba).
3. Quienes han participado como votantes en una elección tienen la obligación *prima facie* de obedecer los mandatos autoritativos.

Respecto de este argumento Smith afirma que Plamenatz comete una petición de principio. “Porque para estar justificado en afirmar que el propósito de una elección es conferir autoridad y que las elecciones tienen éxito en lograr esto, él debe primero mostrar que todos los sometidos a un gobierno electo tienen una obligación *prima facie* de obedecer sus leyes, tanto aquellos capaces de votar como los incapaces”.¹¹¹

A decir verdad se me escapa el alcance de la objeción de Smith. No veo por qué para poder afirmar que el propósito de una elección es conferir autoridad hay primero que mostrar que todos los sometidos a un gobierno electo tienen la obligación de obedecer el derecho. Sin duda forma parte del concepto de autoridad el pretender de los demás un deber de obediencia *prima facie* (y si alguien es autoridad entonces se le debe esa obediencia). Y también me resulta claro que un gobierno electo pretende por definición autoridad. Pero quizás esté errando el punto. A lo mejor lo relevante del argumento de Smith sea su última parte, donde afirma que según Plamenatz los que quedan sometidos son tanto los capaces de votar como los incapaces. No veo por qué esto estaría implicado por las afirmaciones de Plamenatz. Pero así lo entiende Smith. De hecho continúa afirmando que

¹¹⁰ Plamenatz, John, *Man and Society*, London, Longmans, Green & Co., 1963, pp. 239–240.

¹¹¹ Simmons, John, *op. cit.*, nota 12, pp. 962.

tal vez “Plamenatz esté usando ‘autoridad’ en un sentido más débil, uno que no implique que todos los a ella sujetos tienen una obligación *prima facie* de obediencia. Si esto es así sus premisas tal vez serían aceptables, pero entonces debe mostrar que aquellos que tienen capacidad de tomar parte en conferir autoridad tienen una obligación *prima facie* de obedecerla”.¹¹² Lo que parece estar diciendo es que el voto podría vincular en principio sólo a los participantes de la elección. Pero luego concluye que “votar no es necesariamente consentir en sentido ‘directo’ o usual, y tener meramente derecho a voto no es, más claramente aun, equivalente a consentir. Por lo tanto la supuesta obligación *prima facie* de obediencia asumida por aquellos capaces de consentir no es consecuencia de su consentimiento directo”.¹¹³

Claramente votar no es equivalente a expresar consentimiento al sistema. No tiene ese fin, el contenido de la intención del votante es por lo general diferente al de quien consiente a ser gobernado por una autoridad. Y tener derecho a votar no es equivalente a realizar ningún acto que pueda equipararse al consentimiento. Pero quién vota en elecciones generales, ¿no está expresando de algún modo su adhesión a este sistema de gobierno? ¿Y no puede ser esa adhesión equivalente a un acto de consentimiento (una promesa) en cuanto fuente de obligaciones?

Simmons explora y descarta esta vía. Veamos su análisis.

Comienza distinguiendo entre actos que son ‘signos de consentimiento’ de actos que ‘implican consentimiento’¹¹⁴. Los primeros son aquellos que, dado el contexto en que el acto tiene lugar, cuentan como expresión de la intención del actor de consentir. Aquí van todos los actos típicos de consentimiento: la promesa, el contrato, etc. Por el contrario, cuando decimos que un acto implica consentimiento nos referimos no a que el actor haya tenido la intención expresa de consentir por ese acto ni que el acto sea normalmente tomado como un intento de dar consentimiento. Lo que sucede en este tipo de actos es que si bien no incluyen la intención de consentir tienen la peculiaridad de que vinculan al actor o bien a consentir o bien a realizar los mismos actos a los que estaría vinculado si de hecho hubiera consentido. Aquí interesan particularmente estos últimos actos. Simmons pone el ejemplo de una persona que se suma a jugar al baseball. Parece que aun cuando al sumarse al juego esta persona no hace nada que pueda ser entendido como un acto de consentimiento, ni siquiera tácito, a ser gobernado por las decisiones del árbitro (recordemos que el consentimiento tácito requiere tanta intención de vincularse como el expreso) esta persona, por el

¹¹² Smith, M. B. E., *op. cit.*, nota 11, p. 962.

¹¹³ Smith, M. B. E., *Ibidem*, pp. 962 y 963.

¹¹⁴ Simmons, John, *op. cit.*, nota 12, p. 88.

mero hecho de participar en el juego, está obligada por las decisiones del árbitro, igual que si hubiera consentido.¹¹⁵

Ahora bien, según Simmons el fundamento de la vinculatoriedad de tales actos no está en el consentimiento, pues no existe la adecuada intención, sino, por ejemplo, en el hecho de se aceptan los beneficios derivados de unirse al esquema en cuestión. En el caso del juego, los beneficios serán la diversión propia del juego o los posibles premios para el ganador. Similar es el análisis del argumento lockeano de la residencia. La residencia es un caso claro de acto que implica consentimiento pero no es signo de consentimiento. De aquí que no sea un caso de consentimiento tácito sino que debe ser analizada bajo el argumento del juego limpio.

Lo mismo sucede, según Simmons, con el ejercicio del voto. El acto no es un signo de consentimiento pues no implica intención de consentir. “Uno puede, y esta es probablemente lo que hace el hombre medio, registrarse y votar sólo con una mínima conciencia de la propia participación, y sin ninguna intención de consentir a nada. Hablar de consentimiento en tales situaciones puede no ser más que metafórico.”¹¹⁶ En todo caso puede ser un acto que “implique consentimiento”. Pero estos actos no son casos de consentimiento y habrá que evaluar su fortaleza en cuanto fuente de obligaciones en otro apartado, quizás en el que evalúa la posibilidad de fundar el deber jurídico en los beneficios de unirse a determinado esquema institucional.

Pero antes de pasar a evaluar el argumento del juego limpio quisiera llamar la atención sobre un último punto relativo al voto como acto de consentimiento. Simmons nos habla de que quizás la idea que está atrás del argumento del voto tiene que ver con la idea de consentimiento como una actitud de aprobación. Al respecto concede a Plamenatz que sin duda sería extraño decir tanto de aquél que se postula a un cargo como de aquél que lo vota que no consienten al sistema político en este sentido actitudinal. Pero, afirma, este sentido de consentimiento es irrelevante para la presente discusión, en donde nos concierne el consentimiento como acto concreto.

Una actitud de aprobación es completamente irrelevante para los derechos y obligaciones del ciudadano que la tiene. Cuando una persona consiente, ha consentido y

¹¹⁵ Simmons, John, *Ibidem*, p. 89.

¹¹⁶ Simmons, John, *Ibidem*, p. 93.

puede quedar vinculada en esa medida, independientemente de cómo se siente en relación a aquello sobre lo que ha consentido.¹¹⁷

La respuesta de Simmons me parece un poco apresurada. ¿Por qué la actitud de aprobación al sistema, actitud que se expresa en algo mucho menos difuso como es el acto del voto, no podría servir como fuente de obligaciones? ¿Porqué solo cabe preguntarse respecto de actos concretos si son o no signos de consentimiento? Admitamos que quien vota expresa mediante ese acto su aprobación del sistema, aprobación que no se limita a ese acto sino que permea todos los actos que el individuo realiza dentro del sistema, i.e., es una actitud constante. ¿Puede ser esta actitud fuente vinculatoriedad? ¿Puede ser interpretada como signo de consentimiento? Creo que esta última pregunta debe responderse negativamente: aceptemos que quien vota no tiene necesariamente la intención de consentir. Pero mediante su voto expresa una actitud de aprobación al sistema. En términos hartianos podríamos decir que quien vota expresa mediante este acto su aceptación de las reglas secundarias del sistema. Y quien acepta se concibe a sí mismo, desde el punto de vista interno, como vinculado a sus reglas. Sin duda el acto del voto no es signo de consentimiento. Pero lo que hasta aquí tenemos es sólo que la actitud de aprobación expresada en el voto no puede ser estudiada dentro de las teorías del consentimiento, no que no pueda concebirse como la fuente de la obligación de obedecer el derecho.

b. Fair Play

Las teorías del juego limpio pueden analizarse como teorías no voluntaristas si lo que se concibe como fuente de obligaciones es directamente el hecho de que el sujeto normativo se ha beneficiado (independientemente de si ha aceptado esos beneficios) o como teorías voluntaristas si entiende que la fuente de la obligatoriedad del derecho es la *aceptación* de determinados beneficios derivados del esquema institucional. Hart es el exponente clásico de la primera versión de la teoría mientras que Rawls lo es de la segunda. Hecha esta aclaración su ubicación dentro de las teorías voluntaristas obedece sólo a que no deseo duplicar innecesariamente el análisis.

La versión Hartiana del principio afirma:

Cuando un número de personas llevan a cabo alguna empresa en común de acuerdo con reglas, restringiendo así su libertad, quienes se han sometido a estas res-

¹¹⁷ Simmons, John, *Ibidem*, p. 93.

tricciones cuando ha sido menester, tienen derecho a un sometimiento similar de parte de quienes se han beneficiado de aquel sometimiento.¹¹⁸

Es importante destacar que la obligación de obediencia de las reglas del sistema es debida a los demás ciudadanos, no al estado. La condición de su surgimiento es que se trate de una empresa cooperativa común, que imponga reglas cuya satisfacción por (al menos la gran mayoría de) los participantes produzca beneficios comunes. Hart entonces no requiere que el esquema cooperativo sea justo, basta con que satisfaga la exigencia (por cierto menos requirente) de que el esquema produzca beneficios mutuos.

La objeción clásica a la propuesta de Hart la encontramos en Nozick:

Supóngase que algunas personas en su vecindario (hay otros 364 adultos) han establecido un sistema público de comunicación y deciden instituir un sistema de entretenimiento público. Hacen una lista de nombres, uno por cada día, el de usted entre ellos. En el día asignado (uno puede fácilmente cambiar de día) un persona tiene que dirigir el sistema de comunicación pública, tocar nuevos discos, dar nuevos boletines, contar cuentos entretenidos que ha escuchado, etc. Después de 138 días durante los cuales cada persona ha hecho su parte, llega el día de usted. ¿Está usted obligado a tomar su turno?... Tal y como están las cosas, ciertamente no. Aunque usted se haya beneficiado de los arreglos, puede saber todo el tiempo que 364 días de entretenimiento suministrado por otros no valen para usted ceder un día. Usted preferiría no tener nada de esto y no ceder un día que tenerlo todo y pasar uno de sus días en ello. Dadas estas preferencias ¿cómo puede ser que usted sea requerido cuando llega su turno previsto?¹¹⁹

La respuesta de Nozick parece intuitivamente correcta: los demás no pueden someternos a obligaciones mediante el simple expediente de beneficiarnos con sus acciones.¹²⁰ Sin embargo esta objeción no alcanza a la versión rawlsiana del argumento.

El principio de juego limpio puede definirse del siguiente modo: Supongamos que existe un esquema de cooperación social mutuamente benéfico y justo y que las ventajas que produce sólo pueden lograrse si todos o casi todos cooperan. Supongamos además que la cooperación requiere cierto sacrificio de cada uno, o al menos implica cierta restricción a su libertad. Supongamos por último que los beneficios producidos por la cooperación son, hasta cierto punto, libres: esto es, el esquema de cooperación

¹¹⁸ Hart, H. L. A., "Are there any natural rights?", *Philosophical Review*, vol. 64 núm. 2, 1955, p. 185.

¹¹⁹ Nozick, Robert, *Anarquía, Estado y Utopía*, trad. Rolando Tamayo, Buenos Aires, México, Madrid, 1988, pp. 98 y 99.

¹²⁰ En contra de imputarle esta tesis a Hart y, consecuentemente en contra de la adecuación del ataque de Nozick, ver Simmons, John, *op. cit.*, nota 12, pp. 120–122.

es inestable en el sentido de que si cualquiera sabe que todos (o casi todos) los otros continuarán haciendo su parte, él podrá recibir su porción de beneficios aún si no hace su parte. Bajo estas condiciones la persona que ha aceptado los beneficios del esquema está comprometida por un deber de juego limpio a hacer su parte y no tomar ventaja de los beneficios libres absteniéndose de cooperar.¹²¹

La aceptación de los beneficios determina la calidad de participante en el esquema de cooperación y por lo tanto quiénes quedan incluidos en la clase de los obligados por el principio. Hay que destacar que la aceptación en cuestión no es una forma tácita de consentimiento (el contenido intencional no es el mismo) y por lo tanto merece un tratamiento separado en tanto potencial fuente de obligaciones.¹²² Y justamente esta es su ventaja teórica más destacada. “No es necesario un compromiso deliberado para quedar obligado por el principio de juego limpio. Uno puede vincularse sin intentar e incluso sin saber que uno está realizando un acto generador de obligaciones”.¹²³ Basta con aceptar los beneficios en el contexto adecuado. El principio entonces permitiría ampliar la clase de los obligados en relación a la teoría del consentimiento. Es mucho más plausible sostener que todos o la mayoría al menos de los ciudadanos aceptan los beneficios derivados de la existencia del estado que afirmar que todos o la mayoría consienten deliberadamente.

¿Pero qué cuenta como aceptación de beneficios? ¿Bajo qué condiciones se puede afirmar de alguien que ha aceptado los beneficios del esquema y que, en consecuencia, es un participante y como tal tiene la obligación de compartir sus cargas? Sin duda no es fácil distinguir entre aquellos beneficios que uno acepta y aquellos que meramente recibe. Simmons propone como criterio de distinción que consideremos ‘aceptados’ a aquellos beneficios que 1) hemos intentado (exitosamente) conseguir o 2) hemos recibido —de los cuales nos hemos apropiado— intencional y conscientemente.¹²⁴

¹²¹ Rawls, John, *op. cit.*, nota 90, pp. 9 y 10.

¹²² Simmons utiliza un buen ejemplo para distinguir entre aceptación de beneficios y consentimiento. Supongamos que ante la falta de agua potable el vecindario decide cavar un pozo para proveerse. Uno de los votantes, Jones, se opone a la empresa, vota en contra y de hecho no colabora en la construcción del pozo decidida por la mayoría. Cuando el pozo está funcionando Jones, deseoso del agua que provee, va por la noche y saca agua a escondidas. Ahora bien, más allá de cómo se comporta de hecho, habiendo aceptado los beneficios de la empresa colectiva Jones debe hacer su parte. El principio de juego limpio nos permite dar cuenta de esta obligación. Es claro que, por el contrario, el consentimiento no puede cumplir aquí con esta tarea. Jones no ha consentido a esa empresa (*cf.* Simmons, John, *op. cit.*, nota 12, pp. 126–127).

¹²³ Simmons, John, *Ibidem*, p. 117.

¹²⁴ Simmons, John, *Ibidem*, p. 129.

Bajo esta caracterización cabe preguntarse ahora si se puede decir que en general aceptamos los beneficios derivados de la existencia de estados. Sin duda estos beneficios son muchos y muy importantes. Entre otros la seguridad pública, la defensa exterior, el sistema de rutas y caminos, la existencia de tribunales donde dirimir nuestros conflictos. En algunos países el estado garantiza incluso cosas tan importantes como sistemas de salud y educación pública. Ahora bien, estos bienes pueden, siguiendo a Simmons, calificarse de “abiertos” por oposición a los “de inmediata disponibilidad”.¹²⁵ Los bienes abiertos son aquellos que aun cuando pueden ser rechazados no pueden serlo sin un considerable sacrificio de nuestra parte. Los bienes garantizados por el estado tales como los citados más arriba, típicamente son de este tipo. Los bienes de inmediata disponibilidad, por su parte, son aquellos que uno puede dejar de recibir sin mayor inconveniente. Supongamos el servicio de televisión por cable. Si uno lo desea lo paga y dispone del bien, pero si no lo desea puede decidir no disponer de ese bien sin mayores costos para la propia vida. De hecho, disponer del bien requiere en general de un esfuerzo activo, en nuestro ejemplo pagar la cuota mensual.

Respecto de los bienes de inmediata disponibilidad es natural tomar la disposición del bien como indicio de su aceptación. En general son casos en que se satisface la primera condición: son bienes que hemos intentado conseguir y hemos tenido éxito en ese intento.

No sucede lo mismo con los bienes abiertos. No podemos tomar su disposición como índice de aceptación ya que eso sería equivalente a exigirnos como índice de rechazo sacrificios que no tenemos por qué afrontar. Como cuestión de hecho por cierto no es cierto que sean bienes que la gente se esfuerce conscientemente por conseguir, no satisfacen la primera condición de aceptación. Si hemos de considerar que la gente los acepta ha de ser porque aún si no realiza actos positivos para obtenerlos, una vez recibidos se los apropia intencional y conscientemente, i.e., se satisface la segunda condición. Ahora bien, apropiarse intencional y conscientemente de un bien es incompatible con algunas actitudes y creencias sobre esos bienes, entre ellas considerar a esos beneficios como impuestos o como no valiendo el precio que hemos pagado por ellos. La apropiación consciente implica también entender que esos beneficios son derivados del esquema de cooperación (en nuestro caso el estado).

Estamos en condiciones ahora de entender por qué, sea cual sea la fuerza del principio de juego limpio en cuanto fuente de normatividad categó-

¹²⁵ Simmons, John, *Ibidem*, pp. 129 y 130.

rica, no funciona como fundamento de una obligación (al menos general) de obedecer los mandatos estatales. No es posible decir que al menos la mayoría de la población acepte los beneficios emanados del esquema institucional en el sentido de que todos o la mayoría se los apropie, los haga suyos, intencional y conscientemente. Tal como indica Simmons muchos ciudadanos no son ni siquiera conscientes de los beneficios derivados de la existencia del estado y muchos otros enfrentados a los impuestos, las multas, la cárcel, creen que los beneficios no valen esos costos y, consecuentemente preferirían no pagar estos a disfrutar aquellos. No se puede decir entonces que estas personas acepten los beneficios. De aquí que tampoco se pueda decir que el argumento del juego limpio fundamente a su respecto una obligación de obedecer el derecho.¹²⁶

VI. CONCLUSIONES

Como podemos ver todos los argumentos desarrollados enfrentan problemas que ponen en cuestión su pretensión de fundar la tesis de la existencia de una obligación de obedecer el derecho en los términos precisados al comenzar este trabajo. Por cierto, aquí sólo se han esbozado algunos argumentos a favor de la tesis de la obligación y algunas de las objeciones usuales que dichos argumentos han enfrentado. No he pretendido en absoluto agotar todos los argumentos existentes y la discusión interna a cada uno de ellos. Bien puede ser que un tratamiento acabado de alguna de estas líneas argumentativas, i.e., el desarrollo de las respuestas posibles a las objeciones aquí presentadas, o el desarrollo de alguna línea que no he presentado, nos lleve a concluir que existe una obligación de obedecer el derecho. Si éste no es el caso, si la tendencia aquí sugerida se mantiene, deberemos asumir la inexistencia de una obligación moral de obedecer el derecho.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BAYÓN, Juan Carlos, *La Normatividad del Derecho. Deber Jurídico y Razones para la Acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, 5a. ed., trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 1997.

¹²⁶ Cfr. Simmons, John, *Ibidem*, p. 139. Para ulteriores desarrollos de la teoría del juego limpio ver Klosko, George, "The principle of fairness and political obligation", *Ethics*, vol. 97, núm. 2, 1987 Jan., y Klosko, George, *op. cit.*, nota 44.

- CARACCIOLO, Ricardo “La obligación general de obedecer el derecho. Análisis de alternativas”, manuscrito.
- , *El derecho desde la filosofía*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2009.
- CHRISTIANO, Thomas, “Justice and Disagreement at the Foundations of Political Authority” *Ethics*, vol. 110, núm. 1, october 1999.
- CHRISTIE, George, “On the moral obligation to obey the law”, *Duke Law Journal*, vol. 1990, núm. 6, 1990.
- COLEMAN, Jules, “Incorporationism, conventionality, and the practical difference thesis”, en Coleman, Jules (ed.), *Hart’s postscript: essays on the postscript to the concept of law*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- COOP, David, “The idea of a legitimate state”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 28, núm. 1, 1999.
- DAGGER, Richard, "Political Obligation", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Summer 2010 Edition), Edward N. Zalta (ed.), en <http://plato.stanford.edu/archives/sum2010/entries/political-obligation/>.
- DURNING, Partrick, “Political legitimacy and the duty to obey the law”, *Canadian Journal of Philosophy*”, vol. 33, núm. 3, 2003.
- DWORKIN, Gerald, “Reasons and Authority”, *The Journal of Philosophy*, vol. 69, núm. 20, 1972.
- DWORKIN, Ronald, *Law’s Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.
- EDMUNDSON, William “State of the art.: the duty to obey”, *Legal Theory*, vol. 10, 2004.
- , *Three anarchical Fallacies*, Cambridge, Cambridge University press, 1998.
- ESTLUND, David, *La autoridad democrática*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores 2001.
- FINNIS, John, “Law as Co-ordination”, *Ratio Juris*, vol. 2, núm. 1, 1989.
- , “The authority of law and the predicament of contemporary social theory”, *Notre Dame Journal of Law, Ethics, and Public Policy*, vol. 115, 1984.
- , *Natural Law and Natural Rights*, 5a. ed., Oxford, Oxford University Press, 1988.
- GAMS, Chaim, “The Normativity of Law and its Coordinative Function”, *Israel Law Review*, núm. 16, 1981.

- GREEN, Leslie, "Legal Obligation and Authority", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2012 Edition), Edward N. Zalta (ed.), en <http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/legal-obligation/>.
- _____, "Authority and Convention" *The Philosophical Quarterly*, vol., 35, núm. 41, 1985.
- _____, "Who believes in political obligation?", en Edmundson, William, (comp.), *The duty to obey the law*, Maryland, Rowman & Littlefield Publishers, 1999.
- HART, H. L. A., "Are there any natural rights?", *Philosophical Review*, vol. 64, núm. 2, 1955.
- _____, *Essays on Bentham*, Oxford, Clarendon Press, 1982.
- HOBBS, Thomas, *Leviatán*, 2a. ed, trad. de Manuel Sánchez Sarto, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- HOOKER, Richard, *Of the laws of Ecclesiastical Polity* (1597), E. P. Dutton & Co., 1925.
- HORTON, John, "In defense of asociative political obligations", Parte I, en *Political Studies*, vol 54, 2006 y parte dos en *Political Studies*, vol. 55, 2007.
- _____, *Political Obligation*, Atlantic Higlands, Palgrave Macmillan Limited, 1992.
- IOSA, Juan, "Anarquismo Filosófico y Anarquismo Político", *Revista de la Facultad UNC*, vol. 4, núm. 1, Nueva Serie II, 2013.
- _____, "La estructura del conflicto entre autoridad y autonomía", *Análisi e Diritto*, Madrid, 2011.
- _____, "Reconsiderando el argumento de las razones auxiliares", *Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, año I, núm. 2, 2012.
- _____, "Wolff entre autoridad y autonomía", *Doxa*, Madrid, núm. 33, 2010, p. 516.
- KANT, Inmanuel, *Metafísica de las Costumbres* (1797), trad., de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Barcelona, Altaya, 1996.
- _____, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, (1985), trad., de Roberto Aramayo, Madrid, Alianza, 2002.
- KLOSKO, George, "The principle of fairness and political obligation", *Ethics*, vol. 97, núm. 2, 1987.
- _____, *The principle of fairness and political obligation*, Lanham, Rowman & Littlefield, 1992.
- KRAMER, Matthew, "Legal and moral obligation", en Martin P. Golding y William A. Edmundson (ed.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Malden, Blackwell Publishing, 2005.

- LADENSON, Robert, "In Defense of a Hobbesian Conception of Law", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 9, núm. 2, Winter, 1980, reimpresso en J. Raz, (Ed.), *Authority*, Basil Blackwell, Oxford, 1990.
- LEWIS, David, *Convention, A Philosophical Perspective*, 3a. ed., Malden, Blackwell Publishers, 2002.
- LOCKE, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, trad., de Amando Lazaro Ros, Buenos Aires, Aguilar, 1955.
- LUCAS, John, *The Principles of Politics*, Oxford, Oxford University Press, 1966.
- MALEM, Jorge, "Obediencia al derecho", en Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta (ed.), *El derecho y la Justicia*, Madrid, Trotta, 1996.
- MARTÍ, José Luis, *La república deliberativa*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006.
- NINO, Carlos, *Derecho Moral y Política*, Barcelona, Ariel, 1994.
- _____, *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985.
- _____, *The constitution of deliberative democracy*, New Haven, Yale University Press, 1996.
- NOZICK, Robert, *Anarquía, Estado y Utopía*, trad. Rolando Tamayo, Buenos Aires, México, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1988.
- PITKIN, Hanna, "Obligation and Consent" partes uno y dos, en *The American Political Science Review*, vol. 59, núm. 4, 1965, y vol. 60, núm. 1, 1966.
- PLAMENATZ, John, *Consent, Freedom and Political Obligation*, Oxford, Oxford University Press, 1968.
- _____, *Man and Society*, London, Longmans, Green & Co., 1963.
- PLATÓN, *Critón*.
- POSTEMA, Gerald, "Coordination and Convention at the Foundations of law", *Journal of Legal Studies*, vol. 11, 1982.
- RAWLS, John, "Legal obligation and the duty of fair play", en Sidney Hook, (ed.), *Law and Philosophy*, Nueva York, New York University Press, 1964.
- _____, *Teoría de la Justicia*, trad. de María Dolores González,, México, Fondo de Cultura Económica, 1979.
- RAZ, Joseph, "Introduction" en Raz, Joseph (ed.) *Authority*, Oxford, Basil Blackwell, 1990
- _____, "The obligation to obey: revision and tradition", en Edmundson, William, (comp.), *The duty to obey the law*, Maryland, Rowman & Littlefield Publishers, 1999.

- _____, *Razón Práctica y Normas*, trad. de Juan Ruiz Manero, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- _____, *The Authority of Law*, 5a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1994.
- _____, *The morality of freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986.
- REIMAN, Jeffrey, *In defense of political philosophy*, Nueva York, Harper Torchbooks, 1972.
- ROSS, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, 3a. ed., trad. de Genaro Carrió y Osvaldo Paschero, México, Fontamara, 1997.
- SCHNEEWIND, Jerome, *The Invention of Autonomy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.
- SELEME, Hugo, “La legitimidad como autoría”, *Revista Brasileira de Filosofia*, año 59, núm. 234, enero-junio, 2010.
- SIMMONS, A. John, “Associative Political Obligations”, *Ethics*, vol. 106, núm. 2, Jan., 1996.
- _____, “Political obligation and Authority” en Simon, Robert (ed.), *The Blackwell Guide to social and political philosophy*, Malden, Blakwell Publishers, 2002.
- _____, *Justification and Legitimacy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.
- _____, *Moral principles and political obligations*, Princeton, Princeton University Press, 1979.
- SMITH, M. B. E., “Is there a *prima facie* obligation to obey the law?” *Yale Law Journal*, vol. 82, 1973.
- VERBEEK, Bruno, “The authority of norms”, *American Philosophical Quarterly*, vol. 44, núm. 3, 2007.
- WALDRON, Jeremy, “Special Ties and natural duties”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 22, núm. 1, 1993.
- WALKER, A. D. M., “Political obligation and the argument from gratitude”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 17, núm. 3, 1988.
- WASSERSTROM, Richard, “Disobeying the Law”, *The Journal of Philosophy*, vol. 58, núm. 21, 1961.
- WOLFF, Robert Paul, *In defense of anarchism*, Nueva York, Harper Torchbooks, 1971.
- WYCKOFF, Jason, “The inseparability thesis: why political legitimacy entails political obligations”, *Southwest Philosophy Review*, vol. 26, núm. 1, 2010.

CAPÍTULO 34

LA NEUTRALIDAD DEL DERECHO

Hugo Omar SELEME*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Perfeccionismo*. III. *Moralismo Jurídico*. IV. *Liberalismo: Neutralidad de objetivos sin neutralidad de justificación*. V. *Liberalismo Político: Neutralidad de Objetivos y Neutralidad de Justificación*. VI. *Conclusión*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El tema de la neutralidad del derecho se enmarca dentro del problema más amplio de los límites del derecho. No cabe duda de que el derecho posee límites empíricos o fácticos. No cualquier objetivo es apto para ser alcanzado a través de las herramientas jurídicas. Como todo artefacto humano, el derecho puede hacer sólo ciertas cosas. Así, por ejemplo, si uno quiere garantizar la provisión de bienes de primera necesidad a precios accesibles, el dictado de una norma jurídica fijando precios máximos no parece ser una herramienta adecuada. El resultado que probablemente se dará, si es que se está en el marco de una economía de mercado, será el desabastecimiento. La norma jurídica cuyo objetivo declarado es garantizar el acceso a ciertos bienes, es probable que produzca el efecto contrario.

Los ejemplos de que existen ciertos fines que no pueden alcanzarse a través de las normas jurídicas son numerosos y es por ello pacíficamente aceptado que el derecho posee límites empíricos. Los teóricos del derecho, sea cual sea su orientación, aceptan que no todo puede lograrse a través del derecho. Sin embargo, el panorama cambia radicalmente cuando nos movemos del ámbito fáctico al normativo. Esto es, cuando el asunto sobre el que nos interrogamos no es si existen cosas que el derecho no puede hacer, sino si existen cosas que el derecho no *debe* hacer. La pregunta por dónde se encuentran los límites normativos del derecho ha recibido respuestas divergentes.

* Catedrático de Ética, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina) y CONICET.

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 2, pp. 1247-1274.

Específicamente, el problema ha girado en torno a dos asuntos interconectados. En primer lugar, la disputa se ha centrado en si le está moralmente permitido al Estado diseñar las instituciones públicas – incluidas las jurídicas – para promover ciertas formas de vida consideradas moralmente valiosas. ¿Puede el Estado dictar normas jurídicas o adoptar políticas que tengan por objetivo promover una de las muchas concepciones de la “vida buena” que existen? En segundo lugar, han existido posiciones encontradas con respecto a si el derecho y las políticas estatales pueden estar justificadas sobre la base de cosmovisiones filosóficas acerca de qué es el ser humano o acerca de cuál es el modo valioso de vivir.

La neutralidad es una de las posibles respuestas a esta faceta del problema de los límites normativos del derecho. Quienes defienden la neutralidad del derecho ofrecen una respuesta a las dos preguntas recién formuladas. En relación con la primera pregunta, sostienen que el Estado no debe dictar normas que tengan por objetivo promover o penalizar ciertas concepciones morales referidas a qué es valioso en la vida humana. Así, por ejemplo, en materia religiosa el Estado no puede ser confesional, sino que debe permanecer neutral con respecto a las diferentes concepciones religiosas de la “vida buena”. No puede dictar normas que tengan por objetivo facilitar la vida de aquellos que profesan una religión, en detrimento de quienes profesan otra. Por esta razón, a este tipo de neutralidad se la denomina “neutralidad de objetivo”. Con respecto a la segunda, afirman que el Estado no debe dictar normas – o llevar adelante políticas – que se encuentren justificadas en concepciones sobre las que ciudadanos razonables discreparían, esto es concepciones morales o metafísicas. El diseño de las instituciones públicas debe estar fundado en razones que todos los ciudadanos a quienes las instituciones se aplican puedan aceptar, sean cuales sean las concepciones del bien o metafísicas a las que adhieren. Esta neutralidad se denomina “neutralidad de justificación”.

No obstante, optar por la neutralidad no es la única posición que uno puede adoptar frente a estas preguntas. Más aun, durante siglos casi la totalidad de los pensadores occidentales han defendido modos de organizar el Estado y de justificar las normas jurídicas completamente ajenos a la aspiración de neutralidad. El ideal de neutralidad es, podría decirse, un recién llegado al ámbito de la filosofía legal y política. Su origen puede rastrearse hasta el surgimiento del liberalismo político, acaecido como consecuencia de los conflictos religiosos suscitados por la reforma protestante.

Luego de la fragmentación de la cristiandad medieval, debido a sus aspiraciones de universalidad y verdad, hizo su aparición en el escenario

político un problema que hasta entonces había sido desconocido para occidente: la existencia de religiones rivales expansionistas, con distintas concepciones de la “vida buena”, que no admitían entre sí ningún grado de conciliación.¹ El liberalismo surgió así históricamente como un intento de dar respuesta a la imposibilidad práctica mostrada por los individuos de acordar, con el fin de organizar la convivencia política, sobre una determinada concepción de la “vida buena”. Dado que los individuos ahora discrepaban respecto de cuál era la mejor manera de llevar adelante sus planes de vida, lo que se necesitaba era encontrar criterios de diseño institucional, esto es, principios de justicia que permitieran organizar las instituciones públicas – incluido el derecho– sin apelar a ninguna concepción de la “vida buena”, fuera esta religiosa o de otra índole. Frente al pluralismo de concepciones del bien el liberalismo optó por la neutralidad como modo de encontrar una respuesta al problema de garantizar la convivencia política pacífica: el Estado no debía comprometerse con ninguna concepción del bien.²

¹ Señalo que este problema era nuevo para Occidente porque el Imperio Islámico ya había tenido que enfrentar el problema de la coexistencia con el Cristianismo que era una religión que poseía una doctrina sobre la “vida buena” y tenía aspiraciones de expansión universal. Contrario a lo que usualmente se piensa, el período originario del Islam no estuvo caracterizado por una aspiración de neutralidad política y tolerancia. Las expresiones del Corán que podrían interpretarse como mandatos de tolerar a otras religiones, no son tales. Así, el pasaje que señala “Vosotros tenéis vuestra religión y yo la mía” (*Corán* 109: 6), proviene de la época en que el Islam estaba siendo perseguido en la Meca y más que como un mandato a tolerar a otros aparece como un pedido de que se deje a los musulmanes en paz. La sura que señala: “Si tu Señor hubiera querido, todos los habitantes de la tierra, absolutamente todos, habrían creído. Y ¿vas tú a forzar a los hombres a que sean creyentes, siendo así que nadie está para creer si Alá no lo permite?...” (*Corán* 10: 99-100) debe entenderse como un consuelo para el fracaso experimentado por Mahoma en su intento de convertir a los habitantes de la Meca al Islam. Estos pasajes reflejan el pensamiento Islámico antes de haber adquirido el poder político.

La situación cambió cuando el poder político pasó a manos de los musulmanes luego de la Hégira. La prueba más contundente del cambio son las últimas palabras de Mahoma antes de morir: “¡Que Alá combata a los Judíos y Cristianos! Que ellos transformen las tumbas de sus profetas en mezquitas. No pueden existir dos religiones en la tierra de los árabes.” El pasaje del Corán usualmente utilizado para defender la tolerancia es la sura 2:256, que comienza diciendo “No cabe coacción en religión”. Sin embargo, es discutible dentro del Islam cuál es el significado de esta sura y si no fue derogada por revelaciones posteriores referidas a la Jihad (*Coran* 9:73 y 9:29 y los “versículos de la espada” *Corán* 9:5). Para un extenso análisis de la tolerancia dentro del Islam, en el que me he basado aquí, ver Friedmann, Yohanan, *Tolerance and Coercion in Islam*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

² Esta explicación del surgimiento del Liberalismo sigue en líneas generales lo que señala John Rawls en *Political Liberalism*, Columbia, New York, 1993, pp. xxi-xxviii.

Esta nueva tesis liberal vino a cambiar siglos de pensamiento político. Desde la Grecia clásica el modo de ver a la política había sido diametralmente opuesto. Para el pensamiento político clásico el Estado no debía ser neutral entre las diversas concepciones de la “vida buena”. Dado que algunas de estas concepciones eran verdaderas y otras falsas, la principal función del Estado residía en hacer que los ciudadanos llevaran adelante vidas moralmente valiosas. Para alcanzar este fin el Estado debía promover la verdadera concepción de la “vida buena” intentando eliminar las concepciones desviadas. La política no aspiraba a ser neutral con respecto a la ética sino que se encontraba enraizada en ella. Con el advenimiento del Cristianismo la función de la política siguió siendo idéntica sólo que cambió el lugar en donde buscar la verdadera concepción de la “vida buena”. El carácter doctrinal del Cristianismo determinó que la tarea que hasta entonces había llevado adelante la reflexión ético-filosófica quedara en manos de la teología. Mientras en el pensamiento clásico la política hundía sus raíces en la ética, en el medieval lo hacía en la religión. Sin embargo, en ninguno de los dos casos el derecho – o el Estado en general – pretendían neutralidad.

En lo que sigue, para poner en contexto el ideal de neutralidad, presentaré las respuestas alternativas brindadas por el perfeccionismo – tal es el nombre que se ha dado a las concepciones políticas que pretenden promover un ideal de “vida buena” a través del aparato estatal – y el moralismo jurídico. Ni el perfeccionismo ni el moralismo jurídico aspiran a ningún tipo de neutralidad. El Estado puede dictar normas jurídicas y llevar adelante políticas que tengan por objetivo alentar una determinada concepción moral acerca de cuál es el modo adecuado de vivir. En ambos supuestos cambian las razones por las que una concepción de la “vida buena” es seleccionada por el Estado, pero tanto el perfeccionismo como el moralismo jurídico consideran que es moralmente correcto seleccionar una concepción y utilizar el aparato estatal para su promoción. Del mismo modo, ninguna de las dos posiciones sostiene que las normas y políticas estatales deben ser neutrales en su justificación. El Estado no sólo puede promover una concepción moral acerca de la “vida buena” sino que puede utilizar estas concepciones para justificar las normas y políticas que adopta, aun si estas políticas no tienen por objetivo promover ningún ideal particular de vida humana.

Luego de presentar al perfeccionismo y al moralismo jurídico, presentaré una variante de liberalismo que aspira a la neutralidad de objetivo pero no a la neutralidad de justificación. Para esta concepción, al igual que para el perfeccionismo, la política está enraizada en la ética. No obstante,

dada las peculiaridades de la concepción ética que se defiende el resultado que se obtiene es que el Estado no debe promover a través de sus políticas o normas ninguna concepción particular de la “vida buena”. Por último, presentaré una variante de liberalismo – elaborada por John Rawls – que sostiene que el Estado debe ser neutral en los dos sentidos señalados si quiere tratar a sus ciudadanos como libres e iguales.

II. PERFECCIONISMO

La preocupación central de la filosofía moral en el período clásico, al menos desde el período antropológico de la filosofía griega en adelante,³ fue suministrar una guía para llevar adelante una vida buena, entendida como una vida plenamente humana. Las razones por las que los filósofos abandonaron la reflexión cosmológica, que había caracterizado al pensamiento pre-socrático, y se abocaron a la reflexión antropológica y ética son variadas. Sin embargo, vale la pena destacar una que tiene que ver con cierto rasgo de las religiones clásicas: su ritualismo. Las religiones clásicas eran esencialmente religiones cívicas, construidas alrededor de la participación en rituales más que en torno a una doctrina acerca de cuál era el modo adecuado de vivir. Lo único que exigía la religión por parte de aquellos que la profesaban era el cumplimiento de ciertas prácticas o ritos. Esto trajo aparejado que cuando el ideal de vida griego entró en crisis la religión no tuvo nada que ofrecer para reemplazarlo.⁴

Una de las razones de la crisis fue el relativismo provocado por la constatación de que otras culturas tenían ideales diversos. Tal acontecimiento fue facilitado por los crecientes vínculos comerciales, y por el flujo de personas y mercaderías que esto trajo aparejado, que parte del mundo griego había desarrollado con otras comunidades del mediterráneo. No fue casual que la crisis de valores tuviese lugar en Atenas, la ciudad-estado cuyo comercio había tenido el crecimiento más vertiginoso. Cuando la crisis se desató fue lógico que los atenienses, imposibilitados de buscar respuestas en la religión, se volvieran a los filósofos para buscar una guía acerca de cual

³ Usualmente la filosofía griega se divide en tres períodos, de acuerdo a la temática central en torno a la que gira la reflexión filosófica: el período cosmológico, el antropológico y el religioso que culmina con el neoplatonismo. El período antropológico se inicia con Sócrates y los Sofistas. A partir de este período la pregunta por la “vida buena” estuvo presente en la filosofía griega.

⁴ Sigo aquí lo que Rawls señala en la Introducción a sus *Lectures on the History of Moral Philosophy*, Harvard University Press, Cambridge, 2000.

era el modo bueno de vivir. Desde allí en adelante todos los sistemas filosóficos incluirían un ideal de vida entre sus componentes.

Esta preocupación de la filosofía clásica por identificar el ideal de “vida buena” se trasladó a su modo de entender la reflexión política. El afán de los filósofos griegos por encontrar una salida al relativismo moral, los condujo a la búsqueda de ideales de vida objetivos, no sujetos a variación según el lugar y el tiempo. La moral – de la cual el ideal de vida formaba parte – comenzó a ser concebida como un conjunto de reglas y principios verdaderos que no podían ser alterados por los seres humanos sino que debían ser descubiertos mediante el uso de la razón. Finalmente, esta forma de concebir al ideal de “vida buena” y a la moral en general, determinó un modo de abordar la reflexión política. Si existía una única moral verdadera y un único ideal de “vida buena” era lógico pensar que el modo correcto de organizar las instituciones colectivas debía ser uno que promoviese la realización por parte de los ciudadanos del ideal de vida que previamente se había identificado. De este modo, como hemos señalado, la política fue puesta al servicio de la ética.

En el pensamiento clásico existía, por así decirlo, una división del trabajo filosófico. La tarea de la ética era descubrir el ideal de vida y las reglas y principios morales objetivos a los que una vida buena debía ajustarse. La tarea de la filosofía política era diseñar instituciones que sirviesen para promover este ideal entre los ciudadanos. No sólo era permisible que las instituciones políticas – incluidas las jurídicas – tuviesen por objetivo promover una forma de vida o estuviesen justificadas en una particular concepción del bien, sino que era necesario que así fuese. Las instituciones políticas eran vistas como un instrumento para que los ciudadanos alcanzasen el ideal de vida que les permitiría desarrollarse como seres humanos plenos.

Este modo de concebir a las instituciones políticas se mantuvo inalterado hasta las guerras de religión del siglo XVII. Durante la Edad Media la división del trabajo filosófico siguió vigente, sólo cambiaron los encargados de llevar a cabo las tareas. Mientras el diseño de instituciones que promoviesen el ideal de “vida buena” siguió a cargo de la filosofía política, la encargada de proveer el único ideal de vida válido dejó de ser la ética y pasó a ser la religión o más específicamente la teología. El Cristianismo, a diferencia de la religión cívica del período clásico, no era una religión cívica sino que poseía una doctrina acerca de cómo vivir, poseía un ideal de hombre. Por lo tanto, era lógico que quienes creían en esta religión buscaran en ella, y no en la ética filosófica, el ideal de vida a perseguir. Las insti-

tuciones políticas medievales tenían por objeto promover un ideal de vida sólo que éste, a diferencia de lo que sucedía en el período clásico, no debía ser descubierto con la razón sino que había sido revelado y debía ser aceptado por la fe.

Puede señalarse entonces que las concepciones perfeccionistas poseen dos elementos. El primero es un ideal de vida humana o una concepción de “vida buena”. Lo que hace buena o valiosa una particular forma de vida es que instancie ciertas excelencias o logros. Estos rasgos de excelencia son concebidos de modo objetivo, como algo a ser descubierto o revelado. Este primer elemento es lo que distingue a las diversas concepciones perfeccionistas.⁵ Diversas concepciones perfeccionistas profesan diferentes ideales de perfección humana. El segundo elemento es un modo de concebir la política. El modo correcto de diseñar las instituciones políticas es aquel que promueve en los ciudadanos que las habitan los rasgos de excelencia que vuelven sus vidas valiosas.⁶

A primera vista, un riesgo que presentan las políticas perfeccionistas es el de cercenar la autonomía individual. Si las instituciones políticas pueden promover cierta forma de vida, aun a través del recurso de la coacción, entonces la autonomía individual se encuentra en riesgo. Así, por ejemplo, si el ideal de vida humana incluye ciertas pautas con respecto al modo bueno de vivir la sexualidad, nada impediría que las instituciones políticas penalizaran las conductas sexuales que no se ajustan a ese ideal, como un intento de disuadir a los ciudadanos que desean llevarlas adelante. Frente a esta posible consecuencia de adoptar una visión perfeccionista, no es difícil

⁵ Si se considera al hedonismo como un ideal de vida, es posible concluir que el utilitarismo es una variante de perfeccionismo. Existirían dos modos de concebir la “vida buena”. Uno es el que he seguido en el texto, equiparando a la bondad con excelencia humana. Otro sería el hedonista que equipara a la bondad con el bienestar.

Hacer esto conllevaría a considerar toda concepción teleológica como perfeccionista. Aunque no hay nada que impida adoptar esta clasificación, pienso que oscurece las diferencias que existen entre el utilitarismo y los otros tipos de teleologismos. Es mejor ver al utilitarismo como un intento por encontrar una métrica subjetiva de bienestar que sirva como patrón común ante la diversidad de métricas objetivas en conflicto. Es la fragmentación de las concepciones objetivas del bien que eran la base de las concepciones las políticas perfeccionistas - fragmentación iniciada con la reforma protestante - lo que condujo al utilitarismo como vía de escape. Dicho de otro modo, el utilitarismo fue la alternativa para lograr la convivencia política frente a la posibilidad de diversos perfeccionismos en pugna.

⁶ Puede encontrarse un tratamiento minucioso del Perfeccionismo en Arneson, Richard, “Perfectionism and Politics”, *Ethics*, vol. 111, 2000, pp. 37-63; Brink, David, *Perfectionism and the Common Good*, Clarendon Press, Oxford, 2003; Hurka, Thomas, *Perfectionism*, Oxford University Press, New York, 1993; Sher, George, *Beyond Neutrality: Perfectionism and Politics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997.

comprender porqué gran parte de los pensadores liberales se han opuesto al mismo.

Sin embargo, el conflicto entre autonomía y perfeccionismo no es inevitable. No hay nada en la estructura de las concepciones perfeccionistas que de modo necesario las lleve a promover políticas que cercenan la autonomía individual. Todo depende de cómo es concebido el ideal de “vida buena”. Si este incluye el valor de la autonomía, esto es, si una vida valiosa es aquella que es dirigida autónomamente por quien la vive; y si el ejercicio de la autonomía requiere la existencia de alternativas valiosas entre las que elegir, entonces queda abierto el camino para un tipo de perfeccionismo liberal. Este camino es el que ha tomado Joseph Raz en *The Morality of Freedom*. Señala, al respecto:

...el principio de autonomía es un principio perfeccionista. Una vida autónoma es valiosa sólo si se la emplea para llevar adelante proyectos y relaciones aceptables y valiosos. El principio de autonomía permite y hasta exige que los gobiernos creen alternativas moralmente valiosas y que eliminen aquellas que son repugnantes.⁷

La idea de Raz sería la siguiente. Una vida valiosa – de acuerdo a su ideal – es aquella que es llevada delante de acuerdo a las propias convicciones del individuo sobre aquello que tiene valor, siempre que estas convicciones sean verdaderas. Una vida no es valiosa simplemente por conducirla de acuerdo a las propias creencias, sino que recibe valor de otras razones sustantivas que son independientes de estas creencias. Así, si alguien, creyendo que es valioso, persigue un objetivo equivocado a lo largo de su vida, más allá de lo que crea ha llevado adelante una vida carente de valor. De modo que para Raz una vida buena tiene que haber sido elegida de modo autónomo,⁸ de acuerdo a las propias convicciones, y adicionalmente la elección tiene que haber sido la adecuada. La forma de vida que se ha elegido tiene que ser objetivamente valiosa.

Una vez articulado este ideal de vida, el paso siguiente de Raz consiste en establecer que la autonomía sólo puede ser ejercitada si existen alternativas valiosas entre las cuales elegir. Si sólo existiese una forma de vivir que

⁷ Raz, Joseph. *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986, p. 417.

⁸ Una aclaración adicional es necesaria. Según Raz, para que una decisión sea autónoma no sólo tiene que haber sido realizada entre alternativas valiosas, sino que tiene que haber sido hecha en una situación de “independencia”. Si alguien está sometido a la voluntad de otro, no está en condiciones de ejercitar su autonomía aun si dispone de alternativas valiosas entre las que elegir. Este modo de concebir la autonomía acerca su posición a las concepciones republicanas de la libertad.

tuviese valor intrínseco, entonces el ideal de vida antes descripto sería inalcanzable puesto que esta forma de vida – aun si dotada de valor - no podría ser elegida autónomamente. Si la autonomía es un valor, de modo indefectible deben existir diferentes formas de vida valiosas entre las que elegir.⁹ El compromiso con la autonomía hace que el perfeccionismo de Raz , a diferencia del perfeccionismo clásico, presuponga el pluralismo moral. Mientras en la variante clásica sólo existe una forma de vida moralmente valiosa que debe ser promovida por las instituciones políticas, en la variante de Raz , si es posible llevar una vida valiosa en algún sentido, es necesario que exista más de un plan de vida que esté dotado de valor moral.

El pluralismo moral es una condición necesaria para que el ejercicio de la autonomía sea posible, pero de ningún modo es suficiente. Para que alguien ejerza su autonomía no basta que conceptualmente existan diversas formas de vida valiosas, sino que es necesario adicionalmente que algunas de estas se encuentren de hecho disponibles. Dicho de otro modo, aunque el pluralismo moral sea cierto esto no garantiza que los individuos a la hora de decidir que vida seguir dispongan de alternativas valiosas entre las cuales elegir. Si en la sociedad en la que habitan ninguna forma de vida valiosa es visible, no existe ningún modo en que puedan ejercitar su autonomía de modo significativo. Señala Raz:

...Una persona puede tener un objetivo comprensivo sólo si este está basado en formas sociales existentes, esto es en formas de comportamiento que son ampliamente practicadas en su sociedad...¹⁰

La premisa adicional que le permite a Raz obtener su conclusión perfeccionista es una que afirma que la existencia de las formas sociales necesarias para que las alternativas valiosas estén disponibles requiere de modo necesario la intervención activa de las instituciones políticas. Haciendo explícita esta posición sostiene:

Dar apoyo a las formas de vida valiosas es una cuestión social antes que individual. La monogamia, suponiendo que es la única forma da matrimonio moralmente valiosa, no puede ser practicada por un individuo. Necesita de una cultura

⁹ Raz, *The Morality of Freedom*, op. cit., p. 399.

¹⁰ Raz, *The Morality of Freedom*, op. cit., p. 308.

que la reconozca y que la apoye a través de la actitud pública y a través de sus instituciones formales...¹¹

La línea argumental seguida por Raz, entonces, es la siguiente. El Estado debe promover que los individuos lleven adelante vidas valiosas. Una vida valiosa es aquella que posee valor intrínseco y ha sido elegida autónomamente. El ejercicio de la autonomía requiere que existan alternativas valiosas entre las cuales elegir. La existencia de estas alternativas valiosas depende de la existencia de formas sociales. La existencia de estas formas sociales requiere de la intervención activa del Estado. En consecuencia, el Estado debe determinar cuáles son las formas de vida valiosas, cuáles son las formas sociales que estas formas de vida requieren, y adicionalmente debe sostener —a través de sus normas jurídicas y sus políticas— estos planes de vida valiosos y las formas sociales de las que dependen. El Estado no debe permanecer neutral frente a las concepciones de la “vida buena”.

Las críticas a la concepción perfeccionistas pueden agruparse en dos categorías. En la primera, se encuentran las objeciones que tratan de mostrar que llevar adelante políticas perfeccionistas transgrede ciertos valores morales. Específicamente, procuran mostrar que el Perfeccionismo no respeta a los ciudadanos como seres libres e iguales. Esta es la línea de crítica que han seguido los liberales que han ofrecido razones morales a favor de la neutralidad estatal y que presentaremos con más detalle en el apartado correspondiente. En la segunda categoría se encuentran aquellas críticas que tienden a mostrar que el Perfeccionismo es una empresa imposible. Quienes han formulado ataques desde este flanco no tratan de cuestionar la moralidad de las políticas perfeccionistas sino la posibilidad de llevarlas a cabo.

Las críticas agrupadas en la segunda categoría, a su vez, son de dos tipos. En primer lugar tenemos las críticas directas al perfeccionismo. Lo que estas objeciones intentan cuestionar es la existencia de ideales de vida que sean objetivamente más valiosos que otros. Una versión más débil de la crítica no se apoya en el nihilismo sino en el escepticismo epistémico. Según ésta aun si existen valores e ideales morales objetivamente valiosos no existe un test que permita identificar de manera no

¹¹ *Idem*, p. 162. Por supuesto, es posible discutir si el paso que hace Raz de la necesidad de apoyo social a la necesidad de apoyo político es correcto. Es posible aceptar que “dar apoyo a las formas de vida valiosas es una cuestión social” sin concluir que éste solo se puede lograr a través del apoyo de “sus instituciones formales”.

controvertida cuáles son las formas de vida que poseen valor moral intrínseco. En las sociedades modernas los individuos no sólo poseen concepciones de la “vida buena” divergentes sino que adicionalmente discrepan sobre qué cuenta como una razón para afirmar que una forma de vida humana está dotada de valor, es decir, discrepan sobre los criterios para determinar qué concepciones de la “vida buena” son correctas y cuáles no lo son. Cualquier política perfeccionista tendrá que embarcarse en profundas e interminables discusiones filosóficas para mostrar que el ideal de vida que promueve es el correcto.

En segundo lugar, tenemos las críticas indirectas al perfeccionismo. Los que estas críticas intentan mostrar es que el intento de llevar adelante políticas perfeccionistas es auto-frustrante. Un argumento en este sentido ha sido ofrecido por Will Kymlicka. Según el “principio de adhesión”, al que Kymlicka adhiere, no es posible llevar adelante una vida buena a menos que uno crea que el plan de vida que está desarrollando es moralmente valioso.¹² Si el plan de vida que estoy llevando adelante es objetivamente valioso, pero yo no adhiero a él – esto es, no creo que tenga valor alguno – entonces mi vida carece de valor moral. Si esto es así, concluye Kymlicka, todo intento del Estado de promover que sus ciudadanos lleven adelante vidas valiosas a través de la imposición de un ideal de vida por medio del derecho, será auto-frustrante. La mera imposición de un plan de vida – por más valioso que este sea – garantiza que la forma de vida de aquellos a quienes se impone carezca de valor moral. Así, concluye Kymlicka, lo mejor que puede hacer un Estado que pretende promover que sus ciudadanos lleven adelante vidas moralmente valiosas es no llevar adelante políticas perfeccionistas.¹³

En una sociedad pluralista y democrática, caracterizada por la coexistencia de concepciones del bien divergentes, la crítica directa al Perfeccionismo posee una especial fortaleza. Si los ciudadanos poseen diferentes concepciones morales, si no existe ningún criterio compartido para identificar cuáles son verdaderas y cuáles son falsas, y si las decisiones políticas deben adoptarse por consenso ¿qué garantiza que cualquier intento de imponer un código moral a través del derecho no que-

¹² Kymlicka toma este principio de Ronald Dworkin, cuya posición bosquejaremos más adelante.

¹³ Cfr. Kymlicka, Will, *Contemporary Political Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1990, pp. 199,205. Kymlicka reconoce que este argumento no muestra que sean auto-frustrantes las políticas perfeccionistas que tienen por objeto cambiar las creencias de los ciudadanos acerca de que planes de vida son valiosos.

de atascado en medio de la controversia filosófica acerca de qué plan de vida es objetivamente correcto? Esta es una inmensa dificultad que enfrenta en la práctica cualquier forma de Perfeccionismo que aspire a tener relevancia política.

III. MORALISMO JURÍDICO

La magnitud de la dificultad que enfrenta el perfeccionismo explica porqué quienes se oponen a la neutralidad de las instituciones políticas han recurrido a otro tipo de argumentos para justificar su posición. ¿Cómo puede ser defendido el hecho de que el Estado justifique sus normas y políticas en base a una concepción del bien o busque promoverla, sin vernos arrastrados a las profundidades del debate filosófico? ¿Cómo oponerse a la neutralidad del Estado sin comprometerse con la idea de que ciertos valores o ciertos ideales de vida son los moralmente correctos? ¿Cómo puede justificarse que el Estado imponga o promueva cierta moral sin que sea necesario argumentar para mostrar que es la moral correcta? A primera vista la tarea luce imposible ya que parece que no puede existir ninguna razón para imponer una moral o un ideal de vida que no sea la corrección moral de las pautas o el ideal de vida que se pretende imponer. El Moralismo Jurídico ha sido el camino elegido como alternativa al perfeccionismo para llevar adelante esta tarea.

Uno de los primeros en exponer el argumento del Moralismo Jurídico fue Patrick Devlin.¹⁴ La circunstancia que motivó el argumento de Devlin a favor de la imposición de la moral por parte de las instituciones políticas, fue la publicación del “Wolfendon Report” acerca de la regulación legal de la homosexualidad. El reporte recomendaba la no intromisión del Estado en las conductas homosexuales entre adultos llevadas adelante por mutuo consentimiento y en privado. El reporte, apelando a la distinción entre lo público y lo privado, señalaba que debía dejarse un ámbito de moralidad o inmoralidad privada en la que el derecho no debía inmiscuirse.¹⁵ El argumento de Devlin estuvo dirigido a cuestionar esta conclusión.

¹⁴ Devlin, Patrick, *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, Oxford, 1965.

¹⁵ Cfr. “Wolfendon Report”, Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution, Cmd. 247, 1957, parágrafo 61.

El modo perfeccionista de alcanzar este objetivo hubiese sido señalar el carácter inmoral de la homosexualidad como ideal de vida, afirmando que era la tarea de las instituciones políticas promover que los ciudadanos llevaran adelante formas de vida valiosas. Esta línea de ataque pone en cuestión la distinción entre lo público y lo privado, al sostener que es una tarea de las instituciones públicas promover ciertas formas de vida valiosas en el ámbito privado. Aunque Devlin consideraba que la homosexualidad era un tipo de adicción y una “forma de vida miserable”,¹⁶ este juicio no juega ningún papel en su argumento para prohibir la homosexualidad. A diferencia del argumento perfeccionista, el de Devlin no sustenta su conclusión de que se debe imponer la moral a través del derecho sobre la premisa de la corrección moral del ideal de vida que se pretende promover. Aunque la homosexualidad, según Devlin, es una forma de vida “miserable” y carente de valor, no es esta la razón por la que el derecho debe desincentivarla.

La premisa sobre la que Devlin apoya su argumento no es una que sostiene el valor moral de conducir la vida privada de un modo o de otro, sino una que afirma el valor moral de la sociedad o la comunidad política. El primer paso de Devlin es apelar a un valor político en lugar de un valor que se aplica a las formas de vida de los ciudadanos en su vida privada. La existencia de la sociedad es moralmente valiosa. El paso siguiente del argumento es sostener que así como los individuos tienen un derecho a la auto-defensa – derecho que el mismo Stuart Mill reconocía que se encontraba detrás del principio liberal del daño a terceros como justificación de la coacción estatal – así también la sociedad tiene derecho a defender su propia existencia. De esto se sigue que la sociedad tiene derecho a proteger todo aquello que necesita para existir.

Habiendo sentado estas dos premisas Devlin se ocupa de establecer aquello que una sociedad necesita para existir. A diferencia de un individuo que es una unidad física, la sociedad no se mantiene unida físicamente sino a través de creencias e ideas compartidas. Dentro de estas creencias compartidas que mantienen unida a una sociedad ocupan un lugar destacado las creencias morales. Estos vínculos son necesarios para la existencia de la sociedad, puesto que si ellos se debilitan o desaparecen entonces la misma sociedad deja de existir. Al poner juntas las dos premisas anteriores con ésta última, la línea argumental de Devlin comienza a vislumbrarse. La existencia de la sociedad es algo moralmente valioso porque los seres humanos para subsistir necesitan de la sociedad. La sociedad tiene un derecho de auto-defensa que es análogo y se funda en el derecho de auto-

¹⁶ Devlin, *The Enforcement of Morals*, *op. cit.*, p. v.

defensa que tienen los individuos. Una condición necesaria para que exista la sociedad es que se mantengan en pie las creencias y valores compartidos que unen a sus miembros.¹⁷

El corolario del argumento de Devlin es que la sociedad puede proteger su existencia utilizando el aparato estatal para dictar normas y llevar adelante políticas que tengan por objetivo defender a los valores morales que son el cemento que mantiene unido a sus miembros. La sociedad puede utilizar al derecho para preservar la moralidad común que la mantiene unida y que es esencial para su existencia.¹⁸ Así, dadas las creencias morales de la sociedad inglesa con respecto al carácter desviado de la homosexualidad, la recomendación del informe Wolfendon acerca de que la moralidad privada debía quedar exenta de la interferencia estatal era desacertada. La sociedad tiene derecho, concluía Devlin, a preservar sus creencias morales utilizando para ello el aparato coercitivo del Estado. Permitir la proliferación de conductas homosexuales pondría en riesgo las creencias morales que mantienen unida a la sociedad. Las creencias morales de nuestra sociedad están, en palabras de Devlin, “empotradas en la casa en la que vivimos y no sería posible removerlas sin tirar la casa abajo”.¹⁹

Las políticas y normas que justifica el Moralismo Jurídico son semejantes a las defendidas por el Perfeccionismo. El Estado está justificado en intentar promover cierto ideal de vida o ciertas pautas morales. La neutralidad del derecho es un objetivo indeseable que subvierte la función que tienen las instituciones jurídicas dentro de una sociedad. Sin embargo, el modo en que el Moralismo Jurídico justifica su oposición a la neutralidad del Estado diverge de la justificación perfeccionista. El Moralismo Jurídico no promueve una concepción moral de la “vida buena” porque sea la moralmente correcta sino porque es la socialmente aceptada. Al igual que el perfeccionismo busca proteger a los ciudadanos sólo que no intenta protegerlos de llevar adelante una vida carente de valor moral, sino del daño que recibirían si la sociedad en la que viven se desarticulase. Los seres humanos necesitan de la vida en sociedad y, por tanto, proteger a la sociedad es un modo de proteger a cada uno de los seres humanos que la componen.

De este modo el Moralismo Jurídico es capaz de justificar políticas similares a las defendidas por el Perfeccionismo sin necesidad de embarcarse en ninguna justificación filosófica referida a cuál es el ideal de vida moralmente correcto. El Moralismo Jurídico se presenta como una posición más

¹⁷ Cfr. Devlin, *The Enforcement of Morals*, *op. cit.*, p. 10.

¹⁸ Cfr. Devlin, *The Enforcement of Morals*, *op. cit.*, p. 11.

¹⁹ Devlin, *The Enforcement of Morals*, *op. cit.*, p. 10.

atractiva para un entorno cruzado por el relativismo de los valores. Aun si los valores son relativos y no es posible ofrecer ningún argumento definitivo a favor de ninguno de ellos, sigue siendo cierto que algunos de estos valores son aceptados socialmente y otros no. Sólo esto le basta al Moralismo Jurídico.²⁰ Mientras se puede argumentar en contra del Perfeccionismo simplemente mostrando que la moralidad es un invento humano, esto es que sólo existen creencias morales, no es posible dirigir el mismo argumento en contra del Moralismo Jurídico. Aun si la moralidad es una creación humana, y ningún código o ideal moral es objetivamente superior a otro, es todavía cierto que algunas de estas creaciones son nuestras – esto es de la sociedad a la que pertenecemos – y otras no.²¹

La reacción liberal frente al Moralismo Jurídico defendido por Devlin no se hizo esperar y provino de filósofo del derecho más destacado de la época: H. L. A. Hart. Aunque Hart en su ensayo “Social Solidarity and the Enforcement of Morality”²² no hace explícita la distinción entre Perfeccionismo y Moralismo Jurídico y parece oponerse a ambas posiciones por igual, creo que la distinción se encuentra implícita en su trabajo. Es cierto que Hart comienza su trabajo dedicado a criticar el Moralismo Jurídico de Devlin haciendo referencia a Platón y Aristóteles, quienes son representantes paradigmáticos de la concepción perfeccionista. No obstante, la mención de estos filósofos es sólo para destacar la función que le adjudicaban al derecho como promotor de un ideal de vida, tesis que el Moralismo Jurídico comparte con el Perfeccionismo. De modo que esta mención no puede tomarse como un indicio de que Hart no veía ninguna diferencia entre la posición moralista y la perfeccionista, sino como prueba de que veía entre ellas alguna semejanza. Más aun, las diferencias entre ambas posiciones son consignadas en el trabajo de Hart, sólo que éste las presenta como dando origen a dos tipos de moralismos.

²⁰ Haciendo explícito este punto, señala Devlin: “Lo que es relevante no es la calidad del credo sino la fuerza de la creencia en él”. (Devlin, *The Enforcement of Morals*, *op. cit.*, p. 114). Si cierta doctrina es creída por el hombre común, y si esta creencia tiene la fuerza suficiente, entonces está justificado imponerla a través del derecho. (Cf. Devlin, *The Enforcement of Morals*, *op. cit.*, p. 17).

²¹ Una discusión del Moralismo Jurídico puede encontrarse en Dworkin, Gerald. “Equal Respect and the Enforcement of Morality”, Paul, Ellen Frankel; Miller, Fred D.; y Paul, Jeffrey (eds.) *Crime, Culpability and Remedy*, Blackwell, Oxford, 1990, pág. 180-193 y en Dworkin, Gerald “Devlin was right: Law and the Enforcement of Morality”, *William and Mary Law Review*, vol. 40, 927.

²² Hart, H.L.A., “Social Solidarity and the Enforcement of Morality”, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, pp. 248-262.

Un tipo de moralismo se asienta en una concepción de la moralidad según la cual ésta no es una creación humana sino que tiene que ser descubierta por el hombre gracias al uso de su razón o a través de la revelación. En contra de esta versión “clásica” del moralismo —que se corresponde con la posición que hemos denominado perfeccionista— Hart no ofrece ningún argumento en su trabajo ni dedica ningún espacio a discutirla.²³ El segundo tipo de moralismo se asienta en una concepción de la moralidad que la entiende como un artefacto humano. Con esta versión del moralismo, que se corresponde con la defendida por Devlin, es con la que Hart confronta. De modo que aunque Hart engloba a las dos posiciones bajo el rótulo de “Moralismo Jurídico” la distinción que traza entre ellas —más allá de los rótulos— se corresponde con la distinción que he propuesto en el texto entre Moralismo Jurídico y Perfeccionismo.

Los argumentos de Hart en contra del Moralismo Jurídico defendido por Devlin son variados. En primer lugar, Hart concede la premisa de Devlin de que una sociedad para existir necesita de una moralidad compartida,²⁴ pero pone en cuestión que esto se logre manteniendo inmutable la moralidad que comparte en un tiempo dado. Nada impide que la sociedad mude unas creencias morales compartidas por otras creencias igualmente compartidas. Tal sería el caso de Inglaterra. Mientras en la época en que Devlin escribía pudo ser cierto que la mayoría consideraba a la homosexualidad como una forma de conducta moralmente desviada, hoy la mayoría piensa lo contrario. Es decir, la sociedad ha cambiado unas creencias compartidas por otras.²⁵ En segundo lugar, Hart sostiene que si lo que nos interesa es no poner en riesgo las creencias morales que comparte la sociedad lo que debe desincentivarse son las manifestaciones públicas en contra de este código moral, no aquellas que se realizan en privado y que no tienen ningún impacto sobre las creencias sociales. El Estado no debe desincentivar las conductas que contravienen la moralidad compartida que son realizadas en el ámbito privado sino sólo aquellas que tienen algún impacto público. Por último, Hart se ocupa de quitarle al argumento moralista la pátina de legitimidad democrática con la que se encuentra revestido. Para

²³ Hart denomina a esta concepción de la moralidad “la tesis clásica”. (Cfr. Hart, “Social Solidarity and the Enforcement of Morality”, *op. cit.*, p. 248).

²⁴ Hart concede esto sólo a los fines del argumento, puesto que critica a Devlin no haber ofrecido ninguna prueba empírica de esta premisa.

²⁵ Dado que a Devlin le interesan las creencias morales del hombre común, si las creencias compartidas por los hombres comunes cambian esto no representa ninguna amenaza para la existencia de la sociedad.

esto contrapone a la democracia como forma de gobierno con el populismo democrático, entendido como una doctrina acerca de cómo debe determinarse la forma moralmente valiosa de vida. Según éste último el modo moralmente valioso de vivir es aquel que considera moralmente valioso la mayoría. Hart considera esto último una extralimitación de la regla de mayoría democrática. Que una concepción moral sea mayoritaria no dice nada con respecto a su corrección moral, y menos con respecto a la corrección moral de su imposición a través del derecho.

Ronald Dworkin ha mostrado que la aparente ventaja que el Moralismo Jurídico tiene sobre el Perfeccionismo a la hora de justificar la imposición de una moral a través del derecho, es ilusoria. Como hemos visto, el Moralismo Jurídico intenta justificar las normas y políticas que tienen por objetivo promover una concepción de la “vida buena” sin tener que argumentar para mostrar su valor moral. Sin embargo, señala Dworkin, el riesgo que se corre al adoptar esta estrategia es el de no haber ofrecido ningún argumento moral para justificar la falta de neutralidad del derecho. Al concentrarse en las creencias morales de los individuos – y en sus respuestas emocionales frente a ciertos comportamientos – el Moralismo Jurídico caricaturiza lo que es un argumento moral. Una prueba de este extremo es que de acuerdo con el Moralismo, aun una sociedad que se encuentra unida por creencias compartidas inmorales tendría derecho a imponerlas a través del derecho.

IV. LIBERALISMO: NEUTRALIDAD DE OBJETIVO SIN NEUTRALIDAD DE JUSTIFICACIÓN

Habiendo esquematizado las dos principales posiciones contrarias a la neutralidad del derecho y del Estado —el Perfeccionismo y el Moralismo Jurídico— toca ahora el turno de las posiciones a favor de la neutralidad. Aunque como hemos visto no todas las posiciones liberales favorecen la neutralidad lo cierto es que todas las posiciones que favorecen la neutralidad son liberales. De modo que las distintas variantes de respuestas afirmativas al problema de la neutralidad son en última instancia variantes de liberalismo. Según una variante —a la que dedicaré la presente sección— el Estado no debe tener por objetivo favorecer, a través de sus normas y políticas, a ningún plan de vida en particular. Es decir, el Estado debe poseer neutralidad de objetivo. Sin embargo, esta neutralidad de objetivo no viene unida a la neutralidad de justificación. En cambio, de acuerdo a la segunda variante —a la que estará dedicada la siguiente sección— las mismas razones que justifican que el Estado deba poseer neutralidad de objetivo son las que favorecen la neutralidad de justificación.

El representante paradigmático de la primera variante de liberalismo es Ronald Dworkin.²⁶ El objetivo de Dworkin es ofrecer una justificación de la neutralidad de objetivo que se encuentre fundada en una concepción acerca de en qué consiste el valor de la vida humana. A primera vista esta parece una tarea difícil de llevar adelante, después de todo, si hemos encontrado aquello que confiere valor a la vida humana —aún si esto incluye la autonomía como sucedía en el caso de Raz— ¿qué determina que el Estado no esté justificado en intentar promover a través de su aparato coercitivo esta forma de vida valiosa? La estrategia de Dworkin para justificar la neutralidad es apelar a una concepción abstracta de aquello en que consiste vivir una vida buena, que deja espacio para albergar a concepciones variadas acerca de cuáles son los detalles concretos de una vida dotada de valor. La concepción del bien a la que apela tiene carácter estructural lo que posibilita que no excluya —y de este modo dé sustento a la tolerancia y a la neutralidad— las particulares concepciones substantivas de la “vida buena” que existen en el seno de las sociedades liberales.²⁷

De modo que la justificación de la neutralidad de objetivo propuesta por Dworkin descansa en una concepción acerca de cuáles son los aspectos estructurales que cualquier concepción apta de la “vida buena” debe satisfacer. Dicho de otro modo, no se trata de ofrecer aquellas cosas específicas que poseen valor en la vida humana, esto es, no se trata de ofrecer un plan detallado acerca de cuál es el modo valioso de conducir la propia vida. Lo que trata de hacer Dworkin es identificar cuál es el mejor modo de concebir aquello que tiene valor para una vida humana. No pretende identificar qué es lo valioso sino en qué consiste que sea valioso, en donde reside la raíz última de su valor. La tarea que Dworkin se propone realizar, entonces, consiste en identificar estas características estructurales y abstractas de una concepción del valor para luego, en un segundo paso, mostrar que sobre ellas puede fundarse el requerimiento de que el Estado sea neutral.

Para llevar adelante la primera tarea, Dworkin comienza preguntándose por la clase de bondad que hace que una vida sea buena. Es necesario destacar que la pregunta no busca identificar los bienes o valores concretos que una vida debe poseer para ser valiosa, sino el *tipo* de bondad que determina que sea buena. La respuesta de Dworkin se funda en la distinción entre el bienestar volitivo y el bienestar crítico. El bienestar volitivo se alcanza cuando un individuo logra alcanzar todo aquello que quiere, mien-

²⁶ Dworkin, Ronald, “The Foundations of Liberal Equality”, Stephen Darwall (ed.) *Equal Freedom*, University of Michigan Press, Michigan, 1995, pp. 190-306.

²⁷ Cfr. Dworkin, “The Foundations of Liberal Equality”, *op. cit.*, pp. 207 y 208.

tras que el bienestar crítico se logra cuando alcanza todo aquello que debería querer. La distinción se asiente sobre la idea de que existen deseos que simplemente tenemos —por ejemplo, asistir a un partido de fútbol— y deseos que deberíamos tener —por ejemplo, tener una vida de relación floreciente—. En el primer caso, si resulta que alguien pierde el deseo o nunca lo tuvo, su vida no pierde valor por no haber logrado satisfacerlo. En el segundo caso, si resulta que pierde su deseo o nunca lo tuvo, su vida pierde valor por no haberlo satisfecho. Si no tiene el deseo de tener relaciones sanas con aquellos que lo rodean —por ejemplo con sus familiares— y por lo tanto, no hace nada para cultivar dichos vínculos, su vida es disvaliosa en el sentido de que no tiene bienestar crítico.

Si uno acepta que existen dos tipos de bienestar —y parece difícil negarlo— el paso siguiente es identificar en dónde reside el valor crítico de una vida humana. Dworkin ha denominado a su propuesta el “modelo del desafío”. Según este modelo el valor crítico de una vida se encuentra en el valor inherente que tiene un respuesta diestra al desafío que implica la tarea de vivir. Vivir es el desafío más grande que enfrentamos y las formas de vida que adoptamos son una respuesta a este desafío. Si la respuesta al desafío es una respuesta diestra, entonces la vida que hemos llevado adelante posee el valor inherente que tiene toda tarea que ha sido ejecutada con destreza. Parte del desafío consiste en encontrar por nosotros mismos aquello en lo que consiste una respuesta diestra dada las peculiares circunstancias en las que nos encontramos. De modo que no existe una única concepción de la “vida buena” que pueda aplicarse a todos los seres humanos, puesto que las circunstancias y los desafíos que cada uno enfrenta son diferentes.

Ahora bien, no cualquier respuesta diestra a un desafío está dotada de valor inherente. Si el desafío es fútil el carácter diestro de la respuesta no le confiere valor alguno. Para entender este punto, un ejemplo puede ser de utilidad. Imaginemos que estamos jugando un partido de fútbol en donde el arco del equipo contrario es mucho más grande que el propio. Los tantos que marco para mi equipo, por más que son una respuesta diestra al desafío de convertir goles en un argo más grande que el propio, no poseen valor deportivo inherente alguno. La razón de ello es que el desafío al que estoy dando respuesta con mis jugadas no es el desafío adecuado. Estoy usufructuando una ventaja indebida. Lo mismo se aplica a nuestra vida en general. Si la situación en las que nos encontramos es una situación injusta — por ejemplo, porque nuestra porción de derechos y libertades es mayor o menor de la que tenemos

derecho moral a poseer – entonces el plan de vida que decidamos llevar adelante no tendrá el valor intrínseco que hubiese tenido en circunstancias justas.²⁸ Aunque la respuesta al desafío que se nos ha presentado sea diestra, el desafío no es el adecuado.²⁹

Para Dworkin existe una relación entre la satisfacción de los deberes que tenemos con respecto a otros, que vienen determinados por las exigencias de justicia, y la consecución satisfactoria de una vida buena. Señala al respecto:

...no podemos describir el desafío de vivir bien sin realizar algunas suposiciones acerca de los recursos que una vida buena debería tener disponibles...una vida buena es una vida adecuada para circunstancias en las cuales los recursos están distribuidos de modo justo.³⁰

La distribución injusta de los recursos, sin embargo, no es el único modo en que las instituciones públicas pueden obstaculizar la posibilidad de que los ciudadanos lleven vidas valiosas de acuerdo al “modelo del desafío”. Como he señalado, el modelo considera que parte del desafío de vivir consiste en identificar por uno mismo cuál es el modo adecuado de vivir. Si uno acierta al identificar cuál es la respuesta diestra al desafío, esto es si lo que uno cree que es valioso en la vida en realidad lo es, entonces una vida llevada de acuerdo con esas creencias será una vida valiosa. Si, por el contrario, uno lleva adelante actividades que son valiosas pero que uno cree que carecen de cualquier valor, uno no ha tenido éxito en dar una respuesta diestra al desafío de vivir. Aunque el plan de vida que uno lleva contenga actividades valiosas, no se trata del plan *que uno tiene* para vivir. Esta concepción del valor es denominada por

²⁸ No he señalado en el texto que tal plan carecería de valor inherente porque el propio Dworkin reconoce que algunos planes de vida llevados adelante en circunstancias injustas poseen valor, aunque señala que estos casos son excepcionales.

²⁹ Dworkin distingue entre las circunstancias que funcionan como limitaciones y aquellas que funcionan como parámetros. Las primeras ayudan u obstaculizan que una persona viva bien. Las segundas sirven para definir qué sería para esa persona una respuesta diestra al desafío de vivir. El modelo del desafío requiere que existan circunstancias de ambos tipos. Si todas las circunstancias son limitaciones – y el individuo no tiene parámetros de aquello en que consiste vivir bien – sería imposible para el individuo determinar que circunstancias ayudan y cuales obstaculizan su tarea de llevar adelante una vida buena. No sería posible para él identificar donde reside el desafío. Si todas las circunstancias son parámetros, entonces no existiría ningún desafío en absoluto. Para Dworkin, por las razones que he expuesto en el texto, la justicia es un parámetro de la vida buena.

³⁰ Dworkin, “The Foundations of Liberal Equality”, *op. cit.*, p. 259.

Dworkin la concepción constitutiva, que se contrapone con la concepción aditiva.

Según la concepción constitutiva defendida por Dworkin, y fundada en el modelo del desafío, existe una conexión constitutiva entre la creencia de que algo sea valioso y su valor. La creencia de que algo es valioso es condición necesaria —aunque no suficiente— para que algo tenga valor *para esa* persona. Esta es la razón por la que si no creo que lo que estoy haciendo tiene valor, entonces no lo tiene. La concepción aditiva, en cambio, sostiene que el bienestar que posee una persona puede mejorar con independencia de que ella crea que lo que está haciendo posee valor. Si lo que hace es intrínsecamente valioso —con independencia de que ella lo crea o no— su nivel de bienestar ha aumentado.

Ahora bien, si la concepción constitutiva es la correcta de acuerdo al “modelo del desafío”, existe un modo en que el Estado puede impedir que los ciudadanos lleven adelante vidas valiosas. Si el Estado no respeta las creencias de los individuos acerca de cuál es el modo valioso de vivir —esto es si no respeta su autonomía— una condición necesaria para que éstos lleven adelante vidas valiosas no se encuentra satisfecha. Dicho de otro modo, si las instituciones públicas no permiten que los ciudadanos conduzcan sus vidas de acuerdo con sus propias convicciones, esto impide que los ciudadanos lleven adelante vidas valiosas porque no les permite dar sus propias respuestas al desafío que implica vivir. Para decirlo gráficamente, si el Estado intenta promover que los ciudadanos lleven adelante actividades que son valiosas de acuerdo a cierta concepción del bien que el propio Estado considera acertada, la respuesta que los ciudadanos son obligados a dar al desafío de vivir puede ser acertada —si es que efectivamente la concepción del bien es la adecuada— pero no es *su* respuesta al desafío. Lo valioso es que los ciudadanos *encuentren su respuesta* al desafío de vivir, y que esta respuesta sea una respuesta diestra. Si el Estado promueve una concepción del bien —esto es, si no posee neutralidad de objetivo— entonces imposibilita que la respuesta ofrecida por los ciudadanos sea *suya*, y de este modo impide que lleven adelante vidas valiosas.³¹

³¹ Vivir de acuerdo con las propias convicciones es necesario para alcanzar lo que Dworkin denomina “integridad ética”. (Cfr. Dworkin, “The Foundations of Liberal Equality”, *op. cit.*, p. 267). La integridad ética, como condición necesaria para llevar adelante una vida con valor crítico, es lo que en última instancia justifica la exigencia de que el derecho deba poseer neutralidad de objetivo.

A modo de síntesis, la línea argumental que conduce a la conclusión de que el derecho —y en general el Estado— debe poseer neutralidad de objetivo es la siguiente. Una vida es buena si posee bienestar crítico, y no sólo bienestar volitivo. El valor crítico de una vida humana —aquello que provoca bienestar crítico en quien la vive— reside en el hecho de ser una respuesta diestra al desafío que implica vivir. Las circunstancias en las que vivimos nos presentan un desafío. Si el desafío es el adecuado —si no es fútil— y si nuestra respuesta es diestra, entonces nuestra vida tiene el valor inherente de toda tarea realizada con destreza. Esta concepción de lo que confiere valor a la vida es lo que Dworkin denomina el “modelo del desafío”. De modo que según este modelo tienen que darse diferentes condiciones para que una vida sea valiosa. En primer lugar, las circunstancias tienen que ser justas, de otro modo el desafío no sería el adecuado. En segundo lugar, el individuo tiene que encontrar su respuesta al desafío. En tercer lugar, la respuesta tiene que ser alcanzada con destreza. Lo que conduce a la neutralidad de objetivo es la segunda condición. A menos que el individuo pueda decidir autónomamente —sin injerencias del Estado— como conducir su vida, la respuesta que ofrezca al desafío de vivir no será *suya* y, por tanto, su vida no poseerá valor crítico.

La neutralidad de objetivo del derecho es defendida sobre la base de una concepción abstracta de la “vida buena”. Para decirlo en términos que el propio Dworkin no aceptaría, pero que son ilustrativos, la neutralidad de objetivo se logra sobre la base de una concepción metaética.³² El Estado liberal toma partido por una concepción metaética que describe ciertos rasgos estructurales de las concepciones substantivas de la “vida buena”. El inclinarse por esta concepción —que está recogida en el “modelo del desafío”— es lo que funda su compromiso con la neutralidad de objetivo con respecto a las concepciones substantivas del bien. Dworkin defiende la neutralidad del derecho sobre la base de fundamentos metaéticos o filosóficos. Ofrece una justificación no neutral —en tanto toma partido por una concepción abstracta de la “vida buena”— de la neutralidad de objetivo del derecho.

³² Dworkin no aceptaría este modo de describir su posición debido a que niega la distinción entre ética y metaética (Ver Dworkin, Ronald, “Objectivity and Truth: You’d Better Believe it”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 25, núm. 2, 1996, pp. 87-139).

V. LIBERALISMO POLÍTICO: NEUTRALIDAD DE OBJETIVO Y NEUTRALIDAD DE JUSTIFICACIÓN³³

La segunda variante de Liberalismo —cuyo representante paradigmático es John Rawls— es la que más comprometida se encuentra con la defensa de la neutralidad del derecho y del Estado.³⁴ Los tipos de neutralidad que reclama para el derecho son variados de modo que conviene primero identificarlos y luego esquematizar cuáles son las razones que ofrece para defenderlos. En primer lugar, al igual que sostiene Dworkin, el derecho debe poseer neutralidad de objetivo. El Estado no puede dictar normas o llevar adelante políticas que tengan por objetivo promover ciertas concepciones del bien. Esto, como es obvio, no implica que el Estado no pueda dictar normas que tengan por efecto hacer que la prosecución de ciertas concepciones del bien sea más factible o menos dificultosa. Lo que esta neutralidad exige es que su objetivo no sea favorecer o desinsentivar cierta concepción de la “vida buena”. La neutralidad de objetivo no implica que el Estado deba garantizar que sea igualmente accesible para todos los ciudadanos la prosecución de las concepciones del bien que profesan.

En segundo lugar, a diferencia de la posición defendida por Dworkin, el derecho debe ser neutral en su justificación.³⁵ Para Rawls esta exigencia tiene múltiples facetas. La que hemos tenido presente en el texto hasta este punto es la que señala que las normas jurídicas o las políticas públicas no deben justificarse a partir de la superioridad o inferioridad de una determinada concepción de la “vida buena”. Sin embargo, en opinión de Rawls, la justificación de las normas y políticas públicas no sólo debe ser “valorativamente neutral” —esto

³³ Para un tratamiento detallado de los tipos de neutralidad a los que aspira la concepción rawlsiana de justicia y de las críticas que ha recibido desde posiciones comunitaristas, ver Seleme, Hugo Omar. *Neutralidad y Justicia*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.

³⁴ Tomo como caso paradigmático de esta versión de Liberalismo a la presentación que Rawls hace de su concepción en *Political Liberalism*, Columbia, New York, 1993.

³⁵ Alguien podría sostener que es perfectamente posible que un Estado esté organizado en función de principios de justicia en cuya base subyace una concepción sustantiva de la “vida buena”, y aun así ser neutral en el sentido de que sus políticas podrían no estar diseñadas para favorecer a aquella concepción. Éste podría ser el caso, por ejemplo, de un Estado confesional católico que, sin embargo, y en razón de su adhesión a una determinada doctrina religiosa, estatuyera la tolerancia de culto.

Pienso, no obstante, que la posición es equivocada porque, aunque el Estado no discriminara a la hora de distribuir los bienes materiales producto de la cooperación social en base a las distintas concepciones del bien que profesan las personas, no podría evitar hacer una distribución discriminatoria de otros tipos de bienes como, por ejemplo, la autoestima. Así, en el caso del ejemplo, las personas cuya convicción religiosa no coincidiera con la que subyace a los principios que organizan su vida en común, verían su autoestima menoscabada.

es, neutral con respecto a las concepciones del bien — sino que adicionalmente debe ser neutral a nivel metaético y metafísico. Si ubicamos a la reflexión metaética y a la metafísica bajo el rótulo de reflexión filosófica, puede afirmarse que el liberalismo rawlsiano aspira a extender la tolerancia y la neutralidad a las concepciones filosóficas.

La neutralidad metaética, en opinión de Rawls, implica la satisfacción de dos exigencias diferentes. Por un lado, las normas jurídicas o las políticas estatales no deben justificarse a partir de una posición con respecto al status metaético de las concepciones del bien que profesan los ciudadanos. Así, por ejemplo, si la justificación que se ofrece del principio de tolerancia religiosa es que todas las concepciones son igualmente válidas —lo que implica adoptar una posición relativista con respecto a su status— la neutralidad metaética no ha sido satisfecha. El Estado, al utilizar esta justificación para fundar la norma que protege la libertad de culto no ha tomado partido por ninguna concepción religiosa en particular —ha respetado la neutralidad de objetivo— pero sí ha tomado partido por una concepción metaética. Por otro lado, la segunda exigencia que debe ser satisfecha es que los principios de justicia que se ofrecen para justificar las normas y políticas no sean presentados por el Estado como verdaderos desde el punto de vista moral. Si el Estado hiciese esto estaría adoptando alguna de las distintas concepciones de verdad defendidas por los particulares sistemas filosóficos. En lugar de ello, lo que el Estado debe hacer es presentar a estos principios como los más razonables para organizar la vida en común de una sociedad pluralista y democrática. La justificación del derecho y las políticas no debe tomar partido por alguna posición respecto al status metaético de las concepciones del bien de los ciudadanos ni de los principios de justicia que son implementados por el Estado.

La neutralidad metafísica, por su parte, implica la exigencia de que las normas y políticas públicas no se encuentren justificadas a partir de ninguna concepción filosófica con respecto a la naturaleza humana. El Estado no debe tomar partido —a través de sus normas o políticas— por ninguna concepción metafísica.³⁶ Esto no significa que el Estado no deba estar comprometido con una concepción normativa de persona que establezca el modo en que debemos tratarnos recíprocamente en el ámbito público. De hecho la concepción de justicia defendida por Rawls se asienta en una concepción normativa de persona libre e igual. No obstante, esta concepción a diferencia de una concepción

³⁶ Para cotejar una crítica comunitarista a la neutralidad metafísica de la concepción rawlsiana, ver Sandel, Michael, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge: Cambridge University Press, 1982. En *Neutralidad y Justicia* he ofrecido razones para justificar porqué considero a esta crítica inadecuada.

metafísica de persona no pretende describir quienes somos sino cuál es el modo en que debemos tratarnos. No pretende responder una pregunta teórica sino una práctica. Puesto que es posible tratarnos como aquello que no somos —por ejemplo, podemos tratarnos como hermanos aunque no lo seamos— no existe ninguna dificultad en señalar que las normas jurídicas y las políticas deben estar fundadas en una concepción normativa de persona, y a la vez señalar que deben ser metafísicamente neutrales.

La extensión que Rawls realiza de la neutralidad de justificación —para incluir a las concepciones filosóficas— también afecta el modo en que concibe la neutralidad de objetivo. Un Estado liberal no puede dictar normas o desarrollar políticas que tengan por objeto promover que sus ciudadanos adopten una concepción de la “vida buena”, una concepción metafísica o una concepción acerca del status de las concepciones morales. Dicho en otros términos, la neutralidad de objetivo no es sólo valorativa, sino también antropológica y metaética. Cómo es obvio, no se trata sólo de que el Estado no pueda justificar sus acciones en base a este tipo de concepciones filosóficas, sino que sus acciones tampoco pueden tener por fin promover alguna de ellas. El Estado no puede tomar partido por ninguna de estas concepciones.

Una vez establecidos los tipos de neutralidad que, según Rawls, debe satisfacer un Estado liberal, resta por ver, aunque sea someramente la razón que esgrime a favor de esta tesis tan radical. El argumento de Rawls a favor de la neutralidad se asienta, por un lado, en su concepción normativa de persona y sociedad y, por el otro, en el hecho del carácter coercitivo del Estado y el pluralismo razonable. Básicamente la idea es que una sociedad bien ordenada conformada por personas que son tratadas como igualmente libres debe estar organizada a partir de términos que todos pueden aceptar. Si los términos de cooperación no son públicamente aceptables por todos los ciudadanos, entonces estos no son tratados como igualmente libres ya que dado el carácter coercitivo de las instituciones estatales esto equivale a imponer las convicciones de algunos sobre otros.

Las concepciones de la “vida buena”, las concepciones metafísicas y las concepciones metaéticas no son públicamente aceptables debido a lo que Rawls denomina las “cargas del juicio” las cuales provocan que personas razonables —que están dispuestas a vivir bajo términos de cooperación públicamente aceptables— desacuerden sobre estas cuestiones. Este tipo de desacuerdo, y el pluralismo que provoca, es razonable porque no puede ser atribuido a la falta de sensibilidad moral o a la falta de capacidad intelectual de aquellos que desacuerdan. El desacuerdo no es provocado porque algunos individuos están intentando defender posiciones auto-interesadas o que sean fruto de la ignorancia. Lo que provoca el desacuerdo es la complejidad de la evidencia

que debe ser sopesada, la pluralidad de consideraciones morales que se encuentran en juego, o las diferentes experiencias de vida desde la cual las personas formulan sus juicios.³⁷

El modo de utilizar el poder coactivo del Estado, dado el hecho del pluralismo razonable, sin que implique imponer las convicciones de algunos, consiste en justificar su uso a partir de las ideas compartidas que se encuentran presentes en la cultura política pública. Si las normas jurídicas y las políticas son fundadas en ideas que todos los ciudadanos comparten en tanto miembros de una misma cultura política, las convicciones de nadie son impuestas sobre otros y todos son tratados como igualmente libres. Es el carácter político de la justificación lo que garantiza que el derecho sea neutral con respecto a las concepciones del bien, las concepciones metaéticas y metafísicas que profesan los ciudadanos. Por el contrario, si la justificación de las normas y políticas públicas no es realizada sobre la base de una concepción política de persona —que sólo se aplica al ámbito público— sino sobre la base de una concepción normativa comprehensiva de persona —que se aplica a todos los ámbitos de la vida— la neutralidad de objetivo y la de justificación se encuentra comprometida.³⁸

VI. CONCLUSIÓN

Como ha mostrado nuestro recorrido la cuestión acerca de si el derecho debe ser neutral y en qué sentido debe serlo ha recibido respuestas contrapuestas. Mientras las posiciones perfeccionistas y moralistas se han inclinado por la negativa, algunas posiciones liberales —aunque no todas— han abogado por la neutralidad. El liberalismo defendido por Joseph Raz —en tanto es una variante de perfeccionismo— es contrario tanto a la neutralidad de objetivo como a la neutralidad de justificación. Su posición liberal, al igual que la de Dworkin posee raíces filosóficas. La versión del liberalismo presentada por Ronald Dworkin, defiende la neutralidad de objetivo del derecho y del Estado, pero lo hace sobre la base de una concepción abstracta del bien. Por último, la versión rawlsiana de liberalismo sostiene que tanto la neutralidad de objetivo

³⁷ Sobre el papel de las “cargas del juicio”, véase Rawls, *Political Liberalism*, *op. cit.*, pp. 56 y 57.

³⁸ Contrario a lo que sugiere la crítica comunitarista esgrimida por Sandel, fue el carácter comprehensivo de la concepción normativa presente en *A Theory of Justice* (Harvard University Press, Cambridge, 1971-1999), y no su carácter metafísico, lo que motivó los cambios introducidos por Rawls a su concepción. Para un desarrollo completo de esta línea argumental, véase Seleme, *Neutralidad y Justicia*.

como la neutralidad de justificación son moralmente valiosas. Sólo un Estado que es neutral en ambos sentidos trata a sus ciudadanos como libres e iguales.

VII. BIBLIOGRAFÍA

1. *Bibliografía Citada*

- ARNESON, Richard, "Perfectionism and Politics", *Ethics*, vol. 111, 2000.
- BRINK, David, *Perfectionism and the Common Good*, Clarendon Press, Oxford, 2003
- DEVLIN, Patrick, *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, Oxford, 1965.
- DWORKIN, Gerald, "Equal Respect and the Enforcement of Morality" en Paul, Ellen Frankel; Miller, Fred D.; y Paul, Jeffrey (eds.) *Crime, Culpability and Remedy*, Blackwell, Oxford, 1990.
- _____, "Devlin was right: Law and the Enforcement of Morality", *William and Mary Law Review*, vol. 40, 927.
- DWORKIN, Ronald, "The Foundations of Liberal Equality", Stephen Darwall (ed.) *Equal Freedom*, University of Michigan Press, Michigan, 1995.
- _____, "Objectivity and Truth: You'd Better Believe it", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 25, num. 2, 1996.
- FRIEDMANN, Yohanan, *Tolerance and Coercion in Islam*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- HART, H.L.A., "Social Solidarity and the Enforcement of Morality", *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, Oxford 1983.
- HURKA, Thomas, *Perfectionism*, Oxford University Press, New York, 1993.
- KYMLICKA, Will, *Contemporary Political Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1990.
- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1971-1999.
- _____, *Political Liberalism*, Columbia, New York, 1993.
- _____, *Lectures on the History of Moral Philosophy*, Harvard University Press, Cambridge, 2000.
- RAZ, Joseph, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986.
- SANDEL, Michael, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge: Cambridge University Press, 1982.
- SELEME, Hugo Omar, *Neutralidad y Justicia*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.

SHER, George, *Beyond Neutrality: Perfectionism and Politics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997.

2. Bibliografía de Referencia

- ALEXANDER, Larry. "The Legal Enforcement of Morality", Frey, R.G. y Health Wellman, Christopher, *A Companion to Applied Ethics*, Blackwell, Oxford, 2003.
- ARNESON, Richard, "Liberal Neutrality on the Good: An Autopsy", *Perfectionism and Neutrality*, Wall, Steven y Klosko, George (eds.), Rowman & Littlefield, Lanham, 2003.
- BIRD, Colin, "Mutual Respect and Neutral Justification", *Ethics*, 107, 1996.
- DE MARNEFFE, Peter, "Liberalism, Liberty and Neutrality", *Philosophy and Public Affairs*, 19, 1990.
- FINNIS, John, "Abortion, Natural Law and Public Reason", en George, Robert P. y Wolfe, Christopher, *Natural Law and Public Reason*, Georgetown University Press, Washington D.C., 2000, pp. 75-106.
- GAUS, Gerald F., "Liberal Neutrality: A Compelling and Radical Principle", *Perfectionism and Neutrality*, S. Wall and G. Klosko (eds.), Rowman and Littlefield, Lanham, 2003.
- HAMPTON, Jean, "The Moral Commitments of Liberalism", en Copp, David; Hampton, Jean y Roemer, John E. (eds.) *The Idea of Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993.
- JONES, Peter. "The Ideal of the Neutral State" en Goodin, Robert E. y Reeve, Andrew (eds.) *Liberal Neutrality*, Routledge, London, 1989.
- KYMLICKA, Will. "Liberal Individualism and Liberal Neutrality," *Ethics*, vol. 99, 1989.
- NAGEL, Thomas, "Moral Conflict and Political Legitimacy", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 16, 1987.
- _____, *Equality and Partiality*, Oxford University Press, Oxford, 1991.
- RAZ, Joseph, "Facing Diversity: The Case of Epistemic Abstinance", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 19, 1990.
- WALL, Steven, "Neutrality and Responsibility", *Journal of Philosophy*, vol. 98, 2001.
- WERTHEIMER, Alan, "Liberty, Coercion and the Limits of the State", Simon, Robert. L. (ed) *The Blackwell Guide to Social and Political Philosophy*, Blackwell, Oxford, 2002.

CAPÍTULO 35

DERECHO, PLANES Y RACIONALIDAD PRÁCTICA*

Bruno CELANO*

SUMARIO: I. *El paradigma de las razones*. II. *La racionalidad de los planes*. III. *La posibilidad del derecho*. IV. *La autoridad de los planes*. V. *Problemas fundamentales*. VI. *Bibliografía*.

I. EL PARADIGMA DE LAS RAZONES

De acuerdo con varias teorías jurídicas contemporáneas, existe una estrecha relación entre el derecho y la racionalidad práctica: el derecho nos proporciona, o al menos se propone darnos, razones para la acción. No es difícil encontrar el argumento a favor de esta afirmación. El concepto de una razón es —podemos suponer— el concepto normativo básico.¹ El derecho —podemos suponer adicionalmente— hace, o por lo menos se propone hacer, una diferencia práctica en nuestras vidas de esta manera: guía, o al menos se propone guiar, nuestra conducta diciéndonos lo que debemos hacer. Éste es —así la suposición continúa— un hecho básico acerca de lo que el derecho es: un hecho obvio que cualquier teoría plausible sobre la naturaleza del derecho debe ser capaz de explicar. De estas dos suposiciones se deriva que debe ser posible dar una explicación del derecho en términos de razones y de la práctica de dar razones (*reason-giving*). Es decir, debemos ser capaces de mostrar cómo las leyes intervienen (pueden, o deben intervenir) en el razonamiento práctico. Dilucidar esto contribuirá a dar una explicación de lo que el derecho *es* —es decir, de su misma naturaleza.

* Profesor de Filosofía del Derecho, en la Universidad Palermo Italia. (Traducción de Francisco Martínez Cruz, Revisado por Jorge Luis Fabra Zamora).

¹ “[L]as razones proveen la base última para la explicación de todos los conceptos prácticos”. Raz, Joseph, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979, p. 12.

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 2, pp. 1275-1303.

Podemos llamar “el paradigma de las razones” a esta noción general en la teoría jurídica contemporánea como. Diferentes versiones de este paradigma discrepan, no obstante, en cómo entender la relación correspondiente: cuál es la forma o formas del razonamiento en las que el derecho se sustenta al pretender guiar nuestras acciones. O, para decirlo de forma diferente, hay un amplio desacuerdo, entre los defensores del paradigma de las razones, acerca de qué tipo o tipos de razones para la acción se supone que el derecho nos da o pretende darnos.

Así que, por ejemplo, puede sostenerse que el derecho solamente nos da fragmentos de razones prudenciales para la acción, mediante la especificación de las condiciones que nuestra conducta debe satisfacer si queremos lograr los fines que deseamos. O, por tomar otro ejemplo sugerente (el cual, como veremos, tendrá un importante lugar en nuestra discusión), de acuerdo con Joseph Raz —el fundador y paladín del paradigma de las razones en la filosofía jurídica contemporánea— el derecho pretende proveer razones “protegidas” para la acción, *i.e.* razones de primer orden para actuar de modos específicos, las cuales son también razones excluyentes de segundo orden para no actuar con base en (algunas de) las razones contrarias al actuar en la forma relevante.²

En su libro *Legality*,³ Scott J. Shapiro recientemente ha planteado lo que a primera vista parece ser una nueva perspectiva en este campo. Shapiro la llama “Teoría del derecho como Planificación” (en adelante TP). La TP provee una explicación de lo que el derecho es en términos de un tipo particular de razones: planes; y una explicación del rol del derecho tanto en el razonamiento práctico como en la participación de un tipo especial de razonamiento práctico: la planificación y el uso práctico de planes. Esto no es más que la racionalidad de la planificación.

Los planes, como Shapiro los entiende, son un tipo de normas.⁴ Por “norma” Shapiro se refiere a “cualquier estándar... que se supone guía la conducta y sirve como base para evaluación o crítica”.⁵ Por supuesto, no es en lo absoluto inusual caracterizar al derecho como normas. La TP propone un cambio de idioma: suministra una elaborada traducción del uso común del derecho como normas —de “normas jurídicas”— en el idioma

² *Ibidem*, p. 18.

³ Shapiro, Scott, *Legality*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2011 (próximamente será traducido en español como *Legalidad*, Madrid, Marcial Pons).

⁴ *Ibidem*, p. 127.

⁵ *Ibidem*, p. 41.

de los planes y de la planificación. Los diferentes tipos de normas que componen un sistema jurídico se trasponen como diferentes tipos de planes.⁶

¿Por qué se supone que esta traducción —este cambio de idioma— es iluminador, o incluso, es informativo en absoluto? Todo depende de lo que asumamos que los planes sean y de su especificidad. ¿Qué tipo de razones son los planes?

Desde luego, las palabras “plan” y “planificación” no dicen mucho por sí mismas. Shapiro no nos pide buscar el significado de “plan” en un buen diccionario, y entonces reescribir la teoría jurídica en términos de lo que hayamos encontrado. Más bien, él quiere llamar nuestra atención hacia una teoría particular de la acción humana, construida a partir de una noción específica de plan y planificación; y él propone una reescritura, un ajuste y, además, una ampliación de nuestras opiniones acerca de lo que el derecho es en términos de tal teoría. Esta noción de plan es la noción moldeada por Michael E. Bratman en su trabajo sobre filosofía de la acción.⁷ Al llamar su propia teoría como una “teoría del derecho como planificación”, se debe entender que esta hace referencia a la teoría de la planificación de la acción de Bratman. Éste es el punto de encuentro del concepto de plan, y del entendimiento de Bratman de la acción humana como acción planificadora que, de acuerdo con Shapiro, hace posible un progreso sustancial en la jurisprudencia. ¿Por qué?

II. LA RACIONALIDAD DE LOS PLANES

Me permitiré empezar mediante la enumeración de los postulados fundamentales de la TP. La “afirmación central” de la TP —la “tesis de la planificación”—es que “la actividad jurídica es una forma de planificación social”:⁸

Las instituciones jurídicas planean para las comunidades sobre las cuales afirman autoridad, tanto al señalar a sus miembros qué pueden o no hacer, como al identificar a aquellos que están autorizados a intervenir en lo que los otros pueden o no hacer. Siguiendo esta afirmación, las reglas jurídicas son en sí mismas planes generalizados, o normas similares a planes [*plan-like norms*], dados por quienes están autorizados para planificar por otros. Y la adjudicación consiste en la aplicación de esos planes, o nor-

⁶ “Requerimientos”, “autorizaciones”, “instrucciones”, etcétera. *Ibid.*, pp. 227 y ss.

⁷ Véase Bratman, Michael E., *Intention, Plans, and Practical Reason*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1987; y *Faces of Intention. Selected Essays on Intention and Agency*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

⁸ Shapiro, *Legality*, *op. cit.*, p. 155. La “actividad jurídica” es definida como el “ejercicio de la autoridad jurídica”, *ibid.*, p. 195.

mas similares a planes, para aquellos a quienes se aplican. De esta forma, el derecho organiza la conducta individual y colectiva para que los miembros de la comunidad puedan realizar lo que consideran moralmente bueno que de otra manera no podría ser logrado, o no logrado tan bien.⁹

“Las leyes son planes”.¹⁰ Un sistema jurídico es “una enorme red de planes, muchos de los cuales regulan ya sea las propias acciones o incluso la ejecución de otros planes”.¹¹

¿De qué manera el derecho entendido como planes “organiza [...] la conducta individual y colectiva” de tal suerte que los miembros de la comunidad puedan lograr los objetivos que no podrían lograr de otra manera? Para responder esta pregunta tenemos que entender cuál es el rol que desempeñan los planes en el razonamiento práctico y en la acción voluntaria. Y para entender esto, tenemos que remitirnos a los argumentos de Bratman.

Las capacidades cognitivas humanas, observa Bratman, son limitadas. No podemos siempre, en cada momento de nuestras vidas, comenzar desde cero en la deliberación sobre qué hacer, mediante el balance de todos los pros y contras de todas las opciones disponibles presentes a la luz de todos nuestros deseos (o, de manera general, actitud-a-favor*) y creencias presentes. Más que eso, para coordinar nuestras actividades, tanto intrapersonalmente a través del tiempo (*i.e.* para organizar nuestras actividades desde el pasado hacia el futuro en una secuencia ordenada y significativa, de forma efectiva encaminada a conseguir nuestros fines) e interpersonalmente (*i.e.* para coordinar nuestras acciones con las de otros para la consecución de objetivos complejos, en la base de expectativas relativamente estables acerca de lo que otros harán), necesitamos instrumentos que refuercen y enfoquen nuestra deliberación, permitiendo a nuestra razón práctica presente desarrollarse continuamente a través del tiempo, e influenciar el futuro — instrumentos que nos permitan no ser agentes de “fracciones de tiempo” [“time-slice” agents]. Los planes son tales mecanismos. Al hacer planes, los agentes con una racionalidad limitada, dan forma a los problemas prácticos que enfrentan, y se vuelven capaces de extender su acción a través del

⁹ *Ibidem*, p. 155; véase también p. 195.

¹⁰ *Ibidem*, p. 195.

¹¹ *Ibidem*, p. 230.

* En el texto original, el autor utiliza la palabra *pro-attitude*, la cual se refiere a una disposición o postura mental que está encaminada a producir una acción. Aquí se ha preferido traducirla como “actitud-a-favor” (*N. del T.*).

tiempo, y cooperar con otros en la realización de cosas que ellos no podrían hacer por sí mismos.

¿Cómo los planes logran esta hazaña? Tener un plan para A significa que el asunto de decidir entre A y no A está *resuelto*. Los planes resuelven cuestiones prácticas; no están para ser reconsiderados en cada momento. Más bien, ellos envuelven un cierto tipo de *compromiso*: tener un plan para A implica estar comprometido a hacer A.

Este compromiso tiene dos dimensiones. Los planes controlan nuestra acción, y ellos estructuran nuestro razonamiento práctico. Esta última dimensión es la que aquí nos interesa.

Los planes son, típicamente, parciales. Cuando adoptamos un plan, normalmente dejamos los detalles, los medios y los pasos preliminares para ser desarrollados a la medida en que el plan vaya siendo llevado a cabo, y su especificación en circunstancias concretas queda abierta para una futura determinación. Así que, para tomar un ejemplo sencillo, si planeo ir a la librería mañana, puedo (y, generalmente, así lo haré) por el momento dejar abiertas las determinaciones acerca de cómo y a qué hora lo haré —y en esto aplica también a planes de una mayor escala, más complejos, articulados o de largo plazo. Segmentar el plan en diferentes partes o subplanes, encontrar formas apropiadas de llevarlos a cabo o diferentes partes de éste, completar los detalles, especificar el plan o sus partes, en relación a las circunstancias, son frecuentemente dejados para una futura deliberación.

Los planes, entonces, una vez adoptados, plantean una serie de problemas para nuestra deliberación: problemas concernientes a los medios o pasos iniciales a seguir para su ejecución; los diferentes subplanes en los que tienen que ser articulados; su especificación apropiada en circunstancias concretas. En una frase de Bratman, adoptar un plan sitúa a un agente bajo una demanda de “coherencia entre medios y fines”. El agente tiene que encontrar las formas apropiadas de llevarlos a cabo. Los planes son, sobre todo, un tema que requiere consistencia: los planes de un agente deben ser consistentes entre sí (*i.e.* debe ser lógicamente posible ejecutarlos de manera conjunta), y éstos deben ser consistentes con las creencias del agente (*i.e.* debe ser lógicamente posible ser ejecutarlos en un mundo donde las creencias del agente son verdaderas). O, en otras palabras, los agentes que planifican están sujetos a las diversas normas de racionalidad, acerca (1) de la selección de los medios apropiados, los pasos iniciales, los subplanes de un plan dado, o su especificación; y (2) sobre todo la consistencia de los planes y creencias del agente. Estas normas definen lo que puede ser denominada “la racionalidad de la planificación”; dan origen a las deman-

das —requerimientos normativos— que un agente que planifica de manera racional se supone que es capaz de satisfacer.

Estas demandas constriñen nuestro razonamiento práctico y le dan forma. La demanda de coherencia entre medios y fines proporciona un estándar de *relevancia* de opciones. La demanda de consistencia, a su vez, proporciona un estándar de *admisibilidad* de opciones. Cuando tengo un plan para A, estoy obligado a considerar, en mi deliberación, sólo opciones relevantes y admisibles (relativas a hacer A). Esto da un enfoque a mi razonamiento práctico, permitiéndole desarrollarse continuamente, y extender su influencia a través del tiempo. De esta manera, los planes hacen posible la coordinación intrapersonal de las diferentes actividades del agente desde el pasado hacia el futuro, y la formación de expectativas mutuas relativamente firmes (y, por tanto, de una coordinación interpersonal).

De esta manera, los planes —normalmente planes parciales— desempeñan un papel peculiar en nuestro razonamiento práctico: proporcionan un marco dentro del cual nuestras deliberaciones toman una forma definida, al definir los problemas a los que nos enfrentamos y la variedad de soluciones relevantes y admisibles. Bratman resume estas conclusiones diciendo que los planes proporcionan, como aportaciones a nuestro razonamiento práctico, una forma peculiar de razones, diferentes de las razones para la acción comunes basadas en deseos y creencias, las cuales él denomina “razones marco”. La acción humana es racionalizada, entre otros, por sus razones marco. Es gracias a tales razones es que no somos “agentes de fracciones de tiempo”.

Los postulados fundamentales de la TP (*supra* mencionados, en esta sección) deben ser entendidos en ese sentido. Al decir que las leyes son planes, Shapiro está afirmando que éstas desempeñan este papel en nuestro razonamiento práctico.¹² Las leyes, como planes, implican una especie particular de compromiso: ellas guían tanto nuestras acciones como nuestro razonamiento, al plantearnos problemas concernientes a las formas en las que los planes han de llevarse a cabo o ser especificados (las leyes, dice Shapiro, típicamente son planes parciales: aquellos encargados de su implementación o aplicación, tienen que completarlas e instrumentar subplanes adecuados), sujetos a demandas de consistencia.

Éste es el núcleo de la TP, en la medida en que tiene que ver el impacto del derecho en el razonamiento práctico. Como hemos visto, la planifica-

¹² ¿Quiénes son “nosotros” aquí? Éste es uno de los temas importantes con los que la TP tiene que lidiar; véase *infra*. V.1.

ción, como un tipo distintivo de compromiso específico para los agentes de racionalidad limitada, al posibilitar la coordinación intrapersonal e interpersonal a través del tiempo, está sujeta (según Bratman) a distintas normas de racionalidad (coherencia entre medios y fines, consistencia y —véase más adelante, sección V.2— normas de reconsideración racional); las leyes (afirma la TP) desempeñan los mismos roles y están sujetas a esas normas muy similares.

Esto es, para repetirlo, lo fundamental de la TP (al menos por lo que el paradigma de las razones tiene que ver con la teoría jurídica). Con el propósito de proporcionar un panorama completo de la teoría, sin embargo, es preciso agregar algunos elementos más.

Las leyes no son planes individuales. Éstas son, dice Shapiro, planes compartidos.

No sólo son compartidos algunos aspectos de la actividad jurídica, sino que lo es todo el proceso. La actividad jurídica es una actividad compartida en tanto que los diversos actores jurídicos involucrados desempeñan ciertos roles en la misma actividad de la planificación social: algunos participan al hacer planes e incidir en otros y algunos participan en su aplicación. Cada uno tiene un papel que desempeñar en la planificación para la comunidad. Esto se llama la “Tesis de la Acción Compartida”: “la actividad jurídica es una actividad compartida”.¹³

De hecho, Shapiro afirma¹⁴ que grupos de individuos enfrentados con serios problemas prácticos (y, especialmente, de índole moral), cuyas soluciones son complejas, polémicas, o (en el caso de problemas de coordinación, en el estricto sentido de la teoría de juegos) arbitrarias, pronto experimentarán las limitaciones de la ordenación espontánea y recurrirán a la planificación social: de forma similar, ellos pronto experimentarán las limitaciones de la falta de estructuración y ordenación de la planificación social (dependiente de la negociación o de la búsqueda del consenso), y el desarrollo sofisticado de “tecnologías de planificación”, posibilitándoles enfrentarse efectivamente con esos problemas. Los ingredientes básicos de tales tecnologías de planificación son la jerarquía (ciertos miembros del grupo planean para todo el grupo, ciertos miembros del grupo planean que ciertos miembros del grupo planearán para el grupo entero lo relacionado con el asunto S, etcétera), y esta institucionalización (específicamente, la creación de roles estables y abstractos —“cargos”— dentro de la estructura de la planificación de actividades, distintas de las que temporalmente ocupan a individuos concretos; y la determinación de los procedimientos a seguir

¹³ *Ibidem*, p. 204.

¹⁴ *Ibidem*, caps. 6 y 7.

en el ejercicio de esas funciones planificadas). El derecho es, Shapiro señala, una compleja estructura institucionalizada de planificación social de este tipo. En virtud de esta estructura, la comunidad tiene planes sociales disponibles los cuales hacen las veces de “cognición” para el grupo, fijando a la comunidad entera soluciones únicas para los problemas prácticos a los que se enfrenta (juegos de coordinación, batallas de los sexos, cuestiones morales complejas o controversiales).

[L]a actividad jurídica... busca alcanzar los mismos objetivos básicos que persigue la variada planificación ordinaria, es decir, guiar, organizar y monitorear la conducta tanto de individuos como de grupos. Esto se hace al ayudar a los agentes a reducir la deliberación, transacción y costos de negociación; al incrementar la predictibilidad de la conducta; al compensar la ignorancia y mala disposición, y al proveer métodos para fincar responsabilidad.¹⁵

III. LA POSIBILIDAD DEL DERECHO

De acuerdo con Shapiro, la TP supone la solución de un enigma fundamental, el cual la teoría del derecho ha discutido profusamente. El enigma (“el Enigma de la Posibilidad” [*the Possibility Puzzle*]) tiene que ver con la misma posibilidad del derecho y, a grandes rasgos, es éste: por una parte, corresponde a un funcionario crear una norma jurídica; por la otra, corresponde a una NORMA JURÍDICA crear a un funcionario (un individuo puede crear una norma jurídica sólo si está facultado para hacerlo; y sólo una norma jurídica puede facultar a un individuo). Esto genera una regresión infinita (la norma N1 es creada por el funcionario F1, quien está facultado para crear normas por N2, la cual es creada por F2, etcétera), o de un círculo vicioso (N1 es creada por F1, quien está facultado para crear normas por N1; o, F1 está facultado para crear normas por N1, quien es creada por F1). La TP, Shapiro afirma, evita los dos aspectos y proporciona una alternativa.

¿Cómo? La solución depende de la fuente de la AUTORIDAD de los planes, y de la manera en que éstos son creados. Los planes, observa Shapiro, son, indudablemente, normas positivas:¹⁶ son creados sólo en caso de que sean formados y adoptados por seres humanos. El poder para formar y adoptar planes no nos está “conferido por la moralidad”.¹⁷ Los agentes

¹⁵ *Ibidem*, p. 200.

¹⁶ *Ibidem*, p. 128.

¹⁷ *Ibidem*, p. 119.

humanos lo tienen en virtud de las normas de la racionalidad instrumental: el poder para formar y adoptar planes, como hemos visto,¹⁸ consiste en un conjunto de disposiciones, típicas de agentes humanos, y de normas asociadas de racionalidad.

Las normas de racionalidad instrumental, a su vez, no son creadas por nadie. Éstas existen en virtud de su contenido.¹⁹ Los planes existen, cuando disposiciones la clase relevante ocurren de conformidad (en términos generales) con esas normas. Éstas llegan a existir sólo en caso en que los agentes ejerciten esta capacidad —como una cuestión fáctica—. Entonces, la existencia de los planes depende, dada la capacidad humana para planificar, solamente de hechos históricos, sociológicos y no morales (la existencia no depende de normas morales). En el caso de planes, dice Shapiro, “el POSITIVISMO es sencilla e incontrovertiblemente cierto”.²⁰

Esta es la razón por la que la TP —la tesis de que las normas son planes— resuelve, acorde con Shapiro, el Enigma de la Posibilidad. Y ésta proporciona, sobre todo, una solución positivista. Los agentes humanos pueden formar y adoptar planes. Esto da lugar a una forma distintiva de compromiso:²¹ los planes tienen autoridad sobre quienes planifican. Pero este compromiso (la autoridad de los planes) no presupone ninguna norma adicional a las de racionalidad instrumental. Estas no son normas positivas (esto evita la regresión y el círculo vicioso). Tampoco son normas morales (y esto desmiente a las teorías iusnaturalistas). En consecuencia, si las normas son planes, la existencia de las normas depende en última instancia de los hechos sociales (y de los hechos sobre el actuar humano como actividad planificadora), no de hechos morales. El positivismo es reivindicado.

La autoridad que tales planes —incluyendo planes jurídicos— tienen sobre los agentes, entonces, depende del mero hecho de que sean formados y adoptados (y de normas de racionalidad instrumental). Acorde con la TP, en la fundamentación de un sistema jurídico radica una capacidad humana distintiva —la capacidad humana que tienen para obligarse a sí mismos mediante la formación y adopción de planes— además de un conjunto de hechos históricos y sociológicos (actos del ejercicio de esta capacidad).

¹⁸ Véase *supra* s. II.

¹⁹ “Existen simplemente en virtud de ser principios racionalmente válidos”, *ibidem*, p. 181.

²⁰ *Ibidem*, p. 119.

²¹ Véase *supra*, s. II.

IV. LA AUTORIDAD DE LOS PLANES

Pero, podemos desear indagar más, ¿en qué consiste la autoridad de los planes?

La adopción de un plan es, como hemos visto (s. II), una forma de *establecer* un curso de una acción. Esto significa que los planes no entran en el balance de razones ordinarias de primer grado a favor o en contra de cierto curso de acción. Más que eso, se supone que los planes existen “para reemplazar [*preempt*]”²² la deliberación respecto del balance de razones, y para estructurar una deliberación mayor sobre la forma de llevarlos a cabo.²³ Los planes, como razones marco, tienen fuerza para reemplazar a las razones ordinarias para la acción de primer grado: cuando tenemos un plan para A, está excluida la deliberación sobre los mérito (si debemos hacer A o no) —de otra manera, sería inútil tener un plan en primer lugar.

Lo que nosotros hemos llamado la “autoridad” de los planes consiste en este peculiar tipo de fuerza que implica el compromiso en la adopción de un plan: el problema es resuelto, *i.e. la deliberación sobre los méritos es excluida*. Los planes no entran en el balance de razones ordinarias para la acción —dentro de límites—²⁴ éstos suplantán el peso de las razones. La racionalidad de quien planifica (hasta cierto punto, como vamos a ver) consiste en no cuestionar si hay o no buenas razones para hacer lo que el plan dicta, sopesando cualquier razón que pueda haber en contra. Esto justifica hablar de planes como dotados de una suerte de “autoridad”.

Dado que las leyes son planes, la TP esto que todo esto también se aplica también a las leyes.²⁵ Y esto trae consigo, según Shapiro, una afirmación muy fuerte acerca de la naturaleza del derecho, y las formas en las que la existencia y contenido de las normas pueden ser aprehendidos.

Los planes, como hemos visto, pueden desempeñar el rol que se supone desempeñan sólo mediante el reemplazo de la deliberación sobre los méritos; por tanto, dice Shapiro, “[l]a existencia y contenido de un plan no puede ser determinado por hechos cuya existencia el plan trata de resolver”.²⁶ De esto, continúa Shapiro, se sigue que “[l]os hechos jurídicos están determinados únicamente por hechos sociales”.²⁷ Shapiro denomina esto la

²² *Ibidem*, pp. 128-9.

²³ Como hemos visto también, véase *supra*, s. II.

²⁴ Véase *infra*, s. V.2.

²⁵ Véase *e.g. ibidem*, pp. 201-2, p. 275.

²⁶ *Ibidem*, p. 275; esto es lo que Shapiro denomina como “la lógica de la planificación”.

²⁷ *Ibidem*, p. 269.

“Tesis de Exclusividad” (característica del positivismo jurídico excluyente). En otras palabras, la TP sostiene, mediante la lógica de la planificación, el rechazo del positivismo jurídico incluyente:

[s]i el propósito de tener Derecho es resolver problemas sobre lo que la moralidad requiere de forma tal que los miembros de la comunidad puedan llevar a cabo ciertos objetivos y valores, entonces las normas jurídicas serían inútiles si la manera de descubrir su existencia es mediante el razonamiento moral. Las normas jurídicas que carecen de pedigrí son como abrelatas que trabajan sólo cuando las latas están ya abiertas.²⁸

Todo esto nos da una imagen muy austera del tipo de normas de razonamiento práctico que se sostienen como planes. Los planes jurídicos deberían ser descubribles independientemente de cualquier investigación sobre la respuesta correcta de cuestiones que deben resolver; y, una vez descubiertos, deberían sustituir —dentro de límites— cualquier tipo de investigación. Pero, por otra parte, el tipo de razonamiento práctico típico de agentes que deliberan dentro de un marco provisto por planes adoptados previamente, puede ser también caracterizado como creativo. Los planes son, típicamente, parciales; y los agentes que planifican tienen que inventar medios apropiados, pasos iniciales, subplanes y maneras de especificarlos en circunstancias concretas, en orden a cumplir sus planes.²⁹ Todo esto requiere, dentro del marco del plan, una buena medida de imaginación y de ingenio.

Dos comentarios son aquí apropiados. (1) La caracterización de los planes como dotados de fuerza previa (relativos al balance de razones de primer grado), y el argumento de la TP para el positivismo jurídico excluyente (basado, como hemos visto, en la “lógica de la planificación”) tienen una clara afinidad con el argumento de Raz acerca de que las normas obligatorias son razones protegidas para la acción, al implicar razones excluyentes de segundo orden,³⁰ y con su argumento en favor de la Tesis de las Fuentes,³¹ basado en la suposición de que el derecho pretende AUTORIDAD (en términos generales: las directivas jurídicas pretenden ser autoritativas; por ello, deben ser tales que puedan ser autoritativas; razones autoritativas para la acción incluyen razones excluyentes: éstas reemplazan la deliberación acerca de los méritos del caso; entonces, las directivas jurídicas deben ser tales que su existencia

²⁸ *Ibidem*, p. 275.

²⁹ Véase, *supra*, s. II.

³⁰ Véase *supra*, s. I.

³¹ Raz, Joseph, “Authority, Law and Morality”, en Raz, J., *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Clarendon Press, 1994.

y contenido puedan ser descubiertas sin recurrir a la deliberación sobre los méritos —*i.e.* independientemente de consideraciones morales).

Ahora, es cierto que los planes dan forma y centran nuestra deliberación, al seleccionar opciones relevantes y admisibles, y que éstos resuelven problemas prácticos. Pero éstos no son razones para la acción en la manera en que lo son las razones protegidas o excluyentes de Raz.

a. Los planes no son razones protegidas. Las razones protegidas de Raz implican razones para actuar de cierta manera: *ceteris paribus*, o *pro tanto*, éstas hacen racional ejecutar (o hacer elegible) la acción relevante. Pero los planes no son, en esta forma, razones para actuar como se había planeado. Entenderlos en esta manera podría “conducirnos a sancionar formas inaceptables de hacer algo sin preparación”.³² Si los planes fueran, en ese sentido, razones para la acción como hemos visto, esto podría acarrear que un plan para A pudiera, en principio, inclinar la balanza de razones a favor y en contra de la acción A. Entonces, podría ser al menos posible en algunas ocasiones para un agente convertir a la acción A en algo racional de hacer para él, o hacer de la acción A algo irracional para él, al simplemente adoptar el plan para A. Al adoptar el plan, el agente podría atraparse a sí mismo dentro de la racionalidad, sin importar que la acción A fuera o no algo sensato de hacer, y si fuera o no racional para él, en primer lugar. Esto haría, de hecho, demasiado sencillo para un agente librarse de la carga de irracionalidad al haber decidido por A. Comprender los planes como razones para la acción, según lo visto, tiene consecuencias altamente contraintuitivas.

De lo anterior se sigue que, a pesar de las apariencias, la idea de que las normas son planes no puede dar cuenta de la suposición de que el derecho proporciona razones para la acción en ciertas maneras, al decir a las personas qué deben hacer. Esta afirmación es el principio fundamental del paradigma de las razones en la contemporánea teoría jurídica.³³ Por tanto, a pesar de las apariencias, la TP no califica como una versión del paradigma de las razones.

b. Los planes tampoco son razones excluyentes. La manera en que los planes estructuran el razonamiento práctico —es decir, como razones marco (*supra*, s. II)— difiere de la manera en que las razones excluyentes lo restringen. Los planes no son razones para no actuar en ciertas (suerte de) razones.

³² Bratman, Michael E., *Intention, Plans, and Practical Reason*, *op. cit.*, p. 24.

³³ Véase, *supra*, s. I.

“[F]iltrar ciertas opciones de la deliberación de alguien” —que es lo que hacen las razones marco— es diferente de “ignorar ciertas razones”.³⁴

Por lo anterior, uno debe ser muy cuidadoso al observar la afirmación de que los planes son razones marco. Esta afirmación debería ser entendida de conformidad con lo que ha sido mencionado. Los planes no son razones para la acción como se había pensado, ni son razones como las entiende Raz. De esta manera, la semejanza entra el argumento de Raz para la Tesis de las Fuentes y el argumento de la “lógica de la planificación” de la TP para el positivismo excluyente, debería también tenerse como una superficial.

(2) Podría plausiblemente argumentarse que el argumento de la “lógica de la planificación” de Shapiro para el positivismo jurídico del tipo excluyente, es demasiado apresurado, por dos razones.³⁵ Primero, la posibilidad de un plan que dirija a los agentes a hacer uso, en específicas circunstancias, (en las cuales, *e.g.* ellos pueden esperar actuar sin pensar) de sus juicios morales, no está gobernada por la lógica de la planificación. Segundo, una ley, como plan, puede resolver el problema concerniente a la aplicabilidad, para dar un cierto caso, de un cierto predicado moral, o conjunto de predicados morales, mientras deja abierto —y permite que la solución dependa del caso— si un predicado moral diferente, o un conjunto de tales predicados, aplica o no en un caso individual (del tipo que disciplina).

V. PROBLEMAS FUNDAMENTALES

Cuando es considerada a la luz de su impacto en nuestro entendimiento del rol de las normas en el razonamiento práctico, la TP suscita dos problemas fundamentales.

1. *¿La autoridad de quién? ¿sobre quién?*

Hasta aquí, he estado hablando del compromiso que los planes implican como aportes a “nuestro” razonamiento práctico, y de su autoridad sobre “nosotros”. Pero ¿quiénes somos “nosotros”? De manera ordinaria, en la diversidad de la planificación la respuesta es sencilla: los planificadores en sí

³⁴ Bratman, Michael E., *Intention, Plans, and Practical Reason*, *op. cit.*, p. 180, n. 11; *Cf.* también Bratman, Michael E., *Structures of Agency. Essays*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 290, n.15.

³⁵ Waldron, Jeremy, “Planning for Legality”, *Michigan Law Review*, vol. 109, 2011, pp. 895-6.

mismos. El compromiso implicado en la planificación es el compromiso en la parte del agente que planifica. La autoridad de los planes es la autoridad que los planes tienen sobre los agentes que planifican. Pero ¿qué sucede con los planes *jurídicos*?

La planificación jurídica también implica, a primera vista por lo menos, la planificación *para los demás*. Y esto no parece ser un rasgo secundario o insignificante del derecho. Las leyes, incluyendo las normas fundamentales de un sistema jurídico (a las cuales Shapiro llama “plan maestro”) son planes que ciertos individuos forman y adoptan (también) para otros individuos, y que aplican (también) para la conducta de esos últimos. Los planes jurídicos afirman autoridad sobre agentes diferentes a quienes los han creado. Estos pretenden desempeñar el rol que los planes como tales se supone que desempeñan³⁶ en el razonamiento práctico del público en general.

¿O esto no es así? Una respuesta afirmativa a esta pregunta invita a una réplica obvia:³⁷ ¿por qué diablos *yo* debería ser obligado —en el sentido de que los planes obligan—³⁸ por un plan que *alguien más* ha creado para mí? Los planes tienen autoridad sobre quienes planifican.³⁹ Pero ¿por qué debería sujetarme a la autoridad de un “plan” —una norma—⁴⁰ que alguien más ha dictado para determinar mi conducta? ¿Por qué deberían tales normas desempeñar el rol de planes —el rol, que es, de razones marco, involucrando un compromiso bidimensional— en mi razonamiento práctico?

Aquí hay un doble problema para la TP. Primero, nosotros no deseamos, supongo, permitir que cualquiera pueda venir y dictar una norma que determina mi conducta que, *eo ipso*, sea vinculante para mí, me comprometa a realizar una acción prescrita, y que deba desempeñar el rol de una razón marco en mi deliberación. Debe haber una explicación de por qué algunos individuos tienen —si es que alguien en efecto lo tiene— el poder de dictar normas vinculantes para otros individuos (Supongamos que X planea para Y. Eliminado consideraciones especiales, Y podría muy bien objetar el plan de X diciendo: ¿y qué?).

³⁶ Véase, *supra*, ss. II y IV.

³⁷ Celano, Bruno, “What Can Plans Do for Legal Theory?”, en Canale, D. y Tuzet, G. (eds.), *The Planning Theory of Law. A Workshop with Scott Shapiro*, Dordrecht, Springer, 2012. La traducción en español está próxima a ser publicada: Canale, D., Tuzet, G. (eds), *Reglas, principios y planes. Un análisis de la teoría jurídica de Scott J. Shapiro*, Madrid, Marcial Pons.

³⁸ Por implicación, *i.e.* un compromiso bidimensional. Véase, *supra*, s. II.

³⁹ Véase, *supra*, s. IV.

⁴⁰ Véase, *supra*, s. I.

Segundo, ¿por qué deberían tales normas ser denominadas “planes”? Los planes bratmanianos son formados y adoptados por el agente que planifica (sea la acción relevante en primera persona del singular o del plural).⁴¹ Supóngase que X tiene el poder de dictar a Y una norma obligatoria —una norma tal que Y deba cumplir con ella—; parece que esa norma no sería un plan (en el sentido de Bratman). En esta situación, la noción de plan (en el sentido de Bratman), parece que no es aplicable. Una cosa es para X formar y adoptar un plan (y, por tanto, darse a sí mismo una razón marco para la acción), y otra muy distinta adquirir una razón para hacer A porque Y haya planificado que ella debería hacer A. En esta última hipótesis, la palabra “plan” no tiene el mismo significado como en la primera.

Hay dos estrategias que puede tomar la TP para lidiar con esta dificultad. Ambas estrategias, sin embargo, implican un reajuste dramático de la TP, y una limitación también drástica de sus ambiciones explicativas. La primera consiste en la reducción del alcance del compromiso que implican los planes jurídicos para sus autores, es decir, los funcionarios. La otra es la reducción de la aplicación de la TP para aquellos que son ciudadanos, y entre los funcionarios, para quienes acepten hacer suyos los planes elaborados para ellos.

Lo que no es una estrategia disponible, creo, es dar por sentado —o, peor, observar como una verdad conceptual, o como una cuestión de la naturaleza fundamental del derecho— que, dondequiera que un sistema jurídico exista, el conjunto entero de individuos a cuya conducta las normas del sistema se aplican, conforman un solo macro-agente unificado de cierta clase, cuyos planes (justo como sucede en el caso de planificadores individuales) tienen autoridad sobre sí mismo. En efecto, los planes pueden ser compartidos por una pluralidad de individuos, cuyas acciones e intenciones están apropiadamente ajustadas entre sí de modo tal que equivalen a la ejecución colectiva de un plan único y unificado, a través de la ejecución, por diferentes agentes, de sus subplanes engranados adecuadamente. Así entendida, la agencia en primera persona del plural no es un fenómeno imposible o inusual. Los casos paradigmáticos corresponden a grupos de pequeña escala de ideas afines, quienes comparten la intención de perseguir objetivos definidos y relativamente circunscritos. Un ejemplo de esto podría ser una orquesta al ejecutar una sinfonía, o un equipo de fútbol cuyos miembros se comprometen con la empresa de jugar, en la mejor de sus capacidades, un partido de fútbol. Podría ser un mal consejo, sin embargo, tratar de entender la manera en que un sistema jurídico doméstico

⁴¹ Cfr. *Infra*, en esta sección.

contemporáneo, organiza la conducta de (incluso) miles de millones de individuos que con capacidad de decisión y consentimiento, que frecuentemente al menos en parte disienten, que frecuentemente también son individuos alienados, en el mismo modelo de una orquesta o de un equipo deportivo. Las actitudes de estos individuos hacia el derecho son, típicamente, demasiado divergentes. Ni se mencionen las diferencias en poder, estatus o salud, y los conflictos que las mismas originan. Las operaciones de un sistema jurídico completo no deberían, creo, ser entendidas como una instancia de agencia en primera persona del plural (en el sentido *supra* citado), donde participan todos los individuos, a cuyas conductas las normas del sistema se aplican. Esto debería ser, me parece, ingenuo y simplista.

Así que, exploraré las dos estrategias disponibles para la TP, y su importancia en la afirmación de la TP según la cual, las leyes desempeñan el rol de planes en el razonamiento práctico de algunos agentes.

(1) *Sólo para funcionarios*. La primera estrategia es reducir el alcance del compromiso implicado en los planes jurídicos hacia sus autores, es decir, los funcionarios. En una estructura jerárquica institucionalizada de planificación, como es el derecho (*supra*, s. II), algunos de los funcionarios determinan un plan para otros funcionarios. Pero, con tal que todos ellos sean parte de la institución (la cual, como hemos visto, es una estructura impersonal, consistente en roles abstractos o funciones), al ocupar distintas funciones en la estructura, podemos asumir que todos esos funcionarios para quienes los planes son formados y adoptados (incluso aquellos alienados) están, de hecho, sujetos a su autoridad.

Esta es una estrategia viable. No obstante, tiene el inconveniente de disminuir para los funcionarios del sistema (y los autores de su plan maestro) el objetivo de la guía que las leyes, como planes, pretenden proporcionar. En esta lectura, la afirmación fundamental de la TP —que las normas son planes— es verdadera sólo respecto de los funcionarios.

(2) *Compromiso a través de la aceptación*. La segunda estrategia consiste en garantizar que la afirmación de la TP es verdadera sólo respecto de quienes, entre los individuos para cuya conducta las normas se aplican sean o no funcionarios— aceptan los planes formados para ello, y, así hacen suyos esos planes (creados por otros). De acuerdo con esta estrategia, las normas jurídicas son planes sólo respecto de aquellos que las adoptan como tales para la guía de su propia conducta, por lo que quedan sujetos a la autoridad de esos planes (*i.e.*, comprometiéndose a sí mismos a su ejecución y tratándolos como razones marco en su deliberación).

Esta también puede ser una solución viable, dependiente de cómo sea entendida la noción principal de “aceptación” de un plan (la víctima, en el forcejeo de su bolso con el pistolero, ¿“acepta” el plan de éste de robárselo?). Eso también, sin embargo, implica una limitación drástica de la verdad de la principal afirmación de la TP.

¿Cuál de estas estrategias emplea la TP, o debería emplear —por razones de consistencia y coherencia—? No es del todo fácil, como voy a explicar, resolver esta cuestión. Ninguna estrategia se adecua con lo que Shapiro dice. Pero, por otra parte, hay cosas que él menciona y que apuntan en ambas direcciones.

Primero, no queda claro si lo que la TP afirma es que las “reglas fundamentales” —*sólo* las reglas fundamentales— de un sistema jurídico son planes, o que todas las leyes —todas las normas jurídicas como tales— son planes. Shapiro a veces parece afirmar lo primero, una afirmación limitada, mientras en otras ocasiones él claramente señala o sugiere lo último (o, dicho de forma diferente, lo que dice, de hecho supone lo último). En la primera hipótesis, parece, la TP se aplica a aquellos individuos cuya conducta las “reglas fundamentales” de un sistema jurídico directamente organiza, específicamente, a los funcionarios. En esta hipótesis, en otras palabras, el derecho comprende un conjunto de normas que son planes de los funcionarios (y de los autores del plan maestro), más un conjunto de normas —aquellas que se proponen organizar la conducta de ciudadanos ordinarios— que no son, como tales, planes. En la segunda hipótesis, por el contrario, todas las normas son los planes de alguien. Estas dos afirmaciones son diferentes y tienen diferentes implicaciones.

Segundo, en la argumentación de que las normas son planes, y que la actividad jurídica es una actividad compartida, Shapiro repetidamente asume que aquellos para quienes las normas relevantes se aplican, *aceptan* los planes que otros han formado y adoptado para ellos. Daré dos ejemplos detallados de esto.

En la sección titulada *Introducing hierarchy*,⁴² lo que el “chef principal” del Club de Cocina hace (el paradigma ficticio de Shapiro de un tipo de actividad conjunta relativamente simple en el que gradualmente desarrolla una planificación organizada) es, simplemente, dar *órdenes*.⁴³ Esto es sólo porque nosotros, los “chefs subordinados”, aceptamos los planes que él hace para nosotros, o porque nosotros aceptamos su autoridad y que sus órdenes nos

⁴² Shapiro, Scott, *Legality*, *op. cit.*, pp. 140 y ss.

⁴³ “Esto es, to puedo *ordenar* a ellos hacerlo”, *ibid.*, p. 141.

vinculen. Shapiro escribe:⁴⁴ “cuando el chef principal ordena a un subordinado realizar alguna acción, nosotros debemos decir que el chef “adopta un plan” para el subordinado. Así que, ¿cualquiera puede, a su voluntad, adoptar un plan para mí? No, pero, obviamente, la aceptación de planes adoptados para mí por alguien más (*i.e.*, *adopción* del plan, en la primera persona.), y el *compromiso* de cumplirlo, me hacen sujeto de los requerimientos normativos por los cuales la planificación está gobernada. Por ello,

mediante el establecimiento de la orden, el chef principal sitúa al subordinado bajo una norma diseñada para guiar su conducta y para ser usada como una base para la evaluación. Sobre todo, el chef principal no pretende que su orden sea tratada como una consideración a ser tomada en cuenta cuando el subordinado planifica qué hacer. Más que eso, el chef principal pretende resolver el problema a su favor. Y *porque el subordinado acepta la relación jerárquica, él adoptará el contenido de la orden como su plan* y revisará sus otros planes con la finalidad de que sean consistentes con la orden. Él tratará la orden como si él la hubiere formulado y adoptado por sí mismo.⁴⁵

Y, de nuevo:

...partes del plan compartido autorizan a ciertos miembros del grupo desarrollar o aplicar las otras partes del plan compartido. Estas “autorizaciones” son aceptadas cuando los miembros del grupo *acuerdan someter su poder exclusivo de planificar y comprometerse a seguir los planes formulados y aplicados por los miembros autorizados*. De esta manera, cuando alguien autorizado por el plan compartido determina una orden, ésta de ese modo extiende el plan y da a los miembros del grupo nuevos sub-planes a seguir.⁴⁶

Cuando alguien más adopta un plan por mí, y yo lo adopto para mí —o me comprometo a su ejecución (tal vez porque he transferido a él de alguna manera mi poder de adoptar planes por mí mismo)— entonces yo tengo un plan. ¿Esto es todo lo que Shapiro trata de decir? Entonces, ¿la TP debe ser entendida como una afirmación de que las normas jurídicas son planes sólo en caso de que los individuos, para cuya conducta éstas se aplican, las aceptan como sus planes propios, comprometiéndose a sí mismos, y sólo por esos individuos? ¿O quizá lo que la TP afirma es que, como un problema de necesidad conceptual, o de la naturaleza fundamental del derecho, los individuos para cuya conducta las normas jurídicas se aplican, las adoptan como planes? *Legality* no proporciona una respuesta única a estas preguntas.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ *Idem*. (el énfasis es mío).

⁴⁶ *Ibidem*, p. 142. (el énfasis es mío).

Considérese, como un segundo ejemplo, la sección en el capítulo 6 titulada *The Inner Rationality of Law*.⁴⁷ Aquí, las normas de racionalidad instrumental⁴⁸ aplicadas sólo para aquéllos que aceptan las reglas jurídicas fundamentales (*i.e.* el plan maestro), esto es, sólo para los funcionarios jurídicos y para “buenos” ciudadanos. (Las normas importantes de racionalidad gobiernan la actividad de planificación; por tanto, éstas se aplican tan sólo a quienes están vinculados al plan.) Los hombres malos —es decir (o más bien parece que son) todos aquellos que no han aceptado la aplicación de las normas jurídicas a su conducta como sus propios planes— no están sujetos a sus restricciones. Las normas son planes, parece, dependiendo de factores contingentes (actitudes cambiantes de los individuos) y sólo para secciones restringidas y variables de los individuos en cuya conducta son aplicadas.

Así, Shapiro parece sugerir que las normas son planes sólo respecto a aquéllos que las aceptan como sus propios planes, o al menos aceptan que sus creadores (*i.e.* funcionarios) están facultados para planear por ellos. Esto disipa la dificultad (“¿los planes de quién?”), pero con un gran costo. Si asumimos que todos los individuos involucrados aceptan los planes relevantes, haciéndolos suyos como si ellos los hubiesen diseñado y adoptado por sí mismos, hablar de planes —y del tipo distintivo de planes vinculatorios que implican⁴⁹— seguramente se vuelve apropiado. En esta hipótesis, de forma poco sorprendente, las leyes desempeñarán, en el razonamiento práctico de estos individuos, el papel que los planes supuestamente desempeñan. Pero esto es una forma de formular la afirmación pretendida (*i.e.* que las normas son planes, y que por ello tienen, para aquéllos a cuya conducta se aplican, la característica autoridad no moral que los planes tienen como tales) sea cierta sólo de una forma trivial. Si nosotros *asumimos* que los individuos relevantes se vinculan por sí mismos, o se comprometen por sí mismos a cumplir con el derecho, no deberíamos sorprendernos de encontrarlos vinculados o comprometidos. En efecto, en el caso del derecho, nosotros estamos tratando con una estructura jerárquica institucionalizada para la planificación. Pero esto solamente multiplica la dificultad. El trabajo adicional requerido podría sólo ser hecho, aquí, por una teoría sustantiva de legitimación a través de la aceptación. Tal teoría, no obstante, está ausente en *Legality*, y es totalmente ajena a la empresa teórica de Shapiro. Es más, el paso —asumiendo que todas las partes involucradas aceptan los planes

⁴⁷ *Ibidem*, p. 183.

⁴⁸ *Idem*, “[L]as normas distintivas de racionalidad que atienden la actividad de la planificación”: consistencia, coherencia entre medios y fines, no reconsideración de razones convincentes ausentes.

⁴⁹ Su autoridad distintiva; *Cit. supra*, ss. II, IV.

aplicándolas a su conducta — no arroja luz sobre situaciones menos conciliadoras. La asunción es problemática precisamente en el punto que es el relevante para el derecho. Creo que no queremos hacer esto un problema de necesidad conceptual, o de la naturaleza fundamental del derecho, que las normas sean aceptadas por todos quienes están sujetos a ellas.

Haré una síntesis de lo expuesto. Primero, ninguna estrategia encaja del todo con lo que dice Shapiro; segundo, hay cosas que él dice y que apuntan hacia ambas direcciones; pero, tercero, cada una de esas dos estrategias tienen, como hemos visto, serios inconvenientes. Y finalmente, ambas estrategias demandan, cada una a su propio modo, un dramático reajuste de la TP, y una limitación radical de sus ambiciones explicativas. En las dos hipótesis, la afirmación audaz de que las normas son planes debe ser revocada.

Estas consideraciones justifican, me parece, una conclusión escéptica. Shapiro no es claro acerca de cuál estrategia, si es que hay alguna, es la que él avala. El problema, sin embargo, es crucial, y la indeterminación sobre tal problema crucial quebranta la empresa entera. A menos que una de las dos estrategias viables (con sus respectivos inconvenientes atendidos) sea explícita y decididamente avalada y, en consecuencia, las ambiciones explicativas de la TP sean reducidas en la forma en que lo requieren, nosotros estamos forzados a concluir que la noción de Bratman de un plan no puede legítimamente ser puesta al servicio de lo que Shapiro refiere. A menos que una de las dos estrategias viables sea avalada, las normas no pueden ser caracterizadas coherentemente como planes (bratmanianos).

2. *Reconsideración*

Como se ha anotado *supra*,⁵⁰ los planes están destinados a resolver problemas prácticos. No está en juego su reconsideración en todo momento — de otra manera, serían inútiles: no estarían haciendo el trabajo de pensar por nosotros. Esto, no obstante, no significa que deban ser ejecutados *pase lo que pase*. La planificación no reemplaza (razonablemente) la deliberación acerca de los méritos de lo que pueda suceder, o cualquier nueva información que el agente pueda llegar a adquirir. Los planes pueden ser, y en ocasiones razonablemente deberían ser, reconsiderados y tal vez abandonados. El compromiso que implica tener un plan es un compromiso *derrotable*.

Esto deja una cuestión obvia. ¿Cuáles son las condiciones de la reconsideración racional para los planes? Es decir, ¿cuándo es razonable para un

⁵⁰ Véase, *supra*, II, IV.

agente reabrir la deliberación acerca de los méritos que deben guiarlo para la adopción de un plan, y reconsiderarlo a la luz de nueva información o de circunstancias inesperadas?

Cuestiones análogas emergen para las varias versiones del paradigma de las razones en el campo de la teoría jurídica. A grandes rasgos: aceptando que las normas jurídicas son razones de segundo orden, el resultado de un primer balance de las razones de primer orden a favor y en contra de un determinado curso de acción, ¿cuándo —si acaso— estamos justificados, a la luz de nueva información o de circunstancias inesperadas, a no tomarlas por su valor aparente, y volver a las razones relevantes de primer orden, y entonces reabrir nuestra deliberación acerca de los méritos (justo lo que supuestamente la regla ha resuelto)?

Para tomar tres ejemplos influyentes, la cuestión emerge, primero, respecto a la teoría de J. Raz de las normas mandatorias: dado que las normas proporcionan razones excluyentes de segundo orden para la acción, ¿cuándo estamos justificados a suspender su aplicación y a actuar conforme a las razones (tipos de ellas) que están, hipotéticamente, excluidas por ellas? En términos generales, el mismo problema puede ser expuesto en términos de la doctrina de la autoridad de Raz: ¿cuándo la posibilidad de que una directiva autoritativa esté equivocada nos justifica deliberar acerca de los méritos?

La cuestión se plantea —segundo ejemplo— en relación con el entendimiento de Frederick Schauer del proceso de decisión basado en reglas (como opuesto a un proceso “particularista”). Las reglas son generalizaciones prescriptivas atrincheradas. Esto significa que su aplicación, algunas veces, conducirá a quienes toman decisiones, a cometer errores. ¿Cuándo una generalización prescriptiva atrincherada es razonablemente desatrincherada?⁵¹

Y esta pregunta se plantea —tercer ejemplo— en relación con la manera en que Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero⁵² señalan la distinción entre normas jurídicas y principios. Las normas jurídicas son “opacas”: ellas ocultan a nuestra vista el balance de principios, los cuales, podemos asumir, las justifican. ¿Cuándo, si acaso, estamos justificados a tratarlas como

⁵¹ El seguimiento de este problema conduce a Schauer a un “particularismo basado en reglas”. Schauer, Frederick, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford, Clarendon Press, 1991, pp. 93 y ss.

⁵² Véase Atienza, Manuel, y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996; *Ilícitos atípicos*, Madrid, Trotta, 2000; y “Rules and Principles Revisited”, *Associations*, vol. I, 2000. Cfr. Ródenas, Ángeles, “Entre la transparencia y la opacidad. Análisis del papel de las reglas en el razonamiento judicial”, *Doxa*, vol. 21, 1998.

“transparentes”, viéndolas a través de ellas a los principios que supuestamente encarnan, y su peso relativo en el caso en cuestión?

En términos generales, el problema es el siguiente. Las reglas son, en nuestro razonamiento práctico, entidades intermediarias:⁵³ ellas median entre las razones de primer orden para la acción (no importa, aquí, si éstas son entendidas como basadas en elementos sobre la estructura psicológica del agente, *e.g.* deseos y creencias, u objetivamente, como hechos) y la acción. En la medida en que desempeñan este rol, deben ser tomadas por su valor aparente, y ser seguidas de acuerdo a su tenor. Cuando un problema práctico —un “caso”— surge, de tal suerte que la regla aplique, la regla debe cumplirse. Si, en cada ocasión en que la regla aplique, estuviésemos justificados a considerar si sí o no y cómo las razones relevantes de primer orden aplican, y si es que el balance en este tipo de caso milita o no en favor de la línea de acción que la regla prescribe, la regla sería inútil. No desempeñaría un papel mediador, sino principal.⁵⁴ Pero, por otro lado, sería irrazonable seguir la regla a ciegas en todas y cada una de las ocasiones en que sea aplicable. Circunstancias no previstas pueden presentarse por sí mismas, nueva información puede arrojar una luz diferente en algunos de los casos en los que la regla, de conformidad con su carácter, es aplicable. En resumen, casos imprevistos pueden surgir, cuyas peculiaridades justifican al agente evitar la aplicación de la regla y reconsiderarla, a la luz de razones de primer orden, de nivel fundamental a favor o en contra de la línea de acción que prescribe. Por ello, en la medida en que se realiza razonablemente su función mediadora, las reglas no deben siempre ser tomadas por su valor aparente, pase lo que pase. Tenemos, aquí, dos exigencias conflictivas —podemos llamarlas (por sí mismas, sin embargo, estas etiquetas son escasamente informativas)— “estabilidad” y “flexibilidad”. Un equilibrio adecuado debería ser hallado entre ellas.

Es fácilmente entendido que proporcionar una solución satisfactoria a este problema es de crucial importancia para las teorías que he mencionado (y para la de Shapiro también). Teorías como éstas plantean, y deben mantener, una distinción entre dos niveles en nuestro razonamiento práctico. Las reglas, directivas autoritativas, o, en la TP, planes, se supone que pertenecen al nivel superior intermediario. Pero, por otra parte, la distinción, so pena de

⁵³ Raz, Joseph, “Reasoning with Rules”, en Raz, Joseph, *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

⁵⁴ Nótese la analogía entre esta línea argumentativa y el argumento de la “lógica de la planificación” de Shapiro, *cit. supra*, s. IV. De acuerdo con el punto de vista que estamos en este momento discutiendo, las reglas, sólo como planes bratmanianos, se supone que resuelven cuestiones prácticas.

irracionalidad, no debe ser demasiado rígida (ésta es sólo una metáfora, por supuesto. ¿qué tanto puede ser usada la metáfora de la “rigidez”? Precisamente, éste es el problema). Así que, por un lado, la división entre razones de primer y segundo orden debe ser lo suficientemente firme como para operar como restricciones en nuestra deliberación. Permitir a los agentes siempre reconsiderar provocaría un colapso del nivel superior sobre el inferior. Pero, por otro lado, tomar la restricción como si fuera absoluta volvería la teoría de los dos niveles de racionalidad práctica en una apología de la adoración ciega de las reglas (o planes).

El tratamiento que Shapiro da a este problema en su conjunto, en *Legality*, es incompleto. De acuerdo con Shapiro, las normas jurídicas, como los planes ordinarios, de cada día, son derrotables. Pero, él afirma, un peculiar elemento de las normas jurídicas, en contraste con los planes cotidianos, es que las normas por sí mismas especifican las condiciones bajo las que ellas deben ser reconsideradas, o inaplicadas. Las normas jurídicas (no necesariamente una por una, tal vez en conjunto) especifican los casos en los que habrán de ser inaplicadas.

¿Es ésta una posición plausible? La pregunta para la TP, aquí, es doble.

(1) ¿Se puede razonablemente asumir que una norma —una norma de conducta— puede determinar por adelantado, exhaustivamente y en términos no vacíos (*e.g.* “a menos que haya razones irresistibles para lo contrario”), las hipótesis de su inaplicación?

Una regla que incluya un conjunto (tal vez completo) de excepciones detalladas es lógicamente posible. Y, como una cuestión de hecho, una persona competente de tomar la decisión de aplicar una regla dada puede tratar un conjunto (tal vez completo) de excepciones como si fuera exhaustivo. Los semáforos, por ejemplo, funcionan de esta manera. Pero, creo, la posibilidad de que circunstancias imprevisibles donde la regla se aplique se presenten, o que nueva información arroje una luz diferente sobre los casos en los que la regla, de acuerdo con este tenor, debe ser tomada con seriedad. Y, si nosotros nos la tomamos en serio, tratar las reglas (o un conjunto de reglas) exhaustivamente especificando por adelantado los casos de su inaplicación, se vuelve (además de especificaciones vacías) eminentemente irrazonable.

Esto no evita la posibilidad de que, en contextos especiales, por razones particulares, pueda ser razonable sujetar a quienes toman decisiones a una aplicación de la regla estricta y sin excepciones (aparte de aquellas excepciones detalladas que, tal vez, la regla ya especifica), de acuerdo con su carácter. Tal vez haya buenas o decisivas razones a favor de la instalación de semáforos en ciertos cruces de caminos. Más importante, la imposición de estrictos

procesos de decisión basados en reglas sobre conjuntos específicos de personas que toman decisiones, en relación con conjuntos específicos de decisiones, puede funcionar como un mecanismo efectivo para la asignación de poder de decisión.⁵⁵ Pero esto es dudoso e el *derecho*, como tal, razonable deba ser mente observado como un contexto especial —con lo que se concluye que las normas jurídicas, como tales, pueden razonablemente ser tratadas como normas que exhaustivamente especifican por adelantado (en términos no vacíos) las excepciones en las que no son aplicables.

(2) La segunda cuestión es ésta: ¿Pueden los planes (en el estricto sentido bratmaniano, adoptado por la TP) de forma exhaustiva y no vacía especificar por adelantado las condiciones en las que pueden ser reconsiderados o abandonados justificadamente?

Hay, en el tratamiento que Bratman da al problema de la reconsideración racional, indicios significativos que soportan una respuesta negativa a esta pregunta. De acuerdo con Bratman, la no-reconsideración justificada típicamente tiene lugar en contra del trasfondo de normalidad: típicamente, un agente está justificado a no reconsiderar su plan cuando las circunstancias en las que debe ser logrado son normales.⁵⁶ Esta noción —normalidad en circunstancias de ejecución— es obviamente no susceptible de especificación detallada.⁵⁷ ¿Cuáles pueden ser las condiciones necesarias y suficientes para concluir que una situación dada es normal?

Una respuesta a la pregunta de si los planes pueden o no exhaustivamente y no vaciamente especificar las condiciones para su reconsideración racional tiene implicaciones significativas para la TP. Si tuviéramos que descubrir que un plan, propiamente así llamado, no pudiera como tal satisfacer esta condición, y si tuviéramos que conceder a Shapiro que las normas jurídicas la satisfacen, entonces la afirmación de Shapiro según la cual las normas jurídicas son planes sería puesta en peligro. Shapiro no podría consistentemente afirmar al mismo tiempo que las normas jurídicas son planes y que ellas especifican sus propios casos de inaplicación.

⁵⁵ Schauer, Frederick, *Playing by the Rules*, *op. cit.*, cap. 7.

⁵⁶ Bratman, Michael E., *Intention, Plans, and Practical Reason*, *op. cit.*, p. 70.

⁵⁷ Celano, Bruno, “True Exceptions: Defeasibility and Particularism”, en Ferrer Beltrán, J., y Ratti, G. B. (eds.), *Essays on Legal Defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

VI. BIBLIOGRAFÍA

1. *Bibliografía Citada*

- ATIENZA, Manuel, y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996.
- _____, *Ilícitos atípicos*, Madrid, Trotta, 2000.
- _____, “Rules and Principles Revisited”, *Associations*, vol. I, 2000.
- BERTEA, Stefano, y PAVLAKOS, George (eds.), *New Essays on the Normativity of Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011.
- BRATMAN, Michael E., *Intention, Plans, and Practical Reason*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1987.
- _____, *Faces of Intention. Selected Essays on Intention and Agency*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- _____, “Shapiro on Legal Positivism and Jointly Intentional Activity”, *Legal Theory*, vol. 8, 2002.
- _____, *Structures of Agency. Essays*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- _____, “Modest Sociality and the Distinctiveness of Intention”, *Philosophical Studies*, vol. 144, 2009.
- _____, “Intention, Practical Rationality, and Self-Governance”, *Ethics*, vol. 119, 2009.
- _____, “Intention, Belief, Practical, Theoretical”, en Robertson, S. (ed.), *Spheres of Reason. New Essays in the Philosophy of Normativity*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- _____, “Reflections on Law, Normativity and Plans”, en Berteza, Pavlakos (eds.), *New Essays on the Normativity of Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011.
- CANALE, Danilo y TUZET, Giovanni (eds.), *The Planning Theory of Law. A Workshop with Scott Shapiro*, Dordrecht, Springer, 2012. La traducción en español está próxima a ser publicada: Canale, D., Tuzet, G. (eds), *Reglas, principios y planes. Un análisis de la teoría jurídica de Scott J. Shapiro*, Madrid, Marcial Pons.
- CELANO, Bruno, “Principios, reglas, autoridad. Consideraciones sobre M. Atienza y J. Ruiz Manero, Ilícitos atípicos,” en Celano, Bruno, *Derecho, justicia, razones. Ensayos 2000-2007*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.
- _____, “Normative Legal Positivism, Neutrality, and the Rule of Law”, en Ferrer Beltrán, J., Moreso Mateos, J. J., y Papayannis, D. (eds.), *Neutralidad y teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

- _____, “What Can Plans Do for Legal Theory?”, en Canale, D. y Tuzet, G. (eds.), *The Planning Theory of Law. A Workshop with Scott Shapiro*, Dordrecht, Springer, 2012. La traducción en español está próxima a ser publicada: Canale, D., Tuzet, G. (eds.), *Reglas, principios y planes. Un análisis de la teoría jurídica de Scott J. Shapiro*, Madrid, Marcial Pons.
- _____, “True Exceptions: Defeasibility and Particularism”, en Ferrer Beltrán, J., y Ratti, G. B. (eds.), *Essays on Legal Defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- CHIASSONI, Pier Luigi, “Ruling Platitudes, Old Metaphysics, and a Few Misunderstandings about Legal Positivism. On Scott Shapiro’s Legality”, en Canale, D. y Tuzet, G. (eds.), *The Planning Theory of Law. A Workshop with Scott Shapiro*, Dordrecht, Springer, 2012.
- EDMUNDSON, William A. “Shmegality. A Review of Scott J. Shapiro, ‘Legality’”, *Jurisprudence*, vol. 2, 2011.
- FARRELL, I. P. “Review of S. Shapiro, Legality”, *Texas Law Review*, vol. 90, 2011.
- GARDNER, John, y MACKLEM, Timothy, “Review of Scott J. Shapiro, Legality”, *Notre Dame Philosophical Reviews*, 2011, en <http://ndpr.nd.edu/news/27609-legality/> (visto el 15 de enero de 2012).
- GREENBERG, Mark, “Law Through the Prism of Planning”, *Jotwell*, 2011, en <http://juris.jotwell.com/law-through-the-prism-of-planning/print/> (visto el 15 de enero de 2012).
- MURPHY, Mark, “Review of S. Shapiro, Legality”, *Law and Philosophy*, vol. 30, 2011.
- POGGI, Francesca, “The Possibility Paradox and Legal Positivism”, en Canale, D. y Tuzet, G. (eds.), *The Planning Theory of Law. A Workshop with Scott Shapiro*, Dordrecht, Springer, 2012.
- RAZ, Joseph, *Practical Reason and Norms*, London, Hutchinson, 1975.
- _____, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979.
- _____, “Authority, Law and Morality”, en Raz, J., *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Clarendon Press, 1994.
- _____, “Reasoning with Rules”, en Raz, J., *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- REDONDO, María C., *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

- RÓDENAS, Ángeles, “Entre la transparencia y la opacidad. Análisis del papel de las reglas en el razonamiento judicial”, *Doxa*, vol. 21, 1998.
- RODRIGUEZ-BLANCO, Verónica, “The Moral Puzzle of Legal Authority. A Commentary on Shapiro’s Planning Theory of Law”, en Beratea, S. y Pavlakos, G. (eds.), *New Essays on the Normativity of Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011.
- SCHAUBROECK, Katrien, “Legal Normativity and the Instrumental Principle”, en Beratea, S. y Pavlakos, G. (eds.), *New Essays on the Normativity of Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011.
- SCHAUER, Frederick, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford, Clarendon Press, 1991.
- , “Exceptions”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 58, 1991.
- , “The Best Laid Plans”, *The Yale Law Journal*, vol. 120, 2010.
- SCHIAVELLO, Aldo, “Rule of Recognition, Convention and Obligation. What Shapiro Can Still Learn from Hart’s Mistakes”, en Canale, D. y Tuzet, G. (eds.), *The Planning Theory of Law. A Workshop with Scott Shapiro*, Dordrecht, Springer, 2012.
- SCIARAFFA, Stefan, “The Ineliminability of Hartian Social Rules”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 31, 2011.
- SHAPIRO, Scott, “Law, Plans, and Practical Reason”, *Legal Theory*, vol. 8, 2002.
- , *Legality*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2011.
- , “Law, Normativity and Plans”, en Beratea, S. y Pavlakos, G. (eds.), *New Essays on the Normativity of Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011.
- STONE, Martin J., “Planning Positivism and Planning Natural Law”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 25, 2012.
- WALDRON, Jeremy, “Planning for Legality”, *Michigan Law Review*, vol. 109, 2011,
- YAFFE, Gideon, “Review of Scott J. Shapiro, *Legality*”, 2012, *Philosophical Review*, de próxima publicación.
- YANKAH, Ekow, “Planning Ahead! (in Jurisprudence)”, *Jotwell*, 2011, en <http://juris.jotwell.com/planning-ahead-in-jurisprudence/print/> (consultado el 15 de enero de 2012).

2. Bibliografía recomendada

A. El paradigma de las razones en la teoría jurídica contemporánea

- RAZ, Joseph, *Practical Reason and Norms*, London, Hutchinson, 1975.
- , *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979.

REDONDO, María C., *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996 (para un análisis general).

B. *La teoría del derecho como planificación*

SHAPIRO, Scott, “Law, Plans, and Practical Reason”, *Legal Theory*, vol. 8, 2002.

_____, *Legality*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2011.

C. *El trabajo sobre planes de Michael Bratman*

BRATMAN, Michael E., *Intention, Plans, and Practical Reason*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1987.

_____, *Faces of Intention. Selected Essays on Intention and Agency*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

_____, “Shapiro on Legal Positivism and Jointly Intentional Activity”, *Legal Theory*, vol. 8, 2002 (Bratman acerca de la Teoría del derecho como planificación).

_____, “Reflections on Law, Normativity and Plans”, en Berteau, S. y Pavlakos, G. (eds.), *New Essays on the Normativity of Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011 (Bratman acerca de la Teoría del derecho como planificación).

3. *La recepción actual de la Teoría de la Planificación:*

EDMUNDSON, William A., “Shmegality. A Review of Scott J. Shapiro, *Legality*”, *Jurisprudence*, vol. 2, 2011.

FARRELL, I. P., “Review of S. Shapiro, *Legality*”, *Texas Law Review*, vol. 90, 2011.

DYZENHAUS, David, “Legality Without the Rule of Law? Scott Shapiro on Wicked Legal Systems”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 25, 2012.

GARDNER, John y MACKLEM, Timothy, “Review of Scott J. Shapiro, *Legality*”, *Notre Dame Philosophical Reviews*, 2011, <http://ndpr.nd.edu/news/27609-legality/> (consultado el 15 de enero de 2012).

GREENBERG, Mark, “Law Through the Prism of Planning”, *Jotwell*, 2011, <http://juris.jotwell.com/law-through-the-prism-of-planning/print/> (consultado el 15 de enero de 2012).

- MURPHY, Mark, “Review of S. Shapiro, *Legality*”, *Law and Philosophy*, vol. 30, 2011.
- SCHAUER, Frederick, “The Best Laid Plans”, *The Yale Law Journal*, vol. 120, 2010.
- SCIARAFFA, Stefan, “The Ineliminability of Hartian Social Rules”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 31, 2011.
- STONE, Martin J., “Planning Positivism and Planning Natural Law”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 25, 2012.
- WALDRON, Jeremy, “Planning for Legality”, *Michigan Law Review*, vol. 109, 2011,
- YAFFE, Gideon, “Review of Scott J. Shapiro, *Legality*”, 2012, *Philosophical Review*, de próxima publicación.
- YANKAH. Ekow, “Planning Ahead! (in Jurisprudence)”, *Jotwell*, 2011, <http://juris.jotwell.com/planning-ahead-in-jurisprudence/print/> (consultado el 15 de enero de 2012).
- RODRIGUEZ-BLANCO, Verónica, “The Moral Puzzle of Legal Authority. A Commentary on Shapiro’s Planning Theory of Law”, en Berteau, S. y Pavlakos, G. (eds.), *New Essays on the Normativity of Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011.
- RIPSTEIN, Arthur, “Self-certification and the Moral Aims of the Law” *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 25, 2012.
- CANALE, Danilo y TUZET, Giovanni (eds.), *The Planning Theory of Law. A Workshop with Scott Shapiro*, Dordrecht, Springer, 2012.
- Simposio sobre “Legality”, *Analysis*, vol. 72, núm. 3, 2012.

CAPÍTULO 36

CONFLICTOS NORMATIVOS

David MARTÍNEZ ZORRILLA*

SUMARIO. I. *Introducción*. II. *Las antinomias o contradicciones normativas*. III. *Las colisiones entre principios*. IV. *Conclusión*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Es un lugar común afirmar que una de las funciones básicas del Derecho (posiblemente la principal) es la de guiar el comportamiento de las personas, estableciendo qué cursos de acción pueden o no pueden, desde un punto de vista deóntico, llevar a cabo. Dicho en otros términos, los sistemas jurídicos (y, con carácter general, todos los sistemas normativos) determinan qué tipo de conductas son permitidas, obligatorias, prohibidas o facultativas. Este mecanismo de control de conductas suele tener carácter instrumental, en la medida en que mediante la regulación de comportamientos se pretenden alcanzar otros objetivos o desarrollar funciones “superiores” o “últimas”, tales como garantizar cierto grado de orden, seguridad y estabilidad, o alcanzar cierto nivel de justicia en la sociedad. Pero sean cuales fueren estos fines u objetivos últimos, se precisa para poder alcanzarlos el ordenar los comportamientos de los ciudadanos e instituciones, de tal modo que es habitual concebir el Derecho como un conjunto de normas que dirigen la conducta de sus destinatarios (con toda la sofisticación teórica que esta afirmación requiera), junto con los mecanismos coercitivos necesarios para garantizar cierto grado de cumplimiento y eficacia de aquéllas.

No cabe duda de que esta función de dirigir o guiar la conducta de los destinatarios se ve frustrada cuando el propio sistema correlaciona un mismo caso o situación con soluciones deónticas distintas e incompatibles, como por ejemplo cuando, bajo las circunstancias *C*, una norma del sistema establece que cierto comportamiento *P* es obligatorio, mientras que

* Profesor Agregado de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Oberta de Catalunya.

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 2, pp. 1307-1347.

otra califica ese mismo comportamiento como prohibido, o como cuando lo que una norma permite es al mismo tiempo prohibido por otra distinta. En supuestos de este tipo el sistema normativo fracasa en su pretensión de ofrecer una pauta de comportamiento claramente determinada, pues está proporcionando instrucciones incompatibles al agente, forzándolo en consecuencia a no poder ajustar su conducta a lo que establecen las distintas normas aplicables al caso. Así, si una norma obliga a realizar lo que otra prohíbe, o bien el agente violará la prohibición si realiza el comportamiento, o bien vulnerará la obligación si se abstiene de ello. De modo similar, en un contexto en el que una norma prohíbe lo que otra permite o faculta realizar, si el agente ejercita el permiso necesariamente incumplirá la prohibición, mientras que si se abstiene de realizar la conducta para respetar la prohibición, nunca podrá hacer uso del permiso.

Este tipo de situaciones, en las que el sistema normativo nos ofrece pautas de conducta incompatibles, pueden ser denominadas, al menos en una primera aproximación genérica, como *conflictos normativos*. Como resulta evidente, los conflictos normativos tienen importantes repercusiones prácticas, en la medida en que no permiten ofrecer a los destinatarios una pauta clara y determinada de conducta (o incluso peor, si dado que no puede evitarse una infracción normativa, el sujeto se ve abocado a la correspondiente sanción por incumplimiento). Pero además, los conflictos normativos también plantean importantes cuestiones teóricas. Por un lado, un conflicto normativo puede evidenciar la existencia de una inconsistencia lógica en el sistema, con lo que éste sería defectuoso, al menos desde una perspectiva formal. Por otro lado, en la medida en que las decisiones jurídicas (administrativas, judiciales, etcétera) deben estar justificadas, mostrando de algún modo que la decisión tomada es la *jurídicamente correcta* o la que corresponde *conforme a Derecho* para el caso en cuestión, la presencia de un conflicto normativo puede plantear serios problemas de justificación, si del mismo modo podría existir base para justificar otra solución distinta e incompatible.

En conexión con esta última cuestión, puede destacarse que han existido tradicionalmente dos grandes perspectivas o formas de aproximación teórico-filosófica al fenómeno de los conflictos normativos. Una primera perspectiva consistiría en acercarse al fenómeno concibiéndolo fundamentalmente como un problema de tipo formal o referido al propio sistema normativo, en la medida en que los conflictos evidenciarían que el sistema es defectuoso o inconsistente. Ésta es la perspectiva que tradicionalmente ha predominado en la teoría jurídica, a través de las llamadas *antinomias* o

contradicciones normativas.¹ El foco de atención se centra en el propio sistema, que presenta un defecto formal al que conviene dar una respuesta. El problema pragmático que esto puede suponer para el agente, que no dispone de una pauta clara de comportamiento, sería más bien secundario o una mera consecuencia de la cuestión principal, de tipo lógico-formal.

Otra aproximación bastante distinta al fenómeno es la que ha sido predominante en el ámbito de la filosofía moral, sobre todo en el debate acerca de los dilemas y conflictos morales.² Consiste en analizar la cuestión desde la perspectiva del agente, que se encuentra frente al problema de que no puede determinar o justificar adecuadamente qué curso de acción tomar; en definitiva, tener una respuesta clara a la cuestión de “¿qué debo hacer?”, porque parece haber razones atendibles para apoyar cursos de acción o decisiones incompatibles, sin que todas ellas apunten en una misma dirección. Si bien este fenómeno puede también responder a algún tipo de inconsistencia o defecto lógico del sistema normativo, no es éste el punto principal del análisis, sino que resulta más bien secundario o relevante sólo en la medida en que afecta a la cuestión principal, que es la perspectiva del agente.

En la teoría jurídica, como se acaba de apuntar, ha prevalecido tradicionalmente la primera perspectiva, y el análisis de las antinomias y los criterios para su resolución es uno de los temas “clásicos” de la teoría general del Derecho. Con todo, resulta destacable la tendencia, cada vez más marcada en las últimas décadas a raíz de lo que se conoce como (ne)constitucionalismo, a adoptar visiones o análisis de los conflictos normativos que se ubicarían más bien en el segundo enfoque o perspectiva. Ello ocurre principalmente en el análisis de los llamados “conflictos entre principios” (por contraposición a los “conflictos entre reglas”), en la medida en que se pone en cuestión que este tipo de situaciones obedezca a inconsistencias o problemas formales del sistema jurídico, así como en la medida en que la cuestión principal a considerar es la de la justificación de la decisión a tomar por la autoridad (normalmente judicial) cuando se enfrenta a razones jurídicamente atendibles que respaldan soluciones incompatibles.

¹ Véase por ejemplo Gavazzi, Giacomo, *Delle antinomie*. Torino, Giappichelli, 1959; Bobbio, Norberto, “Sobre los criterios para resolver las antinomias”, en Bobbio, Norberto, *Contribución la teoría del derecho* (ed. a cargo de A. Ruiz Miguel). Madrid, Debate, 1990, pp. 339-354; Mazzaresse, Tecla, “Antinomia”, en *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*. Torino, Utet, 1989, pp. 347-353.

² Para una visión panorámica del debate, véase Gowans, Christopher W. (ed.), *Moral Dilemmas*. Oxford, Oxford University Press, 1987; Mason, H.E., *Moral Dilemmas and Moral Theory*. Oxford, Oxford University Press, 1996.

Por ello, la estructura del presente artículo se adaptará a estas dos visiones principales: en primer lugar, realizaremos un acercamiento al fenómeno de los conflictos normativos entendidos qua antinomias o contradicciones normativas, según la perspectiva más tradicional adoptada por la teoría jurídica, mientras que posteriormente se incidirá en la perspectiva más reciente de los conflictos entre principios (normalmente de carácter constitucional, como los derechos fundamentales) y el mecanismo de la ponderación.

II. LAS ANTINOMIAS O CONTRADICCIONES NORMATIVAS

El problema de los conflictos normativos ha estado ligado tradicionalmente en la teoría jurídica al concepto de *antinomia* o contradicción normativa. Posiblemente ello responda a que ha sido habitual, tanto en la teoría del derecho como en la ciencia jurídica, afirmar que el Derecho no es un simple cúmulo o conjunto de normas, sino que es un *sistema*. La noción de “sistema” sugiere, entre otras cosas, tanto que entre los elementos del conjunto se dan ciertas relaciones, como pueden ser las relaciones genéticas (legalidad) o las relaciones lógicas (deducibilidad), como que el conjunto como tal presenta ciertas propiedades formales, como pueden ser la completitud o la consistencia. (véase, SISTEMA JURÍDICO).

Es en este último aspecto de la consistencia donde nos tenemos que ubicar al hacer referencia a las contradicciones normativas o antinomias. Existe un amplio acuerdo sobre este concepto: se dice que nos encontramos ante una antinomia siempre que a un mismo supuesto de hecho le sean aplicables dos o más normas que establezcan consecuencias jurídicas distintas e incompatibles para ese mismo caso. Por citar únicamente a dos importantes teóricos: Alf Ross afirma que existe una antinomia cuando “se imputan efectos jurídicos incompatibles a las mismas condiciones fácticas”;³ mientras que Norberto Bobbio sostiene que se trata de la “situación en que dos normas que pertenecen al mismo ordenamiento y tienen el mismo ámbito de validez imputan efectos jurídicos incompatibles a las mismas condiciones fácticas”.⁴ En parecidos términos se expresan otros autores.

³ Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia* (trad. de G. Carrió), Buenos Aires, Eudeba, 1963 [1958], p. 124.

⁴ Bobbio, Norberto, *Teoría della norma giuridica*, Torino, Giappichelli, 1954, citado por la versión castellana en Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, Madrid, Debate, 1991, pp. 200 y 201.

Nos hallamos, pues, ante situaciones de antinomia cuando, por ejemplo, para el caso *C*, una norma prohíbe lo que otra permite, o una norma faculta lo que otra obliga.

Por otra parte, el hecho de referirnos a este tipo de situaciones indistintamente como “antinomias” o como “contradicciones normativas” parece sugerir nos hallamos ante contradicciones lógicas *stricto sensu*, y, de hecho, muchos autores asumen que los casos de antinomia suponen genuinas contradicciones lógicas en el sistema. No es necesario aquí entrar en el complejo tema de si son posibles las relaciones lógicas entre normas, cuestión que es objeto de interminables discusiones filosóficas (la lógica deóntica es uno de los ámbitos de mayor debate teórico entre los lógicos) . En todo caso, conviene poner de manifiesto que las consecuencias de una contradicción entre proposiciones (en lógica estándar) y las consecuencias de las antinomias son, cada una en su ámbito, análogas: así como una contradicción en lógica estándar supone que las proposiciones fracasan necesariamente en su pretensión de ofrecer una descripción verdadera de la realidad, una antinomia supone que el sistema normativo fracasa necesariamente en su pretensión de dirigir la conducta del agente. Como se apuntó en la introducción, en situaciones de antinomia, haga lo que haga el destinatario de las normas vulnerará al menos una de ellas, puesto que resulta imposible el cumplimiento simultáneo de todas ellas.

Otra cuestión a destacar, a modo introductorio, consiste en considerar si los sistemas jurídicos son necesariamente coherentes o si por el contrario la coherencia sólo puede ser concebida como un ideal racional al que los sistemas jurídicos han de tender. La concepción del Derecho como sistema puede hacernos proclives a considerar que la consistencia (como ausencia de antinomias) es una característica definitoria de los sistemas jurídicos, de modo similar a como para muchos autores el Derecho es necesariamente completo (y no sólo para autores de la órbita iusnaturalista, sino también para importantes representantes del positivismo —como Hans Kelsen— y del realismo —como Alf Ross—. ⁵ Si así fuera, deberíamos concluir que los supuestos de antinomia son sólo aparentes, porque el Derecho es siempre consistente y un buen análisis nos ha de hacer ver que en realidad tal contradicción normativa no existe. La otra posibilidad es asumir la posible presencia de antinomias y considerar la coherencia únicamente como un ideal al que se ha de tender, siendo primordialmente una responsabilidad de legislador el conseguirlo. De cualquier modo, si nos limitamos única-

⁵ En Ross, Alf, *Towards a Realistic Jurisprudence: A Criticism of the Dualism in Law*, Copenhagen, Scientia Verlag, 1946. Posteriormente cambiará de opinión en *On Law and justice, op. cit.*

mente al derecho positivo, considerando que se trata de una creación humana (y nuestra racionalidad es limitada), que es un producto histórico que responde a consideraciones políticas, que se caracteriza entre otras cosas por su carácter dinámico (posibilidad de cambiar sus elementos a lo largo del tiempo, introduciendo y eliminando normas), y que además, sobre todo en las últimas décadas, nos hallamos ante un proceso de hipertrofia legislativa, no será muy extraño aceptar la posibilidad de la presencia de antinomias. Por otro lado, la larga tradición jurídica de los llamados *criterios de resolución de antinomias* (básicamente del criterio jerárquico —*lex superior derogat inferiori*—, del criterio cronológico —*lex posterior derogat priori*— y del criterio de especialidad —*lex specialis derogat generali*—) parece asumir implícitamente la posibilidad de las contradicciones normativas.

1. *Clasificación de las antinomias*

De entre las distintas clasificaciones que se han elaborado de las antinomias atendiendo a sus características, pueden destacarse especialmente las dos siguientes: (a) por un lado, la conocida clasificación de Alf Ross, quien, atendiendo a los ámbitos de aplicación de las normas en conflicto, distingue entre antinomias de tipo *total-total*, de tipo *total-parcial* y de tipo *parcial-parcial*; y (b) por otro lado, la distinción entre lo que podríamos denominar antinomias “auténticas” y antinomias “aparentes”, que está indisolublemente ligada a la cuestión de la validez de las normas en conflicto.

A. *Tipos de antinomias en función del ámbito de aplicación de las normas en conflicto*

Alf Ross, en un conocido pasaje,⁶ distingue entre tres distintos tipos o categorías de antinomias. Todas ellas tienen en común el punto de que distintas normas establecen soluciones incompatibles para un mismo caso, de tal manera que, dadas las condiciones de aplicación relevantes, se hace imposible su seguimiento conjunto (precisamente es esto lo que nos permite decir que nos hallamos ante una antinomia). Las diferencias entre las distintas categorías dependen de los ámbitos de aplicación de las normas en conflicto.

1. En las antinomias de tipo *total-total*, los ámbitos de aplicación de las normas en conflicto (a las que podemos referirnos, por simplicidad, como N1 y N2) son totalmente coincidentes. Eso supone que cada vez que resulte apli-

⁶ Ross, *On Law and Justice*, *op. cit.*, pp. 124 y 125.

cable N1, también lo será N2, y viceversa, de modo que dadas las condiciones de aplicación de cualquiera de ellas (pues son las mismas), siempre se producirá un conflicto entre ambas. Podríamos ilustrar la situación con el ejemplo siguiente: supongamos que N1 establece “Prohibido fumar en las dependencias de la facultad”, mientras que N2 dispone “Permitido fumar en las dependencias de la facultad”. Siempre que se den las condiciones de aplicación de N1 (esto es, que nos hallemos en las dependencias de la facultad), también será de aplicación N2, y como N1 y N2 establecen soluciones incompatibles, puesto que según la primera no es deónticamente posible fumar y según la segunda sí lo es, siempre se producirá un conflicto: si hacemos uso del permiso, vulneramos la prohibición, y si respetamos la prohibición, no es posible en ningún caso ejercitar el permiso. El propio Ross, para ilustrar mejor la idea, propone concebir metafóricamente el ámbito de aplicación de la norma como un círculo. En los casos de una antinomia *total-total*, los círculos de N1 y N2 serían exactamente coincidentes.

2. En las antinomias de tipo *total-parcial*, los ámbitos de aplicación ya no son exactamente coincidentes, sino que el de una de las normas en conflicto se incluye dentro del de la otra. Esto supone que una de las dos normas tiene un ámbito de aplicación más específico que el de la otra, que es más amplio e incluye el de la primera. Supongamos que contamos con la norma N1 del anterior ejemplo: “Prohibido fumar en las dependencias de la facultad”, mientras que hay otra norma N3 que establece: “Permitido fumar en los pasillos de la facultad”. El ámbito de aplicación de N3 es más específico que el de N1 y queda incluido en el de esta última, puesto que los pasillos forman parte de las dependencias de la facultad. Esto significará que, por razones lógicas, cada vez que resulte aplicable N3 se producirá un conflicto con N1. Sin embargo, no ocurre a la inversa: no siempre que sea de aplicación N1, ésta colisionará con N3 (por ejemplo, cuando el agente se encuentre en las aulas y no en los pasillos). La representación gráfica de este tipo de conflictos sería en forma de círculos concéntricos, en el que el círculo de la norma más concreta queda incluido en el de la más general.

Como puede fácilmente deducirse de lo anterior, en los supuestos de colisión o antinomia *total-parcial* nos hallamos frente a una relación de inclusión o de especialidad entre las dos normas en conflicto, lo cual es un dato a tener muy en cuenta de cara a la aplicación del llamado “criterio de especialidad” (*vid. infra*, sección II.2). No obstante, no cualquier relación de especialidad entre dos normas tiene por qué dar lugar a una antinomia o contradicción normativa. Como apunta Silvia Zorzetto en un exhaustivo

trabajo sobre la relación de especialidad,⁷ si bien ésta supone una relación lógica de implicación estricta entre los elementos en juego (en la medida en que el ámbito de la norma general incluye o incorpora el de la especial), dicha relación puede operar en distintos ámbitos: a) en la calificación deóntica (así, por ejemplo, entre la norma que califica un cierto comportamiento P como “permitido” y la que califica ese mismo comportamiento como “obligatorio”, ésta última es especial en relación con la primera, pues la obligación de hacer P implica lógicamente la permisión de hacer P y se incluye en su ámbito deóntico, aunque no agota todas las posibilidades de la permisión de P, puesto que ésta es compatible con la permisión de no hacer P, cosa que no ocurre en el caso de la obligación); b) en los efectos jurídicos (como ocurriría por ejemplo si una norma —general— establece la prohibición de entrada de vehículos en el parque, mientras que otra —especial— establece la prohibición de la entrada de bicicletas en dicho parque); y c) en las condiciones de aplicación o “supuesto de hecho” (por ejemplo, si una norma —general— establece el deber de pagar un impuesto sobre los ingresos para toda persona que haya obtenido unas rentas superiores de 10.000 dólares anuales, mientras que otra —especial— hace lo propio para el caso en que dichos ingresos procedan de los rendimientos del capital mobiliario). Es destacable que, por sí sola, la relación de especialidad entre normas no conlleva necesariamente la aparición de conflictos o antinomias, pues en caso de resultar compatibles, lo que se produce es una redundancia (diversas normas dan una respuesta idéntica a un mismo caso determinado).

3. Por último, en las antinomias de tipo *parcial-parcial*, al margen del supuesto o supuestos de colisión, cada una de las normas en conflicto posee un ámbito de aplicación propio en donde no se produce contradicción alguna. Un ejemplo podría ser el siguiente: supongamos que, en sede de navegación aérea, tenemos por un lado la norma N4, que establece “Prohibido fumar en los trayectos de duración inferior a cuatro horas”. Por otra parte también contamos con N5, que dispone “Se permite fumar en los vuelos internacionales”. Se producirá una colisión en aquellos casos en que un vuelo internacional tenga una duración inferior a cuatro horas, puesto que según N4 está prohibido fumar, mientras que según N5 está permitido. No obstante, es posible tanto la aplicación de N4 sin colisionar con N5 (cuando el trayecto inferior a cuatro horas sea nacional), como la aplicación de N5 sin colisionar con N4 (cuando el vuelo internacional dure

⁷ Véase Zorzetto, Silvia, *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, Pisa, ETS, 2010.

más de cuatro horas). Si representamos gráficamente como un círculo el ámbito de aplicación de cada norma, los círculos serían secantes, con una parte en la que se produce una superposición, pero también con sendos ámbitos de aplicación independientes.

B. *Antinomias auténticas y antinomias aparentes*

Si, tal y como hace gran parte de la teoría general del Derecho contemporánea de orientación analítica, se entiende la VALIDEZ JURÍDICA como la pertenencia al sistema jurídico, desvinculando así este concepto de otras nociones como la de la “fuerza obligatoria”, es posible diferenciar entre lo que podríamos llamar antinomias “aparentes” y antinomias “auténticas” (o “genuinas”). Dentro del primer grupo hallaríamos todas aquellas situaciones en las que al menos una de las normas originadoras del conflicto carece de validez jurídica (en sentido de pertenencia al sistema). En cambio, estaríamos ante una antinomia del segundo tipo si todas las normas implicadas en aquélla son normas jurídicas válidas. En el primer caso, lo que en realidad ocurriría es que al menos una de las normas que podríamos llamar “problemáticas” en realidad no es tal norma (esto es, no es una norma jurídica propiamente dicha en cuanto que carece de validez), con lo que el problema, desde un punto de vista teórico al menos, es sólo aparente. En cambio en el segundo caso el problema sería real o genuino, puesto que todos los elementos en conflicto coexistirían en el mismo sistema.

Se podría objetar, con razón, que la distinción anterior no es una clasificación de las antinomias en absoluto, puesto que se reconoce explícitamente que sólo en la segunda de las categorías existe este problema. Una *aparición* de problema no es un problema en absoluto. Sin embargo, existen razones para mantener esta distinción. En primer lugar, en muchas ocasiones la cuestión de la validez jurídica no resulta ni mucho menos evidente o fácil de determinar, y sólo un análisis más cauteloso de la situación nos permite concluir que una de las normas en conflicto no es válida. En segundo lugar, desde el punto de vista de un operador jurídico, en ambos casos se plantea la misma dificultad: la de determinar, entre distintas normas incompatibles, cuál resulta la adecuada para poder justificar una acción o decisión. Esta dificultad práctica se plantea también en el caso de las antinomias aparentes, y no sólo en las auténticas. Por último, dentro del conjunto de los criterios usualmente aceptados para la resolución de las antinomias (*vid.* sección siguiente), se entremezclan las cuestiones de validez

y las cuestiones de aplicabilidad⁸. Dicho de manera simplificada y esquemática, mientras que la validez hace referencia a la pertenencia de una norma al sistema, la aplicabilidad se refiere a la posibilidad de poder utilizar una norma como razón para justificar o fundamentar una determinada decisión jurídica (judicial o administrativa). En una definición más formal, una norma N_i es aplicable a un caso C si y sólo si otra norma N_j , perteneciente al sistema, permite (obliga o faculta) utilizar N_i para dar solución al caso C .

2. *Los criterios de resolución de las antinomias*

Como se indicó anteriormente, existe una larga tradición en la historia jurídica en relación con ciertos mecanismos o criterios de los que los juristas pueden hacer uso ante una situación de antinomia para poder resolver este problema y determinar qué hacer. Son lo que se han dado en llamar criterios para la resolución de las antinomias. Entre éstos, los tres más clásicos son los conocidos como el criterio jerárquico, el criterio cronológico y el criterio de especialidad. Al margen de éstos, seguramente sin muchas objeciones podrían añadirse otros como el criterio de competencia o el criterio de prevalencia. Incluso, para ciertos ámbitos más específicos podríamos hallar otros, como por ejemplo el criterio de la preferencia de la ley material sobre la procesal.

Antes de proceder al análisis individualizado de cada uno de estos criterios, conviene recordar lo dicho justo al final de la anterior sección: algunos de estos criterios se centran en cuestiones relacionadas con la validez, mientras que otros se centran en cuestiones relacionadas con la aplicabilidad de las normas. Siendo así las cosas, se analizarán en función del aspecto en el cual se centran.

Un último inciso antes de pasar al análisis individualizado de los criterios: no es inusual, sobre todo en ciertos ámbitos del positivismo y del realismo jurídico, distinguir entre “disposición” y “norma”⁹. Las disposiciones normativas son entendidas como los textos o formulaciones lingüísticas promulgadas por una autoridad, mientras que las normas propiamente dichas serían el resultado de una interpretación de esos textos. Esta distinción supone que distintas interpretaciones de un mismo precepto o disposi-

⁸ Acerca de la distinción entre validez y aplicabilidad, véase Moreso, J.J. y Navarro, Pablo E., “Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas”, *Isonomía*, vol. 5, 1996, pp. 119-139.

⁹ Véase por todos Guastini, Riccardo, *Dalle fonti alle norme*, Torino, Giappichelli, 1990.

ción normativa pueden dar lugar a distintas normas, y es posible que según algunas interpretaciones surja una antinomia pero que según otras no. Para los autores que mantienen esta distinción, es importante destacar que, en realidad, algunos de los criterios lo que toman en cuenta son las disposiciones, y no las normas propiamente dichas. En este trabajo, sin embargo, a los efectos de simplificar la exposición, y sin que ello suponga equiparar ambos conceptos en un plano teórico, se utilizarán “disposición” y “norma” como sinónimos.

A. *Criterios relacionados con la validez (antinomias aparentes)*

a. Criterio de competencia

En síntesis, lo que este criterio establece es que en el supuesto de que una de las normas en conflicto surja de una disposición dictada por un órgano competente para regular esa materia y la otra resulte de una disposición dictada por un órgano que carecía de competencia para ello, ha de prevalecer la que resulta del órgano competente. Puede observarse fácilmente que lo que aquí ocurre es que una de las normas (la del órgano incompetente para regular la materia) carece de validez, puesto que la competencia es un elemento fundamental e imprescindible para poder dictar normas válidas. De este modo, el conflicto sólo es aparente, y el único elemento a tener en cuenta es, naturalmente, la norma válida.

b. Criterio de jerarquía

Suele expresarse con el adagio latino *lex superior derogat¹⁰ inferiori*, lo que ya nos indicia de manera clara cuál es la preferencia en caso de conflicto. Puede decirse que este criterio se encuentra positivizado en algunos ordenamientos jurídicos, como el español (concretamente en el art. 9.3 de la Constitución de 1978). Resumidamente, consiste en que en el caso de que cada una de las normas en conflicto surja de disposiciones de distinto rango jerárquico (como puede ser, por ejemplo, constitución y ley, o ley y reglamento), prevalece la que deriva de la disposición de mayor rango. De nuevo, y de forma similar a lo que ocurría con el anterior criterio, lo que ocurre es que una de las disposiciones, en concreto la de menor rango, carecería de validez, y el conflicto sería sólo aparente. A pesar de ello, existe una diferencia remarcable respecto del anterior criterio de competencia: mientras que una norma dictada por un órgano incompetente ha sido siempre inválida (desde su origen), no ocurre así necesariamente con la

¹⁰ Sobre el significado de “derogat”, véase Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica* (trad. de Marica Gascón y Miguel Carbonell), México, Porrúa, 2000, p. 72.

norma de inferior rango. Una norma de rango inferior será inválida desde su origen en el caso de haberse dictado con posterioridad a la norma superior con la cual es incompatible, pero en el caso de que la norma superior e incompatible se haya dictado con posterioridad a la inferior, se tratará sólo de una derogación (expulsión del sistema jurídico), con lo que la norma habrá sido válida hasta ese momento.

Sin embargo, conviene llamar la atención sobre lo siguiente. La invalidez de la norma inferior parece clara en todos aquellos supuestos en los que la antinomia es de tipo total-total, o de tipo total-parcial, siempre que la norma inferior sea también la más específica. En estos casos, la norma inferior no puede aplicarse sin colisionar con la superior, por lo que debe considerarse inválida por este criterio. Más problemáticas son las situaciones en las que la antinomia es total-parcial siendo la norma inferior la más general, o cuando la colisión es parcial-parcial. En estas situaciones, en algunos supuestos sería posible la aplicación de la norma inferior sin colisionar con la superior. ¿Deberíamos entender que la norma inferior es igualmente inválida, o por el contrario la invalidez no les afecta, en la medida en que no hay incompatibilidad? Si somos partidarios de esta última posibilidad, deberíamos decir que la norma inferior sigue siendo válida; que los conflictos que puedan producirse son auténticos y lo que este criterio establece es una regla de preferencia por la que resulta aplicable la norma de rango superior.

c. Criterio cronológico

Se suele hacer referencia a este criterio con la expresión latina *lex posterior derogat priori*, y, en síntesis, supone que en los supuestos en que las normas en conflicto deriven de disposiciones promulgadas en distintos momentos temporales, ha de preferirse la norma más reciente en el tiempo. Aunque parece tratarse de un criterio muy sencillo, puede resultar también problemático. Aquí la expresión “*derogat*” parece referirse a una derogación en sentido estricto o técnico (como expulsión del sistema, lo que conlleva la pérdida de la validez de la norma derogada). En sede de derogación, es habitual distinguir entre *derogación expresa* (especificación individualizada de todas aquellas disposiciones que se derogan) y *derogación tácita*, esa última por incompatibilidad con el contenido de las nuevas disposiciones promulgadas. Parece que en principio este criterio viene a corresponderse con la idea de la derogación tácita. Aquí se puede plantear la cuestión de si ambos tipos de derogación se pueden tratar de forma unitaria, o si, por el contrario, sólo la derogación expresa supone la expulsión de normas del ordena-

miento¹¹. Considero que lo más satisfactorio desde el punto de vista teórico sería considerar la derogación de manera unitaria, incluyendo tanto la expresa como la tácita, como mecanismo de expulsión de normas del sistema, y de ese modo, vinculada con la validez. De esta manera, al margen de la ventaja de contar con una teoría unitaria de la derogación, parece adecuarse mejor a lo dispuesto en algunas disposiciones normativas como el artículo 2.2 del Código Civil español: “Las leyes sólo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior”.

Asumiendo que toda derogación, expresa o tácita, supone la invalidez de la norma derogada, se debería concluir que en los casos de antinomia entre normas provenientes de disposiciones promulgadas en distintos momentos, la posterior es inválida y en consecuencia el conflicto es sólo aparente. Desgraciadamente, esta conclusión no resulta del todo adecuada y se han de realizar distinciones. Sólo podemos hablar estrictamente de derogación (tácita) en los casos en que la antinomia sea, o bien total-total, o bien total-parcial cuando la norma posterior sea más general, porque en estos casos, la norma anterior no puede aplicarse a ningún supuesto de hecho en el que no colisione con la norma posterior. En estas situaciones hay que asumir que la norma anterior ha quedado expulsada y que el conflicto es sólo aparente. Sin embargo, en los demás casos (antinomias de tipo total-parcial en las que la norma posterior es más específica, y en las antinomias de tipo parcial-parcial) existen supuestos en los que la norma anterior no colisiona con la posterior, y al no haber sido expresamente eliminadas, hay que suponer que siguen siendo válidas. En estas situaciones puede asumirse que la antinomia es auténtica y lo que este criterio plantea es una regla de preferencia (aplicabilidad) en favor de la norma posterior.

B. *Criterios relacionados con la aplicabilidad (antinomias auténticas)*

a. Criterio jerárquico

Considerando lo anteriormente dicho acerca de este criterio en los supuestos de antinomia total-parcial (en los que la norma inferior sea más general) y de antinomia parcial-parcial, podría sostenerse que en dichos casos existe una antinomia auténtica y que este criterio establece una regla por la cual

¹¹ Así se sostiene en Betegón, Jerónimo *et al.*, *Lecciones de teoría del derecho*. Madrid, McGraw Hill, 1997, pp. 277 y 278.

la norma que resulta aplicable es aquélla que deriva de la disposición de mayor rango.

b. Criterio cronológico

A raíz de lo antes expuesto sobre este criterio, y de manera similar a lo que ocurre con el criterio jerárquico, podemos considerar que en los supuestos de antinomia de tipo total-parcial en los que la norma posterior es más específica, y en todos los supuestos de antinomia parcial-parcial, no se produce una derogación de la norma anterior, con lo que ésta sigue siendo válida. Esto supone que, a diferencia de los supuestos referidos anteriormente, en estos casos el conflicto es real, puesto que se da una colisión entre dos elementos que forman parte del mismo sistema jurídico. Se ha de suponer, en consecuencia, que lo que establece el criterio cronológico en estos casos es una regla de preferencia por la cual resultan aplicables las normas promulgadas más recientemente en el tiempo.

c. Criterio de especialidad

Suele expresarse con la máxima latina *lex specialis derogat generali*, y establece una regla de preferencia según la cual, en caso de que haya conflicto y siempre que entre las normas que colisionan pueda establecerse una relación de especialidad, debe aplicarse la norma especial o más específica. Este criterio se encuentra parcialmente positivizado en el Derecho español, puesto que en el ámbito penal queda recogido en el art. 8 del Código Penal: “los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos... se castigarán observando las siguientes reglas: 1) El precepto especial se aplicará con preferencia al general”. Resulta importante remarcar que para la aplicación de este criterio es imprescindible que se pueda establecer una relación de especialidad entre las dos normas en conflicto; en concreto exige una inclusión del ámbito de aplicación (supuesto de hecho) de una de las normas en el ámbito de la otra, de manera que todos los casos en que resulte de aplicación la norma más específica, sea también de aplicación la más general, pero no al contrario. Esto significa, en conclusión, que se trata de un criterio que estrictamente es aplicable sólo cuando la antinomia es de tipo total-parcial. En este tipo de situaciones, incluso en el supuesto de que se trate de normas promulgadas en distintos momentos, no cabe hablar de derogación (salvo, como ya ha sido apuntado, cuando la norma posterior sea asimismo la más general), por lo que las dos normas son válidas y el conflicto es auténtico. Por tanto, el “*derogat*” significa aquí el

establecimiento de una regla de aplicabilidad en favor de la norma más específica.

No obstante, y a pesar de que el uso de este criterio, como se acaba de afirmar, requiere conceptualmente de la existencia de una antinomia de tipo total-parcial (relación de especialidad *sensu stricto*), en ocasiones los juristas parecen hacer uso de este criterio a pesar de no existir técnicamente una relación lógica de inclusión entre los ámbitos de aplicación de las normas en colisión. En un ejemplo hipotético utilizado por Carlos Alchourrón¹², tenemos un sistema normativo en el que una de las normas obliga a los conductores a detenerse frente a un semáforo en rojo, mientras que otra norma prohíbe detenerse en zona militar. Como resulta fácilmente detectable, se producirá un conflicto en el supuesto de que el conductor se encuentre con un semáforo en rojo en una zona militar. En este contexto, es probable que muchos juristas se inclinen por resolver el conflicto dando prioridad a la última norma (prohibido detenerse en zona militar), entendiendo que ésta se refiere a un ámbito mucho más restringido, y por tanto especial, respecto de la primera, que regula la circulación de vehículos con carácter general, sea dentro o fuera de las zonas militares. Desde un punto de vista lógico-estructural la antinomia es de tipo parcial-parcial y por ende no existe relación de inclusión, pero puede entenderse que existe “especialidad” atendiendo a otros criterios, por ejemplo empíricos, puesto que las zonas militares son espacios muy restringidos si se comparan con la totalidad del territorio por el que pueden circular los vehículos. En consecuencia, quizá podría hablarse de relaciones de especialidad “impropias”, en las que los juristas podrían hacer uso de este criterio. Esto posiblemente explicaría asimismo por qué en muchos casos en los que la aplicación del criterio cronológico y el criterio de especialidad dan lugar a resultados incompatibles (norma posterior más general), se acaba dando prioridad a la norma “especial”.¹³

d. Criterio de prevalencia

Este criterio entra en juego en aquellos casos en que el conflicto se produce entre normas promulgadas por distintos órganos, pero todos ellos competentes para dictar normas sobre esa materia; es decir, cuando nos encontramos ante lo que se conoce como “competencias concurrentes”. En principio, pues, tanto las normas de un órgano como las del otro son

¹² En Alchourrón, Carlos, “G. H. Von Wright y los desarrollos de la lógica deóntica”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, vol. 1, 1981, p. 133.

¹³ Si se tratara de una estricta relación lógica de inclusión, habría que concluir que la norma posterior general ha derogado a la anterior, que ha dejado de ser válida.

igualmente válidas, y lo que establece este criterio es una regla de preferencia por la cual resulta aplicable la norma proveniente de uno de esos órganos. En el ordenamiento jurídico español se utiliza este criterio para regular las relaciones entre normas promulgadas por órganos del estado central y normas promulgadas por órganos de comunidades autónomas. Se encuentra positivizado en el art. 149.3 de la Constitución española de 1978, que dispone que las normas del estado “prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas”. Se trata de un criterio que se asemeja mucho al de jerarquía, puesto que podría entenderse como que las normas del estado son de rango superior al de las comunidades autónomas (así se explicaría por qué prevalecen incluso cuando las normas de la comunidad autónoma son posteriores). Sin embargo, no puede asimilarse totalmente al criterio de jerarquía, porque a diferencia de éste último, no están involucradas cuestiones de validez. Ambos órganos son competentes y sus normas son válidas, por lo que el conflicto se ha de concebir como auténtico y no aparente, y el criterio como una regla de aplicabilidad en favor de las normas de uno de esos órganos.

C. *Antinomias de segundo grado*

A pesar de que disponemos de distintos criterios para resolver las antinomias y que rara es la situación en que no es de aplicación al menos uno de ellos, la práctica totalidad de autores coincide en señalar que no siempre resultan suficientes para solucionar el conflicto. Esta insuficiencia puede manifestarse, al menos, de dos maneras distintas: (a) Puede ocurrir, en primer lugar, que ninguno de los criterios señalados sea de aplicación en una situación concreta. Por ejemplo, nos podemos encontrar frente una antinomia entre dos normas dictadas por el mismo órgano, de la misma jerarquía, promulgadas al mismo tiempo y sin que exista entre ellas una relación de especialidad. (b) Puede también darse el caso de que sean de aplicación varios de estos criterios, pero de tal modo que den lugar a distintas resoluciones del conflicto.¹⁴ Por ejemplo, puede ocurrir que una norma sea anterior pero general, o que la otra sea especial pero no prevalente. Estas situaciones en las que distintos criterios conducen a soluciones incompatibles son las que se pueden denominar como “antinomias de segundo grado”.

¹⁴ Sobre este problema, es obligada la remisión a Bobbio, “Sobre los criterios para resolver las antinomias”, *op. cit.*

En términos generales, no existe una regla unívoca que determine cómo se resuelven estas situaciones o que especifique una ordenación jerárquica de estos criterios, y en suma hay que analizar cada posible colisión entre criterios (competencia y jerarquía, cronológico y especialidad, etcétera). A pesar de ello, quizá pueda sostenerse en términos generales que si están involucradas cuestiones de validez (esto es, que de acuerdo con alguno de los criterios una de las normas es válida y la otra no lo es), prevalece la solución ofrecida por el criterio relacionado con la validez. Por ejemplo: si una de las dos normas fue dictada por un órgano incompetente (criterio de competencia), resulta aplicable la otra (asumiendo que sea válida), aunque la primera fuera posterior o especial en relación con la segunda. Lo mismo puede decirse de la norma jerárquicamente superior respecto de la inferior (siempre que ello suponga que la inferior sea inválida), aun cuando ésta última sea posterior o especial. Al margen de estos casos, sin embargo, la situación está más indeterminada.¹⁵

Un conflicto que ha llamado mucho la atención de los teóricos del Derecho es el que se puede plantear entre los criterios cronológico y de especialidad;¹⁶ en otras palabras, qué ocurre cuando una de las dos normas es anterior pero especial en relación con la otra (posterior pero general). En síntesis, la única conclusión cierta que se puede obtener es que para estas situaciones no existe en la práctica jurídica una solución unívoca, dado que en algunos supuestos se ha dado preferencia al criterio cronológico y en otros al de especialidad, sin que pueda fijarse una relación clara entre ambos. En todo caso, quizá sea destacable, en términos fundamentalmente estadísticos, una cierta prevalencia del criterio de especialidad.¹⁷

Sin embargo, a la luz de lo explicado en la sección anterior, quizá lo más coherente sería dar preferencia al criterio cronológico: si tenemos una norma que es anterior a la otra y más específica (antinomía total-parcial), ello significa que en todos los supuestos de aplicación de la norma anterior y más específica será también de aplicación la norma posterior y más general, sin excepciones. Ello supone que esta norma anterior debería considerarse derogada (tácitamente) por la posterior, lo que implica que ha sido

¹⁵ Para un análisis pormenorizado de los conflictos posibles entre los diversos criterios, véase Betegón, J. *et al.*, *Lecciones de teoría del derecho*, *op. cit.*, pp. 279-282.

¹⁶ Por ejemplo, en el caso de Bobbio, “Sobre los criterios para resolver las antinomias”, *op. cit.*, pp. 351 y 352.

¹⁷ Así se apunta en Betegón, J. *et al.*, *Lecciones de teoría del derecho*, *op. cit.*, p. 281. Sin embargo, pueden encontrarse decisiones jurisprudenciales en ambos sentidos (dando prioridad al criterio cronológico o bien dando prioridad al criterio de especialidad), por lo que es difícil establecer una regla general al respecto. Gavazzi así lo apunta con muchos ejemplos extraídos de la jurisprudencia italiana. véase Gavazzi, *Delle antinomie*, *op. cit.*, pp. 81-86.

expulsada del sistema y carece de validez. Consiguientemente, la norma a aplicar sería la posterior.

III. LAS COLISIONES ENTRE PRINCIPIOS

1. *Introducción*

Si bien el tema de las antinomias o contradicciones normativas cuenta con una larguísima tradición en la teoría jurídica, en tiempos más recientes ha ido creciendo el interés por cierto tipo de conflictos más específicos que, según la opinión mayoritaria, no parecen poderse analizar y resolver adecuadamente con el instrumental anteriormente expuesto. Se trata de los llamados “conflictos entre principios” (básicamente constitucionales: derechos fundamentales, valores constitucionales y bienes constitucionalmente protegidos).

En las últimas décadas se ha ido generalizando un proceso de profundas transformaciones en nuestros sistemas jurídicos que suele ser denominado como “NEOCONSTITUCIONALISMO”. Dichas transformaciones afectan tanto al propio contenido de los sistemas jurídicos como al modo en cómo los juristas y los teóricos del Derecho se acercan al fenómeno jurídico.¹⁸ Los sistemas “constitucionalizados” cuentan con textos constitucionales que incorporan una gran cantidad de disposiciones con un marcado carácter sustantivo, en forma de derechos fundamentales, bienes constitucionalmente protegidos, valores, etcétera, que por lo general suelen también estar redactadas en términos muy generales y con un alto grado de abstracción, lo que redundará también en una mayor dosis de indeterminación. Este hecho, unido a ciertas características tanto institucionales como estrictamente jurídicas (aplicabilidad directa de la constitución, supremacía de ésta en el sistema de fuentes, existencia de mecanismos procesales específicos para garantizar tal supremacía y/o para proteger los derechos fundamentales, etcétera), ha provocado que prácticamente cualquier controversia jurídica mínimamente relevante tenga relevancia constitucional, en la medida en que las distintas pretensiones enfrentadas pueden hallar (al menos, *prima facie*) apoyo constitucional. Lo cual, a su vez, ha ido trasladando el foco de atención hacia una mayor centralidad de la argumentación jurídica y del

¹⁸ Una excelente visión panorámica del neoconstitucionalismo puede encontrarse en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.

papel de los órganos jurisdiccionales, en la medida en que éstos deben resolver de manera razonada y argumentada las controversias que se les plantean.

A modo de ejemplo, uno de los casos más claros y habituales de conflicto o controversia en contextos jurídicos fuertemente constitucionalizados sería el siguiente. La gran mayoría de sistemas jurídicos contemporáneos de países democráticos reconoce, entre sus derechos básicos o fundamentales, el de la libertad de expresión e información. Al tiempo, también suelen establecer la protección de la intimidad o privacidad de las personas, o bien la de su honor o proyección pública. Puede darse el caso de que un periodista, al informar sobre algunos hechos o al expresar su opinión sobre ciertos actos o acontecimientos, pueda de algún modo invadir el espacio de la intimidad o privacidad de ciertas personas, o incidir negativamente en su honor, buena imagen o proyección pública (por ejemplo, al informar de un supuesto caso de corrupción de un alto cargo político, que habría desviado fondos gubernamentales para su enriquecimiento personal). Esta actividad del periodista se vería *prima facie* amparada por las libertades de información y expresión, con lo que estaría (también *prima facie*) jurídicamente permitida, pero al mismo tiempo se trata de una actividad que afecta negativamente a los derechos de otras personas (intimidad y/o honor), lo que sería una razón *prima facie* para su prohibición. En síntesis, distintas pretensiones incompatibles (permitir o no la publicación de la noticia) parecen encontrar fundamento constitucional, lo que da pie a un (al menos, aparente) conflicto normativo.

Este tipo de situaciones pueden denominarse genéricamente como “conflictos constitucionales”, y su tratamiento teórico por parte de la doctrina mayoritaria ha sido hasta el momento notoriamente distinto al enfoque “clásico” de las antinomias.

Podría decirse que este problema ha sido abordado desde la segunda de las perspectivas o acercamientos a las situaciones de conflicto normativo a las que se hizo referencia en la introducción del presente trabajo. En lugar de abordar la situación desde la perspectiva del sistema normativo, concibiendo los conflictos como ejemplos o manifestaciones de algún tipo de defecto estructural del mismo, se ha adoptado habitualmente una visión mucho más cercana al del análisis de los dilemas en el ámbito de la filosofía moral; esto es, concibiendo el problema desde la perspectiva del agente que ha de tomar (y justificar) una decisión —habitualmente un órgano jurisdiccional— cuando se enfrenta a razones que apuntan hacia respuestas distintas e incompatibles. La cuestión de la (in)consistencia del sistema normativo es secundaria y tan sólo se considera relevante en la medida en que pueda

estar vinculada a la aparición de estas situaciones de conflicto constitucional; además, por regla general se ha entendido mayoritariamente que este tipo de situaciones conflictivas no obedecen a la presencia de una contradicción normativa en el sistema, sino más bien a las circunstancias empíricas concretas del caso a decidir.

2. *La concepción estándar de los conflictos constitucionales*

Como se ha comentado en diversas ocasiones, la mayor parte de los teóricos¹⁹ concibe las antinomias “clásicas” y los conflictos constitucionales como dos realidades netamente distintas, con importantes elementos diferenciadores. En síntesis, las diferencias se centran en tres ámbitos o aspectos principales, a saber: (a) el tipo de elementos normativos que entran en colisión; (b) la estructura del conflicto; y (c) los mecanismos adecuados o necesarios para su resolución. Sobre cada uno de estos aspectos o ámbitos se sostienen, en síntesis, posiciones o tesis idénticas o muy similares a las siguientes:

(a) Acerca de los elementos que entran en colisión, se sostiene que mientras que las antinomias consisten en conflictos entre *reglas*, en el caso de los conflictos entre derechos, bienes, valores, etcétera constitucionales se trata de conflictos entre *principios*. Se parte así de la asunción de una distinción fundamental entre dos categorías distintas de normas jurídicas, los principios y las reglas, con características estructurales muy distintas, lo que a su vez tiene una incidencia importante en los otros dos aspectos (estructura del conflicto y mecanismos para su solución).

(b) En cuanto a la estructura del conflicto, se afirma que entre los principios en juego no existe incompatibilidad lógica (contradicción), sino que el conflicto responde u obedece a las específicas circunstancias empíricas del caso concreto. Esto es, no se produce un conflicto normativo porque el sistema sea inconsistente y las normas contradictorias entre sí, sino que a pesar de que las normas son lógicamente compatibles y en la mayoría de casos aplicables conjuntamente sin colisión de ningún tipo, en algunas ocasiones las circunstancias concretas de la situación

¹⁹ A modo de ejemplo, véase Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. de Ernesto Garzón Valdés), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993 [1983]; Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio* (trad. de M. Gustavino), Barcelona, Ariel, 1984 [1978]; Prieto Sanchís, Luis, “Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación”, en *Diritto & Questioni Pubbliche*, vol. 2, 2002, pp. 97-114; Moreso, J.J., “Conflictos entre principios constitucionales”, en Carbonell (ed.): *Neoconstitucionalismo(s)*, op. cit., 2003, pp. 99-121.

provocan una *tensión* o incompatibilidad que hacen que los principios en juego no puedan ser simultáneamente satisfechos, ya que favorecen respuestas incompatibles al caso. Usando la terminología de Guastini, se trataría de conflictos *in concreto*, y no de conflictos *in abstracto*.²⁰

(c) En tercer lugar, se sostiene que los tradicionales criterios para la resolución de antinomias (como el de jerarquía, el cronológico y el de especialidad) no resultan aplicables (o, aun en caso de serlo, no resultan adecuados) para dar respuesta a los conflictos entre principios. En su lugar, se requiere un mecanismo específico, usualmente denominado “ponderación”.

Cada uno de estos tres puntos será desarrollado con algo más de detenimiento más adelante. Resulta también destacable que, como regla general, suele establecerse un vínculo muy estrecho (y, en el caso de autores como Alexy, parecería que incluso conceptual) entre estas tres tesis: es debido a que los elementos en conflicto son principios y no reglas por lo que su estructura es distinta, y dicha estructura hace que se requiera un mecanismo específico y diferente para su solución.

No obstante, conviene también puntualizar que, como resulta habitual en cualquier ámbito teórico, existen también posiciones minoritarias que ponen en cuestión algunos o la totalidad de los puntos anteriores. De entre ellas, merece la pena destacar las dos siguientes:

- 1) Por una parte, algunos constitucionalistas y teóricos²¹ mantendrían que en estos casos el conflicto es sólo aparente, y que no se produce una auténtica colisión o incompatibilidad entre los derechos o bienes en juego. Para estos autores el problema se reconduce a la adecuada *delimitación* del ámbito de los elementos en juego, determinando las fronteras precisas de cada uno de ellos. Los derechos, bienes, etc. son compatibles, y cuando se produce un (aparente) conflicto, en realidad tan sólo uno de los elementos en juego sería el verdaderamente relevante o aplicable al caso. La “ponderación” sería a lo sumo un modo de denominar la tarea de delimitar de manera precisa el ámbito de cada derecho en juego, y no un mecanismo para resolver conflictos normativos. Dicho de otro modo, el contenido de cada derecho o bien protegido se encuentra total-

²⁰ Sobre la distinción, véase, por ejemplo Guastini, Riccardo, “Los principios en el derecho positivo”, en *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho* (trad. de J. Ferrer). Barcelona, Gedisa, 1999 [1996].

²¹ Por ejemplo De Otto, Ignacio y Martín-Retortillo, Lorenzo, *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid, Tecnos, 1988; Jiménez Campo, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*. Madrid, Trotta, 1999; Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez* (trad. de M. Jiménez Redondo). Madrid, Trotta, 1998 [1992].

mente determinado, con unos límites perfectamente establecidos (y además, de forma compatible con los demás bienes y derechos), de modo que en caso de supuesta colisión, lo que en realidad ocurre es que sólo uno de los derechos o bienes en consideración es el que entra en juego, y no el otro. Por ejemplo, si tomamos el caso en el que unas declaraciones pudieran suponer un menoscabo del honor de otra persona, o bien ocurre que se trata de declaraciones o expresiones no amparadas por la libertad de expresión (de manera que no se ejerce ese derecho), y en tal caso lo único que entra en juego es el derecho al honor del ofendido, o bien se trata de unas declaraciones amparadas por la libertad de expresión y excluidas del derecho al honor. Como ejemplo del primer caso podría sostenerse que si la declaración es injuriosa, no queda protegida por la libertad de expresión, que no incluye el “derecho al insulto”. Y si por el contrario se trata de declaraciones relativas a una persona de relevancia pública en el ejercicio de sus funciones, se podría mantener que estamos en un ámbito excluido del derecho al honor. Fuese cual fuese la situación, el conflicto sería sólo aparente. Una concepción de ese tipo exige contar con teorías normativas completas acerca de la interpretación (contenido y límites) de cada uno de los bienes y derechos constitucionales, y que además preserve la coherencia entre ellos.

- 2) Según otros autores, los conflictos serían (al menos algunos de ellos) genuinos, pero ponen en duda que su estructura o sus métodos de resolución sean tan distintos a los de las antinomias entre reglas.²² En síntesis, sostienen que los conflictos constitucionales, tanto en su estructura como en su resolución (mecanismo de la ponderación) son mucho más similares a las antinomias entre reglas y a los criterios para la resolución de éstas últimas de lo que la mayoría de la doctrina parece sostener. Además, se insiste en que no existe una conexión conceptual entre las tres tesis principales de la concepción estándar de los conflictos constitucionales, incluso en la hipótesis de que fueran correctas. Es decir, del hecho de que los elementos en conflicto sean principios y no reglas no se sigue necesariamente que se trate de conflictos *in concreto* y no *in abstracto*, porque la colisión

²² Por ejemplo, Martínez Zorrilla, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2007; y, hasta cierto punto, Guastini, Riccardo, “Principi di diritto e discrezionalità giudiziale”, *Diritto Pubblico*, vol. 3, 1998, pp. 641-660.

podría obedecer también a razones lógicas (inconsistencia entre las normas del sistema). Y de modo similar, tampoco habría razón para suponer que el único mecanismo posible (o el único justificado) para resolver estos conflictos sea la ponderación.

3. *Reglas y principios*

Una idea consolidada entre los autores partidarios de lo que aquí se ha calificado como la “concepción estándar” de los conflictos constitucionales es la de que los elementos normativos involucrados (derechos, bienes, intereses, valores, etc.) en tales situaciones son *principios* y no *reglas* (véase, NORMAJURÍDICA). Se asume, por tanto, la distinción entre estas dos categorías normativas, que en los últimos años ha gozado de una amplia aceptación entre los juristas, a partir sobre todo del impulso ofrecido por la obra de Ronald Dworkin en el ámbito anglosajón y de Robert Alexy en el ámbito europeo. Según la concepción de Dworkin (una de las que goza de mayor aceptación), la diferencia fundamental consistiría en que mientras que las reglas tienen sus condiciones de aplicación cerradas, y por tanto tienen un esquema de aplicación de tipo *todo-o-nada* (o bien se dan las condiciones de aplicación, y entonces la regla se aplica y resuelve el caso, o bien las condiciones no se dan, y la regla no se aplica por no ser relevante para el caso), los principios tienen sus condiciones de aplicación abiertas y cuentan con una *dimensión de peso*: ofrecen razones que “inclinan la balanza” hacia una solución determinada, pero éstas pueden no ser definitivas porque también puede haber razones en sentido contrario (por otros principios en juego que resulten asimismo relevantes). La solución definitiva dependerá del “balance de razones” teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso a decidir.

Sin embargo, y pese a su amplia aceptación, la distinción entre principios y reglas dista de ser clara o pacífica. Un punto de discusión es si se trata de una clasificación entre dos categorías netamente diferenciadas desde un punto de vista estructural (como parece sugerir la posición de Dworkin antes señalada), o si la distinción es meramente gradual (y, en consecuencia, con cierta dosis de vaguedad e indeterminación). En este sentido, se ha discutido que las reglas tengan sus condiciones de aplicación cerradas y claramente determinadas. Además, siguiendo a Juan Carlos Bayón,²³ puede señalarse que la gran mayoría de juristas acepta que un

²³ Bayón, Juan Carlos, *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 362.

principio puede establecer una excepción a una regla, pero en ese caso, dado que por definición los principios tienen sus condiciones de aplicación abiertas, las reglas necesariamente también las tendrían abiertas.

Por otro lado, se han propuesto múltiples criterios de distinción entre principios y reglas, que no siempre compatibles entre sí. Por citar tan sólo algunos ejemplos, al margen de la concepción dworkiniana de los principios como normas con condiciones de aplicación abiertas y dimensión de peso, hay también quien sostiene que mientras que las reglas son normas hipotéticas, los principios son categóricos, en el sentido de G.H. Von Wright;²⁴ otra propuesta muy conocida es la de Alexy, quien sostiene que los principios son mandatos de optimización (establecen la obligación de alcanzar cierto estado de cosas en la medida de las posibilidades fácticas y jurídicas existentes).²⁵ En este contexto, quizá lo único que pueda decirse con seguridad, siguiendo a Guastini,²⁶ es que los principios no puedan reducirse todos a una única categoría, dada la gran heterogeneidad de elementos que son calificados habitualmente como “principios” por los juristas. En cualquier caso, a efectos prácticos ésta no es una dificultad que resulte excesivamente importante, dado el amplio consenso que existe entre los juristas a la hora de calificar como “principios” los elementos que entran en juego en las situaciones que estamos considerando (derechos fundamentales, bienes constitucionalmente protegidos, etcétera).

4. *La estructura de los conflictos entre principios*

Sin duda, uno de los aspectos en los que más insisten los teóricos a la hora de caracterizar los conflictos entre principios es en que éstos presentan una estructura claramente distinta a la de las antinomias entre reglas. Como se indicó en su momento, en las antinomias el conflicto surge a raíz de un defecto lógico (inconsistencia) en el sistema normativo. En la medida que obedece a razones formales, los casos de conflicto son determinables *a priori* y en abstracto, sin necesidad de tener en cuenta las circunstancias empíricas específicas del caso. Así, retomando el ejemplo en el que una norma prohíbe fumar en los trayectos de menos de cuatro horas de duración,

²⁴ Por ejemplo, Aienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, “Rules and Principles revisited”, en *Associations*, vol. 4, núm. 1, 2000, pp. 150 y 151. La distinción entre normas categóricas e hipotéticas se basa en lo expuesto en Von Wright, G.H., *Norma y acción. Una investigación filosófica* (trad. de P. García Ferrero). Madrid, Tecnos, 1970, 1963.

²⁵ Véase Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, pp. 86 y 87 y 99.

²⁶ Véase Guastini, “Los principios en el derecho positivo,” *op. cit.*

mientras que otra permite hacerlo en los trayectos internacionales, podemos saber que necesariamente surgirá un conflicto cuando un trayecto internacional tenga una duración inferior a las cuatro horas, antes de que se plantee un caso como éste e incluso en la hipótesis de que no existan de hecho vuelos que cumplan conjuntamente esas dos condiciones.

En cambio, se insiste, ello no ocurre así en los conflictos entre principios. En estos últimos el conflicto surge a raíz de las concretas circunstancias empíricas del caso, y no a causa de un defecto del sistema normativo. Las normas involucradas son consistentes (como lo mostraría el hecho de que habitualmente pueden ser ambas satisfechas conjuntamente), pero pese a ello bajo determinadas circunstancias no pueden satisfacerse simultáneamente. Como dependen de las circunstancias empíricas concretas del caso, no son por consiguiente detectables en abstracto, por lo que se trata de conflictos *in concreto*.

Tomemos por caso la libertad de expresión y el derecho al honor (o el derecho a la información y el derecho a la intimidad personal, o el derecho de huelga y el derecho a la asistencia sanitaria, por poner sólo algunos ejemplos): en principio, se trata de normas que regulan comportamientos distintos e independientes entre sí, y que en condiciones normales no plantean problemas de incompatibilidad. Sin embargo, dadas ciertas condiciones empíricas, puede ocurrir que el ejercicio conjunto de esos derechos (o la satisfacción o cumplimiento de ambos principios, en general) no sea posible, porque la protección de uno de ellos impide la del otro. Éste puede ser el caso, por ejemplo, de cuando la preferencia de una expresión supone el menoscabo del honor de otra persona, o cuando una información hace referencia a un aspecto de la privacidad de otra. Lo destacable de estas situaciones, se afirma, es que no es posible detectar “en abstracto” o *a priori* los supuestos de colisión, pues éstos dependen inexorablemente de que se produzcan ciertas condiciones empíricas imposibles de determinar previamente (al menos, totalmente), y además, que su resolución (dando prioridad a uno de los principios frente al otro) no se puede hacer con carácter general, sino que depende de las circunstancias: en un supuesto determinado de colisión puede prevalecer la libertad de expresión, pero esto no impide que en otras circunstancias prevalezca el derecho al honor.

Esta concepción no está exenta de dificultades. Por lo pronto, hablar de conflictos *in concreto* presupone aceptar la posibilidad de que se planteen situaciones de conflicto normativo que respondan exclusivamente a circunstancias empíricas, sin que exista inconsistencia en el sistema normativo. Dicho de otro modo, presupone aceptar la posibilidad de que sistemas normativos consistentes den lugar a situaciones de conflicto, con lo que la

consistencia lógica no sería garantía de ausencia de conflictos. Ésta es una cuestión muy compleja y debatida filosóficamente, y que supera con mucho los límites del presente trabajo, aunque se puede poner de manifiesto que tanto desde la filosofía moral²⁷ como desde la filosofía jurídica²⁸ esta posibilidad cuenta cada vez con mayor aceptación. Esto es, resulta plausible sostener que la consistencia lógica de un sistema normativo no garantiza la ausencia de situaciones de conflicto (aunque no cabe duda de que contribuye de manera importante a reducir su número).

No obstante, a pesar de que aceptar la posibilidad de conflictos por razones estrictamente empíricas y no lógicas otorga cierta plausibilidad a la concepción estándar, de ahí no se deriva automáticamente que los conflictos constitucionales sean de ese tipo. Nada parece impedir, al menos desde un punto de vista teórico, que se produzcan inconsistencias entre principios constitucionales, como ocurriría por ejemplo si un mismo texto constitucional reconociera la libertad de prensa al mismo tiempo que estableciera un régimen de censura previa. Aunque es obvio que las constituciones usualmente no contienen inconsistencias tan evidentes, es muy posible que contengan otras más sutiles y difíciles de detectar, y que éstas den lugar a situaciones de conflicto.

Por otro lado, podría ser plausible sostener que, a pesar de que los principios en juego sean lógicamente consistentes, el conflicto obedezca a razones lógicas y no empíricas (con lo que también serían determinables *a priori* o *in abstracto*). Una posición de este tipo ha sido defendida por Martínez Zorrilla,²⁹ y puede ejemplificarse muy sintéticamente del siguiente modo. Si consideramos, por usar el ejemplo habitual de conflicto constitucional, la libertad de expresión y el derecho al honor, parece no haber inconsistencia, puesto que los comportamientos regulados son distintos e independientes (la libertad de expresión puede concebirse grosso modo como que es facultativo expresar o proferir cualquier opinión o punto de vista que se estime pertinente, mientras que el derecho al honor puede entenderse como la prohibición de realizar cualquier acto que menoscabe la credibilidad, buena imagen o proyección pública de otra persona). Sin embargo, por razones lógicas, siempre que un mismo comportamiento individual pueda con-

²⁷ Véase Marcus, R. B., "Moral Dilemmas and Consistency", en *The Journal of Philosophy*, vol. 3 (LXXVII), 1980, pp. 121-136.

²⁸ Véase Rodríguez, Jorge Luis, *Lógica de los sistemas jurídicos*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2002, pp. 99 y 100.

²⁹ Véase Martínez Zorrilla, David, "The Structure of Conflicts of Fundamental Legal Rights", *Law & Philosophy*, vol. 30, núm. 6, 2011, pp. 729-749.

siderarse simultáneamente como la preferencia o manifestación de una expresión, opinión, etc. y asimismo como un acto que supone un menoscabo del honor de otra persona, ese mismo acto individual estará simultáneamente permitido y prohibido. En general, siempre que un mismo acto individual sea una instancia de dos (o más) actos genéricos calificados deónticamente de manera incompatible, se producirá un conflicto normativo, por razones lógicas. Este tipo de situaciones han sido denominadas como *antinomias contextuales*,³⁰ y parece plausible pensar que al menos algunos (y posiblemente la mayoría) de conflictos constitucionales responden a este esquema.

5. *El mecanismo de la ponderación*

El tercer punto central de la concepción estándar de los conflictos constitucionales es el relativo a los mecanismos para su resolución. Sobre este punto, se insiste en que los clásicos criterios para la resolución de las antinomias entre reglas resultan inadecuados. Según se afirma, existen dos mecanismos básicos a través de los cuales puede resolverse un conflicto entre reglas: o bien se declara que al menos una de ellas es inválida, o bien se introduce una excepción permanente en la regla. A grandes rasgos, parece que precisamente eso es lo que llevan a cabo los criterios de resolución de antinomias: algunas veces señalan la invalidez de alguna de las normas (por ejemplo, cuando por aplicación del criterio de jerarquía se determina que la norma aplicable es la de rango superior, pues la norma inferior incompatible sería inválida), mientras que otras veces servirían para introducir excepciones (por ejemplo, en una antinomia total-parcial en la que la norma general establece que está prohibido fumar en todas las instalaciones de la facultad, mientras que la más específica dispone que está permitido fumar en la sala de profesores, por aplicación del criterio de especialidad podría introducirse una excepción en la norma general, de modo que establezca “Está prohibido fumar en todas las instalaciones de la facultad, a excepción de la sala de profesores”).

Las razones para rechazar la aplicación de los criterios de resolución de antinomias son fundamentalmente dos: (a) Primero, que no resultan aplicables, pues al ser los elementos en conflicto de carácter constitucional, no puede acudir ni al criterio jerárquico ni —por lo común— al cronológico. Todavía, empero, cabría la posibilidad de acudir (si se dieran las condiciones requeridas) al criterio de especialidad, pero este recurso también se

³⁰ En Martínez Zorrilla, “The Structure of Conflicts of Fundamental Legal Rights”, *op. cit.*

rechaza por la segunda razón. (b) Segundo, que incluso siendo aplicables, no resultan adecuados, porque la aplicación de dichos criterios da lugar a una solución definitiva e invariable del conflicto, y en el caso de los conflictos entre principios, su resolución no supone ni que uno de ellos sea inválido, ni que se introduzca una excepción con carácter general, pues independientemente de la solución del caso concreto enjuiciado, en otras circunstancias distintas un conflicto entre esos mismos elementos puede ser resuelto de modo inverso, dando preferencia al otro de los principios involucrados.

En síntesis, se requiere de un mecanismo que ofrezca una solución al conflicto teniendo en cuenta las concretas circunstancias del caso a decidir, sin establecer jerarquías entre principios o excepciones generales y definitivas. Este mecanismo suele ser denominado “ponderación” (o su equivalente en otras lenguas, como *weighting and balancing* o *bilanciamento*).

Al referirnos a la ponderación resulta muy conveniente diferenciar al menos entre dos aspectos o dimensiones que a pesar de ser claramente distintos aparecen no pocas veces entremezclados. (a) Por un lado, está la cuestión *conceptual*: en qué consiste la ponderación o de qué estamos hablando cuando hacemos referencia a la “ponderación” de principios. Sobre este aspecto puede afirmarse que existen, más allá de un núcleo conceptual mínimo común, distintas concepciones de la ponderación, con importantes diferencias entre sí. (b) Por otro lado, está la cuestión *normativa*: qué criterios, estándares, reglas, etc. debe satisfacer el proceso ponderativo para poder considerar que el resultado es el correcto o está justificado (o, dicho de modo más simple, cómo se debe ponderar). Sobre este punto, ocupa un lugar muy destacado el llamado *principio de proporcionalidad*, aunque no es la única posibilidad.

A. *Concepciones de la ponderación*

Como resulta evidente, mediante la expresión “ponderación” se hace uso de una metáfora³¹ según la cual los elementos en conflicto son “pesados” en una balanza a fin de determinar cuál tiene mayor “peso” en las circunstancias del caso. No obstante, como sólo los cuerpos físicos cuentan con peso en sentido estricto, esta tarea de “medición” no puede realizarse en sentido literal, pero en cierto modo la metáfora comparte con el significado literal

³¹ En este sentido, Mendonca, Daniel, *Los derechos en juego. Conflicto y balance de derechos*. Madrid, Tecnos, 2000, p. 57 ss.; en términos similares, Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 93.

la idea de que se lleva a cabo una comparación entre varios elementos, que da lugar a que uno de ellos “supere” al otro (el de “mayor peso”).

A pesar de las diferencias entre autores, puede sostenerse que existe un núcleo conceptual mínimo sobre la ponderación, que hace referencia al *establecimiento de una ordenación o jerarquización de los elementos en conflicto para ese caso concreto, dando lugar a una preferencia de uno de ellos frente al otro*. Esto es, al “ponderar” los principios en juego, se da lugar como resultado a una prioridad o preferencia de uno de los principios frente al otro, en las circunstancias del caso concreto (bajo otras circunstancias, la prioridad podría ser la opuesta). El caso enjuiciado será resuelto conforme a lo que disponga el principio que ha resultado “vencedor”.

Más allá de este núcleo conceptual, sin embargo, existen importantes discrepancias entre los diversos autores, por lo que es posible hablar de distintas *concepciones* de la ponderación. Una primera gran línea divisoria podría trazarse entre quienes conciben la ponderación como un proceso racional, o susceptible de ser racionalmente justificado, y quienes rechazan esta posibilidad, entendiendo que se trata de una actividad discrecional o, más genéricamente, no sujeta a los parámetros del control racional.

Dentro de este último grupo es posible diferenciar dos concepciones distintas, a las que podríamos referirnos como (a) la concepción intuicionista y (b) la concepción escéptica.

(a) Para los partidarios de este punto de vista, el proceso ponderativo no se puede “parametrizar” de manera que siga un conjunto de reglas o pasos perfectamente determinados. La prioridad a que se llega no es el resultado de ningún algoritmo, sino que más bien es una cuestión de *juicio* o de *aprehensión* (percepción) de cuál es la respuesta correcta en el contexto del caso a decidir, y no el punto final de un proceso deductivo. Éste sería el punto de vista de autores como Peczenik o Lindhal.³² Es destacable que esta concepción no niega que pueda hablarse de una respuesta correcta para el conflicto; no están afirmando que todo proceso ponderativo sea arbitrario o injustificado, sino tan sólo que no es el resultado de un proceso formal o racionalizado, porque los seres humanos como tales contamos con la capacidad intuitiva de comparar y balancear.

(b) Para la concepción escéptica, en cambio, las cosas son bastante distintas. En opinión de uno de sus más destacados representantes, Riccardo

³² Peczenik, Aleksander, “Legal Collision Norms and Moral Considerations”, en Brower, P. W. *et. al.*, (eds.), *Coherence and Conflict in Law*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1992, pp. 177-197; Lindhal, Lans, “Conflicts in Systems of Legal Norms”, en Brower, P. W. *et. al.*, (eds.), *Coherence and Conflict in Law, op. cit.*, pp. 39-64.

Guastini,³³ la ponderación no sería, en síntesis, más que la expresión de las preferencias del intérprete/decisor a la hora de establecer una jerarquía entre los elementos en conflicto para decidir el caso. Como esta jerarquía no puede apoyarse en el sistema de fuentes, ya que todos los principios en conflicto tienen idéntico rango formal (constitucional), se trata de una jerarquía *axiológica* o valorativa entre dichos elementos. Además, sería una jerarquía *móvil*, pues en otro supuesto de conflicto entre los mismos principios la jerarquía podría perfectamente ser la inversa. En resumen, se trata de un proceso sin control racional de ningún tipo, en el que la discrecionalidad se concentra fundamentalmente en dos ámbitos, a saber: en el establecimiento de una jerarquía entre los principios y valores implicados, y en el de la modificación del valor relativo de dichos principios en función de los distintos casos concretos planteados.

En cuanto a las concepciones que conciben la ponderación como un proceso racional, es posible diferenciar entre (c) la concepción particularista, y (d) la concepción universalista. Para entender mejor la diferencia entre ambos, resulta útil hacer referencia a la distinción entre *caso individual* y *caso genérico*.³⁴ Por “caso individual” se entiende un acontecimiento con existencia espacio-temporal concreta, mientras que los “casos genéricos” son conjuntos de situaciones definidos por propiedades. La diferencia entre ambos conceptos puede comprenderse mejor con el siguiente ejemplo: mientras que sucesos como el asesinato de Julio César o el de J. F. Kennedy son acontecimientos con existencia espacio-temporal concreta (y por ende son “casos individuales”), ambos pueden considerarse como ejemplificaciones o manifestaciones del caso genérico “asesinato político”, caracterizado por la propiedad de ser un homicidio cometido con la intención de producir cambios en la estructura del poder político o en las personas que lo ostentan. Los casos genéricos con *clases* de casos, que incluyen cualquier acontecimiento que comparta sus propiedades definitorias, incluso aunque no se haya producido en un tiempo y espacio concretos (como los casos futuros, por ejemplo).

En núcleo de las diferencias entre la concepción particularista y la universalista descansa en el distinto modo de concebir los “casos concretos” sobre los que hay que decidir.

³³ Entre otros, Guastini, “Los principios en el derecho positivo”, *op. cit.*, Guastini, “Principi di diritto e discrezionalità giudiziale”, *op. cit.*

³⁴ Sobre la distinción, véase Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires, Astrea, 1975, pp. 57-61.

(c) Para el particularismo, los “casos concretos” son concebidos como casos estrictamente individuales, por lo que ni las razones que justifican la decisión ni ésta misma son extrapolables a otros casos individuales, aunque sean similares. El particularismo es una teoría que proviene del ámbito de la filosofía moral³⁵ y que afirma que para toda situación (individual) hay una respuesta correcta, justificada racionalmente teniendo en cuenta la *totalidad* de las circunstancias del caso. Como, por definición, no hay dos casos individuales exactamente iguales (aunque sólo sea por las diferencias de ubicación espacio-temporal), y todos son únicos e irrepetibles, no es posible establecer reglas generales acerca de la determinación de la respuesta correcta, previamente al examen individualizado de la situación en la que hay que tomar la decisión. Los defensores de esta concepción (en el ámbito moral principalmente, aunque algunas decisiones jurisprudenciales parecen asumir también este punto de vista) niegan que la justificación de las decisiones dependa de principios o reglas generales; dependen estrictamente de las circunstancias del caso. A lo sumo, las reglas y principios serían elementos orientadores, pero no *determinan* la solución. Esto no supone que la decisión sea irracional, sino que el tipo de racionalidad relevante es de otro tipo, la llamada “racionalidad narrativa”, contrapuesta a la tradicional “racionalidad subsuntiva”.

(d) Por su parte, para las concepciones universalistas, entre cuyos representantes más destacados se encontrarían autores como Robert Alexy³⁶ o José Juan Moreso, los casos de conflicto sobre lo que hay que decidir se conciben, más allá del caso individual al que los tribunales deben dar una respuesta, como casos *genéricos*, esto es, definidos por ciertas *propiedades* que resultan relevantes para determinar la solución en uno u otro sentido. Así, por ejemplo, en un supuesto de conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor, es posible que se haya determinado la prioridad de la primera en atención a que la información es veraz y a que versa sobre un asunto de relevancia e interés público (circunstancias C), mientras que en otro supuesto de colisión entre los mismos derechos es posible que se haya dado prioridad al derecho al honor del ofendido en atención a la circunstancia de que se utilizó un lenguaje injurioso (circunstancias C'). De este

³⁵ Como referencia puede citarse Dancy, Jonathan, *Moral Reasons*. Oxford, Basil Blackwell, 1993; Dancy, *Ethics without Principles*. Oxford, Oxford University Press, 2006; Little, M. O., “Moral Particularism: Wrong and Bad”, en Hooker, B. y Little, M.O. (eds.), *Moral Particularism*. Oxford, Clarendon Press, 2002.

³⁶ Ello sería así al menos en Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pero resulta más dudoso en Alexy, Robert, “Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 66, 2002, pp. 13-64, así como en obras posteriores.

modo, como resultado de la tarea ponderativa es posible generar *reglas* que permitan resolver, siguiendo un esquema subsuntivo, los casos futuros de colisión que compartan las mismas propiedades relevantes. En ese sentido, esta concepción puede calificarse como *universalista* porque la aplicación de esas reglas se extiende a todos los casos futuros que compartan las mismas propiedades relevantes. Es más, con el transcurso del tiempo y tras un número suficiente de decisiones, sería al menos teóricamente posible construir sistemas de reglas completos y consistentes que ofrezcan una respuesta unívoca y determinada a todos los supuestos de colisión entre dos principios dados.³⁷

B. *La ponderación como teoría normativa*

Un segundo aspecto o dimensión fundamental de la ponderación es la que hace referencia a los criterios de corrección de la misma; esto es, qué condiciones, estándares, requisitos, etcétera *debe* satisfacer el proceso ponderativo para poder considerar que el resultado es correcto, satisfactorio o justificado. Cuando la ponderación se examina desde este punto de vista, usualmente se la considera como un sinónimo del llamado “principio de proporcionalidad”, por ser ésta la teoría normativa de la ponderación mayoritariamente aceptada tanto por los teóricos como por los órganos jurisdiccionales en la toma de sus decisiones. No obstante, no es la única teoría normativa posible de la ponderación, ya que existen otras alternativas interesantes como por ejemplo la que propone S.L. Hurley,³⁸ que en algunos aspectos puede resultar incluso preferible al principio de proporcionalidad.³⁹

Sin duda, el autor de referencia en el desarrollo teórico del principio de proporcionalidad es Robert Alexy.⁴⁰ La idea clave es que, ya sea en el ámbito judicial o en el legislativo (cuando se discuten y aprueban nuevas

³⁷ Véase Moreso, “Conflictos entre principios constitucionales”, *op. cit.*, y Mendonca, *Los derechos en juego, op. cit.*

³⁸ En Hurley, Susan L., *Natural Reasons. Personality and Polity*. New York, Oxford University Press, 1989; y en Hurley, “Coherence, Hypothetical Cases and Precedent”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 10, 1990, pp. 221-251.

³⁹ Véase Martínez Zorrilla, David, “Alternativas a la ponderación. El modelo de Susan L. Hurley”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 89, 2009, pp. 119-144.

⁴⁰ Por ejemplo Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales, op. cit.*, Alexy, “Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*,” *op. cit.*, Alexy, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, en *Ratio Juris*, vol. 2, núm. 16, 2008, pp. 433-449. En el ámbito de habla hispana, merece destacarse el trabajo de Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2003.

medidas legislativas), el sacrificio impuesto a un principio no puede ser superior al beneficio que supone el respeto o promoción de otro principio, lo que no es sino una expresión del principio más genérico de que los costes no pueden superar a los beneficios. Si bien la idea es sencilla, el autor lleva a cabo un desarrollo teórico con un nivel de precisión y detalle considerables. Este principio se descompone en otros tres “subprincipios”, a saber: (a) El *subprincipio de adecuación o idoneidad*; (b) El *subprincipio de necesidad*; y (c) El *subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto*. Cada uno de estos subprincipios tiene la consideración de condición necesaria, lo que implica que si alguno de ellos no se satisface, la decisión estaría injustificada. Además, la aplicación de los subprincipios es sucesiva: se empieza analizando si la medida es idónea o adecuada; en caso de serlo, se examina si resulta necesaria; sólo en caso de que lo sea, se pasará al examen de la proporcionalidad en sentido estricto. El fracaso de la medida en cualquiera de estas tres etapas supone (o más bien debería suponer) su rechazo por quebrantar el principio de proporcionalidad, haciendo innecesario pasar a etapas posteriores.

a. El subprincipio de adecuación o idoneidad

De acuerdo con la definición de Bernal,⁴¹ este subprincipio supone que “toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo”. Como podemos apreciar, se impone una doble exigencia: a) que el fin perseguido con la medida que restringe o limita el derecho sea “constitucionalmente legítimo”, y b) que la medida sea adecuada o idónea para la obtención o consecución de tal fin. Estos dos aspectos deben analizarse en este mismo orden (esto es, en primer lugar si el fin es legítimo desde una perspectiva constitucional, y en caso de que lo sea, si la medida es idónea).

Por lo que respecta al “fin constitucionalmente legítimo”, esta exigencia opera de modo distinto en función de si lo que se está examinando es la constitucionalidad de una ponderación realizada por el legislador (una ponderación entre dos derechos o bienes en conflicto que se realiza en una decisión legislativa, es decir, en una norma legal), o si se trata de un conflicto en sede judicial, entre dos particulares o un particular y el poder público. En el primer caso (examen de la constitucionalidad de una ley), esta exigencia no se interpreta en el sentido positivo de que la medida tenga que perseguir un fin expresa o implícitamente establecido por la constitución, sino que se entiende en el sentido *negativo* de que la medida no debe perseguir un fin expresa o implícitamente *prohibido* o excluido por ésta. Con ello,

⁴¹ Bernal, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 687.

cuando la medida persigue un fin que puede considerarse como una “laguna constitucional”, esta exigencia queda satisfecha.

En sede jurisdiccional, no obstante, no parece que pueda adoptarse una interpretación negativa, sino que parece más bien que en estas situaciones la decisión se basa, conceptualmente, en un fin constitucionalmente reconocido expresa o implícitamente, puesto que la decisión consiste en dar prioridad a uno de los derechos o bienes constitucionales en conflicto (que, por definición, son constitucionalmente legítimos). En las situaciones de conflicto más usuales (por ejemplo, entre la libertad de expresión y el derecho al honor, o entre la libertad de información y el derecho a la intimidad), la determinación de los fines constitucionalmente legítimos no es motivo de discusión, porque la decisión se fundamenta precisamente en la satisfacción de uno de los bienes o derechos en colisión.

La “idoneidad” o “adecuación”, por su parte, exige que la medida adoptada contribuya (sea apta o útil) a la obtención del fin constitucionalmente legítimo, porque se parte de la idea de que una lesión o sacrificio de un derecho o bien constitucional sólo se justifica si, entre otros requisitos, se hace para la obtención de un fin valioso. Si la medida no es idónea o adecuada para la obtención de ese fin, se trata de una lesión inútil e injustificada. La exigencia podría, en principio, establecerse en distintos grados, de tal modo que podría exigirse que la medida adoptada fuera *la más adecuada* para la consecución del fin, o que lo fuera en un *alto grado* (con lo que se admitiría la medida a pesar de que existieran otras alternativas más idóneas), o que lo fuera *en algún grado*.

El nivel de exigencia de la adecuación funciona de modo distinto en el análisis de la constitucionalidad de una ponderación legislativa y en el ámbito jurisdiccional. En el ámbito del examen de la constitucionalidad de las leyes, el criterio que opera tiene un carácter negativo: sólo se excluyen aquellas medidas que no son idóneas, esto es, que no pueden contribuir de ninguna manera (en ningún grado) a la obtención del fin constitucionalmente legítimo. Por tanto, la exigencia que impone el requisito de la idoneidad es la de que la decisión contribuya en algún grado a la consecución del fin.

Por lo que respecta al ámbito de las decisiones tomadas en sede jurisdiccional, en la medida en que realmente las pretensiones de las partes estén fundamentadas en derechos o bienes constitucionales (y por ello nos encontremos ante un conflicto constitucional auténtico), cualquier decisión en favor de uno u otro de los elementos en conflicto será una decisión que satisfará la exigencia de adecuación, en tanto que supondrá el respeto o

satisfacción de un derecho fundamental o un bien constitucionalmente protegido.

b. El subprincipio de necesidad

Si la decisión tomada ha satisfecho las exigencias del subprincipio de idoneidad (fin constitucionalmente legítimo y adecuación), el siguiente paso consiste en comprobar si el sacrificio del derecho o bien constitucional que tal medida supone es *necesario*, en el sentido de que no exista alguna otra alternativa menos gravosa y con al menos el mismo grado de idoneidad para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo.

La no superación de la exigencia de la necesidad ocurre cuando se dan las condiciones siguientes: (a) la existencia de varias alternativas para alcanzar el fin establecido; (b) que alguna/s de las alternativas sea menos gravosa; y (c) que esta/s alternativa/s menos gravosa/s tenga/n al menos el mismo grado de idoneidad que la medida enjuiciada. Si falta alguno de los elementos anteriores (esto es, o bien no existen medios alternativos, o ninguno es menos gravoso, o ninguno tiene como mínimo el mismo grado de idoneidad), la exigencia impuesta por el subprincipio de necesidad queda superada.

Pero además, la doctrina y la jurisprudencia han introducido otras exigencias que hacen más difícil incluso que una determinada medida sea rechazada por no satisfacer el requisito de la necesidad a pesar de que, interpretadas de manera estricta, concurren las tres circunstancias antes señaladas. Por un lado, no se considera la existencia de alternativas menos gravosas en términos absolutos, sino de acuerdo con un cierto conjunto de conocimientos empíricos y asunciones valorativas. De este modo, puede ocurrir que, en términos absolutos, existan alternativas menos gravosas, pero que no se conozcan, o existan dudas por falta de conocimientos suficientes acerca de sus auténticos efectos, o que conlleven considerables dificultades técnicas para su consecución. Desde un punto de vista valorativo, tampoco se considera adecuada la asunción de una medida menos gravosa (aunque se tenga total seguridad sobre este punto) cuando su aplicación conllevaría unos costes tan altos que pudieran poner en peligro el desempeño de otras funciones de los poderes públicos.

c. El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto

Si la decisión cumple con las exigencias de idoneidad y necesidad, el siguiente paso consiste en analizar su proporcionalidad en sentido estricto, esto es, si el grado de satisfacción del derecho o bien constitucional que prevalece compensa la lesión o menoscabo del otro bien o derecho. Alexy ha llevado a cabo un desarrollo y concreción muy destacables en relación

con este subprincipio, sobre todo en el *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales* y en artículos posteriores. No obstante, aquí sólo pueden exponerse esquemáticamente las líneas generales de su teoría, sin entrar en excesivos detalles y sofisticaciones (que no son pocas).

El examen de la proporcionalidad en sentido estricto se desarrollaría en tres fases consecutivas: (a) la determinación del grado de la *lesión* o menoscabo que la decisión provoca en uno de los elementos en conflicto; (b) la determinación del grado o la importancia de la *satisfacción* del otro elemento del conflicto; y (c) la *comparación* de las magnitudes anteriores en orden a comprobar si la importancia de la satisfacción del elemento prevalente justifica la lesión o afectación del otro elemento.

La determinación del grado de satisfacción o de lesión de los distintos elementos en colisión se realiza, según Alexy, de acuerdo con una escala triádica que distingue entre tres niveles: “leve”, “moderado” y “grave” (o, en lugar de “grave”, se puede usar “intenso” o “fuerte” en caso de que hablemos de satisfacción y no de lesión). Esta clasificación no la toma el autor como algo inamovible, sino que reconoce que pueden utilizarse escalas con un mayor número de segmentos, aunque puntualiza que usualmente en la mayoría de casos ya es suficiente con tres niveles distintos.

La valoración de la lesión de un principio y del grado de satisfacción del otro se hace además atendiendo a las circunstancias del caso, y no en abstracto (atendiendo a su importancia o jerarquía dentro del sistema jurídico, pues en tal caso los elementos en conflicto, al ser de usualmente de la misma jerarquía –rango constitucional- tendrían el mismo valor). El elemento lesionado o sacrificado es simbolizado por Alexy con la variable “ P_i ”. Los distintos grados de afectación, que como hemos visto, pueden ser “leve” (l), “moderado” (m) y “grave” (g), se simbolizan con la variable “ T ”. Las circunstancias del caso se simbolizan como “ C ”. De este modo, la expresión correspondiente a la importancia o grado de afectación del principio P_i en las circunstancias C se simboliza como “ IP_iC ”.

El esquema no es muy distinto por lo que respecta a la otra magnitud de la comparación: el nivel de satisfacción del otro elemento del conflicto (que se simboliza con la variable “ P_j ”). El grado o magnitud de dicha satisfacción se simboliza como “ W ”. La importancia del principio “ P_j ” en las circunstancias C se simboliza como “ WP_jC ”.

De acuerdo con la escala triádica, tanto el valor de IP_iC como el de WP_jC puede ser 'l', 'm' o 'g'. La precedencia entre P_i y P_j en el caso de

conflicto enjuiciado se determinará de acuerdo con los valores de cada uno de estos elementos. En total, son posibles nueve situaciones distintas, entre las cuales, P_i precede a P_j en tres ocasiones, P_j precede a P_i en otras tres, y en otras tres más se da una situación de empate:

Situaciones en que P_i precede a P_j :

- (1) $IP_iC: g / WP_jC: l$
- (2) $IP_iC: g / WP_jC: m$
- (3) $IP_iC: m / WP_jC: l$

Situaciones en que P_j precede a P_i :

- (4) $IP_iC: l / WP_jC: g$
- (5) $IP_iC: m / WP_jC: g$
- (6) $IP_iC: l / WP_jC: m$

Situaciones de empate:

- (7) $IP_iC: l / WP_jC: l$
- (8) $IP_iC: m / WP_jC: m$
- (9) $IP_iC: g / WP_jC: g$

En los casos de empate, dado que las dos alternativas en conflicto tienen el mismo valor (en las circunstancias C), existe discrecionalidad. Si se está enjuiciando una ponderación legislativa, ello significa que la constitución no prohíbe la decisión tomada por el legislador (ni tampoco la decisión en sentido contrario), por lo que la ley no puede ser declarada inconstitucional. Si se trata de un conflicto examinado en sede judicial, la situación es más problemática, porque de acuerdo con esta concepción de Alexy existiría discrecionalidad judicial, en el sentido de que desde un punto de vista axiológico es indiferente qué precedencia se adopte en las circunstancias C entre los elementos en conflicto (las decisiones estarían igual de (in)justificadas). En otras palabras, la regla creada a raíz de la ponderación sería igual de (in)correcta tanto si resuelve el caso genérico en favor de un elemento como si lo resuelve en favor del otro.

IV. CONCLUSIÓN

Como ha podido verse, el tema de los conflictos normativos es una cuestión compleja y presenta múltiples aspectos a considerar. En la teoría jurídica el acercamiento al problema se ha realizado fundamentalmente desde dos enfoques bien diferenciados: el de las antinomias, que examina la cuestión desde el punto de vista lógico-formal y como un problema de los sistemas normativos, y el de los conflictos constitucionales o

conflictos entre principios, que adopta la perspectiva del agente que tiene que tomar y justificar decisiones. Si bien en ambos casos existe espacio para la discusión y el refinamiento teórico, el primero cuenta con una mayor tradición y es el segundo el que, por su mayor complejidad y por encontrarse todavía en un estadio de desarrollo más inmaduro, hace que todavía quede un amplio espacio para el refinamiento teórico.

V. BIBLIOGRAFÍA

1. *Bibliografía Citada*

- ALCHOURRÓN, Carlos E., “G. H. Von Wright y los desarrollos de la lógica deóntica”, *Anuario de Filosofía jurídica y social*, vol. 1, 1981.
- ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. de Ernesto Garzón Valdés), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993 [1986].
- , “Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 66, 2002.
- , “On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison”, *Ratio Juris*, vol. 4, núm. 16, 2003.
- ATIENZA, Manuel, y RUIZ MANERO, Juan, “Rules and Principles Revisited”, *Associations*, vol. 4, núm. 1, 2000.
- BAYÓN, Juan Carlos, *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- BERNAL, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2003.
- BETEGÓN, Jerónimo *et. al.*, “La coherencia del ordenamiento. El problema de las antinomias”, *Lecciones de teoría del derecho*, Albacete, Universidad de Castilla-La Mancha, 1997.
- BOBBIO, Norberto, *Teoría della norma giuridica*, Torino, Giappichelli, 1954.
- , “Sobre los criterios para resolver las antinomias”, en Ruiz Miguel, Alfonso (ed.), *Contribución a la teoría del derecho*, Madrid, Debate, 1990.

- CARBONELL, Miguel, (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta, 2003.
- DANCY, Jonathan, *Moral Reasons*, Oxford, Basil Blackwell, 1993.
- _____, *Ethics without Principles*. Oxford, Oxford University Press, 2006.
- DE OTTO, Ignacio, y MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio* (trad. de Marta Gustavino), Barcelona, Ariel, 1984 [1978].
- GAVAZZI, Giacomo, *Delle antinomie*. Torino, Giappichelli, 1959.
- GOWANS, Christopher W. (ed.) *Moral Dilemmas*. Oxford, Oxford University Press, 1987.
- GUASTINI, Riccardo, *Dalle fonti alle norme*. Torino, Giappichelli, 1990.
- _____, “Principi di Diritto e discrezionalità giudiziale”, *Diritto Pubblico*, vol. 3, 1998.
- _____, “Los principios en el derecho positivo”, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho* (trad. de Jordi Ferrer). Barcelona, Gedisa, 1999 [1996].
- _____, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México, UNAM, 2000.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez* (trad. de M. Jiménez Redondo), Madrid, Trotta, 1998 [1992].
- HURLEY, Susan L., *Natural Reasons. Personality and Polity*, New York, Oxford University Press, 1989.
- _____, “Coherence, Hypothetical Cases and Precedent”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 10, 1990.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*. Madrid, Trotta, 1999.
- LINDHAL, Lars, “Conflicts in Systems of Legal Norms”, en Brower, P. W. et. al., (eds.): *Coherence and Conflict in Law*. Deventer, Kluwer Academic Publishers, 1992.
- LITTLE, M.O., “Moral Particularism: Wrong and Bad”, en HOOKER, Brad y LITTLE, M.O. (eds.), *Moral Particularism*. Oxford, Oxford University Press, 2000.
- MARCUS, R. B., “Moral Dilemmas and Consistency”, *The Journal of Philosophy*, vol. 3 (LXXVII), 1980.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2007.
- _____, “Alternativas a la ponderación. El modelo de Susan L. Hurley”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 89, 2009.
- _____, “The Structure of Conflicts of Fundamental Legal Rights”, *Law & Philosophy*, vol. 30, núm. 6, 2011.

- MASON, H. E. (ed.), *Moral Dilemmas and Moral Theory*. Oxford, Oxford University Press, 1996.
- MAZZARESE, Tecla, “Antinomia”, *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, Torino, Utet, 1989.
- MENDONCA, Daniel, *Los derechos en juego. Conflicto y balance de derechos*, Madrid, Tecnos, 2003.
- MORESO, J.J., “Conflictos entre principios constitucionales”, en Carbo-nell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- MORESO, J.J. y NAVARRO, Pablo, “Applicability and Effectiveness of Legal Norms”, *Law and Philosophy*, vol. 16, 1997.
- PECZENIK, Aleksander, “Legal Collision Norms and Moral Considerations”, en Brower, P. W. et. al., (eds.), *Coherence and Conflict in Law*. Deventer: Kluwer Academic Publishers, 1992.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación”, *Diritto e questione pubbliche*, vol. 2, 2002.
- RODRÍGUEZ, Jorge Luis, *Lógica de los sistemas jurídicos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2002.
- ROSS, Alf, *Towards a Realistic Jurisprudence: A Criticism of the Dualism in Law*, Copenhagen: Scientia Verlag, 1946.
- , *Sobre el derecho y la justicia* (trad. de Genaro Carrió), Buenos Aires, Eudeba, 1963 [1958].
- VON WRIGHT, G. H., *Norma y acción. Una investigación filosófica* (trad. de P. García Ferrero). Madrid, Tecnos, 1970 [1963].
- ZORZETTO, Silvia, *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, Pisa, ETS, 2010.

2. Lecturas de apoyo

A. Sobre las antinomias

- BOBBIO, NORBERTO, “Sobre los criterios para resolver las antinomias”, en Ruiz Miguel, Alfonso (ed.), *Contribución a la teoría del derecho*, Madrid, Debate, 1990.
- GAVAZZI, Giacomo, *Delle antinomie*. Torino, Giappichelli, 1959.
- GUASTINI, Riccardo, “Antinomias y lagunas”, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México, UNAM, 2000.
- HUERTA OCHOA, Carla, *Conflictos normativos*. México, UNAM, 2003.
- MAZZARESE, Tecla, “Antinomia”, en *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, Torino, Utet, 1989.

B. *Sobre los conflictos entre principios y la ponderación*

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. de Ernesto Garzón Valdés), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993 [1986].
- , “Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 66, 2002.
- BERNAL, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2003.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio* (trad. de Marta Gustavino), Barcelona, Ariel, 1984 [1978].
- GUASTINI, Riccardo, “Principi di Diritto e discrezionalità giudiziale”, *Diritto Pubblico*, vol. 3, 1998.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2007.
- MORESO, José Juan, “Conflictos entre principios constitucionales”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación”, *Diritto e questione pubbliche*, vol. 2, 2002.
- , “El juicio de ponderación”, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2000.

CAPÍTULO 37

INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Isabel LIFANTE VIDAL*

SUMARIO: I. *¿Qué es interpretar? Las ambigüedades del término “interpretación”.* II. *¿Qué se interpreta? El objeto de la interpretación jurídica.* III. *¿Quién interpreta? Los sujetos de la interpretación jurídica.* IV. *¿Cuándo se interpreta? Interpretación en abstracto e interpretación en concreto.* V. *¿Cómo se interpreta? Los cánones interpretativos.* VI. *Concepciones de la interpretación jurídica.* VII. *El Derecho como interpretación.* VIII. *Bibliografía.*

Existe unanimidad a la hora de afirmar la necesidad e importancia de la interpretación para el Derecho, pero sin embargo surgen múltiples discrepancias en cuanto pretendemos caracterizar en qué consiste y cómo debe llevarse a cabo dicha actividad en el ámbito jurídico. Ello hace que sea prácticamente imposible ofrecer una caracterización unitaria del concepto de interpretación jurídica. En lugar de ello, lo que aquí me propongo es analizar un catálogo de problemas sobre la interpretación en el ámbito del Derecho, que permita al lector guiarse entre las distintas respuestas que la teoría del Derecho ha ido ofreciendo a esas cuestiones. Comenzaré abordando el tema desde una perspectiva conceptual. La expresión “interpretación jurídica” es usada en una multiplicidad de sentidos. Para analizarlos, señalaré en primer lugar algunos de los distintos sentidos en los que se utiliza el término “interpretación” en general, para pasar a continuación a analizar las peculiaridades que presenta la interpretación “jurídica”: ¿qué se interpreta en la interpretación jurídica?, ¿quién interpreta?, ¿cuándo? o ¿cómo? A partir de las distintas respuestas dadas a estas cuestiones mostraré la existencia de diversas concepciones sobre la interpretación jurídica, y analizaré algunas de sus ventajas e inconvenientes para dar cuenta de la complejidad de esta actividad en el ámbito jurídico.

* Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante. Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación “Argumentación y constitucionalismo” (DER2010-21032), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación español.

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 2, pp. 1349- 1387.

I. ¿QUÉ ES INTERPRETAR? LAS AMBIGÜEDADES DEL TÉRMINO “INTERPRETACIÓN”

La primera ambigüedad que encontramos al hablar de “interpretación” en general hace referencia a los diversos sentidos que puede adoptar esta expresión en función de cuál se considera que puede ser el objeto de la interpretación. Siguiendo a Wróblewski, podemos llamar a estos sentidos interpretación *sensu largissimo* e interpretación *sensu largo*.¹ La interpretación *sensu largissimo* se predica de cualquier entidad capaz de ser portadora de un sentido (es decir, cualquier objeto no natural); así, por ejemplo, se puede hablar de la “interpretación” de una acción, de una práctica social, de un acontecimiento histórico o de un cuadro; aquí por “interpretación” entenderíamos la comprensión de “cualquier objeto en tanto que fenómeno cultural”. En otras ocasiones, sin embargo, utilizamos el término “interpretación” en un sentido más restringido, que tiene como objeto posible únicamente a las entidades lingüísticas; sería lo que Wróblewski llama interpretación *sensu largo*. Pero este segundo sentido de “interpretación” todavía lo es en un sentido amplio, y ello porque Wróblewski introduce en su análisis un tercer sentido de interpretación, a la que denomina “interpretación *sensu stricto*”, entendiéndolo por tal “la determinación de un significado de una expresión lingüística cuando existen dudas referentes a ese significado en un caso concreto de comunicación”. El tipo de objeto a interpretar sería en este tercer caso –para Wróblewski– el mismo que en el caso de la interpretación *sensu largo*: entidades lingüísticas; pero se requiere además que nos encontremos ante la presencia de dudas sobre su significado, siendo dichas dudas las que provoquen que la actividad interpretativa presente peculiaridades. En este sentido, Wróblewski distingue dos situaciones de comunicación: la comprensión directa de un lenguaje y la existencia de dudas que han de ser superadas precisamente por esta interpretación *sensu stricto*. Lo que diferenciaría a ambos casos sería, entonces, como veremos a continuación, la distinta actividad que se requiere para “captar” o “establecer” el significado de la expresión lingüística en cada una de estas situaciones.

La segunda ambigüedad del término “interpretación” que debe señalarse es la que distingue entre la interpretación como actividad y la interpretación como resultado; se trata de una aplicación de la conocida ambigüedad

¹ Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. de A. Azurza, Civitas, Madrid, 1985, p. 21 y ss. y *The Judicial Application of Law*, Kluwer Academic Publisher, Dordrecht, 1992, p. 87 y ss.

proceso-producto. Según el análisis de Tarello, tendríamos un primer sentido de “interpretación”, la interpretación-actividad, que haría referencia al proceso o a la actividad interpretativa, y un segundo sentido, la interpretación-resultado, que se referiría al resultado o producto al que nos conduce dicha actividad.² Ahora bien, dentro de la interpretación como actividad podemos a su vez distinguir dos sentidos de interpretación que, siguiendo a Gianformaggio,³ podríamos denominar “interpretación noética” e “interpretación dianoética”. Para esta autora nos encontraríamos con una interpretación como actividad noética cuando se produce una captación del significado como un pensamiento intuitivo, es decir, una captación intelectual inmediata de una realidad inteligible; mientras que hablaríamos de interpretación como actividad dianoética cuando se requiera un pensamiento discursivo, una argumentación. Teniendo en cuenta estos dos sentidos de interpretación, podría desvanecerse la aparente contradicción entre dos tesis que, en principio, parecen ambas aceptables: la tesis que considera que la interpretación es una actividad necesaria siempre (en cualquier ocasión que nos encontremos con una situación comunicativa); y la tesis de aquéllos que consideran que en los casos en los que no existen dudas no se debe interpretar (tesis muy difundida en el ámbito jurídico, y que se condensaría en el conocido aforismo *in claris non fit interpretatio*). De modo que podría salvarse esta aparente contradicción diciendo que, por supuesto, en todas las situaciones comunicativas hará falta llevar a cabo una actividad interpretativa en el sentido noético (como mero acto de aprehensión del significado), aunque no en todas será necesario llevar a cabo una actividad interpretativa en sentido dianoético, sino únicamente en aquellas situaciones en las que existan dudas sobre el significado, exigiendo la atención consciente a dichos elementos de duda, seguido por la resolución de la misma.⁴ Este segundo

² Tarello, Giovanni, “Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell'interpretazione giuridica”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, XXV, 1971, A. Giuffrè, Milano, pp. 1-4.

³ Gianformaggio, Letizia, “Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio”, trad. J.A. Pérez Lledó, *Doxa*, vol. 4, 1987, p. 90 y ss.

⁴ En este mismo sentido, *cf.* MacCormick, Neil, “Argumentación e interpretación en el Derecho”, trad. J.L. Fabra y L.S. Guevara, *Doxa*, vol. 33, 2010, p. 69. Esta distinción entre la interpretación como actividad noética y la interpretación como actividad dianoética coincide en gran medida con distinciones similares que realizan otros autores. Así, como hemos visto, Wróblewski (*Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. de A. Azurza, Civitas, Madrid, 1985, p. 22) distingue dos situaciones de comunicación: la comprensión directa de un lenguaje y la existencia de dudas que deben ser superadas precisamente por la interpretación (en lo que él considera como su sentido estricto). Pues bien, la interpretación como actividad noética sería la captación del significado que se produce en la primera situación de comunicación; mientras que la interpretación como actividad dianoética se correspondería con la segunda de las situaciones aquí distinguidas. También Marmor (siguiendo en este punto las aportaciones de

sentido de actividad interpretativa, más restringido, es el que resulta más relevante y es en él en el que nos centraremos a partir de ahora.

Si de la interpretación como actividad pasamos a la interpretación como producto o resultado, nos encontramos con que aquí podríamos distinguir a su vez entre el resultado de una actividad interpretativa de tipo noético, y el resultado de una actividad de tipo dianoético o discursivo. En el primer caso, la interpretación-resultado de una actividad noética sería —dice Gianformaggio— un significado (lo que se entiende o se ha entendido); mientras que en el segundo caso (el resultado de la interpretación como actividad dianoética) se trataría de un enunciado o proposición del tipo: “*S* (el signo *S*) ha de entenderse como *S'* (tiene el significado de *S'*)”. Nos centraremos —como hemos anunciado— en este segundo caso. Es importante destacar que un enunciado de este tipo es la conclusión de una actividad argumentativa. En este punto conviene introducir algunas observaciones respecto a lo que se considera como la forma típica de los enunciados interpretativos en el ámbito jurídico.

El resultado de un argumento interpretativo suele representarse —sigo aquí a Atienza con el siguiente esquema:⁵

- (1) Enunciado a interpretar.
 - (2) Enunciado interpretativo.
-
- (3) Enunciado interpretado.

Wittgenstein, distingue entre lo que considera como “cuestiones de significado” y “cuestiones de interpretación” (Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 21 y ss.). Las cuestiones de significado —dice Marmor— están gobernadas por reglas (semánticas), mientras que esto no ocurre en el caso de la interpretación (aquí nos encontraríamos con paradigmas, pero no con reglas). La “interpretación” se configura entonces, para este autor, como una excepción al entendimiento o comprensión inmediata.

⁵ Atienza, Manuel, “Estado de Derecho, argumentación e interpretación”, *Anuario de filosofía del Derecho*, vol. XIV, 1997, pp. 465-484. Conviene notar que con la expresión “argumento interpretativo” se puede hacer referencia a cosas distintas. Atienza parece referirse a un argumento que “use” un enunciado que sea el resultado de una actividad interpretativa en sentido dianoético o argumentativo, pero en muchas ocasiones se habla —como veremos en un epígrafe posterior— de argumentos interpretativos para hacer referencia a los distintos tipos de esquemas argumentativos que pueden apoyar una determinada opción interpretativa. Por decirlo en otros términos: el esquema de argumento interpretativo de Atienza que aquí vamos a analizar recoge sólo lo que sería la justificación interna de una argumentación interpretativa; mientras que la actividad hacia la que señalaba Gianformaggio, incorporaría lo que sería su justificación externa y en la cual veremos que suelen integrarse distintos tipos de “argumentos interpretativos”.

Así, por ejemplo, supongamos que tenemos dudas a propósito de cómo interpretar el art. 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria española (en lo que sigue: LOGP) que dice: “Las comunicaciones de los internos con el abogado defensor (...) no podrán ser suspendidas o intervenidas *salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo*”, cuya redacción de hecho ha planteado un problema podríamos decir de ambigüedad sintáctica generado por el uso de la conjunción “y”. El enunciado de dicho artículo sería nuestro enunciado a interpretar (1). El enunciado interpretativo (2) sería aquel a través del cual resolvemos dicha duda; por ejemplo, si consideramos que la conjunción “y” está remarcando la existencia de supuestos alternativos independientes, es decir, que basta con que se dé uno de ellos para justificar la excepción, el enunciado interpretativo sería “la cláusula «*salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo*» del art. 51.2 de la LOGP ha de entenderse como «*salvo que haya orden de la autoridad judicial o cuando se trate de supuestos de terrorismo*»; mientras que la conclusión de nuestro argumento interpretativo vendría dado por el enunciado ya interpretado (3), es decir, la sustitución en la disposición objeto de interpretación de la expresión que plantea dudas por la expresión en la que se ha resuelto la ambigüedad sintáctica. Utilizando el esquema anterior:

(1) “Las comunicaciones de los internos con el abogado defensor... no podrán ser suspendidas o intervenidas *salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo*” (art. 51.2 LOGP).

(2) “La cláusula ‘*salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo*’ del art. 51.2 de la LOGP ha de entenderse como ‘*cuando haya orden de la autoridad judicial o cuando se trate de supuestos de terrorismo*’”.

(3) Las comunicaciones de los internos con el abogado defensor... no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo cuando haya orden de la autoridad judicial o cuando se trate de supuestos de terrorismo.

Ahora bien, cuando se habla de la interpretación como producto o resultado de una actividad dianoética o discursiva, creo que se puede hacer referencia a cosas distintas: bien —como parece pensar Gianformaggio— al enunciado interpretativo (2); bien a la conclusión del argumento, y así en ocasiones se dice que (3), el enunciado interpretado, es el resultado de la interpretación de (1); o bien a todo el argumento interpretativo.⁶

⁶ De todos modos, más adelante veremos que cualquiera de estas maneras de entender el resultado de la interpretación responde únicamente a una determinada concepción de la actividad interpretativa de alcance un tanto limitado.

Guastini —recogiendo a su vez una aportación de Tarello—⁷ señala que deben distinguirse dos usos de los enunciados interpretativos —del tipo (2)—, que responden a dos actos de habla distintos. El primero se daría cuando usamos un enunciado interpretativo para formular una decisión interpretativa, mientras que el segundo se daría cuando lo usamos para referirnos a la decisión interpretativa que realiza otro sujeto, es decir, para transmitir información de la interpretación realizada por otro. Veamos un ejemplo de este segundo uso. El enunciado interpretativo anterior sobre el artículo 51.2 de la LOGP puede ser formulado por un hablante con una finalidad informativa: para transmitirnos información respecto a cómo se ha interpretado de hecho dicho artículo. Así por ejemplo, yo puedo afirmar ese enunciado (2) para señalar que el Tribunal Constitucional español ha considerado que la cláusula “salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo” del art. 51.2 de la LOGP ha de entenderse como “salvo cuando haya orden de la autoridad judicial o cuando se trate de supuestos de terrorismo”. En ese caso, el enunciado (2) pertenecería a un discurso descriptivo de interpretaciones y como tal podría ser verdadero y/o falso (sería por ejemplo verdadero si nos referimos a la Sentencia del TC 73/1983, pero falso si nos referimos a sentencias posteriores de dicho Tribunal, como la STC 183/1994). Sin embargo, no es este uso (informativo o descriptivo) de los enunciados interpretativos el que nos interesa, sino el primero señalado: cuando formulamos una decisión interpretativa y no meramente nos referimos o informamos de las decisiones interpretativas de otro. Es aquí cuando podemos considerar que dicho enunciado pertenece en sentido estricto a un discurso interpretativo, sería la conclusión de una actividad dianoética (el resultado de una argumentación) y representaría la resolución de la duda sobre el significado atribuible, podríamos decir que sería la última fase de la argumentación interpretativa. Guastini llama también la atención sobre el hecho de que la decisión interpretativa puede ser la atribución de un significado aceptable o la creación de una nueva significación al margen de lo que se consideraría “aceptable”, lo que —en su opinión— estaría más cerca de la legislación (de la creación o “invención”, de normas) que de la interpretación propiamente dicha.⁸ La cuestión que

⁷ Tarello, Giovanni, *L'interpretazione della legge*, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1980, y “Frammenti di una teoria dell'interpretazione”, en R. Guastini (ed.), *Problemi di teoria del diritto*, (ed.) Mulino, Bologna, 1980, pp. 281-297.

⁸ Cfr. Guastini, Riccardo, *Dalle fonti alle norme*, G. Giappichelli editore, Torino, 1990, pp. 82-84; y *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. J. Ferrer, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 204-206.

queda abierta es qué es lo que nos lleva a considerar que un significado es o no aceptable, y si todas las interpretaciones que no son puras invenciones son igualmente correctas.⁹ Por ejemplo, hemos visto que el Tribunal Constitucional español cambió su opción interpretativa respecto al art. 51.2 de la LOGP; ¿podemos considerar que en una de las ocasiones —como el mismo TC reconoce— se equivocó, que una interpretación es más correcta que otra/s? Luego volveremos sobre ello.

II. ¿QUÉ SE INTERPRETA? EL OBJETO DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Pasemos ahora a analizar las peculiaridades de la interpretación en el Derecho. La primera cuestión a abordar en este sentido sería precisamente qué es lo que se interpreta en la interpretación jurídica. El punto de partida común para la mayoría de las teorías que se ocupan de este tipo de interpretación radica en la consideración del Derecho como un fenómeno lingüístico (el Derecho —se dice— opera necesariamente a partir de la comunicación de una serie de pautas de comportamiento), lo cual no tiene por qué implicar que todo el Derecho pueda ser reducido a lenguaje, ni siquiera el que las normas puedan ser identificadas con su mera formulación lingüística; pero sí que el atender al aspecto lingüístico de este fenómeno es de gran importancia para una adecuada comprensión del mismo. Esto parecería llevarnos a considerar que cuando hablamos de “interpretación jurídica” nos hemos decantado por uno de los dos sentidos de “interpretación” en general que antes señalábamos: aquel que considera que su objeto está constituido exclusivamente por entidades lingüísticas. De hecho la mayoría de los autores que han desarrollado una teoría de la interpretación jurídica llevan a cabo explícita o implícitamente dicha opción. Pero no adelantemos conclusiones.

Ante la pregunta acerca de qué es lo que se interpreta en la interpretación jurídica nos encontramos con que la respuesta no es, ni mucho menos, ni unívoca ni clara. Las respuestas más recurrentes consideran que el objeto de esta interpretación son, o bien las disposiciones jurídicas, es decir, los enunciados contenidos en las fuentes autoritativas del Derecho (o algunas expresiones contenidas en dichas disposiciones), o bien las “NORMAS JURÍ-

⁹ Sostendré entonces que sólo a partir de una caracterización de la interpretación como una actividad argumentativa inserta en una práctica en la que operan criterios evaluativos de corrección puede romperse esa circularidad que amenaza a la tesis de la existencia de límites a la actividad interpretativa.

DICAS”, o bien el “Derecho”. Pero ninguna de estas tres respuestas parece estar exenta de dificultades. Por lo que se refiere a la primera, se plantean problemas a propósito de si realmente sólo son objeto de la interpretación jurídica las disposiciones jurídicas (¿qué pasa, por ejemplo, con la costumbre?). Por lo que se refiere a la segunda respuesta (el objeto de la interpretación son las normas jurídicas), podría pensarse, por un lado, que la interpretación jurídica no sólo se ocupa de “normas” (también deben interpretarse disposiciones jurídicas que no expresan normas, como las definiciones, los nombramientos, las cláusulas derogatorias, etcétera); y, por otro lado, y en opinión de algunos autores, considerar que el objeto de la interpretación son las normas jurídicas no sería acertado porque las normas serían más bien el producto de la interpretación y por tanto no su objeto. Y, por último, la tercera respuesta (la que considera que el objeto de la interpretación jurídica es el Derecho) plantea si cabe todavía más interrogantes que las anteriores. No se entiende muy bien qué quiere decir que lo que se interpreta es “el Derecho”, entre otras cosas porque no existe un concepto claro y compartido de qué es el Derecho, o al menos de a qué se alude en esta expresión con este término; con él se puede estar haciendo referencia meramente al agregado de normas o de documentos jurídicos que se consideran que lo componen (en cuyo caso no se estaría haciendo referencia a ningún concepto de interpretación distinto a los anteriormente mencionados), o bien podemos considerar que se pretende indicar algo que va más allá de ese agregado (éste sería el caso, por ejemplo, del concepto de interpretación manejado por Dworkin, quien habla de la interpretación del “Derecho” como un caso de interpretación de una “práctica social”). Me detendré ahora en dos de estas discusiones, que considero relevantes para una teoría de la interpretación jurídica: la contraposición entre dos sentidos de interpretación (interpretación de la ley e interpretación del Derecho) según cuál se considere que es el objeto de la interpretación jurídica, y la polémica a propósito de si las normas son el objeto o el resultado de las normas.

1. *“Interpretación de la ley” frente a “interpretación del Derecho”*

Señala Tarello¹⁰ que la interpretación jurídica, o interpretación “en el Derecho” —como él la denomina—, no puede verse como una categoría unitaria, sino que bajo ese rótulo se incluyen diversas modalidades o tipos in-

¹⁰ Tarello, *L'interpretazione della legge*, op. cit., 5-7.

terpretativos según cuál sea su objeto que pueden presentar peculiaridades entre sí, tales como la interpretación de la ley, la interpretación de las sentencias del Tribunal Constitucional, la interpretación de las circulares, la interpretación de los convenios colectivos, la interpretación de los actos administrativos, la interpretación de los contratos, la interpretación de los tratados internacionales, etc., etc. Todos ellos serían casos de interpretación de textos jurídicos, y de esas categorías la considerada más relevante suele ser la de la “interpretación de la ley”, precisamente por ser ésta la fuente primordial de Derecho en nuestros sistemas jurídicos contemporáneos. El término “ley” puede ser aquí entendido en un sentido amplio, como equivalente a cualquier fuente del Derecho que tiene su origen en una AUTORIDAD política,¹¹ de modo que en esta categoría se podría incluir también la interpretación de la constitución. De todos modos, conviene ser conscientes de que el término “interpretación constitucional” es ambiguo y que se usa tanto para referirse a la interpretación jurídica cuyo objeto es la constitución,¹² como para hablar de la interpretación de la ley (o de otras fuentes del Derecho) conforme a la constitución.

Lo que me interesa remarcar es la contraposición que en ocasiones se realiza de esta categoría de la “interpretación de la ley” (o *interpretatio legis*) con la llamada “interpretación del Derecho” (o *interpretatio iuris*), pues —como voy a intentar mostrar— cada una de estas categorías se conectaría con una concepción distinta a propósito del alcance de dicha actividad interpretativa en el ámbito jurídico. Tarello conecta estas dos categorías con la evolución histórica del sentido del término “interpretación” en el ámbito jurídico.¹³ El sentido vinculado a la “interpretación del Derecho” sería un sentido premoderno, que habría sido el sentido predominante hasta el siglo XVIII entre los juristas del Derecho común. Se trata de un concepto amplio de interpretación que incluye en la misma toda la actividad de elaboración doctrinal de las normas jurídicas, y donde la actividad de integración de la ley es aún más importante que la aclaración sobre su sentido. Esta tendencia terminológica se mantendrá prácticamente hasta el desarrollo de la nueva CIENCIA JURÍDI-

¹¹ Cfr. Aguiló Regla, Josep, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000, pp.69 y ss.

¹² El tema de las especificidades de la INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN ha sido especialmente polémico. Sobre las distintas posturas adoptadas puede verse Comanducci (“Modelos e interpretación de la constitución”, en I. Lifante Vidal (ed.), *Interpretación jurídica y teoría del Derecho*, Palestra, Lima, 2011, pp. 93-145.) o Aguiló Regla (“Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta”, ponencia presentada al *VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional*, Bogotá, 10-12 octubre, 2011).

¹³ Sobre esta evolución histórica, puede verse Bobbio. Norberto, *L'analogia nella logica del Diritto*, Università de Torino, Torino, 1938, pp. 7 y ss., a quien aquí sigo.

CA que, capitaneada por Savigny, se desarrolla en el siglo XIX. En esta nueva época se extiende lo que Tarello considera el uso “moderno”, mucho más restringido, del término “interpretación” (la interpretación de la ley) y que haría referencia meramente a la actividad que tiende a determinar el significado de la norma a través de su expresión. Podemos plantearnos, sin embargo, si este sentido restringido de interpretación sigue siendo el predominante en la teoría jurídica contemporánea; podríamos decir que claramente lo es en las teorías de orientación más o menos analítica, pero no resulta igualmente acertado afirmarlo en el caso de teorías que se escapan a dicha influencia, como las concepciones “críticas” del Derecho (por ejemplo, el realismo jurídico norteamericano), o las teorías con influencia “hermenéutica”, como por ejemplo la teoría de Dworkin, que parecen optar por ese otro significado más amplio de interpretación. Pero detengámonos un poco en lo que cada uno de estos sentidos implica.

Con la expresión “interpretación de la ley” se hace referencia —como hemos visto— a la atribución de significado a un documento (o una parte o un conjunto de documentos) que expresarían normas jurídicas. Es en este sentido en el que, por ejemplo, se contraponen en ocasiones la interpretación de la ley (atribución de significado a un documento normativo dado) a su integración (como individualización de una nueva norma). A veces la expresión “interpretación de la ley” se contraponen a la interpretación del Derecho no escrito. En esta línea nos encontramos con que, para muchos autores, el objeto de la interpretación jurídica viene constituido únicamente por las normas legisladas, aquellas que gozan de una formulación dotada de autoridad que es precisamente la que debe ser interpretada, dejando fuera a otras FUENTES del Derecho: tanto las de origen judicial (los precedentes o la jurisprudencia) como a la costumbre. Aunque en ocasiones se señala que los problemas que plantea en cada uno de estos casos hablar de “interpretación” no son homogéneos. En el primer caso (el del Derecho de origen judicial) nos encontramos con formulaciones (el texto de las sentencias), y la diferencia con el Derecho legislado es que aquí dichas formulaciones no se encuentran dotadas de autoridad (no se trata, podría decirse siguiendo a Llewellyn, de “palabras congeladas”). En cambio, en el caso de la costumbre la situación es distinta, puesto que aquí no existe formulación, lo que ha llevado a algunos autores a afirmar que no se puede hablar en sentido estricto de interpretación de la costumbre. Como puede imaginarse, los autores que sostienen esta tesis (que por otra parte es mayoritaria en la teoría del Derecho) son los que se decantan por el uso de un concepto de interpretación jurídica según el cual sólo pueden ser objeto de la misma los

objetos lingüísticos. Así por ejemplo, según Guastini, si bien es cierto que en ocasiones se habla de interpretación de costumbres, lo que ocurriría en ese caso es que, o bien se usa la expresión para referirse a la interpretación de las recopilaciones donde se recogen los usos o prácticas, o bien se trata de la “interpretación de prácticas sociales”, que constituyen, en su opinión, un género distinto de interpretación.¹⁴

Sin embargo la expresión “interpretación del Derecho” haría referencia a la operación de encontrar la regulación jurídica para un determinado comportamiento o conflicto. Aquí nos encontramos con una actividad más compleja que la mera atribución de significado a un (o unos) documento(s) de las leyes; se incluyen además las actividades de individualización de un segmento del discurso legislativo, la atribución a este segmento de significado, la resolución de antinomias, la integración de la ley, etcétera. Tarello señala que este sentido de interpretación se encuentra muy ligado a la aplicación del Derecho y también considera que el mismo suele ir asociado a la idea de que existe sólo una interpretación “verdadera” para cada caso.¹⁵ En este sentido, creo que la concepción de la interpretación jurídica defendida por Dworkin sería un buen ejemplo de lo que Tarello sostiene. Sin embargo, podemos encontrar ejemplos en los que esta conexión no se produce; estoy pensando en las tesis del realismo jurídico norteamericano, que quizás también por su enfoque aplicativo del Derecho utilizarían un sentido amplio de actividad interpretativa, pero que se encontrarían muy lejos (más bien en el extremo opuesto) de la tesis de la existencia de una interpretación “verdadera” para cada caso.¹⁶

Tras analizar estos dos sentidos de interpretación jurídica (“interpretación de la ley” e “interpretación del Derecho”), podemos ahora darnos cuenta de que lo que se suele considerar como la forma estándar de los enunciados interpretativos [“D significa S”] reflejaría únicamente uno de ellos, el de interpretación de la ley, asumiendo por tanto una visión de la actividad interpretativa de alcance bastante limitado. Por un lado, este tipo de formulación estándar de los enunciados interpretativos se desentiende de cómo llegar a “D”, es decir, cómo individualizar la norma (o disposición, en estos momentos no necesitamos distinguirlas) que nos interesa. Esta tarea de individualización puede consistir en una actividad compleja consistente en la segmentación y recomposición a partir del texto, o mejor dicho, de varios textos

¹⁴ Guastini, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, op. cit., p. 206 y 207.

¹⁵ Cfr. Tarello, *L'interpretazione della legge*, op. cit., pp. 7-9 y “Frammenti di una teoria dell'interpretazione”, op. cit., pp. 281 y ss.

¹⁶ Cfr. Lifante Vidal, Isabel, *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, esp. cap. 3.

de diferentes leyes,¹⁷ una actividad reconstructiva que ha de estar orientada por alguna concepción de la coherencia o integridad del Derecho como un todo. Esa representación parece, sin embargo, operar con el presupuesto de que la interpretación parte de una disposición (que precisamente constituiría en todo caso el objeto de la interpretación jurídica) que le viene dada. Y, por otro lado, en ese esquema [“D significa S”] no tienen cabida otro tipo de actividades que también serían consideradas interpretativas en el otro sentido, más amplio, de “interpretación” (el que conectábamos a la expresión “interpretación del Derecho”), tales como la ponderación de normas, resolución de antinomias, integración de lagunas, etcétera.

2. Las normas jurídicas: ¿objeto o resultado de la interpretación? Sobre la distinción entre disposiciones y normas

La tesis de que el objeto de la interpretación jurídica son las normas tampoco es pacífica. Algunos autores -como por ejemplo Guastini y en general toda la “Escuela Genovesa”- consideran que es la actividad interpretativa la que da origen a la norma. Esta tesis encuentra su fundamento en la distinción entre “disposición” y “norma”. Para Guastini los enunciados interpretativos tienen la siguiente forma: “D significa N”, donde “D” representa una disposición (el texto del documento jurídico), y “N” representa la norma. Las disposiciones pertenecerían al discurso de las fuentes, mientras que las normas pertenecerían al discurso de los juristas-intérpretes. La interpretación es vista, por tanto, como una actividad necesaria en todos los casos, pues antes de ella no habría normas. Desde esta perspectiva, la interpretación no consiste en conocer normas, sino en producirlas; las normas serían, entonces, variables dependientes de la interpretación y la interpretación sería una actividad productiva de Derecho.¹⁸ Pero la aceptación de esta

¹⁷ Guastini, quien sin lugar a dudas opta por este sentido de “interpretación de la ley” (o de textos, o de fuente-acto), señala sin embargo que “la interpretación tiene por objeto *enunciados normativos completos*, y se expresa mediante enunciados que se pueden reconducir, de modo último, a la forma estándar: D significa (o implica) N, donde “D” ocupa el lugar... de una disposición, o de un fragmento de disposición, o de una combinación de disposiciones, o de una combinación de fragmentos de disposiciones, mientras ‘N’ ocupa el lugar de una norma. Conviene reservar el nombre de ‘enunciados interpretativos’ para tales enunciados” (Guastini, Riccardo, *Nuovi Studi sull’interpretazione*, Aracne, Roma, 2008, p. 53). La formulación de tales “enunciados normativos completos” no tiene que ver, pues, para Guastini, con la interpretación.

¹⁸ En realidad, Guastini matiza esta tesis en el sentido de indicar que el Derecho (las normas) no nacen unilateralmente de la interpretación, “sino que el Derecho nace de la

idea sin las suficientes precisiones puede conducirnos a ciertas consecuencias contraintuitivas.¹⁹

Podemos pensar que esta tesis (las normas son producto de la interpretación) se refiere o bien a la interpretación como actividad noética (mera captación intuitiva del significado) o bien en sentido dianoético (actividad argumentativa). En principio parecería que la primera opción resultaría más plausible: cualquier disposición jurídica ha de ser siempre “interpretada” en sentido noético, y la norma puede verse como el significado de la disposición (lo que hemos entendido). La disposición sería el texto y la norma el significado.²⁰ Pero incluso aquí sería un tanto extraño decir que es la actividad interpretativa noética la que genera la norma o significado. Esta actividad tiene como objetivo captar el significado de una disposición, pero este significado debe en algún sentido existir antes de que se realice tal actividad.²¹ Como ha señalado Moreso,²² el lenguaje jurídico vive en el

combinación de dos actividades distintas igualmente “productivas”, aun cuando lo sean a título diverso: la producción de textos (ésta sí, *ex nihilo*) y la construcción de significados” (Guastini, Riccardo, “Disposición vs. norma”, trad. M. Fernández Pérez, en R. Escudero y S. Pozzolo (eds.), *Disposición vs. Norma*, Palestra Editoriales, Lima, 2011, p. 165).

¹⁹ En este mismo sentido, Laporta, Francisco J., *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid., 2007, pp. 178-182.

²⁰ Esta tesis es expresamente rechazada por Guastini, quien afirma que tanto las disposiciones como las normas son ambas enunciados: “disposición y norma no son entidades heterogéneas. Desde el punto de vista ontológico -si puedo usar esta palabra inquietante-, disposición y norma son entidades homogéneas: una y otra no son más que enunciados. La disposición (enunciado por interpretar) es un enunciado del discurso de las fuentes; la norma (enunciado interpretado) es un enunciado del discurso del intérprete, que el intérprete considera sinónimo de la disposición y que, por lo tanto, puede —según su opinión— ser sustituido por la disposición sin pérdida de significado... No hay otra manera de formular un significado sino mediante palabras, y los significados no tienen una “existencia” independiente de las palabras con las cuales se expresan (Guastini, “Disposición vs. norma”, *op. cit.*, pp. 133 y ss.). En un sentido parecido Gianformaggio afirma que la argumentación interpretativa es un trayecto que une dos lugares, pero que ambos deben ser *enunciados interpretados*, y no meramente signos; un signo —dice esta autora— no puede ser nunca la premisa de un argumento. La conclusión del argumento interpretativo sería un *enunciado* con la forma “S significa S’”; y no sería tanto el significado del signo, como una tesis interpretativa según la cual un signo (texto) se puede sustituir por otro porque ambos tienen, en el contexto en cuestión, el mismo significado. No se puede hablar —dice Gianformaggio— de sustitución de significado por texto, aunque hay que ser conscientes de que la actividad de atribuir o adscribir significado no puede hacerse más que produciendo signos (Gianformaggio, Letizia, “Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio”, *op. cit.*, pp. 94 y 95).

²¹ El propio Guastini considera que la labor del intérprete no se realiza en el vacío: el texto normativo —que lógicamente ha de preexistir a la interpretación— ya posee significado antes de la interpretación, pero lo que él pretende remarcar es que se trata potencialmente de una pluralidad de significados (Guastini, *Nuovi Studi sull'interpretazione*, *op. cit.*, p. 64).

entramado de reglas, convenciones y prácticas que constituyen el lenguaje natural, y la única manera de atribuir sentido a una formulación normativa es dentro de ese entramado. Pero es que además no es éste el sentido de interpretación al que hace referencia Guastini cuando sostiene que la norma es el resultado de la interpretación. Para este autor tanto las disposiciones como las normas son ambas enunciados, pero en su opinión cualquier disposición admite más de un posible significado y por tanto su tesis se referiría más bien a la interpretación como actividad dianoética y presupone la aceptación de la tesis de que cualquier disposición plantea siempre dudas pues admite más de una posible interpretación y por lo tanto se puede corresponder con más de una norma. Esta omnipresente indeterminación del significado de las disposiciones jurídicas presupone asumir un cierto grado de escepticismo. Pues o bien consideramos que “potencialmente” cualquier disposición puede plantear en algún momento problemas interpretativos, pero eso no quiere decir que en todas las ocasiones que en concreto tengamos que trabajar con una disposición la misma nos plantee esas dudas. El verdadero fundamento del escepticismo ante las reglas no se encuentra entonces, en opinión de Guastini, en la tesis de la inexistencia de significado previo a la interpretación, sino en “el reconocimiento de que es siempre posible interpretar un mismo texto de múltiples formas distintas, asociado con la tesis de que no existe un criterio de verdad para los enunciados interpretativos”.

Ahora bien, estas consideraciones no excluyen la posibilidad de que existan algunos casos en los que sería correcto entender que la “norma” es siempre el resultado de la interpretación, pero en un sentido distinto al que está implícito en las observaciones de Guastini. Si tenemos en cuenta que la expresión “norma jurídica” es especialmente ambigua, creo que es cierto que, en algunas de sus acepciones, se habla de normas para hacer referencia al resultado de la actividad interpretativa en alguno de sus sentidos. Así, en la literatura jurídica encontramos diversos sentidos de “norma”, cada uno de los cuales supone un grado de elaboración distinto a partir de las “fuentes” del ordenamiento.²³ A veces se habla de norma como equivalente a documento jurídico (éste sería el sentido en el que se habla, por ejemplo, de

²² Moreso, José Juan, “Lenguaje jurídico”, en Francisco Laporta y Ernesto Garzón Valdés (eds.), *El Derecho y la Justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, CSIC-BOE-Ed. Trotta S.A., Madrid, 1996, pp. 105-116, y, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

²³ Cfr. Aguiló Reglá, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, op. cit., pp. 64-67.

la Ley Orgánica General Penitenciaria española, refiriéndose a ella como una norma), o como disposición (aquí se hace referencia a una parte del documento, pero tomando en cuenta su significado; en este sentido se calificaría como norma, por ejemplo, al artículo 51.2 de la LOGP del que antes hablamos). Pero, en otras ocasiones, se habla de norma para referirse a una entidad que se extrae de documentos jurídicos, pero que no puede equipararse sin más con un fragmento de los mismos. Así, por ejemplo, cuando se habla de norma como premisa de un razonamiento jurídico acabado, es decir, las que pueden operar como premisa normativa para realizar cualquier tipo de juicio jurídico (bien sobre la constitucionalidad de una ley, la competencia para realizar un acto jurídico, la nulidad de un contrato, la licitud de un acto...). Las normas así entendidas son el resultado de una elaboración por parte de los juristas, y, por tanto, requieren una previa actividad interpretativa; eso sí, esta actividad va más allá de la mera precisión del significado de una expresión jurídica, que coincidiría con el sentido de “interpretación de la ley” (o, en general, de cualquier disposición jurídica), constituyendo por tanto lo que aquí hemos denominado “interpretación del Derecho” y que incluye actividades de reconstrucción del Derecho.

III. ¿QUIÉN INTERPRETA? LOS SUJETOS DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA.

Pasemos ahora a hablar de los sujetos de la interpretación jurídica. La actividad interpretativa puede ser realizada por sujetos muy diversos (jueces, legisladores, abogados, dogmáticos, ciudadanos...). A partir de ahí, los teóricos del Derecho han elaborado algunas de las tipologías más usuales en el ámbito de la interpretación jurídica. Se habla así, por ejemplo, de interpretación judicial, auténtica, operativa, doctrinal o científica, etcétera. Aunque la caracterización de estas clasificaciones no suele estar exenta de problemas.

El primer problema con el que nos encontramos consiste en que estas tipologías no suelen partir de una caracterización general del fenómeno de la interpretación jurídica, de modo que no es claro si los diferentes tipos son tratados como especies de un mismo género (lo único que los diferenciaría sería precisamente quién interpreta), o si cada uno de estos tipos interpretativos hacen referencia a actividades de distinto alcance. El segundo problema que puede apuntarse es que estas tipologías no son en realidad clasificaciones exhaustivas, pues no recogen todas los posibles sujetos de la interpretación jurídica (quizás porque tampoco tenga mucho interés

el hacerlo); se suele dejar de lado, por ejemplo, la interpretación que realizan los particulares, o la de los órganos jurídicos no aplicativos, como el legislador. En ocasiones, se llega a afirmar incluso que el legislador —cuando actúa como tal y no como aplicador de normas superiores, como la Constitución— no interpreta, pues no estaría vinculado por sus propias leyes anteriores.²⁴ Pero, en mi opinión, esta tesis no es acertada. Dejando a un lado la interpretación entendida como captación inmediata del significado (la interpretación como actividad noética), actividad que es necesario realizar siempre que se trabaje con el Derecho, creo que el otro sentido más restringido de interpretación (como actividad discursiva: la interpretación como actividad dianoética) no debe vincularse únicamente a los órganos aplicadores del Derecho. Es cierto que el legislador no se encuentra obligado por sus propias leyes, en el sentido de que puede cambiarlas, pero eso no impide que pueda tener interés en llevar a cabo una actividad interpretativa respecto al Derecho vigente para, por ejemplo, crear nuevo Derecho que no resulte incoherente con el existente.

Una excepción a esa falta de exhaustividad se encuentra en la obra de Kelsen.²⁵ Este autor sí realiza una clasificación exhaustiva de la interpretación atendiendo al sujeto que interpreta, pues distingue entre lo que llama la “interpretación auténtica”, que sería aquella realizada por los órganos aplicadores del Derecho²⁶ y la “interpretación no auténtica”, que englobaría todos los supuestos que no encajan en la primera categoría. Pero, tras una rápida presentación general de la clasificación, también Kelsen se centra únicamente en presentar las peculiaridades de los dos tipos interpretativos a los que considera más importantes: la interpretación judicial (como prototipo de la interpretación auténtica) y la interpretación científica (que sería el tipo más destacado de la interpretación no auténtica).

De hecho, con pocas diferencias en su caracterización, éstas son las dos categorías interpretativas atendiendo al sujeto que más interés despiertan en la teoría. Se habla así de la interpretación llevada a cabo por los jueces, o más en general por cualquier órgano jurídico (que a veces es calificada como “interpretación operativa” y de la cual la interpretación judicial sería su supuesto más prototípico) y la realizada por la doctrina o dogmática

²⁴ Cfr. Atienza, “Estado de Derecho, argumentación e interpretación”, *op. cit.*

²⁵ Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, trad. de R. Vernengo de la 2a. ed., alemana [1960], UNAM, México, 1986.

²⁶ Conviene recordar que en la teoría de Kelsen todo paso de una grada superior a otra inferior del ordenamiento jurídico es, al mismo tiempo, creación y aplicación del Derecho, por lo que aquí se incluyen tanto jueces como legisladores, u órganos administrativos.

jurídica. La primera se liga a la aplicación del Derecho, mientras que la segunda suele conectarse con objetivos cognoscitivos o sistematizadores del Derecho. Así por ejemplo, Ferrajoli²⁷ considera que lo que distingue a ambos tipos interpretativos no es sólo tener distinto sujeto, sino también distinto objeto: mientras que la interpretación doctrinal tiende al análisis del lenguaje normativo (y, en ese sentido, tendría como objetivo la explicación), la interpretación operativa tiende al análisis del lenguaje de la experiencia normativa (y perseguiría, por tanto, la comprensión). En este sentido, es bastante común ligar la interpretación judicial a lo que se considera como una interpretación “en concreto” u orientada hacia los hechos (plantada a partir de un determinado problema particular al que debe darse solución), mientras que la interpretación doctrinal se correspondería con una interpretación “en abstracto” (al margen de situaciones concretas) u orientada hacia los textos; aunque debemos ser conscientes de que esta equiparación no puede hacerse absolutamente (los jueces no sólo interpretan para aplicar el Derecho a hechos concretos; piénsese por ejemplo en los casos en que se juzga la constitucionalidad de una ley) y la doctrina en ocasiones interpreta para proponer soluciones a problemas concretos. Como vemos, estas características que suelen acompañar a las interpretaciones típicas que realizan cada uno de esos sujetos en realidad están apuntando hacia la contestación a otra pregunta: ¿cuándo o en qué ocasión se interpreta?, a la que dedicaremos el siguiente epígrafe.

Es importante darse cuenta de que en ocasiones los diferentes tipos interpretativos según el sujeto son caracterizados en realidad atendiendo no a las peculiaridades que reviste la actividad interpretativa que llevan a cabo los distintos sujetos de la interpretación, sino a los distintos efectos que el sistema jurídico concede al resultado de cada una de esas interpretaciones. Ese sería el motivo por el que se suele plantear tan nítidamente la distinción entre la interpretación de los órganos aplicadores del Derecho y todas las demás. Una determinada interpretación realizada por un órgano judicial de cierta jerarquía puede resultar vinculante para los órganos inferiores, y así por ejemplo en ocasiones se habla de que el Tribunal Constitucional es el “intérprete auténtico” de la Constitución, queriendo remarcar con ello la vinculación de todos los destinatarios jurídicos a los resultados interpretativos a los que llega este tribunal. En realidad la expresión “interpretación auténtica” se utiliza de manera especialmente ambigua. Hemos visto cómo Kelsen habla de “interpretación auténtica” para referirse a la

²⁷ Ferrajoli, Luigi, “Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XLIII, 1966, pp. 290 y ss.

interpretación realizada por cualquier órgano aplicador del Derecho (sería entonces una expresión sinónima de la “interpretación operativa”). Sin embargo, el uso más extendido de esta expresión hace referencia a la interpretación que realiza el propio órgano autor de la norma objeto de interpretación (sería, por ejemplo, el caso de los autos aclaratorios, cuyo objetivo es que el juez aclare algún precepto oscuro que incorporó en algún auto o sentencia dictada previamente por él mismo).

IV. ¿CUÁNDO SE INTERPRETA? INTERPRETACIÓN EN ABSTRACTO E INTERPRETACIÓN EN CONCRETO.

Como hemos visto, la interpretación judicial y la interpretación científica suelen vincularse con la ocasión en que se interpreta: en el primer caso se interpreta “en concreto” (o, por decirlo en la terminología de Wróblewski, sería una interpretación orientada hacia los hechos), mientras que en el segundo caso se suele interpretar “en abstracto” (en términos de Wróblewski, sería una interpretación orientada hacia los textos). También Ross sostiene una distinción muy semejante a ésta. Este autor habla de “interpretación por significado” (que sería la que parte del significado abstracto de una expresión), frente a “interpretación por resultado” (la que parte de una situación concreta y se plantea si la misma es o no subsumible en una expresión general).²⁸

Guastini ha remarcado en diversas ocasiones esta distinción entre la interpretación en abstracto y la interpretación en concreto,²⁹ presentándolos como dos sentidos en los que se utiliza el término “interpretación jurídica”. Veamos su caracterización. En el primer caso, se trataría de identificar el contenido de significado —esto es, el contenido *normativo* (la norma o las normas)— expresado por y/o lógicamente implícito en un texto normativo, y ello sin hacer referencia a ningún caso concreto. En el caso de la interpretación “en concreto” se trataría, sin embargo, de subsumir un caso concreto en el campo de aplicación de una norma previamente identificada “en abstracto”. Nos encontramos, por tanto —dice Guastini—, ante dos actividades distintas: atribuir significados y clasificar casos; y aunque dichas actividades pueden darse conjuntamente —sobre todo en

²⁸ Cfr. Ross, Alf, *Sobre el Derecho y la justicia*, trad. de G. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1970, p. 113.

²⁹ Por todas puede verse Guastini, *Distinguiendo*, *op. cit.*

el caso de la interpretación judicial— y puedan incluso resultar indistinguibles desde un punto de vista psicológico, se trata de actividades realmente diferentes desde el punto de vista lógico. El objeto de dichas actividades sería distinto: en el primer caso se interpretarían enunciados normativos completos, y en el segundo predicados en sentido lógico, es decir, términos que designan clases. De modo que, mientras que en la interpretación orientada a textos se identifican normas jurídicas, en la dirigida a los hechos se contribuiría a identificar los casos concretos regulados por cada norma.³⁰ De este modo, y al menos desde este punto de vista lógico, la primera actividad sería anterior a la segunda. Se suele considerar, además, que ambas interpretaciones tienen también un resultado distinto: la interpretación “en abstracto” produciría un enunciado sinónimo del que se interpreta (“D significa N”), mientras que el resultado de la interpretación “en concreto” sería un enunciado normativo individual y concreto, del tipo: “El supuesto de hecho F cae en el campo de aplicación de la disposición D”. Guastini reconoce que esta segunda actividad, la interpretación en concreto, presupone la anterior (la interpretación en abstracto), aunque parece dar a entender que incluiría algo más (precisamente la calificación jurídica del concreto supuesto de hecho).³¹

Cada uno de esos sentidos de interpretación respondería, a su vez —señala Guastini—, a un tipo de indeterminación que afecta al Derecho. La interpretación en abstracto será necesaria cuando nos encontremos ante un caso de “indeterminación del sistema jurídico como tal”, es decir, cuando no están determinadas cuáles son las normas expresadas por las fuentes legales y que, en este sentido, pertenecerían al sistema; y la interpretación en concreto, o dirigida a hechos, se conectaría con lo que Guastini considera como la indeterminación de cada norma particular, que se presenta cuando no están determinados qué casos caen bajo el ámbito de aplicación de cada norma. Mientras que este segundo tipo de indeterminación depende de la vaguedad o textura abierta de todo predicado del lenguaje natural, la fuente de la primera indeterminación se encuentra en la ambigüedad (en un sentido muy amplio)³² de los textos normativos. Guastini pone como ejem-

³⁰ Neil MacCormick (*Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978, pp. 94 y ss.) distingue entre problemas de interpretación y problemas de calificación para hacer referencia prácticamente a esta misma idea. Los primeros se plantean como relativos al establecimiento de la premisa normativa, mientras que los segundos lo hacen respecto a la premisa fáctica.

³¹ *Cfr.* Guastini, *Distinguiendo*, *op.cit.*, p. 204.

³² Guastini incluye en este sentido de ambigüedad —no exclusivamente sintáctico— todos aquellos casos en los que consideramos que una disposición puede ser entendida de diversos modos, y por tanto se duda de qué normas expresa. Esta indeterminación no de-

plo de problema de interpretación dirigida a los textos el siguiente: el artículo que establece “El presidente de la República firma los decretos y resoluciones emanados del Consejo de Ministros” puede entenderse bien como que el presidente “posee el poder” de firmar o bien como que “tiene el deber” de hacerlo. Mientras que, como ejemplo de interpretación dirigida a los hechos, señala la indeterminación que genera la regla “Prohibido vehículos en el parque” respecto a su aplicación o no a una bicicleta.

Lo que interesa remarcar de esta distinción es que la interpretación “en concreto” se realiza siempre a la luz de las circunstancias de un caso; su objetivo sería por tanto determinar el “significado ocasional”³³ de la expresión jurídica objeto de interpretación, por lo que hay que ser conscientes de que pasar a considerarlo como el “significado atemporal” de la expresión y por tanto extrapolarlo a otros casos concretos con circunstancias distintas puede plantear problemas.³⁴ No siempre que se resuelve un problema de interpretación en concreto que plantea una disposición podemos considerar que se han eliminado todos los problemas de significado que en abstracto pueda plantear esa disposición en el futuro. Pensemos, por ejemplo, en la interpretación que realizó el Tribunal Constitucional del art. 51.2 de la LOGP antes comentado, con ocasión de resolver en 1994 un recurso de amparo interpuesto por un preso acusado de un delito de terrorismo ante la intervención de las comunicaciones con su abogado sin autorización judicial (STC 183/1994). El TC concedió el amparo, considerando que en los supuestos de terrorismo la intervención de las comunicaciones el Derecho español exige *también* que exista autorización judicial. Se trató obviamente de una interpretación “en concreto”, realizada a la luz de todas las circunstancias del caso, el momento histórico, las reformas legislativas habidas, etcétera. ¿Debemos entonces considerar que en esa decisión el TC (que es considerado el “intérprete auténtico” de la Constitución española) optó por interpretar “en abstracto” la cláusula *‘salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo’* del art. 51.2 de la LOGP en el sentido de

pende sólo de defectos objetivos del lenguaje del legislador (o del constituyente...), sino también y fundamentalmente —añade Guastini— de la multiplicidad de métodos interpretativos, de la dogmática jurídica y del sentimiento de justicia de los intérpretes.

³³ He de señalar que utilizo la terminología de “significado ocasional” y “significado atemporal” de Grice de manera muy libre. Este autor vinculaba la interpretación “ocasional” con la intención del hablante en una ocasión particular en el que se realiza una preferencia. Mientras que en el caso de la interpretación jurídica, hablar de la intención del hablante para la concreta ocasión sólo puede hacerse en todo caso en un sentido muy figurado.

³⁴ Esto tiene que ver con que en realidad la interpretación de una expresión jurídica siempre incluye —como veremos en el apartado siguiente— la reconstrucción de todo el Derecho.

que establece dos condiciones que han de darse siempre acumulativamente, es decir que ha de entenderse que “las comunicaciones de los internos con el abogado defensor... no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo cuando haya orden de la autoridad judicial y además se trate de un supuesto de terrorismo”? Creo que no, o al menos no necesariamente. En realidad lo que el TC estableció fue que el “Derecho español” (y no sólo el art. 51.2 de la LOGP) exige que haya autorización judicial para poder intervenir las comunicaciones entre presos y sus abogados, incluso aunque se trate de supuestos de terrorismo. Pero es posible (y así lo han interpretado diferentes órganos judiciales y parte de la doctrina) considerar que la mejor interpretación (reconstrucción) de esa regulación es la que considera que dicha intervención no está limitada exclusivamente a supuestos de terrorismo, sino que también podría realizarse en los supuestos de otros delitos en los que el juez considerara justificada (y así lo motivara) la necesidad de la intervención.

V. ¿CÓMO SE INTERPRETA? LOS CÁNONES INTERPRETATIVOS

Hemos dicho que la actividad interpretativa (en sentido dianoético) consiste en argumentar a favor de atribuir un determinado sentido a un objeto. Las cuestiones que ahora nos quedan por abordar son precisamente cuáles son los argumentos —tradicionalmente llamados “cánones”— que se consideran pertinentes en el ámbito jurídico para avalar una determinada decisión interpretativa, por qué se les otorga dicha pertinencia y cómo debemos entender su papel en la justificación de las decisiones jurídicas interpretativas. La caracterización clásica de estos argumentos sería la que formuló Savigny en el siglo XIX, a los que él se refería con el nombre de “elementos” de la interpretación (otros autores hablan, por ejemplo, de cánones, argumentos, instrumentos, métodos o directivas de la interpretación). Debe señalarse que Savigny llevó a cabo una distinción entre lo que consideraba la interpretación de leyes aisladas y la interpretación de todas las fuentes consideradas conjuntamente (se trataría prácticamente de la misma la distinción que hemos antes señalado entre *interpretatio legis* e *interpretatio iuris*), y los elementos o cánones de la interpretación los sitúa en la primera de estas categorías (la de las leyes aisladas), mientras que cuando habla de la interpretación de todas las fuentes consideradas conjuntamente es cuando se

ocupa de los problemas “interpretativos” ocasionados por las lagunas, las antinomias o las redundancias.³⁵

Para este autor, la interpretación podía caracterizarse como la operación que resulta necesaria para reconstruir el pensamiento contenido en la ley. Esta operación no es diferente —dice Savigny— de la interpretación de cualquier otro pensamiento expresado por el lenguaje, como, por ejemplo, de la interpretación que se ocupa la filología; pero cuando la descomponemos en sus partes constitutivas revela un carácter peculiar, pudiendo distinguir en ella cuatro elementos: el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático:

El elemento gramatical de la interpretación tiene por objeto las palabras de que el legislador se sirve para comunicarnos su pensamiento; es decir, el lenguaje de las leyes.

El elemento lógico, la descomposición del pensamiento o las relaciones lógicas que unen a sus diferentes partes.

El histórico tiene por objeto el estado del derecho existente sobre la materia, en la época en que la ley ha sido dada; determina el modo de acción de la ley y el cambio por ella introducido, que es precisamente lo que el elemento histórico debe esclarecer.

Por último, el elemento sistemático tiene por objeto el lazo íntimo que une las instituciones y reglas de derecho en el seno de una vasta unidad. El legislador tenía ante sus ojos tanto este conjunto como los hechos históricos, y, por consiguiente, para apreciar por completo su pensamiento, es necesario que nos expliquemos claramente la acción ejercida por la ley sobre el sistema general del derecho y el lugar que aquélla ocupaba en este sistema.³⁶

Savigny señala además que estos cuatro elementos no constituyen clases o tipos de interpretación entre las cuales pueda escogerse una, sino que son cuatro operaciones distintas cuya reunión es indispensable para interpretar la ley, a pesar de que es posible que algunos de estos elementos tengan más importancia y se hagan notar más que otros.³⁷

Con posterioridad a Savigny, la inmensa mayoría de listados de argumentos interpretativos han recogido como mínimo estos cuatro elementos con formulaciones más o menos similares,³⁸ pero eso no quiere decir que

³⁵ Savigny, F.C. von, *Sistema del Derecho Romano actual*, trad. J. Mesía y M. Poley, Centro editorial de Góngora, Madrid, vol. I., 1878 [original alemán de 1840], pp. 183-255.

³⁶ *Idem*, p. 178.

³⁷ *Idem*, p. 187 y 188.

³⁸ Y no sólo los recogen las obras teóricas, sino en ocasiones también el propio Derecho positivo. Así, por ejemplo, el Código Civil español establece en su art. 3.1: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”.

exista —ni mucho menos— consenso a la hora de determinar el número de tales argumentos, su formulación precisa, su función o su jerarquía.³⁹ Dentro de los trabajos que se han dedicado a analizar catálogos de argumentos interpretativos merece una especial mención el realizado por el *Comparative Legal Research Group*, coordinado por MacCormick y Summers⁴⁰ en el que se comparan los distintos tipos de argumentos interpretativos vigentes para la interpretación de las leyes en diversos países.⁴¹ Veamos la presentación que MacCormick⁴² realiza de los argumentos identificados a partir de esa comparación. Habría tres categorías principales de argumentos interpretativos, más un argumento que considera “transcategorico”. En primer lugar están los argumentos interpretativos “lingüísticos”, que serían los que apelan al lenguaje mismo como fuente de razones para favorecer una u otra interpretación; esta categoría incorpora tanto los argumentos del significado ordinario (si asumiendo el uso común del lenguaje empleado, una disposición tiene un significado obvio e inteligible, esto es una buena razón para darle efecto a este significado ordinario), como los del significado técnico (en caso de que el texto trate de alguna materia con un vocabulario especializado, los términos que tienen tanto significado técnico como significado ordinario son mejor comprendidos en su significado técnico). En segundo lugar, nos encontramos con los argumentos “sistémicos” que serían aquellos que se orientan hacia una comprensión aceptable de un texto jurídico visto como parte de un todo (el sistema). En esta categoría incluye, a su vez, seis tipos de argumentos, que son los que apoyarían respectivamente a las interpretaciones que mejor armonizaran (1) con otras interpretaciones de términos o expresiones ya usadas en otras partes del mismo texto legal, o (2) en precedentes judiciales, o (3) que armonizaran con provisiones análogas contenidas en otras leyes, o (4) con construcciones dogmáticas, o (5) con los principios generales del derecho aplicables al caso, o (6) con el entendimiento históricamente desarrollado sobre su objeto y propósito o sobre su corrección. En tercer lugar, estarían los argumentos “teleológicos y deontológicos”, que son aquellos que ofrecen las interpretaciones que mejor se acomodan al propósito o fin de la norma o que ofrecen la mejor realización de

³⁹ Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 225.

⁴⁰ MacCormick, Neil y Summers, Robert (eds.), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Aldeshot, Dartmouth, 1991.

⁴¹ En este trabajo se comparan los argumentos utilizados para interpretar las leyes, pero más adelante este mismo grupo de trabajo realizó posteriormente una comparación en cuanto a la interpretación de los precedentes (MacCormick, Neil y Summers, Robert, *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Aldeshot, Dartmouth, 1997.).

⁴² MacCormick, “Argumentación e interpretación en el Derecho”, *op. cit.*

un valor considerado fundamental por el sistema jurídico. Los argumentos teleológicos, por su parte, se refieren al fin o propósito que se imputa a un fragmento de legislación sobre la presunción de que ha sido promulgado por un legislador racional en un determinado contexto histórico; la idea es que debemos tratar a la legislación como una empresa teleológica donde el *telos* u objetivo es independiente de los términos del texto promulgado y por ello suministra una guía para su interpretación. A su vez, los argumentos interpretativos deontológicos⁴³ son argumentos en términos de principios de rectitud o justicia, que deben ser observados en la perspectiva del intérprete con respecto al asunto en cuestión. La intención de actuar justamente —señala MacCormick— siempre puede ser imputada al legislador considerado como ente idealmente racional; y las particulares concepciones de justicia son a menudo razonablemente imputables a legisladores reales históricamente situados. Por último, junto a estas tres grandes categorías, MacCormick señala la posibilidad de apelar a la intención del autor como material para elucidar el significado del texto autoritativo; pero advierte de que esto oculta la conocida ambigüedad entre las concepciones objetivas y subjetivas de la intención: la intención puede estar ligada estrechamente a elementos lingüísticos de semántica o sintaxis, a todos los elementos del contexto sistémico de un texto jurídico, o a los objetivos perseguidos o principios respaldados por el legislador bien como un cuerpo histórico o como un legislador idealmente racional. Por ello, y dado que el recurso a la intención opera como un elemento oscilante entre las tres principales categorías de argumentos interpretativos, considera que debemos considerarlo como un argumento “transcategorico”.

Otro de los análisis de los argumentos interpretativos que merece destacarse es el que lleva a cabo Alexy en el seno de su teoría de la argumentación jurídica. Este autor habla de “cánones interpretativos”, y los agrupa en seis categorías dependiendo de la forma o el esquema de argumento que adopten; distingue así entre el argumento semántico, el genético, el histórico, el comparativo, el sistemático y el teleológico. Alexy señala que con excepción de la interpretación semántica, todas las demás formas de argumentos pueden utilizarse además de para la interpretación en una multitud de contextos jurídicos, tales como conflicto de normas, restricción del campo de aplicación de las normas y fundamentación de normas que no pueden deducirse de la ley (todas las operaciones que consideraríamos que

⁴³ MacCormick se aparta aquí de la terminología usada en el trabajo comparativo de 1991 (*Interpreting Statutes. A Comparative Study*, *op. cit.*), en la que se hablaba de argumentos “evaluativos”, en vez de “deontológicos”.

integran el método jurídico o la reconstrucción del Derecho). Cada una de estas formas de argumentos cumple —dice Alexy— diferentes funciones, pero puede destacarse una función primordial de cada una de ellas: “Las formas de la argumentación semántica y genética se refieren a la vinculación de los órganos decisores, respectivamente, con el tenor de la ley y con la voluntad del legislador. Las formas históricas y comparativas permiten la incorporación de la experiencia del pasado y de otras sociedades. La interpretación sistemática sirve, entre otras cosas, para liberar de contradicciones al ordenamiento jurídico. Finalmente las formas teleológicas abren el campo a la argumentación práctica racional de tipo general”.⁴⁴

VI. CONCEPCIONES DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

A partir de los análisis anteriores, presentaré ahora una reconstrucción de las caracterizaciones más extendidas de la interpretación en el ámbito del Derecho; estas caracterizaciones pueden ser consideradas como diversas concepciones o teorías de la interpretación jurídica, en el sentido de que ofrecen respuestas distintas a muchos de los problemas que he ido señalando. Realizaré una doble clasificación de las mismas. La primera atiende a cuál se considera que es el objeto y la ocasión típica de la interpretación jurídica; mientras que la segunda atiende al papel que se le concede a los diferentes argumentos interpretativos en la justificación del resultado al que nos conduce la interpretación.

1. *Concepciones de la interpretación según el objeto y la ocasión*

Para presentar el primer grupo de concepciones tomaré como punto de partida dos contraposiciones que he presentado anteriormente. La primera es la que vinculábamos a cuál se considera que es el objeto de la interpretación: o bien las leyes (las expresiones contenidas en las leyes) o bien el Derecho. La segunda contraposición es la que distingue atendiendo a la ocasión en la que se lleva a cabo la interpretación: en abstracto o en concreto. Si cruzamos ambas contraposiciones nos resultaría cuatro supuestos cada uno de los cuales hace referencia a un uso distinto del concepto de interpretación jurídica según el siguiente esquema:

⁴⁴ Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, p. 237.

	[1] Interpretación de la ley	[2] Interpretación del Derecho
[A] Interpretación en abstracto	1.A (precisión de significado de disposiciones jurídicas)	2.A (reconstrucción, sistematización de instituciones)
[B] Interpretación en concreto	1.B (calificación jurídica de un caso concreto)	2.B (solución a un problema jurídico)

Figura 1.

La distinción entre **[1]** y **[2]** hace referencia a dos sentidos de interpretación que conllevan un distinto alcance en cuanto a las actividades implicadas. El primero, el que encontramos implícito en el uso de la expresión “interpretación de la ley”, sería un concepto más estricto de interpretación jurídica, según el cual interpretar supone aclarar el significado de una expresión contenida en una disposición jurídica. A su vez, dentro de este primer supuesto podría realizarse una clasificación atendiendo a si tal actividad se plantea en abstracto (sería el supuesto **[A]**) o bien es realizada a partir de un determinado problema concreto, es decir, si puede plantearse también como una cuestión de calificación (sería el supuesto **[B]**).

El supuesto **[2]** (la “interpretación del Derecho”) se trata, como hemos visto, de un concepto bastante más amplio de actividad interpretativa que el supuesto anterior. El objetivo de esta actividad radicaría en reconstruir los materiales jurídicos, y el objetivo que se perseguiría sería buscar la unidad del Derecho; de este modo, bajo este rótulo se incluirían todas las actividades que se suelen agrupar bajo el impreciso nombre de “método jurídico”. Como hemos visto, es usual vincular este segundo uso de la expresión “interpretación” a la actividad aplicativa del Derecho: se trataría de reconstruir el sistema jurídico a partir del planteamiento de un determinado caso -no necesariamente individual- al que debe darse solución, se trata por tanto de una interpretación “en concreto”, y ésta sería la actividad interpretativa que ubicaríamos en la casilla **[2.B]**. Pero esta actividad también puede darse en un contexto muy distinto. Piénsese, por ejemplo, en los casos en que la doctrina reconstruye una parcela del Derecho de manera unitaria o sistemática; dicha reconstrucción no se plantea a partir de un determinado caso, sino de una determinada institución (el matrimonio, la hipoteca, el delito de prevaricación...), aquí también hablamos de interpretación del Derecho (por ejemplo para contestar a la pregunta por la naturaleza jurídica de la hipoteca, o para delimitar el bien jurídico protegido en un determinado delito). En

estos casos la finalidad inmediata perseguida no sería práctica (no se busca la solución a un problema concreto), sino fundamentalmente cognoscitiva, se interpretaría –podríamos decir– “en abstracto”. Esta actividad es la que se incardinaria precisamente en la casilla **[2.A]**.

De estos distintos sentidos de “interpretación jurídica”, es precisamente en el supuesto **[1.A]** en el que se han fijado la mayoría de los autores que se han ocupado de la interpretación desde una perspectiva conceptual (así, por ejemplo, los análisis de Guastini, de Atienza o de Gianformaggio a los que antes aludíamos tienen en mente este tipo de actividad). Éste sería también el uso más extendido, y el que se encuentra más delimitado, de la expresión “interpretación jurídica”, al menos por lo que se refiere a lo que podríamos considerar como la tradición analítica, a diferencia de la hermenéutica. Esta última sin embargo optaría por entender la interpretación en un sentido más próximo a **[2.B]**. Así por ejemplo el análisis de Dworkin sobre la interpretación en el Derecho podríamos situarlo precisamente aquí.

Pero conviene remarcar que, pese a que esta presentación parece dar a entender que es posible trazar una distinción nítida entre estos sentidos de interpretación jurídica, en la práctica nos encontramos con que las distintas actividades implicadas por cada uno de ellos se encuentran íntimamente ligadas. Por un lado, y por lo que se refiere a la distinción entre interpretación en abstracto **[A]** e interpretación en concreto **[B]**, es fácil darse cuenta que la interpretación **[B]** implicará necesariamente la interpretación **[A]**. Esto es señalado expresamente por Guastini, cuando señala (referido al sentido **[1]**) que toda interpretación “en concreto” presupone lógicamente una interpretación “en abstracto”.⁴⁵ Y, desde la tradición hermenéutica (y por tanto refiriéndose al sentido **[2]** de interpretación), Dworkin⁴⁶ también parece sostener algo semejante: la etapa “postinterpretativa” dworkiniana, que implica la selección de la interpretación correcta que resuelve el problema del que se ha partido y se situaría en la casilla **[2.B]**, presupone para este autor haber pasado por la etapa propiamente “interpretativa” (la construcción de las diversas teorías que pugnan por dar cuenta de los diversos materiales jurídicos), que en nuestro esquema podríamos situar en **[2.A]**.

Por otro lado, y como también parece obvio, el sentido **[2]** de la interpretación (la interpretación del Derecho) implicará siempre llevar a cabo las actividades interpretativas en el sentido **[1]** (la interpretación de la ley): el punto de partida del trabajo reconstructivo del Derecho han de ser siem-

⁴⁵ Guastini, *Distinguiendo*, op. cit., p. 204.

⁴⁶ Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Belknap Press, Harvard, 1986.

pre las leyes, las disposiciones jurídicas dotadas de autoridad. Esto es expresamente admitido por todos los autores que realizan esta distinción, pues consideran que la “*interpretatio iuris*” es precisamente un concepto más amplio que la “*interpretatio legis*” y que por tanto incluye otras actividades, siempre “además” de las implícitas en este segundo sentido de interpretación. Pero aquí nos encontramos también con la relación inversa que no siempre se hace explícita y me parece muy interesante remarcar. Creo que en el ámbito jurídico la actividad de interpretar una disposición —el sentido [1]— implica siempre determinar cuál es su significado a la luz del ordenamiento jurídico; las decisiones adoptadas por cualquier instancia jurídica (y también las de la dogmática) deben presentarse como justificadas jurídicamente, lo que supone que sean acordes con “el Derecho”. Para ello habrá, por tanto, que llevar a cabo actividades incluidas en el segundo sentido de “interpretación” (ponderaciones, reconstrucciones dogmática, sistematizaciones, etcétera.) que se conectan con la reconstrucción del Derecho.

2. *Concepciones de la interpretación según el papel de los argumentos interpretativos*

La segunda clasificación de concepciones sobre la interpretación jurídica se articula a partir de su respuesta a las preguntas relativas al papel de los cánones o argumentos interpretativos. Antes hemos visto que existe una cierta unanimidad a la hora de presentar el catálogo de argumentos interpretativos. Las discrepancias surgen a la hora de responder a cuestiones tales como por qué resulta justificado acudir a estos distintos argumentos para apoyar una u otra interpretación jurídica, o a cuál de ellos debe dársele prioridad en caso de que avalen interpretaciones incompatibles.⁴⁷

Tenemos un primer grupo de teorías que se limitan a constatar la existencia de los diferentes cánones o argumentos interpretativos, señalando que en caso de conflicto entre ellos la teoría de la interpretación jurídica no tiene nada más que decir. Se trataría de teorías que suelen calificarse como “teorías escépticas” de la interpretación, según las cuales la naturaleza de la actividad interpretativa sería ser un acto de mera voluntad y no existirían criterios de corrección que guíen la elección entre las distintas posibilidades interpretativas, del mismo modo que tampoco tiene sentido preguntarse por la justificación de los distintos cánones: son los que son porque de

⁴⁷ Hay que tener en cuenta que las interpretaciones incompatibles pueden venir avaladas incluso por argumentos de la misma categoría.

hecho se usan. En el extremo opuesto nos encontramos con las llamadas “teorías cognitivistas” que consideran que la naturaleza de la actividad interpretativa es la de ser un acto de conocimiento: existen por tanto interpretaciones verdaderas, del mismo modo que existen interpretaciones falsas. Dentro de estas teorías podemos distinguir a su vez entre aquéllas que consideran que el criterio de verdad viene dado por el significado literal de las palabras usadas por el legislador (teorías literalistas), de las que consideran que viene dado por su correspondencia con las intenciones del legislador (teorías intencionalistas). Se trata de teorías que darían una prioridad absoluta respectivamente a los argumentos semánticos o a los genéticos, los cuales —señala Alexy— acuden a una argumentación fundamentalmente empírica:⁴⁸ para la teoría del significado literal, una interpretación sería correcta cuando coincida con el significado que de hecho se da a las palabras, mientras que para la teoría intencionalista, una interpretación sería correcta cuando coincida con la intención que de hecho tenía el legislador (suponiendo la existencia y posibilidad de conocimiento de dicha intención).⁴⁹ Ambas teorías pretenderían acudir, por tanto, a la verificabilidad empírica como criterio de verdad de las interpretaciones.

Entre esos dos extremos, representados por las teorías escépticas y las teorías cognitivistas, suelen situarse otro grupo de teorías a las que en ocasiones se las llama “teorías intermedias”. La teoría de Hart, por ejemplo, pretende situarse precisamente en un punto intermedio entre lo que él considera como la “pesadilla” (las teorías escépticas) y el “noble sueño” (el cognitivismo). En su opinión, “interpretar el Derecho” sería una vía intermedia entre “decir el Derecho” (cognitivismo) y “crear el Derecho” (escépticismo). Pero, ¿es posible esta vía intermedia? Guastini⁵⁰ lo niega, considerando que las dos alternativas anteriores son excluyentes entre sí, y que en realidad la propuesta de Hart no supondría una tercera opción, puesto que la misma presentaría a la actividad interpretativa en unos casos como actividad puramente cognitiva (en los casos fáciles) y en otros como actividad puramente volitiva (en los casos difíciles).⁵¹ Pero existe otra posi-

⁴⁸ Véase en este sentido Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 230.

⁴⁹ Sobre los problemas de una concepción de la interpretación en estos términos me he ocupado con detenimiento en un trabajo anterior (Lifante Vidal, “Interpretación y modelos de Derecho. Sobre el papel de la intención en la interpretación jurídica”, *Doxa*, vol. 22, 1999, pp. 171-193).

⁵⁰ Guastini, *Nuovi Studi sull'interpretazione*, op. cit., p. 251 y 22.

⁵¹ En opinión de Guastini dado que todos los casos son en realidad difíciles (pues la indeterminación del Derecho es para él omnipresente), la única respuesta plausible sería el escépticismo.

ble lectura de las tesis de Hart.⁵² Podemos admitir que en los casos fáciles la interpretación sería una actividad cognitiva, pero aquí se trataría del concepto de interpretación como actividad meramente noética (puesto que no se plantearían dudas sobre el significado). Los que nos interesan son los casos difíciles, aquellos en los que surgen dudas y es necesario llevar a cabo una actividad interpretativa en sentido dianoético. El resultado de esta actividad sería un enunciado interpretativo que suele representarse como: “D significa N”. Se trata de la conclusión de una argumentación en la que se dan razones para preferir el significado “N” a otros posibles significados. Ese enunciado interpretativo (cuando es usado en un discurso interpretativo, y no en un discurso descriptivo de las interpretaciones realizadas por otro)⁵³ vendría a ser equivalente a un enunciado del tipo “D *debe ser* entendido como N”, o “*Es mejor* entender D en el sentido N que en cualquier otro sentido”, en los que encontramos necesariamente una pretensión de corrección, pero esta pretensión no tiene por qué definirse en términos de verificabilidad empírica como hemos visto que hacen las llamadas teorías cognitivistas literalistas o intencionalistas. Estas teorías plantean múltiples problemas a la hora de responder a preguntas tales como por qué esos argumentos (los semánticos o los genéticos) resultan relevantes para justificar una interpretación en el ámbito jurídico, qué ocurre cuando resultan inconcluyentes o por qué podemos considerarlos inconcluyentes.

Tanto MacCormick como Alexy (y en esto coincidirían plenamente con autores como Nino, Dworkin o Atienza) consideran que para responder a estas preguntas no tenemos más remedio que acudir a argumentos de racionalidad práctica general. Desde puntos de partida distintos, estos dos autores llegan a conclusiones bastante similares: la prioridad a los argumentos lingüísticos o semánticos, pero una prioridad podríamos decir *prima facie*, que se justifica y al mismo tiempo se puede exceptuar por razones basadas en los argumentos teleológicos y/o deontológicos que son los que

⁵² En realidad Hart no es muy explícito al respecto. Sostiene que “los cánones de ‘interpretación’ no pueden eliminar, aunque sí disminuir, estas incertidumbres; porque estos cánones son a su vez reglas generales para el uso del lenguaje, y emplean términos generales que también requieren interpretación” (Hart, H.L.A., *El concepto de Derecho*, trad. G. Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990 [1961], p. 158) y admite que desarrollar en qué consiste en estos casos la labor del intérprete supondría caracterizar lo que tiene de peculiar el razonamiento jurídico. En su obra realmente no llegó a desarrollar dicha caracterización, pero sí lo hicieron otros autores a partir de sus premisas (por ejemplo, MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, *op. cit.*).

⁵³ Como antes hemos visto, esta distinción de los dos usos de los enunciados interpretativos es señalada por Guastini (*Distinguiendo*, *op. cit.*, p. 205).

nos abren el razonamiento práctico a la racionalidad práctica general. Alexy, por ejemplo, llega a estas conclusiones a partir de su integración del papel de los argumentos interpretativos en su teoría del discurso; en la cual se justificaría una regla de carga de la prueba en la argumentación: “Los argumentos que expresan una vinculación al tenor literal de la ley o a la voluntad del legislador histórico prevalecen sobre otros argumentos, a no ser que puedan aducirse motivos racionales que concedan prioridad a otros argumentos”.⁵⁴ Pero esta regla deja abierta la cuestión de cuándo existen esos “motivos racionales” para asignar menor peso a estos argumentos, lo que hace que jueguen un papel decisivo los argumentos prácticos de tipo general. Aquí —dice Alexy— debemos acudir a las reglas generales de la ponderación, lo que implica que deben tomarse en consideración “todos los argumentos que sea posible proponer y que puedan incluirse por su forma entre los cánones de la interpretación”.⁵⁵ De modo que podemos considerara que aunque el significado literal, y quizás también en algunos casos la intención del legislador, juegan un papel relevante en la interpretación jurídica; son el punto de partida, y en algunas ocasiones también pueden ser el de llegada, pero el proceso interpretativo implica atender a razones de por qué interpretar en un cierto sentido que necesariamente no pueden ser el mero dato objetivo de un significado literal o de una determinada intención. Como señala MacCormick⁵⁶ incluso aunque el Derecho pudiera regular su propia creación nunca podría regular su propia interpretación.

Desde esta perspectiva, la interpretación jurídica no sería, por tanto, ni un mero acto de conocimiento (como pretenden los cognitivistas) ni tampoco un mero acto de voluntad (como afirman los escépticos), aunque puede contener algo de ambas actividades en las diversas etapas o momentos del proceso interpretativo. La actividad interpretativa sería una actividad argumentativa que se inserta en el ámbito más amplio del razonamiento práctico general. Siguiendo a Atienza⁵⁷ podemos caracterizar a la argumentación —en un plano muy abstracto— a partir de los siguientes cuatro elementos: 1) argumentar es una acción relativa a un lenguaje; es un uso del lenguaje que se caracteriza por la necesidad de dar razones. 2) Una argumentación presupone siempre un problema (de índole muy variada: empírico, conceptual, interpretativo...), una cuestión cuya respuesta tiene que basarse en razones apropiadas al tipo de problema de que se trata. 3)

⁵⁴ Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 239.

⁵⁵ *Idem*, p. 240.

⁵⁶ MacCormick, “Argumentación e interpretación en el Derecho”, *op. cit.*

⁵⁷ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Trotta (en prensa), 2012.

La argumentación supone tanto un proceso, una actividad, como el producto de esa actividad; como actividad, la argumentación es todo lo que tiene lugar entre el planteamiento del problema y la solución del mismo; como resultado, en una argumentación pueden distinguirse entre las premisas la conclusión y la inferencia. 4) Argumentar es una actividad racional en el doble sentido de que es una actividad orientada a un fin y en el de que hay criterios para evaluar una argumentación, por lo que siempre tendría sentido preguntarse si una argumentación es buena o mala, mejor o peor que otra, etcétera.

La cuestión relevante sería, por tanto, determinar qué tipo de criterios de evaluación son los que operan en el caso de la actividad argumentativa en el concreto ámbito de la interpretación jurídica. Como alternativa a los criterios basados en la verificabilidad empírica, nos encontramos con otras opciones, tales como la aceptabilidad pragmática a la luz de los fines y valores que pretende desarrollar la práctica en cuestión. Se trataría entonces de lo que ha dado en llamarse una “teoría constructivista o dependiente de valores” de la interpretación, cuyo máximo exponente sería Dworkin.⁵⁸ La interpretación es aquí vista como una actividad basada en valores, cuyo objetivo es presentar el objeto interpretado bajo su mejor ángulo. Y ello, en el contexto de una práctica social como el Derecho, implica llevar a cabo un proceso reconstructivo de los materiales jurídicos en el cual se establezcan los valores y objetivos perseguidos por el Derecho —de manera que éste se presente como un todo coherentemente orientado a la persecución de fines considerados moralmente valiosos— y se determine qué concreta interpretación los desarrolla en mayor medida.

VII. EL DERECHO COMO INTERPRETACIÓN

Ronald Dworkin ha situado a la interpretación jurídica en el centro de la discusión iusfilosófica, al afirmar que el propio Derecho es un concepto interpretativo (véase, TEORÍA INTERPRETATIVA DEL DERECHO). Este autor parte de un concepto de interpretación muy amplio (el *sensu largissimo* del que hablaba Wróblewski), según el cual toda interpretación debe ser la manifestación de un propósito, debe proponer una manera de ver el objeto interpretado como si se tratara del producto de la decisión de buscar un

⁵⁸ Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, *op. cit.*, y, *Justice for Hedgehogs*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

conjunto de temas, visiones o propósitos, es decir, un “sentido”, y esto es así incluso cuando no exista un autor histórico del que pueda predicarse dicho propósito.

En el caso de la interpretación de las prácticas sociales (donde se incardinaria la interpretación jurídica) existen —dice Dworkin—⁵⁹ dos posibles respuestas: optar bien por un modelo conversacional, bien por un modelo constructivo. Según la primera respuesta, el objetivo principal de la interpretación en el contexto de una práctica social sería descubrir las intenciones del autor del “objeto” a interpretar: al igual que en una conversación lo que se pretendería sería averiguar las intenciones del hablante, en el caso de la interpretación de una práctica social lo que interesaría serían las intenciones de los que mantienen la tradición. Pero, a juicio de Dworkin, es considerada preferible la segunda respuesta:⁶⁰ la interpretación creativa no es tanto una “cuestión de intención” (entendida como estado mental), como una “cuestión de construcción”, en el sentido de que los propósitos que aquí están en juego son atribuidos y no descubiertos. Sin embargo, optar por este modelo no implica que el intérprete sea completamente libre a la hora de presentar la obra de arte o la práctica. En palabras de Dworkin:

la interpretación constructiva trata de imponer un propósito a un objeto o práctica para hacer del mismo el mejor ejemplo posible de la forma o género al cual se considera que pertenece. De aquí no debe deducirse, ni siquiera a partir de esta burda descripción, que un intérprete pueda hacer de una práctica o de una obra de arte cualquier cosa que él hubiera querido que la misma fuera... La historia o forma de una práctica u objeto restringe sus interpretaciones disponibles, a pesar de que el carácter de dicha restricción debe estar bien fundamentado.⁶¹

El intérprete de una práctica social deberá, entonces, proponer un valor para dicha práctica, de manera que su interpretación describa un esquema de intereses, objetivos o principios de los que la práctica pueda ser expresión. Pero ¿qué ocurre en el caso de que los datos de la práctica admitan más de una interpretación, es decir, sean compatibles con varios valores? En estos casos la elección de cada intérprete debe reflejar su opinión sobre qué interpretación propone el *mejor* valor para la práctica, lo que supone

⁵⁹ Dworkin, *Law's Empire*, *op. cit.*, p. 52 y ss.

⁶⁰ En opinión de Dworkin es este segundo modelo el que puede ofrecer una descripción más general de la interpretación en todas sus formas. Es más, el modelo conversacional puede ser derivado precisamente a partir del modelo constructivo: las razones que existen para ocuparnos de las intenciones del hablante en la interpretación de una conversación se encuentran en que ésta es la manera de que la conversación se presente bajo su mejor ángulo (*Idem*, pp. 53 y 426).

⁶¹ *Idem*, p. 52.

determinar cuál de las posibles interpretaciones muestra a la concreta práctica social como la mejor posible, tomando todo en cuenta.

Desde esta perspectiva constructiva, el objetivo de la interpretación es presentar su objeto como el mejor ejemplo posible del género al cual se considera que pertenece. De aquí se sigue que debemos abordar la tarea interpretativa previamente equipados con una idea de lo que es valioso en el género. La tarea interpretativa requiere, por tanto, llevar a cabo dos tipos distintos de juicios evaluativos: los juicios evaluativos primarios, que son los encargados de determinar qué es lo que se considera valioso en el género al que pertenezca el objeto que pretendemos interpretar; y los juicios evaluativos secundarios, que tratan de determinar cómo debe interpretarse el objeto en cuestión para que el mismo se considere como el mejor ejemplo posible del género al que pertenece, es decir, para que los valores identificados en la fase anterior se encuentren desarrollados al máximo de sus posibilidades.

El Derecho es una práctica social que se compone tanto de un conjunto de reglas, como de una serie de valores que dichas reglas pretenden desarrollar. En aquellas sociedades en las que se haya desarrollado la actitud interpretativa frente a la práctica del Derecho⁶² el fenómeno jurídico puede analizarse —en opinión de Dworkin— a partir del paso por tres etapas interpretativas.⁶³ En la primera etapa, la “preinterpretativa”, se trata de identificar el objeto interpretado y calificarlo como perteneciente a un determinado género. En el caso del Derecho el objeto que debe identificarse viene constituido por los distintos materiales jurídicos (las reglas positivas) que conforman la práctica jurídica. Hay que ser conscientes —dice Dworkin— de que para que se desarrolle la actitud interpretativa será necesario que previamente exista un acuerdo inicial suficiente sobre qué prácticas son prácticas jurídicas, de manera que los juristas puedan posteriormente argumentar sobre la mejor interpretación de unos datos que deben ser, *prima facie*, los mismos.

La segunda etapa sería la propiamente “interpretativa”; en ella se trata de averiguar cuál es el “sentido” de la práctica social. En el caso del Dere-

⁶² Esta actitud exige la presencia de dos factores. El primero consiste en la presuposición de que la práctica posee un “sentido” o, lo que es lo mismo, que sirve a ciertos propósitos o valores. El segundo elemento supone el reconocimiento de la primacía de tales valores frente a las reglas, lo que implica cierta “flexibilidad” en la aplicación de estas reglas que constituyen la práctica. De este modo, es precisamente la atribución de un “sentido” (a la luz del cual debe reestructurarse la práctica) lo que posibilita el cambio de la práctica.

⁶³ Dworkin, *Law's Empire*, *op. cit.*, p. 90 y ss.

cho, este “sentido” viene configurado fundamentalmente por los principios que son los que permiten ver a la práctica como una unidad que sirve a ciertos valores y propósitos. A partir de aquí, ya puede entrar a operar la idea de integridad, en el sentido de que todos los materiales jurídicos deben verse como una unidad, unidad que viene conformada por el conjunto de los principios por el que haya optado cada interpretación. En este sentido, el intérprete debe operar como si el Derecho fuera fruto de “una” voluntad y esos principios representaran “sus” intenciones. En esta segunda etapa el concepto clave es el de adecuación [*“fit”*] entre el “sentido” descubierto a través de cada interpretación, y los materiales previamente identificados como jurídicos en la etapa preinterpretativa. Ahora bien, normalmente, las reglas jurídicas no persiguen un único objetivo, o sirven a un único valor, sino a varios al mismo tiempo y que es posible, incluso, que algunos de ellos resulten contradictorios entre sí. De este modo, nos encontramos con que en esta etapa interpretativa dispondremos de distintas teorías que pugnan entre sí por dar cuenta de los materiales jurídicos existentes; estas teorías se conformarán a partir de las posibles interpretaciones de los materiales, recogiendo unos determinados principios y dejando fuera a otros. La labor de esta etapa es, por tanto, la de mostrar las distintas interpretaciones (o teorías) que pueden adecuarse a los materiales identificados como pertenecientes al Derecho en la etapa anterior. Pero puede resultar imposible encontrar una interpretación que dé cuenta de todos estos materiales, porque algunos de ellos pueden ser incompatibles entre sí.

La tercera etapa es la que Dworkin denomina etapa “postinterpretativa”; en ella se trata de elegir una de entre las distintas teorías desarrolladas en la etapa anterior y que pugnan por ofrecer la mejor interpretación de los materiales jurídicos. Los criterios para llevar a cabo esta elección han de basarse en los valores que pueden mostrar a la práctica en cuestión como el “mejor ejemplo posible” del género al que se considera que pertenece. Cuáles son esos valores que aquí deben operar viene establecido por los denominados “juicios evaluativos primarios” (aquéllos que nos dicen qué es lo valioso en un determinado género) y en el caso de las prácticas sociales estos juicios determinan que hay que acudir a los valores morales. El concepto clave aquí es el de *“soundness”*; se trata de una pretensión que se debe predicar de las distintas teorías o interpretaciones que pugnan por dar cuenta de un determinado Derecho. Una de las tesis principales de la teoría de Dworkin consiste precisamente en sostener que siempre podrá llegarse a una interpretación (una teoría) que muestre al objeto interpretado como el mejor caso posible del género al que se considera que pertenece. En esta etapa se trataría de llevar a cabo juicios evaluativos de los considerados

como “secundarios” y que serían los encargados de determinar cómo una concreta práctica jurídica puede desarrollar al máximo esos valores, de manera que pase a ser la mejor práctica posible de entre las distintas interpretaciones que admitan los materiales identificados e interpretados en las etapas anteriores. En la etapa postinterpretativa se establecería entonces una relación entre el Derecho y la moral. Son los principios morales los que se utilizan para juzgar la “*soundness*” de las teorías que pugnan por dar cuenta (por interpretar) los materiales jurídicos existentes y para elegir entre ellas la que ofrece una mejor visión de la práctica jurídica. Son los valores morales, por tanto, los que se utilizan para juzgar las prácticas sociales, del mismo modo que los valores estéticos serían los utilizados para juzgar las interpretaciones de las obras de arte.

De este modo, el jurista intérprete (Dworkin piensa fundamentalmente en el juez) se debería situar precisamente en la etapa postinterpretativa y su tarea consiste en resolver los problemas jurídicos a través de la elaboración de la mejor teoría que reconstruya todo el material jurídico relevante para resolver el concreto problema planteado. Es en este sentido en el que puede decirse que adopta una visión holística o integradora respecto al fenómeno jurídico. Se trata de descubrir los derechos de las partes a través de un entendimiento no solo de las reglas relevantes, sino también de los principios morales implicados en la historia institucional del Derecho en cuestión. Nos encontramos así con que para Dworkin la teoría (que, en este punto, debe identificarse fundamentalmente con la dogmática jurídica) y la práctica (la aplicación del Derecho) se encuentran profundamente interconectadas para Dworkin: por un lado, para la práctica del Derecho se requiere la teorización, en el sentido de una articulación y defensa de determinados principios morales, y es a través de esta teorización como se podrá llegar a descubrir la respuesta correcta; cada una de las posibles interpretaciones de los materiales *prima facie* jurídicos que se encuentran disponibles en la etapa interpretativa constituye —como hemos visto— una doctrina, una teoría acerca de un determinado Derecho. Por ello, cualquier intento de explicar (desde un punto de vista teórico) una práctica social del tipo del Derecho debe incluir exactamente el mismo tipo de razonamiento requerido para los participantes en tal práctica. De este modo los textos legislados (y lo mismo podría decirse respecto a las otras fuentes del Derecho) sólo pertenecerían al Derecho en su estado preinterpretativo, mientras que la *realidad* del Derecho (la respuesta a los distintos problemas jurídicos que se pueden plantear) se encontraría en el proceso interpretativo y postinterpretativo.

El Derecho es, por tanto, para Dworkin un concepto interpretativo. Y lo es en el doble sentido de interpretación como proceso y como producto que señalábamos al principio del artículo. Por un lado, el Derecho es visto para Dworkin como un proceso interpretativo, una práctica social que consiste fundamentalmente en interpretar (argumentar). Por otro lado el Derecho es el resultado de ese proceso interpretativo: es la actividad interpretativa (la construcción de una teoría que dé la mejor cuenta de los materiales jurídicos existentes) la que determina realmente el contenido del Derecho.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ REGLA, Josep, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000.
- _____, “Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta”, ponencia presentada al *VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional*, Bogotá, 10-12 octubre, 2011.
- ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- ATIENZA, Manuel, “Estado de Derecho, argumentación e interpretación”, *Anuario de filosofía del Derecho*, vol. XIV, 1997.
- _____, *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2003.
- _____, *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.
- _____, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2012.
- BOBBIO, Norberto. *L'analogia nella logica del Diritto*, Torino, Università de Torino, 1938.
- COMANDUCCI, Paolo, “Modelos e interpretación de la constitución”, en I. Lifante (ed.), *Interpretación jurídica y teoría del Derecho*, Lima, Palestra, 2011.
- DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Belknap Press, Harvard, 1986.
- _____, *Justice for Hedgehogs*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi, “Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XLIII, 1966.
- GIANFORMAGGIO, Letizia, “Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio”, trad. J.A. Pérez Lledó, *Doxa*, vol. 4, 1987.
- GUASTINI, Riccardo, *Dalle fonti alle norme*, Torino, G. Giappichelli editore, 1990.

- _____, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. J. Ferrer, Gedisa, Barcelona, 1999.
- _____, *Nuovi Studi sull'interpretazione*, Aracne, Roma, 2008.
- GUASTINI, Riccardo, “Disposición vs. norma”, trad. M. Fernández Pérez, en R. Escudero y S. Pozzolo (eds.), *Disposición vs. Norma*, Palestra Editoriales, Lima, 2011.
- HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, trad. G. Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990 [1961].
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, trad. de R. Vernengo de la 2a. ed., alemana [1960], UNAM, México, 1986.
- LAPORTA, Francisco J., *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007.
- LIFANTE VIDAL, Isabel, *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.
- _____, “Interpretación y modelos de Derecho. Sobre el papel de la intención en la interpretación jurídica”, *Doxa*, vol. 22, 1999.
- MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978.
- _____, “Argumentación e interpretación en el Derecho”, trad. J.L. Fabra y L.S. Guevara, *Doxa*, vol. 33, 2010.
- MACCORMICK, Neil y SUMMERS, Robert (eds.), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Aldeshot, Dartmouth, 1991.
- MACCORMICK, Neil y SUMMERS, Robert (eds.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Aldeshot, Dartmouth, 1997.
- MARMOR, Andrei, *Interpretation and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1992.
- MORESO, José Juan, “Lenguaje jurídico”, en Francisco Laporta y Ernesto Garzón Valdés (eds.), *El Derecho y la Justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, CSIC-BOE-Ed. Trotta S.A., Madrid, 1996.
- _____, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- RAZ, Joseph, “¿Por qué interpretar?”, trad. R. Tamayo, *Isonomía*, vol. 5, 1996.
- ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la justicia*, trad. de G. Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1970.
- SAVIGNY, F.C. von, *Sistema del Derecho Romano actual*, trad. J. Mesía y M. Poley, Madrid, Centro editorial de Góngora, vol. I., 1878 [original alemán de 1840].

- TARELLO, Giovanni, “Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell'interpretazione giuridica”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, XXV, 1971, A. Giuffrè, Milano.
- _____, *L'interpretazione della legge*, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1980.
- _____, “Frammenti di una teoria dell'interpretazione”, en R. Guastini (ed.), *Problemi di teoria del diritto*, Bologna, Mulino, 1980.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. de A. Azurza, Madrid, Civitas, 1985.
- _____, “Legal Language and Interpretation”, en Aulis Aarnio y Neil MacCormick (eds.), *Legal Reasoning*, vol. II, The International Library of Essays in Law and Legal Theory, Dartmouth, Aldershot, 1992.
- _____, *The Judicial Application of Law*, Kluwer Academic Publisher, Dordrecht, 1992.

CAPÍTULO 38

DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

Juan B. ETCHEVERRY*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Las causas de la discrecionalidad judicial.*
III. *La naturaleza de la discrecionalidad judicial.* IV. *Conclusiones.* V.
Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace ya muchos años, la idea o el ideal de que el Derecho positivo resulta capaz de ofrecer una única respuesta correcta a todo caso posible, ha ido perdiendo adeptos al punto que en la actualidad solo parecen escucharse algunos ecos, no tan claros y rotundos, de esta afirmación.

Las críticas al legalismo y al logicismo jurídico iniciadas en la segunda mitad del siglo XIX y que se extendieron sobre buena parte del siglo XX han terminado desterrando las visiones ingenuas sobre la interpretación y aplicación del Derecho defendidas por las escuelas formalistas.

El rechazo del formalismo en la interpretación y aplicación del Derecho puede hacernos suponer que no existe otra alternativa que el irracionalismo o la arbitrariedad. Sin embargo, existe al menos la posibilidad de que los jueces interpreten y apliquen el Derecho de forma discrecional.

Con el presente trabajo buscamos iluminar el lugar y alcance de la discreción de los jueces en la interpretación y aplicación del Derecho. Para ello, ahondaremos en las causas de la discrecionalidad judicial, en la explicación de su naturaleza y características y en la determinación de cuáles son sus fronteras o límites. Del desarrollo de estas cuestiones se espera lograr responder a las siguientes preguntas ineludibles para comprender el fenómeno de la discrecionalidad judicial: i) ¿es inevitable que los jueces gocen de algún tipo de discrecionalidad al momento de resolver los casos que se les plantean?; ii) ¿puede ser incluso deseable que en algunos casos los

* Profesor, Universidad Austral, Argentina

jueces gocen de dicha discrecionalidad al decidir?; iii) ¿en qué medida la discrecionalidad judicial supone la facultad de decidir libremente?; iv) ¿en qué se diferencia la discrecionalidad de la arbitrariedad?; v) ¿son discrecionales todas las decisiones judiciales que tienen en cuenta criterios jurídicos valorativos?; vi) ¿cuáles son los límites de una decisión judicial discrecional?

II. LAS CAUSAS DE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

Como acaba de sugerirse, los teóricos del Derecho han ido despertando del noble sueño de la doctrina de la jurisprudencia mecánica a medida que han reconocido la existencia de lagunas y de antinomias en los ordenamientos jurídicos y han tomado conciencia de lo vago que en muchos casos resulta el lenguaje por medio del que se expresa el Derecho.¹

No tiene sentido reproducir aquí toda la crítica al formalismo y al logicismo que termina develando lo ilusoria que resulta la idea de que los tribunales aplican mecánicamente las normas por medio de silogismos avalorativos de subsunción. No obstante, puede resultar útil recordar algunas de sus principales conclusiones para explicar lo inevitable que resulta la discrecionalidad judicial.

1. *La discrecionalidad judicial como algo inevitable*

A. *Lagunas, antinomias y textura abierta del lenguaje*

Muy sintéticamente, dichas críticas han mostrado que en algunas oportunidades el Derecho no ofrece normas capaces de dar una respuesta para cada caso que se presenta —laguna—.² Frente al silencio que guarda en

¹ *Cfr.* Hart, H.L.A., “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream”, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1983, pp. 123-144.

² Algunos autores prefieren identificar todo el problema de la indeterminación del Derecho con el concepto de laguna. Por ejemplo, Raz propone una definición amplia de laguna. En concreto, sugiere que hay una laguna jurídica cuando algunas cuestiones jurídicas sujetas a la jurisdicción competente no tienen una respuesta completa. Como puede observarse, este concepto parece incorporar toda causa de indeterminación jurídica. Así, la laguna no es una de las causas de la indeterminación jurídica, sino que es la noción que engloba todas las causas de indeterminación jurídica. Por ello, afirma que existen diferentes tipos de lagunas jurídicas. Específicamente, distingue las lagunas que surgen por la vaguedad de los conceptos jurídicos, de las que surgen por la existencia de conflictos normativos y de las que surgen

estos casos el Derecho, el operador jurídico encargado de dirimir dicha cuestión debe decidir con base en argumentos o razones que van más allá de los que le proveen las normas jurídicas positivas.

Además, también han observado cómo, a veces, el Derecho ofrece dos o más normas jurídicas positivas que pueden ser aplicadas a un caso y que conllevan a soluciones incompatibles entre sí —antinomias—. Cuando el Derecho parece decir más de lo necesario para un caso en concreto y no prevé un sistema de prelación entre dichas normas, nuevamente el operador jurídico encargado de resolver la cuestión debe hacerlo con base en argumentos o razones que van más allá de los que le proveen las normas jurídicas positivas.³

El tema de las lagunas y de las antinomias o de los llamados defectos lógicos de los SISTEMAS JURÍDICOS es un tema que ha sido ampliamente debatido en la tradición continental desde hace ya más de un siglo.⁴ No obstante, en la tradición anglosajona esta problemática ha sido abordada principalmente desde el problema de la “textura abierta” del lenguaje por medio del cual se expresa el Derecho.

En concreto, se advierte que el lenguaje jurídico, en tanto lenguaje humano, posee núcleos de significado claro —casos claros o paradigmáticos— en los que existe un acuerdo general sobre la aplicabilidad de un término, y zonas de penumbra en las que se experimentan los límites de la orientación que el lenguaje general puede proporcionar. Por esto, sin importar la técnica legislativa que se utilice para comunicar los criterios gene-

cuando el Derecho hace explícitamente referencia a consideraciones morales. Cfr. Raz, Joseph, *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1979, pp. 53-77.

³ Cfr. Moore, Michael, “Four Reflections on Law and Morality”, *William and Mary Law Review*, vol. 48, 2007, pp. 1529-1531.

⁴ El desarrollo del debate a lo largo de la Historia ha llevado a que se distingan distintos tipos de lagunas y distintos tipos de soluciones para cada una de ellas. Por ejemplo, algunos autores hablan de lagunas normativas cuando el Derecho no ofrece una solución a un caso, o de lagunas de conocimiento cuando la ignorancia de algunas cuestiones del caso no nos permiten saber qué norma se le aplica, o de lagunas de reconocimiento cuando hay dudas en la subsunción de un caso individual en un caso genérico previsto en la norma, etcétera. Como se verá, para cada tipo de problemas se han intentado soluciones diferentes sin que ninguna logre eliminar por completo toda indeterminación jurídica. Por ejemplo, para resolver los problemas observados en las lagunas normativas se proponen reglas generales de clausura, para salvar la ignorancia de algunos datos de los casos se establecen presunciones, para solucionar las antinomias se otorga diferente jerarquía a las diferentes normas, etcétera. Cfr. Redondo, María Cristina, “Teorías del Derecho e indeterminación normativa”, *Doxa*, vol. 20, 1997, p. 186. Para un desarrollo más extenso del tema de las lagunas. Cfr. Alchurrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Lagunas del Derecho y análisis de casos*, Buenos Aires, Buschi, 1971. Vease, además, CONFLICTOS NORMATIVOS.

rales de conducta, y por más que en muchos casos dichas pautas operen sin dificultades, algún punto de su aplicación será dudoso y, por lo tanto, indeterminado.⁵ En estos casos dudosos el Derecho no resulta capaz de ofrecer una única respuesta correcta a una cuestión jurídica.

B. *Intentos fallidos de superar las causales de indeterminación jurídica*

Por otra parte, las posibilidades de caer nuevamente en el ensueño del formalismo legalista se han disipado de la mano de lo insuficiente que fueron resultando los intentos de solucionar definitivamente todas las causales de indeterminación jurídica propuestos por la Ciencia jurídica. La inviabilidad política y técnica del intento de resolución de las lagunas por medio del *référé législatif* no tardó en hacerse notar. No mucho mejor suerte tuvo el intento de negar lógicamente las lagunas recurriendo a una norma de clausura de todo el ordenamiento jurídico no explícita ni positiva y que considera todo lo no previsto legalmente como jurídicamente irrelevante o permitido.⁶ Con respecto a las antinomias, los criterios de prelación ofrecidos para su solución —v. g., temporalidad, especialidad, jerarquía— no logran resolver, los conflictos entre principios iusfundamentales, ni los conflictos que pueden surgir entre los propios criterios de prelación. Tampoco tienen un éxito definitivo las *reglas de interpretación* o que se tenga en cuenta el *contexto, propósito o trasfondo de valores* que se presupone cuando uno se comunica para solucionar los casos en los que el lenguaje jurídico se torna vago. Esta dificultad permanece, entre otras cosas, porque en muchos casos la aplicación de estas mismas reglas, contextos convencionales, propósitos y trasfondos interpretativos resultan vagos.⁷ El intento de acudir a las intenciones originales de los autores de una norma la hora de aplicarla tampoco ofrece

⁵ Cfr. Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961. Traducción de G. Carrió, *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963, pp. 157-159.

⁶ Cfr. Serna, Pedro, *Filosofía del Derecho y Paradigmas Epistemológicos*, México, Porrúa, 2006, p. 33. Un estudio detallado sobre esta problemática, en Lombardi Vallauri, Luigi, *Corso di Filosofia del Diritto*, Padova, Cedam, 1981, pp. 25-115.

⁷ Waluchow llama a esto “vaguedad de segundo orden” y considera que por este tipo de vaguedad resulta inevitable que los jueces en algunos casos decidan discrecionalmente. Cfr. Waluchow, W.J., *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 241 y ss. No obstante, también defiende que tener en cuenta el propósito o el trasfondo de valores que se presupone cuando uno se comunica no sólo puede ayudar a evitar resultados manifiestamente absurdos y moralmente repugnantes, sino a que casos que en principio podrían parecer indeterminados —porque el significado evidente de algunos de sus términos se encuentra en zona de penumbra— terminen siendo, en realidad, casos jurídicamente determinados. Cfr. *Ibid*, pp. 244 y ss.

una solución definitiva. Conocidas son las críticas contra esta posibilidad. El problema es que dichas intenciones no son uniformes ni evidentes porque: (i) las normas surgen de una práctica compleja en la que participan varios autores cuyas intenciones muchas veces no son coincidentes; y (ii) resulta en muchas ocasiones muy difícil lograr develar dichas intenciones ya que no existe una intermediación entre el autor de la norma y su intérprete o aplicador.⁸

En definitiva, al menos tres son las causas por las que *inevitablemente* algunas cuestiones jurídicas terminan siendo indeterminadas: las lagunas, las antinomias y la textura abierta del lenguaje por medio del cual se expresa el Derecho.

La discrecionalidad judicial se presenta como la consecuencia ineludible de la relativa indeterminación del Derecho. Más en concreto, es el resultado *inevitable* de la indeterminación jurídica, normalmente complementada con el deber, expresamente incluido en toda la codificación moderna, que tienen los operadores jurídicos de resolver todos los casos que caen bajo su ámbito de competencia.⁹

⁸ Para un desarrollo de algunas de las dificultades inherentes de pretender apelar avalo-
rativamente a las intenciones originales del legislador véase, por ejemplo, Dworkin, Ronald,
Law's Empire, Oxford, Hart Publishing, 1986. trad. de C. Ferrari, *El imperio de la justicia*,
Barcelona, Gedisa, 1988, pp. 223-238; Moore, Michael, "The Semantics of Judging", *Southern California Law Review*, vol. 54, 1981, pp. 265-270; Waldron, Jeremy, *Law and Disagreement*,
Oxford, Oxford University Press, 1999. trad. de J. L. Martí y A. Quiroga, *Derecho y desacuerdos*,
Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 143-174; y Waluchow, W.J., *Inclusive Legal Positivism*, *op. cit.*, pp. 255 y 256.

⁹ Por ejemplo, el art. 15 del Código Civil argentino establece "[l]os jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes". Además, la primer parte del artículo 273 del Código Penal argentino establece "[s]erá reprimido con inhabilitación absoluta de uno a cuatro años, el juez que se negare a juzgar so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley". Para algunos autores, es precisamente la existencia de este deber lo que conecta la ausencia de respuesta correcta, propia de la indeterminación jurídica, con la idea de la discrecionalidad judicial. *Cfr.* L. Lombardi Vallauri, *Corso di Filosofia del Diritto*, Padova, Cedam, 1981, pp. 40 y 41; y Iglesias Vila, M., *El problema de la discreción judicial*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 35. Hart parece reconocer esto cuando sugiere que la discrecionalidad judicial surge cuando un juez ha de llegar a una decisión y no puede inhibir su jurisdicción o remitir el asunto al Legislativo. *Cfr.* Hart, H.L.A., "El nuevo desafío al positivismo jurídico", *Sistema*, vol. 36, 1990, pp. 5 y 6. Por su parte, al describir la creación judicial del Derecho, Raz advierte cómo a menudo las facultades legislativas delegadas están sujetas al deber de legislar. *Cfr.* Raz, Joseph, *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Clarendon Press, 1994. trad. de M. L. Melón, *La ética en el ámbito público*, Barcelona, Gedisa, 2001, p. 263.

2. La discrecionalidad judicial como algo deseable

Junto con el reconocimiento de que la aplicación mecánica del Derecho resulta *irrealizable*, ha tomado fuerza la idea que puede resultar *deseable* un poder judicial capaz de completar las insuficiencias legales, morigerar sus rigideces y salvaguardar los derechos de los ciudadanos. Dicho de otro modo, la discrecionalidad que tienen los jueces en la actualidad para decidir no es únicamente fruto de la relativa e *inevitable* indeterminación jurídica, sino también del hecho de que los constituyentes y legisladores actuales en alguna medida la han considerado *deseable*.¹⁰ En este sentido, pareciera que han caído en la cuenta de que *intentar* excluir toda incertidumbre, a cualquier precio, no es un acierto.

A. Principios y estándares como modo de resolver los defectos de los sistemas jurídicos

Por un lado, se ha terminado institucionalizando o llevando a la vigencia histórica muchos de los principios que las prácticas jurídicas albergaban en sus senos como un modo de superar los llamados defectos lógicos de los ordenamientos jurídicos. Así, se *prefiere* reconocer que algunos casos no tienen una respuesta jurídica completamente determinada y otorgar a los jueces facultades discrecionales orientadas por principios, para que puedan decidir teniendo en cuenta las circunstancias particulares, en lugar de aplicar forzosamente un Derecho a casos que no fueron previstos.¹¹ De esta manera, en algunos casos es el propio legislador el que *prefiere*, delegando potestades, colocar intencionadamente en algunas normas jurídicas principios y estándares muy abiertos, antes que intentar excluir toda incertidumbre por medio de técnicas que supondrían aplicar reglas para casos que no fueron previstos sin importar que se prejuzgue “ciegamente lo que ha de hacerse en un campo de casos futuros, cuya composición ignoramos”, ni las

¹⁰ Hart, H.L.A., *El Concepto de Derecho*, *op. cit.*, pp. 160 y 162. Por ello, Waluchow sostiene que Hart presenta un argumento a favor de la discrecionalidad judicial, al que llama “el argumento de la conveniencia” (*The desirability argument*). *Cfr.* Waluchow, W.J., *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 250-254. Bix interpreta a Hart en este mismo sentido. *Cfr.* Bix, Brian, *Law, Language, and Legal Determinacy*, Oxford, Clarendon Press, 1993, p. 8.

¹¹ *Cfr.* Hart, H.L.A., “Postscript”, *The Concept of Law* (2a. ed.), Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 251 y 252 (de ahora en adelante “Postscript”). En el fondo se afirma que esto es una ventaja porque permite que las normas puedan ser interpretadas “razonablemente” cuando son aplicadas a casos no previstos por el legislador. *Cfr.* Bix, Brian, *Law, Language, and Legal Determinacy*, *op. cit.*, p. 8.

consecuencias sociales de aplicar las reglas de esta manera.¹² Por ello, algunos autores llegan a afirmar que en estos casos los funcionarios judiciales reciben de forma delegada la función de producir nuevas normas.¹³

Como explica Endicott, el legislador parece consciente de que la precisión, no siempre es útil para regular las conductas. En este sentido, advierte que sin principios y estándares no podrían regularse la amplia variedad de cosas que necesitan ordenar los sistemas jurídicos. Todo intento de regular la vida social sólo con reglas precisas no sería capaz de prever todas las situaciones que se pretenden regular. Cuanto más precisa pretenda ser la regulación más situaciones quedarán sin regulación y esto afectará más la capacidad del Derecho para regular la vida de la comunidad. Dicho de otra manera, sólo se puede regular la vida de una comunidad en toda su riqueza si además de reglas se utilizan principios y estándares abstractos.¹⁴

Además, la precisión no necesariamente favorece que el Derecho logre los fines que se propone o persigue. Si bien la precisión posee algunos beneficios, normalmente relacionados con el Estado de Derecho —v. g., la previsibilidad—, también hay que reconocer que normalmente desmejora la capacidad del Derecho para conseguir otros de sus objetivos.¹⁵ Un límite preciso de edad —v. g., mayor de 18 años— para admitir una donación de órganos hace caso omiso de las circunstancias de quien pretende donar —por ejemplo, si sólo le falta un mes para cumplir dicha edad y muestra signos de madurez suficientes para tomar tal decisión— y, por ello, acaba ignorando el objetivo de la ley de fomentar, permitir y regular determinado tipo de donaciones de órganos realizadas por personas maduras para salvar vidas humanas. Esto no quiere decir que en algunos casos —como este— un límite de edad preciso no esté justificado, a pesar de lo anteriormente mencionado. Sino que además de dichas reglas han de existir principios y estándares que admitan en casos puntuales mitigar la aplicación de tales reglas.¹⁶ A esta dificultad han hecho mención algunos autores —v. g.,

¹² Cfr. Hart, H.L.A., *El Concepto de Derecho*, *op. cit.*, pp. 160-162.

¹³ Cfr. *Ibid.*, p. 169 y Raz, Joseph, *La ética en el ámbito público*, *op. cit.*, pp. 265 y ss.

¹⁴ Cfr. Endicott, Timothy, *Vagueness in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 190 y ss. y “El Derecho es necesariamente vago”, *Palabras y Reglas. Ensayos de Filosofía del Derecho*, México, Fontamara, 2004, pp. 74-81. Alexy sugiere un sistema de reglas, principios y procedimientos. Cfr. Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos* trad. de J. M. Seña), Barcelona, Gedisa, 1994, pp. 172 y ss.

¹⁵ Cfr. Endicott, Timothy, “El Derecho es necesariamente vago”, *op. cit.*

¹⁶ Existe un caso dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina que admite una excepción a dicho límite de edad teniendo en cuenta las particulares circunstancias del caso. Principalmente se tuvo en cuenta que quien solicita autorización judicial para donar sólo le faltaban un par de meses para cumplir la mayoría de edad requerida, que

Schauer— al advertir que debido a que las reglas están formadas por generalizaciones, su predicado fáctico incorpora ciertos supuestos que no sirven a sus objetivos o justificación —en este sentido las reglas son sobre-incluyentes—, a la vez que no incorporan otros supuestos que podrían servir a sus objetivos —en este sentido las reglas son infra-incluyentes—. Estas situaciones se producen cuando la aplicación de una regla produce un resultado no derivado de sus propósitos o justificación. En definitiva, como puede verse, a causa de la precisión de las reglas muchas veces se disminuye la capacidad del Derecho para dar efecto a los fines que persigue.¹⁷

En otras palabras, la referencia legal a principios y estándares cuya interpretación y aplicación supone delegar algunos márgenes de discrecionalidad en los tribunales permite comparar al proceso de determinación del Derecho para el caso concreto con un procedimiento de decisión en varias etapas. Si bien el constituyente y el legislador son conscientes que sobre ellos recae la responsabilidad de decidir el contenido de las normas del ordenamiento jurídico, de algún modo advierten que en algunos casos la carga de su tarea les impide hacerlo de modo definitivo y completo y con toda la información necesaria. Por ello, en estos casos se conforman con dejar delineado el marco con base en el cual se tomará una decisión, para que los tribunales, con más información y en mejores condiciones, terminen de decidir. En este sentido, podría decirse que esta delegación de facultades que hacen los órganos legislativos sobre los judiciales está relacionada con la capacidad del Derecho para regular su propio desarrollo.¹⁸

B. Principios y estándares como modo de proteger los derechos fundamentales

Por otra parte, los sistemas jurídicos han ido incorporando crecientemente principios valorativos no solo para superar los llamados defectos lógicos del ordenamiento jurídico, sino también para salvaguardar los derechos fun-

quien tenía que recibir la donación corría grave riesgo de esperar esos meses y que la donante mostró al tribunal su capacidad para tomar la decisión de donar. *Cfr.* Saguir y Dib, Fallos 302:1284 (1980).

¹⁷ Esto genera lo que Schauer denomina “experiencias recalcitrantes”. *Cfr.* Schauer, Frederick, *Playing by the Rules*, Oxford, Clarendon Press, 1991, pp. 31-34 y 39. A esto mismo Endicott lo llama “arbitrariedad”. *Cfr.* Endicott, Timothy, “El Derecho es necesariamente vago”, pp. 74 y ss.

¹⁸ *Cfr.* Raz, Joseph, *La ética en el ámbito público*, *op. cit.*, pp. 259-276.

damentales de los ciudadanos. Un ejemplo claro de esto puede observarse en el proceso de reordenación política que llevaron adelante varias Naciones Europeas después de la segunda guerra mundial por el cual pasaron de un Estado legal de Derecho a un Estado material de Derecho. Entre otras cosas, dicho cambio se caracteriza por la incorporación en las constituciones de: (i) derechos fundamentales (humanos o morales) recogidos como principios que vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como Derecho directamente aplicable; y (ii) sistemas de control de constitucionalidad.¹⁹

La interpretación y aplicación de estos principios, que funcionan como criterios de la validez jurídica del resto de las normas, requiere un tipo de razonamiento práctico que no es meramente formal o no valorativo.²⁰ En este sentido, Dworkin ha advertido que los contenidos materiales recogidos en los textos constitucionales requieren una “lectura moral de la constitución”.²¹ Esto es así porque los principios suelen ser generales y abstractos y no tienen una consecuencia jurídica determinada. Además, los principios suelen tener una dimensión de “peso e importancia” que hace que su aplicación no sea “a todo o nada”,²² sino que admita diferentes grados de cumplimiento. Justamente por esto puede ser que a un juez se le presenten diferentes alternativas posibles de realización de un principio que tendrá que elegir discrecionalmente.

Este diseño institucional, que impera en buena parte del mundo occidental actual, les reconoce a los jueces un lugar especialmente relevante dentro de los poderes políticos.²³ Esto supone un rechazo expreso al ideal de Montesquieu de que el juez sea meramente la boca inerte que pronuncia las palabras de la ley.²⁴ Por el contrario, en la actualidad los jueces suelen gozar de amplias facultades jurisdiccionales para determinar la solución

¹⁹ Etcheverry, J. B., “La práctica del Derecho en tiempos del neoconstitucionalismo”, *La Ley*, 2011-A-2.

²⁰ En un trabajo reciente Zambrano trabaja esta cuestión. *Cfr.* Zambrano, Pilar, *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación usfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*, México, UNAM, 2009, *passim*.

²¹ *Cfr.* Dworkin, Ronald, “Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise”, en Dworkin, Ronald, *Freedom's Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, pp. 1-38.

²² *Cfr.* Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1979, pp. 24-26. Sobre la distinción entre principios y reglas *cfr.*, entre otros, Cianciardo, J. “Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 108, 2003, pp. 891-906. Véase, además, NORMA JURÍDICA.

²³ Otras razones, vinculadas con las mencionadas, pueden verse en Malem, J. F., *El error judicial y la formación de los jueces*, Barcelona, Gedisa, 2000, pp. 11 y ss.

²⁴ Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*. Traducción de M. Blázquez y P. Vega, *El espíritu de las leyes*, Barcelona, Orbis, 1984, libro XI, cap. VI.

a los casos que les plantean e incluso para ejercer el control de constitucionalidad sobre la autonomía del legislador democrático.

En definitiva, al menos dos pueden ser las causas principales por las que los jueces gozan de algún tipo de discrecionalidad al decidir los casos que se le presentan. Por un lado, el ordenamiento parece incapaz de prever una única respuesta para cada posible caso que surja. Por otra parte, el constituyente y el legislador actual valoran que los jueces en algunos casos puedan controlar la solución ofrecida por el legislador o terminar de determinar la solución para algunos casos complejos.

III. LA NATURALEZA DE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

Explicado por qué resulta inevitable y hasta deseable que en algunos casos las normas jurídicas positivas no ofrezcan una única respuesta jurídica correcta y que, por lo tanto, al menos en dichos casos los jueces deciden discrecionalmente, a continuación se abordará la cuestión de la naturaleza de dicha discrecionalidad.

En general la noción de “discreción” y en particular la de “discrecionalidad judicial” hacen referencia a una serie de cuestiones diferentes y relacionadas: por un lado, a la prudencia, sensatez o buen juicio que debe acompañar a una decisión y, por el otro, al arbitrio o la voluntad admisibles en ella. Como se verá a continuación, el debate sobre la discrecionalidad judicial refleja claramente estos distintos aspectos.²⁵

²⁵ Para un explicación sobre los usos del término “discreción”, *cf.* Iglesias Vila, M., *El problema de la discreción judicial*, *op. cit.*, pp. 24 y ss. Conocida es la distinción ofrecida por Dworkin entre los distintos sentidos en que puede hablarse de “discrecionalidad judicial”. Específicamente, la distinción que propone entre discrecionalidad “fuerte” —que se da cuando con respecto a algún problema quien decide simplemente no está vinculado por estándares impuestos por otra autoridad jurídica— y “débil” —que se da cuando quien decide debe aplicar normas que le exigen un discernimiento o cuando la decisión que toma un funcionario no puede ser revisada ni anulada—. *Cf.* Dworkin, Ronald, *Taking rights seriously*, London, Duckworth, 1977. Trad. de M. Guastavino, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, pp. 83-86.

1. *La discrecionalidad judicial como elección*

Existe un cierto acuerdo entre los autores que reflexionan acerca del fenómeno de la discrecionalidad judicial en presentarla como una “elección entre alternativas abiertas”.²⁶ Este modo de entenderla parece suponer que ha de ser caracterizada como un acto *voluntario* que consiste en *optar* por seguir un curso de acción determinado cuando existen por lo menos dos posibilidades reales de actuación mutuamente excluyentes y entre las cuales el Derecho no ofrece razones que hagan más correcta una de ellas sobre las otras.²⁷ Esto supone un cierto²⁸ margen de autonomía,²⁹ libertad³⁰ o falta de control³¹ para determinar el resultado de la decisión, que no puede basarse en estándares impuestos por otra AUTORIDAD JURÍDICA.³²

A. *La discrecionalidad judicial como elección ¿devida?*

Si la discrecionalidad judicial es concebida como una elección que otorga un margen de autonomía o libertad, puede pensarse que dicha elección sea mera o solamente una facultad de quien decide. Más aún, puede pensarse que esta idea queda reforzada con la concepción de estos casos como desarrollo o creación judicial del Derecho, donde los tribunales gozan de una potestad legislativa delegada.³³ No obstante, este margen de libertad que se

²⁶ Cfr. Hart, H.L.A., *El Concepto de Derecho*, op. cit., p. 160. Énfasis añadido.

²⁷ Cfr. Waluchow, W.J., *Inclusive Legal Positivism*, op. cit., p. 229.

²⁸ Bix hace hincapié en lo limitada que resulta la libertad que otorga la discrecionalidad judicial. Cfr. Bix, *Law, Language, and Legal Determinacy*, op. cit., p. 27.

²⁹ Cfr. Schauer, Frederick, *Playing by the Rules*, op. cit., p. 222.

³⁰ Destacando este aspecto de la discrecionalidad, Endicott la define como un “poder para tomar una decisión, sin estar obligado a decidir un resultado en particular”. Cfr. Endicott, Timothy, “Raz on Gaps-the Surprising Part”, en L. Meyer, S. Paulson y T. Pogge (eds.), *Rights, Culture, and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 110. Coleman considera que una norma discrecional es aquella que los jueces son libres de “ignorar”. Cfr. Coleman, Jules, *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 107.

³¹ Waluchow define la discrecionalidad judicial de forma negativa sugiriendo que ella está relacionada con la falta de un estándar que “controle” o “pretenda controlar”, es decir, que determine, la solución de un caso. Cfr. Waluchow, W.J., *Inclusive Legal Positivism*, op. cit., pp. 195 y ss.

³² Cfr. Iglesias Vila, M., *El problema de la discreción judicial*, op. cit., 32-33; y Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, op. cit., p. 85.

³³ Cfr. Hart, H.L.A., *El Concepto de Derecho*, op. cit., p. 169., y Raz, Joseph, *La ética en el ámbito público*, op. cit., pp. 265 y ss.

da a quien decide normalmente se complementa con el deber de resolver impuesto a los jueces.³⁴

Como la existencia de este deber puede ser presentado más como una cuestión de hecho que “necesariamente” conceptual, algunos autores han sostenido que la tesis de la discrecionalidad judicial no puede ser presentada como una tesis nuclear de la teoría del Derecho.³⁵ Contra este tipo de argumento puede responderse que las indeterminaciones de segundo orden hacen siempre inevitable la discrecionalidad judicial. Así, por más que sea imaginable un sistema jurídico que permite a los jueces no decidir los casos en los que el Derecho resulta indeterminado —por ejemplo, porque se les permite remitirlos al poder legislativo, etcétera—, ineludiblemente los jueces de un sistema jurídico semejante se toparán con un caso en el que existan dudas sobre lo determinada que esté su resolución jurídica y, por lo tanto, tengan que decidir discrecionalmente si resolver o no dicho caso.³⁶

B. *La discrecionalidad judicial como elección no arbitraria*

Nuevamente, si bien la idea de que la discrecionalidad judicial supone una elección pareciera implicar la ausencia de razones jurídicas para la selección de la respuesta definitiva, esto no significa que dicha elección pueda ser considerada arbitraria o irracional.³⁷ Como dice Hart, cuando el Derecho resulte indeterminado y, por lo tanto, ha de decidirse de forma discrecional, “...el juez debe ejercer su poder de creación de Derecho, pero no debe hacerlo arbitrariamente: es decir, debe siempre tener algunas razones generales que justifiquen su decisión y debe actuar como lo haría un legislador concienzudo, decidiendo de acuerdo a sus propias *creencias* y *valores*”.³⁸

Además, sugiere que las virtudes judiciales características de esta tarea “son: imparcialidad y neutralidad al examinar las alternativas; consideración

³⁴ En este sentido, al desarrollar la tesis de la discrecionalidad judicial, Hart advierte que un juez deberá decidir discrecionalmente *sólo si* “ha de llegar por sí mismo a una decisión en un [caso difícil] y no inhibir su jurisdicción o (como Bentham defendía) remitir el asunto al legislativo”. Hart, H.L.A., “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, *op. cit.*, pp. 5 y 6.

³⁵ *Cf.* Himma, Kenneth Einar, “Judicial Discretion and the Concept of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 19, 1999, pp. 71-82.

³⁶ *Cf.* Waluchow, W.J., *Inclusive Legal Positivism*, *op. cit.*, pp. 241 y ss. Hemos advertido las dificultades de los intentos de negar la inevitabilidad de la discrecionalidad judicial en I.L.A.

³⁷ *Cf.* Hart, H.L.A., *El Concepto de Derecho*, *op. cit.*, p. 159.

³⁸ Hart, H.L.A., “Postscript”, *op. cit.*, p. 273 (énfasis añadido).

de los intereses de todos los afectados; y una preocupación por desarrollar algún principio general aceptable como base *razonada* de la decisión”.³⁹

En esta línea, Raz afirma que “[a]un cuando la discreción no esté limitada o guiada en una dirección específica, los tribunales todavía están *jurídicamente limitados* a actuar como piensan que es mejor de acuerdo a sus *creencias* o *valores*. Si no lo hacen, si adoptan una decisión *arbitraria*, por ejemplo, arrojando una moneda, *están violando un deber jurídico*. El juez debe invocar siempre algunas razones generales. No tiene discreción cuando las razones son dictadas por el Derecho. Tiene discreción cuando el Derecho le requiere actuar sobre la base de razones que él piensa que son correctas, en vez de imponerle sus propios estándares”.⁴⁰

Como sugiere Waluchow, al decidir discrecionalmente los jueces buscan “...una respuesta *razonable* que desarrolle y amplíe el Derecho de una forma razonable, defendible, pero no necesariamente única”.⁴¹

En definitiva, de lo hasta aquí expuesto podría caracterizarse a la decisión discrecional como una *elección no arbitraria y limitada*. Así, por un lado, la discrecionalidad judicial podría ser catalogada como una *libertad* “relativa” —no absoluta— y “negativa”, es decir, que se tiene sólo para elegir entre un grupo de alternativas posibles.⁴² Además, las decisiones discrecionales no son consideradas como actuaciones arbitrarias. Dicho de otro modo, en tanto decisión judicial, la decisión discrecional también ha de estar justificada; es decir, siempre ha de basarse en *razones*.⁴³

C. *La discrecionalidad judicial como elección entre alternativas ¿abiertas?*

Si bien parece aceptada la categorización de la discrecionalidad judicial con una “elección entre alternativas abiertas” fruto de que no existiera para dicho caso una única solución jurídica positiva correcta, puede parecer confuso hasta que punto los jueces tienen margen de maniobra si entre las

³⁹ Hart, H.L.A., *El Concepto de Derecho*, *op. cit.*, p. 253 (énfasis añadido).

⁴⁰ Raz, Joseph, “Legal Principles and the Limits of Law”, *Yale Law Journal*, vol. 81, 1972, pp. 847-848 (énfasis añadido).

⁴¹ Waluchow, W.J., *Inclusive Legal Positivism*, *op. cit.*, p. 218 (énfasis añadido).

⁴² *Cfr.* Bix, *Law, Language, and Legal Determinacy*, *op. cit.*, p. 27. A partir de esta idea, algunos autores hablan de una “zona de razonabilidad” dentro de la que deben tomarse las decisiones discrecionales. Al respecto, *cf.* Iglesias Vila, M., *El problema de la discreción judicial*, *op. cit.*, pp. 53-56.

⁴³ Razones que como mínimo comprometen a actuar del mismo modo siempre que se dieran circunstancias similares. *Cfr.* Iglesias Vila, M., *El problema de la discreción judicial*, *op. cit.*, p. 58.

alternativas que el Derecho presenta como correctas han de decidir la que es más correcta.⁴⁴

En Hart la ambigüedad parece explicarse en su posición de dejar abierta la cuestión de la objetividad de la moral.⁴⁵ Como es evidente, si la moral no es objetiva, no habría más motivos para decidir entre las alternativas abiertas que las preferencias subjetivas del juez, que es casualmente en lo que se basaría una libre elección entre dichas posibilidades.

Raz, en cambio, admite expresamente la objetividad de, al menos, algunos criterios morales y no vincula la discrecionalidad judicial con una elección. De hecho, sostiene que los jueces poseen discrecionalidad incluso cuando el Derecho ordena actuar conforme a estándares determinados

⁴⁴ Waluchow sostiene que los jueces *tienen* discrecionalidad cuando los estándares autoritativos —que “ejercen un control” (sólo parcial) sobre sus decisiones— no ofrecen una única respuesta correcta. No obstante, aclara que otra cosa son los casos en los que los jueces *ejercitan* la discrecionalidad, debido a que puede que los jueces equivocadamente hagan uso de ella incluso cuando no les corresponde. Si bien pareciera que, según Waluchow, los jueces *tienen* discrecionalidad incluso cuando sus creencias y valores —no incorporados al Derecho— les marcan una única respuesta correcta —porque ellos no serían estándares autoritativos—, esta cuestión no ha sido expresamente aclarada. *Cfr.* Waluchow, W.J., *Inclusive Legal Positivism*, *op. cit.*, pp. 226-229. Por su parte, Endicott define las decisiones discrecionales como decisiones que se toman sin estar obligados a decidir un resultado en particular. Si bien esto podría hacer pensar que Endicott defiende que sólo se tiene discrecionalidad cuando, una vez consideradas todas las cosas, ni el Derecho positivo ni la moral dan una única respuesta correcta, al describir su posición afirma que la discrecionalidad judicial surge cuando el “razonamiento de acuerdo a Derecho” no ofrece este tipo de respuesta. En este caso, nuevamente, no queda claro si, para este autor, el Derecho otorga discrecionalidad judicial incluso cuando, aunque el “razonamiento de acuerdo a Derecho” no ofrezca una única respuesta correcta, sí lo haga la moral, una vez consideradas todas las cosas. *Cfr.* Endicott, Timothy, “Raz on Gaps-the Surprising Part”, *op. cit.*, pp. 110 y 114. La opinión de Schauer es similar. *Cfr.* Schauer, Frederick, *Playing by the Rules*, *op. cit.*, pp. 222-225. Bix en parte advierte estas dificultades y se contenta con mostrar que, incluso si uno considera que los estándares llamados extra-jurídicos pueden eliminar la discrecionalidad judicial, igualmente surgirán casos en los que los jueces deben resolver discrecionalmente, como aquellos con los que se enfrentan con alternativas igualmente admisibles. *Cfr.* Bix, Brian, *Law, Language, and Legal Determinacy*, *op. cit.*, pp. 25-28. Sostener que en realidad existen dos conceptos de “discrecionalidad” quizá puede ayudar a aclarar esto. Hay quienes defienden esta idea distinguiendo entre un concepto de discrecionalidad que hace referencia a un permiso negativo o a la ausencia de impedimentos para elegir entre distintas alternativas que resuelvan los problemas de indeterminación originados en el esfuerzo por subsumir un caso a los supuestos de hecho de una norma, de un concepto de discrecionalidad que se refiere a la posibilidad de decidir de forma positiva y, en cierto sentido libre, cuando no está fijada en la norma la conducta a seguir. *Cfr.* Lifante Vidal, Isabel, “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”, *Doxa*, vol. 25, 2002, pp. 413-439.

⁴⁵ *Cfr.* *Postscript*, p. 254.

considerados extra-jurídicos —v. g., cuando los jueces aplican las normas de conflicto—. Como es evidente, en este tipo de casos los jueces no tienen por qué tener que elegir necesariamente entre alternativas abiertas. Otros autores analíticos, si bien reconocen la objetividad y determinación de, al menos, algunos criterios morales, no aclaran cómo es posible y en qué sentido la indeterminación jurídica necesariamente implica que los jueces deciden entre alternativas abiertas si además tienen la obligación de decidir conforme a lo que consideran más correcto, según sus creencias y valores.⁴⁶

Incluso si se le reconoce algún papel al razonamiento práctico general en la determinación del resultado jurídico correcto cuando las normas jurídicas positivas resultan insuficientes, contradictorias, vagas o extremadamente injustas, esto no necesariamente supone que siempre se logre llegar a un *único* resultado correcto.⁴⁷ Esto es así por varias razones. En primer lugar, por la dimensión esencialmente contingente que suelen tener todos los problemas prácticos, y que afecta consiguientemente al razonamiento práctico necesario para determinar el Derecho *prima facie* indeterminado. Si bien el razonamiento práctico se basa en principios en cierto modo necesarios —que van desde principios tan generales como el que establece hacer el bien y evitar el mal a otros más específicos como los que buscan evitar los resultados absurdos—, su aplicación a casos particulares resulta en muchos casos contingente.⁴⁸ Y ello no solo porque las situaciones de hecho difieren mucho entre sí, sino también porque la conducta humana puede orientarse hacia una gran variedad de opciones igualmente racionales, al menos en

⁴⁶ Cfr. Waluchow, W.J., *Inclusive Legal Positivism*, *op. cit.*, pp. 226-229. Por su parte, Endicott define las decisiones discrecionales como decisiones que se toman sin estar obligados a decidir un resultado en particular. Si bien esto podría hacer pensar que Endicott defiende que sólo se tiene discrecionalidad cuando, una vez consideradas todas las cosas, ni el Derecho positivo ni la moral dan una única respuesta correcta, al describir su posición afirma que la discrecionalidad judicial surge cuando el “razonamiento de acuerdo a Derecho” no ofrece este tipo de respuesta. En este caso, nuevamente, no queda claro si, para este autor, el Derecho otorga discrecionalidad judicial incluso cuando, aunque el “razonamiento de acuerdo a Derecho” no ofrezca una única respuesta correcta, sí lo haga la moral, una vez consideradas todas las cosas. Cfr. Endicott, Timothy, “Raz on Gaps—the Surprising Part”, *op. cit.*, pp. 110 y 114. La opinión de Schauer es similar. Cfr. Schauer, Frederick, *Playing by the Rules*, *op. cit.*, pp. 222-225. Bix en parte advierte estas dificultades y se contenta con mostrar que, incluso si uno considera que los estándares llamados extra-jurídicos pueden eliminar la discrecionalidad judicial, igualmente surgirán casos en los que los jueces deben resolver discrecionalmente, como aquellos con los que se enfrentan con alternativas igualmente admisibles. Cfr. Bix, Brian, *Law, Language, and Legal Determinacy*, *op. cit.*, pp. 25-28.

⁴⁷ Cfr. Alexy, Robert, “La institucionalización de la razón”, trad. de J. A. Seoane, *Persona y Derecho*, vol. 43, 2000, pp. 233-235 y *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de M. Atienza y I. Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 206 y ss.

⁴⁸ Cfr. Tomás de Aquino, *Summa Theologiae* I-II q. 94, a. 4.

principio y muchas veces también en último término. A ello se han referido recientemente algunos autores destacando la inconmensurabilidad de cierto tipo de bienes y razones. Por ejemplo, no parece razonable afirmar *a priori* que “un buen tango” es mejor que “un bello vals”, o que es mejor “pasar un rato leyendo un libro” que “jugando un partido de fútbol”. En estos casos, la decisión no involucra exclusivamente elementos racionales, en el sentido de que no puede guiarse siempre prescindiendo de preferencias y emociones. Sin embargo la presencia de estos elementos de índole afectiva, emocional o volitiva no autoriza sin más a considerar estas decisiones como irracionales, porque se adoptan entre alternativas racionales. Ahora bien, tampoco se puede derivar de aquí que la inconmensurabilidad de algunos bienes y razones y la contingencia de las situaciones de hecho convierten el problema de la corrección de las acciones humanas en una cuestión indecidible; dicho de otro modo, que exista más de una respuesta *correcta* o *buena* a una cuestión, no impide que existan otras respuestas incorrectas o malas.⁴⁹

En definitiva, si se acepta esto también ha de reconocerse que no es imposible que una vez valorados todos los elementos objetivos que han de tenerse en cuenta a la hora de decidir un caso los jueces terminen viéndose obligados a optar libremente entre alternativas valiosas y razonables.

Un ejemplo puede ayudar a aclarar esta cuestión. Supóngase que accidentalmente y sin otorgar testamento muere un matrimonio joven, ambos hijos únicos y huérfanos de padre, quedando su hijo recién nacido huérfano de ambos progenitores. Imagínese que basándose en el “interés del menor” el juez debe dar la tutela a una de sus abuelas —salvo excepciones que no vendrían al caso—. Puede suceder que el juez, una vez contemplada la situación de cada una de las posibles tutoras y advirtiendo que resultan igualmente competentes —edad, estado de salud, domicilio, compromiso con el cuidado del menor, nivel socioeconómico, etcétera— para ejercer la tutela del menor, no tenga más remedio que otorgársela a una de ellas sin más motivos para dicha elección que sus intuiciones. Este sería un caso en el que por más que el operador jurídico encargado de aplicarlo se

⁴⁹ Cfr. Raz, Joseph, *Engaging Reason. On the Theory of Value and Action*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 46-66; y Finnis, John, “On Reason and Authority in ‘Law’s Empire’”, *Law and Philosophy*, vol. 6, 1987, pp. 372-375; o, del mismo autor, “Concluding Reflections”, *Cleveland State Law Review*, vol. 38, 1990, p. 238; “Natural Law and Legal Reasoning”, *Cleveland State Law Review*, vol. 38, 1990, p. 9; y *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980 trad. de C. Orrego *Ley Natural y Derechos Naturales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, pp. 141 y ss.

preocupe por conocer el rico significado de las expresiones con que se comunica el Derecho y por valorarlo teniendo en cuenta su finalidad, ello no le permitiría llegar a una única respuesta correcta y, por lo tanto, habrá de decidir discrecionalmente entre alternativas —en este caso sólo dos— igualmente correctas. Todo esto, claro está, no implica que el juez no deba fundamentar su decisión. En este caso la decisión se basará en lo idónea que es la abuela que eligió para ejercer como tutora, lo que no implica afirmar que dicha decisión se haya inclinado por la única posibilidad correcta.

2. *La discrecionalidad judicial como poder delegado dirigido*

Como se ha advertido al explicarse las causas de la discrecionalidad judicial —en concreto, al advertirse cómo los propios legisladores en algunos casos consideran deseable que los jueces puedan gozar de algún tipo de margen discrecional para resolver—, la discrecionalidad judicial en alguna medida puede ser considerada comparada con una potestad delegada.

Como Hart ha puntualizado, cuando la esfera que ha de ser regulada jurídicamente es un campo en que las características de los casos individuales varían mucho y de forma impredecible y, por lo tanto, no pueden formularse útilmente y por anticipado reglas generales para ser aplicadas de caso en caso sin nuevas directivas oficiales, el Derecho puede buscar regular estos casos con una regla valorativa, simple y variable —v. g., el estándar de “diligencia debida”—, que exige a los individuos “valorar” las pretensiones sociales —que surgen en formas diversas no anticipables— en busca de un razonable equilibrio entre ellas, sabiendo que los tribunales han de especificarla en los casos concretos.⁵⁰ Es decir, en estos casos los jueces reciben potestades legislativas delegadas para modificar y desarrollar el Derecho existente siguiendo las líneas establecidas por el propio Derecho.⁵¹

Por su parte, Raz sostiene que siempre que el Derecho no sea quien establece de forma directa cómo ha de resolverse una cuestión, el Derecho se encuentra indeterminado y, por lo tanto, los jueces han de resolver de forma discrecional. Como ha sido advertido, a su juicio, esto sucede incluso cuando el Derecho ordena qué debe hacerse, pero lo hace no de forma directa, sino delegando a otro determinar eso. Por ejemplo, cuando el Derecho, por medio de una *norma de conflicto*, impone el deber de resolver una determinada cuestión aplicando el Derecho extranjero, el cual permanece

⁵⁰ Cfr. Hart, H.L.A., *El Concepto de Derecho*, *op. cit.*, pp. 163-166.

⁵¹ Cfr. *Ibid.*, p. 169.

independiente y fuera del sistema jurídico local. Estas ideas están fundamentadas en la tesis de que la existencia y el contenido del Derecho están completamente determinados por fuentes sociales, defendida por Raz.⁵² En relación con ello, afirma que la razón por la que las instrucciones a las que remite el Derecho no forman parte de este éste hasta que son promulgadas, no radica en su *imprecisión* —porque si bien las instrucciones pueden ser imprecisas esto no necesariamente es así—, sino en la idea de delegación de poder que busca crear y mantener una determinada división de tareas y poderes entre distintas autoridades por considerarse que esto es algo valioso.⁵³

Estas afirmaciones de Raz resultan un tanto sorprendentes. En concreto, la idea que sugiere que toda vez que el Derecho hace referencia a la moral o a otros criterios —considerados— extra-jurídicos —como la remisión que puede hacer un sistema jurídico a otro para resolver una determinada cuestión— los jueces han de resolver discrecionalmente, sin importar si dichos criterios resultan o no indeterminados.

En este sentido, Endicott advierte que si la discrecionalidad judicial implica “recibir un poder para tomar una decisión, sin estar obligado a decidir un resultado en particular”—⁵⁴ es decir, implica tener que decidir entre “alternativas abiertas”— no se entiende en qué sentido los jueces tienen discrecionalidad cuando el Derecho establece que determinadas cuestiones han de resolverse con base en unos criterios extra-jurídicos que resultan precisos. Por ejemplo, no se entiende cómo puede decirse que cuando el legislador inglés ordena a sus tribunales aplicar Derecho alemán necesariamente les está otorgando discrecionalidad.⁵⁵

3. *Límites a la discrecionalidad judicial: de la justicia institucionalizada a la institucionalización de la justicia*⁵⁶

A. *Límites institucionales a la discrecionalidad judicial*

Las decisiones judiciales discrecionales, entendidas en parte como potestades delegadas, se encuentran especialmente limitadas, en primer lugar,

⁵² Raz, Joseph, *The Authority of Law*, *op. cit.*, p. 46.

⁵³ *Cfr.* Raz, Joseph, *La ética en el ámbito público*, *op. cit.*, p. 264.

⁵⁴ Endicott, Timothy, “Raz on Gaps-the Surprising Part”, *op. cit.*, p. 110.

⁵⁵ *Cfr. Ibid.*, pp. 100 y 114 y 115.

⁵⁶ El subtítulo de este epígrafe ha sido inspirado en el título de un libro de Alexy, “La institucionalización de la justicia”. *Cfr.* Alexy, Robert, *La institucionalización de la justicia*, trad. de J. A. Seoane y E. R. Sodero, Granda, Comares, 2005.

porque en la mayoría de los casos sólo son ejercidas para disponer sobre un caso en particular.

Por otra parte, dichas decisiones normalmente también están limitadas por cortapisas jurídicas que no alcanzan a los poderes legislativos. Por ello, cuando el Derecho guarda silencio, se vuelve contradictorio o resulta poco claro para establecer cómo ha de resolverse un caso los jueces no arrinconan precisamente sus libros jurídicos y empiezan a legislar sin mayor guía del Derecho.⁵⁷

En realidad, al decidir tales casos, citan algunos principios —muchas veces recogidos en las Constituciones—, o se remiten a principios generales del Derecho, o tienen en cuenta anteriores decisiones de otros tribunales sobre casos similares, o apelan a algunos objetivos o propósitos generales que alguna área del derecho existente persigue, o toman en cuenta diferentes reglas jurídicas de interpretación, criterios de prelación entre normas, etcétera. Todos estos criterios —muchas veces— institucionalizados apuntan hacia una determinada respuesta para el caso.

Sin embargo, como se ha advertido *supra*, aunque estos procedimientos ciertamente retrasen, no eliminan el momento de la creación judicial del Derecho. Los principios no tienen una consecuencia jurídica determinada y poseen una dimensión de peso o importancia que admite diferentes grados y posibilidades de cumplimiento. El recurso a los criterios que surgen de la resolución de casos similares o normas análogas exige determinar en qué medida existen similitudes o diferencias “esenciales” entre el caso que se busca resolver y el caso o la norma análoga a la que se apela. El juez tendrá a menudo que escoger esto, confiando, como un legislador consciente, en su sentido de lo que sea mejor y no necesariamente en una respuesta ya establecida y prescrita por el Derecho.

En definitiva, —siguiendo a Hart— puede concluirse que cuando los jueces deciden discrecionalmente simultáneamente crean nuevo Derecho, y aplican el Derecho establecido, que, al tiempo, confiere y limita sus poderes de crear Derecho.⁵⁸

B. *La institucionalización de la justicia en la decisión judicial discrecional*

Como surge de la descripción que se hace de la naturaleza de la discrecionalidad judicial, la decisión discrecional que se caracteriza por ser en alguna medida *libre*, supone que siempre ha de optarse por una resolución que

⁵⁷ Cfr. Hart, H.L.A., “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, *op. cit.*, pp. 6 y 9.

⁵⁸ Cfr. Hart, H.L.A., “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, *op. cit.*, p. 6.

no sea *arbitraria* o *no justificada*. Esto es así, porque el Derecho se presenta a sí mismo como pretendiendo ser correcto o razonable.

Hart y Raz dan algunos pasos en el reconocimiento de dicha pretensión del Derecho. En concreto, Hart presenta al Derecho como un conjunto de reglas que son *aceptadas* —no meramente impuestas— como guía del comportamiento propio y crítica del comportamiento ajeno;⁵⁹ es decir, como si aportasen razones para la acción.

Raz da un paso más en este sentido al afirmar expresamente que para explicar la *NORMATIVIDAD DEL DERECHO* no alcanza meramente con advertir que existe una práctica de tomar al Derecho como una razón para la acción, sino que es necesario reconocerle al Derecho su *pretensión* de ofrecer un tipo especial de razón para la acción. Más específicamente, Raz considera que el Derecho pretende autoridad legítima.⁶⁰

Alexy avanza aún más sobre esta idea al explicar que todos los ordenamientos jurídicos históricos exhiben y formulan una pretensión de ser correctos o justos. Sucede que, por un lado, en el discurso jurídico —al igual que en el discurso práctico general— no resulta admisible afirmar algo y luego negarse a fundamentarlo —sin dar razones para esto— y, por el otro, quien fundamenta algo pretende que su fundamentación sea correcta y su afirmación acertada. Para Alexy —que en este punto sigue a Habermas—, la fundamentación del deber de fundamentar las afirmaciones normativas se encuentran en las reglas que están en la base de los actos del habla. Por ello, si alguien afirma algo y se niega a fundar lo que afirma —sin justificar esta negativa— es posible entonces replicarle: “no deberías afirmarlo”.⁶¹ Sin embargo, es incluso posible fundar las reglas que están en la base de los actos del habla en la exigencia de la razón práctica que establece que es

⁵⁹ Cfr. Hart, H.L.A., *El Concepto de Derecho*, *op. cit.*, pp. 111 y ss.

⁶⁰ En este sentido, Raz afirma que su explicación se encuentra a mitad de camino entre la de Hart y la de Dworkin. J. Ruiz Manero, “Entrevista a Joseph Raz”, *Doxa*, vol. 9, 1991, p. 343. Unos años después reconoce que la *pretensión* de autoridad legítima del Derecho es un punto de encuentro entre la tradición positivista del Derecho y la tradición de la ley natural. Cfr. Raz, Joseph, “About Morality and the Nature of Law”, *American Journal of Jurisprudence*, vol. 43, 2003, p. 3. Nos hemos referido a la explicación del Derecho como razón excluyente para la acción en Etcheverry, J. B., *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente*, México, UNAM, 2007, pp. 32 y ss.

⁶¹ Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, pp. 133 y ss., y pp. 208 y ss.

una elección irrazonable hacerse lo que se juzga o piensa como irrazonable —no importa cuán erróneo sea su juicio de conciencia—. ⁶²

Dicha pretensión de corrección puede advertirse en el hecho de que los actos institucionales siempre están conectados a la afirmación —que suele ser— implícita y no meramente institucional de que los actos jurídicos son sustancial y procedimentalmente correctos. Esta afirmación implícita puede hacerse explícita mostrando que la negación explícita de la pretensión de corrección es absurda. Por ejemplo, sería absurda una sentencia que estableciera que “se condena al acusado, en virtud de una interpretación errónea del Derecho vigente, a cadena perpetua”. ⁶³ Lo absurdo de esta sentencia es que en ella se daría una contradicción entre lo que afirma explícita e implícitamente. ⁶⁴

En definitiva, un límite sustancial para la determinación de la decisión discrecional, que se da en el proceso de razonamiento judicial que busca una solución para un caso, es que dicha determinación sea *correcta* o *justa* como pretenden serlos todos los ordenamientos jurídicos.

Sin embargo, hay que reconocer que este límite puede resultar demasiado amplio, ya que existen múltiples concepciones acerca de lo correcto, razonable o justo e incluso pueden ser admisibles varias determinaciones posibles de la aplicación de dicho criterio. Por ello, es posible seguir avanzando en esta línea y ofrecer otro límite sustancial más claro a la discrecionalidad que en ocasiones poseen los jueces al decidir. Este otro límite u orientación se deriva del anterior y es compartido por las diferentes concepciones acerca de lo correcto, razonable o justo. Sintéticamente, este límite representa lo que podríamos considerar la contracara de la orientación anterior. Dicho de otro modo, si la decisión discrecional que se tome siempre ha de ser correcta o justa, esto supone como mínimo que nunca podrá ser *arbitraria*. En este sentido, tanto Hart como Raz sostienen que las decisiones judiciales nunca han de ser arbitrarias, ni siquiera cuando el Derecho guarda silencio sobre cómo resolver un caso y los jueces han de

⁶² Este argumento ha sido presentado en la actualidad, entre otros autores, por Finnis. Cfr. J. Finnis, *Ley Natural y Derechos Naturales*, *op. cit.*, pp. 154-155. Aquino propuso esta exigencia de la razón práctica en *cf.* Aquino, *De veritate*, q. 17, a. 4.

⁶³ Cfr. Alexy, Robert, “Derecho y Moral”, trad. de J. A. Seoane y E. R. Sodero, en Alexy, Robert, *La institucionalización de la justicia*, ed. y presentación a cargo de J. A. Seoane, Comares, Granada, 2005, p. 22.

⁶⁴ Cfr. Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, *op. cit.*, pp. 41-45. Alexy y Bulygin han debatido sobre esta tesis (entre otros trabajos) en Bulygin, Eugenio, “Alexy’s Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality”, *Ratio Juris*, vol. 13, 2000/2, pp. 133-137; Alexy, Robert, “On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin’s Critique”, *Ratio Juris*, vol. 13, 2000/2, pp. 138-147.

resolver discrecionalmente creando nuevo Derecho. Para estos autores, los jueces nunca han de decidir sin justificar sus decisiones. Dicho de otro modo, el funcionario que ha de interpretar y aplicar las normas para la resolución de los conflictos "...debe siempre tener algunas razones generales que justifiquen su decisión...".⁶⁵

Alexy avanza nuevamente un poco más sobre estas ideas hasta defender la denominada "fórmula de Radbruch".⁶⁶ Según la versión más abreviada de esta fórmula, desde el punto de vista del funcionario que ha de resolver un caso conforme a Derecho o del ciudadano que ha de obedecerlo (el participante de la práctica jurídica) "la extrema injusticia no es Derecho". Obviamente, la injusticia extrema es un ejemplo patente de arbitrariedad y este argumento descansa sobre la idea de que nunca, bajo ninguna circunstancia, puede justificarse una extrema injusticia. Justamente por esto, para Alexy, este límite se define sustancialmente por el núcleo de los derechos humanos cuya validez es considerada "eterna" —es decir, que serían válidas para todos los seres humanos con independencia del tiempo y el espacio—. ⁶⁷

De lo hasta aquí expuesto, puede decirse que cuando surge un debate por falta de acuerdo sobre la aplicación de una norma —sea porque el caso no está claramente previsto en su supuesto de hecho, o porque varias normas hayan previsto el caso y ofrezcan soluciones incompatibles, o porque el modo en que ha sido enunciada una norma admite varios contenidos posibles—, no es necesario detener el razonamiento de determinación judicial y comenzar a legislar sin mayor guía del Derecho.

Una vez tenidas en cuenta las reglas lingüísticas y las reglas que buscan solucionar los problemas antes mencionados —reglas de colisión, presunciones, etcétera— y cuando éstas resultan insuficientes, el intérprete ha de indagar en el fin o la intención pragmática de la o las normas aplicables. A su vez, dicha búsqueda está orientada, en primer lugar, por un punto de partida o piso que exige que el fin pragmático que se escoja sea coherente con el fin lingüístico que surge de la redacción de la norma. Además, en segundo lugar, la búsqueda del fin pragmático también está limitada por la selección de un fin correcto, razonable o justo y, por lo tanto y más acota-

⁶⁵ Hart, H.L.A., "Postscript", *op. cit.*, p. 273 (énfasis añadido) y Raz, Joseph, "Legal Principles and the Limits of Law", *op. cit.*, pp. 847-848 (énfasis añadido).

⁶⁶ Cfr. Radbruch, Gustav, *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*, trad. de M. I. Azareto de Vásquez, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1962, pp. 7-52.

⁶⁷ Por ello, para Alexy, las normas jurídicas positivas que son incompatibles con dicho núcleo de derechos humanos básicos son extremadamente injustas y, por lo tanto, no son Derecho. Cfr. Alexy, Robert, "Derecho y Moral", *op. cit.*, pp. 23-25 y "Derecho, discurso y tiempo", trad. de P. Rodríguez y J. A. Seoane, *La institucionalización de la justicia*, *op. cit.*, pp. 73 y ss.

damente, no arbitrario. Especificando incluso un poco más este límite, puede afirmarse que en ningún caso y bajo ninguna excepción puede pretender resolverse un caso atribuyéndosele a una norma un fin extremadamente injusto o contrario al núcleo de los derechos humanos.⁶⁸

No obstante, como explica Zambrano,

[e]ntre el piso lingüístico de la interpretación y el techo de un sentido objetivo de justicia queda todavía un amplio margen de posibilidades interpretativas que muchas veces enfrenta a los intérpretes a una “elección”. Esta elección acotada no es sinónimo ni de arbitrariedad, ni de confusión total entre Derecho y Moral. Es un camino intermedio... Es “co-creación” o creación “a partir” del piso dado por las reglas lingüísticas, y hacia el techo o ideal delimitado por los fines del Derecho.⁶⁹

C. *Entre los límites institucionales y la institucionalización de la justicia en la decisión judicial: La posibilidad de aproximarse la discrecionalidad judicial desde la virtus-jurisprudence*

Si bien existen otros caminos para intentar mostrar los límites de la discrecionalidad judicial,⁷⁰ ninguno de dichos senderos evitará que los jueces deban en parte crear nuevo Derecho cuando deciden discrecionalmente. Por esto, puede resultar interesante no sólo ofrecer criterios o condiciones negativas que eviten la no-incorrección o la irracionalidad o que establezcan pisos y techos dentro de los cuales ha de decidirse discrecionalmente, sino también ofrecer pautas positivas que guíen el último paso de la decisión discrecional para evitar que éste sea meramente arbitrario o, como mínimo, no resulte debidamente iluminado.⁷¹

⁶⁸ Hay que aclarar que los distintos momentos del proceso de determinación judicial de la solución para un caso anteriormente descrito, no se transitan o dan de forma aislada o separada, unos de otros, sino que dichos momentos se influyen y condicionan mutuamente. Tanto es así que en situaciones excepcionales o extremas incluso si lo que ordena una norma sobre la que existe acuerdo sobre su contenido y aplicación resulta extremadamente injusto o injustificable, dicha norma no ha de ser obedecida. Al respecto, por ejemplo, *cf.* Tomás de Aquino, *Summa Theologiae* I-II q. 96, a. 4, c. y II-II q. 69, a. 4, c.; J. Finnis, *Ley Natural y Derechos Naturales*, *op. cit.*, pp. 391 y ss.; Alexy, Robert, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, trad. de J. A. Seoane, en R. Vigo (comp.), *La injusticia extrema no es Derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2004, pp. 242 y ss.; y Seoane, J. A., “Three Ways of Approaching Unjust Laws: Aquinas, Radbruch and Alexy”, *Rechtstheorie*, vol. 37, 2006, p. 324.

⁶⁹ P. Zambrano, *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación a iusfilosofía a la tesis de la discrecionalidad*, *op. cit.*, 63.

⁷⁰ Como es sabido, el propio Alexy propone una serie de reglas para acotar este tipo de decisiones. Al respecto, por ejemplo, *cf.* Alexy, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, *op. cit.*

⁷¹ Serna ha advertido este problema en las teorías procedimentales como la de Alexy. *Cf.* Serna, Pedro, *Filosofía del Derecho y Paradigmas Epistemológicos*, *op. cit.*, 90.

Una estrategia posible para avanzar en este último sentido puede ser la ofrecida por los recientes desarrollos presentados por las teorías del Derecho que utilizan recursos o herramientas y el modo de aproximarse propio de las teorías de las virtudes éticas. Estas teorías, denominadas “virtue jurisprudence”, pretenden iluminar de un modo complementario diferentes problemáticas de la teoría del Derecho (véase, VIRTUDES Y TEORÍA DEL DERECHO).

Lo característico o distintivo de una teoría del Derecho centrada en las virtudes de la decisión judicial es que no se preocupa principalmente por ofrecer criterios de lo que debe contar como una decisión adecuada a Derecho, correcta o justa, para luego, a partir de allí, inducir la imagen de lo que se espera de un buen juez. En cambio, una teoría centrada en las virtudes parte de ellas y desde allí se iluminan las buenas decisiones. Con este tipo de explicación no se pretende rechazar los modos tradicionales de aproximación a la teoría de la decisión judicial; sino, por el contrario, complementarlas o permitir que pueda ofrecerse una completa explicación de dichas decisiones.⁷²

Si bien en esta oportunidad no se avanzará en una explicación pormenorizada de una propuesta de este tipo (lo que ameritaría unos desarrollos que exceden los objetivos de este trabajo), se dejarán planteados los principales interrogantes y cuestiones sobre los que este tipo de aproximaciones avanzan para lograr las metas que se proponen. En concreto, este tipo de teorías buscan explicar cuál es el papel, rol o importancia de las virtudes en las decisiones judiciales. Además, suelen determinar qué diferentes tipos de vicios y virtudes pueden advertirse en las decisiones judiciales. Por último, este tipo de teorías sobre las virtudes de la decisión judicial se preocupan por explicar el especial rol que juega la virtud de la justicia.⁷³

Al margen de la importancia de la virtud de la justicia para la teoría de la decisión judicial, sin duda es la virtud de la prudencia la que posee mayor potencial explicativo en lo que respecta a cómo han de resolverse los casos en los que los jueces deciden discrecionalmente. Justamente, dicha

⁷² Cfr. Solum, Lawrence, “Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centered Theory of Judging”, *Metaphilosophy*, vol. 34, 2003, p. 184. En castellano, entre otros trabajos, pueden verse, Masini Correas, Carlos I., *La prudencia jurídica. Introducción a la gnosología del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984 y Vigo, Roberto, “Ética judicial e interpretación jurídica”, *Doxa*, vol. 29, 2006.

⁷³ Cfr. Solum, Lawrence, “Natural Justice”, *American Journal of Jurisprudence*, vol. 5, 2006, p. 70 y ss.

virtud podría explicar o iluminar el camino completo que discurre desde los criterios o pautas generales a las decisiones discrecionales particulares.⁷⁴

IV. CONCLUSIONES

De los hasta aquí expuesto puede concluirse lo siguiente:

- (i) la discrecionalidad judicial es una consecuencia *inevitable* de que las normas jurídicas positivas a veces resulten incapaces de ofrecer una única respuesta correcta
- (ii) básicamente tres son las causas por las que *inevitablemente* algunas cuestiones jurídicas terminan siendo indeterminadas: las lagunas, las antinomias y la textura abierta del lenguaje por medio del cual se expresa el Derecho
- (iii) Los intentos de superar completamente estas causas de indeterminación jurídica (v. g., *référé législatif*, norma de clausura, criterios de prelación entre normas, reglas de interpretación o que se tenga en cuenta el contexto, propósito o trasfondo de valores, acudir a la intención original, etcétera) no han logrado su propósito
- (iv) la discrecionalidad que tienen los jueces también es fruto del hecho de que los constituyentes y legisladores actuales en alguna medida la han considerado *deseable* o preferible a excluir toda incertidumbre a cualquier precio. Esto puede advertirse cuando:
 - a. reconocen la necesidad de incorporar principios para superar los llamados defectos lógicos del ordenamiento jurídico;
 - b. incorporan derechos fundamentales (humanos o morales) recogidos en principios que vinculan a los poderes ejecutivo, legislativo y judicial y sistemas de control de constitucionalidad
- (v) la discrecionalidad judicial puede ser caracterizada como una “elección *debida* entre alternativas abiertas”, es decir, un acto voluntario que consiste en optar por seguir un curso de acción determinado cuando existen por lo menos dos posibilidades reales de actuación mutuamente excluyentes y entre las cuales el Derecho no ofrece razones que hagan más correcta una de ellas sobre las otras

⁷⁴ Cfr. Serna, Pedro, *Filosofía del Derecho y Paradigmas Epistemológicos*, op. cit., p. 90.

- (vi) no obstante, ello no implica que las decisiones discrecionales deban tomarse de manera arbitraria, por el contrario, quien decide ha de hacerlo fundándose en razones que justifiquen su actuar
- (vii) puede parecer contradictorio, por un lado, afirmar que las decisiones discrecionales han de tomarse “eligiendo entre alternativas abiertas” y, por el otro, simultáneamente sostener que deben fundarse en razones generales y que al menos en algunas ocasiones las razones que justifican dichas decisiones ofrecen una única respuesta correcta
- (viii) sin embargo, incluso si se le reconoce algún papel al razonamiento práctico general en la determinación del resultado jurídico correcto, esto no necesariamente supone que siempre se logre llegar a un *único* resultado correcto. Esto es así, entre otras cosas:
 - a. por la dimensión esencialmente contingente que suelen tener todos los problemas prácticos
 - b. porque la conducta humana puede orientarse hacia una gran variedad de opciones igualmente racionales
- (ix) la discrecionalidad judicial en alguna medida puede ser considerada una función productora de reglas comparable con las potestades legislativas delegadas y dirigidas; y el proceso de determinación de determinación judicial como un proceso de decisión en varias etapas
- (x) no obstante, cuando los jueces deciden discrecionalmente no es que se ponen a legislar sin mayor guía del Derecho; en cambio, sus decisiones se encuentran limitadas institucionalmente por:
 - a. el hecho de que normalmente deciden sobre un caso en particular
 - b. principios, precedentes, propósitos de las normas, diferentes reglas jurídicas de interpretación, criterios de prelación entre normas, etcétera
- (xi) además, la determinación de la justicia por medio de la decisión discrecional siempre supone la elección de una resolución no *arbitraria* o *injustificada*, ya que (como advierten en parte Hart, Raz y Alexy) la práctica jurídica es aceptada como y pretende ser legítima, correcta o justificada
- (xii) esto supone como mínimo que una decisión discrecional nunca podrá ser *arbitraria*

- (xiii) un ejemplo patente de decisión arbitraria es la extremadamente injusta, es decir, que atenta contra el núcleo de los derechos humanos
- (xiv) en definitiva, la decisión judicial discrecional ha de partir el piso que le imponen las reglas lingüísticas y las reglas que buscan solucionar los problemas antes mencionados (reglas de colisión, presunciones, etc.), hacia el techo impuesto por el fin o la intención pragmática de la o las normas aplicables que también está limitado por la selección de un fin correcto, razonable o justo y, por lo tanto y más acotadamente, no arbitrario (y bajo ningún caso y excepción, contrario al núcleo de los derechos humanos)
- (xv) en fin, es probable que la creación de Derecho ofrecida por la decisión discrecional (que parte del piso dado por las reglas lingüísticas y hacia el techo o ideal delimitado por los fines del Derecho) puede ser mejor explicada desde las teorías de las virtudes judiciales, que permitan desentrañar el espacio intermedio que se encuentra entre los límites institucionales a la decisión discrecional y el resultado de dicha decisión que institucionaliza cuál es la respuesta correcta para el caso que se decide.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALCHURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Lagunas del Derecho y análisis de casos*, Buenos Aires, Buschi, 1971.
- ALEXY, Robert, “La institucionalización de la razón”, trad. de J. A. Seoane, *Persona y Derecho*, vol. 43, 2000.
- _____, “On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin’s Critique”, *Ratio Juris*, vol. 13, 2000/2, pp. 138-147.
- _____, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, Trad. de J. A. Seoane, en R. Vigo (comp.), *La injusticia extrema no es Derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2004.
- _____, *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*, trad. de J. M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1994.
- _____, *La institucionalización de la justicia*, trad. de J. A. Seoane y E. R. Soderó, Granda, Comares, 2005.
- _____, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de M. Atienza y I. Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- BIX, Brian, *Law, Language, and Legal Determinacy*, Oxford, Clarendon Press, 1993.

- BULYGIN, Eugenio, "Alexy's Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality", *Ratio Juris*, vol. 13, 2000/2.
- CIANCIARDO, J., "Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 108, 2003.
- COLEMAN, Jules, *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- DWORKIN, Ronald, "Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise", en Dworkin, Ronald, *Freedom's Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1996.
- _____, *Law's Empire*, Oxford, Hart Publishing, 1986. Trad. de C. Ferrari, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988.
- _____, *Taking rights seriously*, London, Duckworth, 1977, trad. de M. Guastavino, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.
- ENDICOTT, Timothy, "El Derecho es necesariamente vago", *Palabras y Reglas. Ensayos de Filosofía del Derecho*, México, Fontamara, 2004.
- _____, "Raz on Gaps-the Surprising Part", en L. Meyer, S. Paulson y T. Pogge (eds.), *Rights, Culture, and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- _____, *Vagueness in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- ETCHEVERRY, J. B., "La práctica del Derecho en tiempos del neoconstitucionalismo", *La Ley* 2011-A-2.
- _____, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente*, México, UNAM, 2007.
- FINNIS, John, "On Reason and Authority in 'Law's Empire'", *Law and Philosophy*, vol. 6, 1987.
- _____, "Concluding Reflections", *Cleveland State Law Review*, vol. 38, 1990.
- _____, "Natural Law and Legal Reasoning", *Cleveland State Law Review*, vol. 38, 1990.
- _____, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980 (trad. de C. Orrego) *Ley Natural y Derechos Naturales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000.
- HART, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, trad. de G. Carrió, *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963.
- _____, "American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream", en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1983.
- _____, "El nuevo desafío al positivismo jurídico", *Sistema*, vol. 36, 1990.
- HIMMA, Kenneth Einar, "Judicial Discretion and the Concept of Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 19, 1999.

- IGLESIAS VILA, María., *El problema de la discreción judicial*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.
- LIFANTE VIDAL, Isabel, “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”, *Doxa*, vol. 25, 2002.
- LOMBARDI VALLAURI, Luigi, *Corso di Filosofia del Diritto*, Padova, Cedam, 1981.
- MALEM, J. F., *El error judicial y la formación de los jueces*, Barcelona, Gedisa, 2000.
- MASSINI CORREAS, Carlos I., *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984.
- MONTESQUIEU, *Del'esprit des lois*, trad. de M. Blázquez y P. Vega, *El espíritu de las leyes*, Barcelona, Orbis, 1984.
- MOORE, Michael, “Four Reflections on Law and Morality”, *William and Mary Law Review*, vol. 48, 2007.
- , “The Semantics of Judging”, *Southern California Law Review*, vol. 54, 1981.
- RADBRUCH, Gustav, *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*, Trad. de M. I. Azareto de Vásquez, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1962.
- RAZ, Joseph, “About Morality and the Nature of Law”, *American Journal of Jurisprudence*, vol. 43, 2003.
- , “Legal Principles and the Limits of Law”, *Yale Law Journal*, vol. 81, 1972.
- , *Engaging Reason. On the Theory of Value and Action*, Oxford, Oxford University Press, 1999.;
- , *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Clarendon Press, 1994. Traducción de M. L. Melón, *La ética en el ámbito público*, Barcelona, Gedisa, 2001.
- , *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1979.
- REDONDO, María Cristina, “Teorías del Derecho e indeterminación normativa”, *Doxa*, vol. 20, 1997.
- SCHAUER, Frederick, *Playing by the Rules*, Oxford, Clarendon Press, 1991.
- SEOANE, J. A., “Three Ways of Approaching Unjust Laws: Aquinas, Radbruch and Alexy”, *Rechtstheorie*, vol. 37, 2006.
- SERNA, Pedro, *Filosofía del Derecho y Paradigmas Epistemológicos*, México, Porrúa, 2006.
- SOLUM, Lawrence, “Natural Justice”, *American Journal of Jurisprudence*, vol. 5, 2006.
- , “Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centered Theory of Judging”, *Metaphilosophy*, vol. 34, 2003.
- VIGO, Roberto, “Ética judicial e interpretación jurídica”, *Doxa*, vol. 29, 2006.

- WALDRON, Jeremy, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999. Traducción de J. L. Martí y A. Quiroga, *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- WALUCHOW, W.J., *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1994.
- ZAMBRANO, Pilar, *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*, México, UNAM, 2009.

CAPÍTULO 39

RAZONAMIENTO JURÍDICO

Manuel ATIENZA RODRÍGUEZ*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Los elementos formales de los argumentos: Tipos de inferencias y clases de argumentos jurídicos.* III. *Los elementos materiales de los argumentos: premisas y razones del argumento jurídico.* IV. *Los elementos pragmáticos (retóricos y dialécticos) en la argumentación.* V. *Un ejemplo de análisis de un argumento jurídico: Los elementos formales, materiales y pragmáticos del argumento de autoridad.* VI. *Un método para la representación de los argumentos.* VIII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Hay diversas formas de aproximarse al razonamiento jurídico o a la argumentación jurídica (estas dos expresiones las utilizaré, a partir de ahora, como sinónimas). Sin ir más lejos, el concepto de razonamiento jurídico se entiende en ocasiones como una aplicación de la noción general de razonamiento (cualquiera que esta sea) al campo específico del Derecho; pero otras veces se considera que el razonamiento jurídico es un tipo de razonamiento con características propias y cuya comprensión y manejo exigen un tratamiento diferenciado.

Los autores a los que puede considerarse como *precursores* (en los años 50 del siglo pasado) de la teoría contemporánea de la argumentación jurídica sostuvieron con énfasis esta segunda opinión que, en términos generales, es compartida por la mayoría de los juristas. Tanto Recaséns Siches, como Viehweg, Perelman o Toulmin negaron que el razonamiento jurídico pudiera considerarse sin más como un tipo de razonamiento deductivo y, en su lugar, ofrecieron diversos modelos alternativos al de la lógica formal (la

* Catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante. La redacción de esta voz aprovecha diversos materiales de mi libro *Curso de argumentación jurídica*, publicado por la Editorial Trotta. Ambos trabajos han sido realizados en el contexto del proyecto de investigación “Argumentación y constitucionalismo” (DER2010-21032) financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación de España.

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 2, pp. 1419- 1452.

moderna lógica matemática) que, por otro lado, había empezado a ser aplicada al Derecho precisamente por esos años; el libro —pionero— de Ulrich Klug se publicó por primera vez en 1951, aunque su concepción de la lógica jurídica —como lógica general aplicada al Derecho— estaba ya elaborada desde 1939. Pues bien, Recaséns Siches propuso, en lugar de la lógica matemática, cuya aplicación al ámbito jurídico llevaría a los juristas, en su opinión, a la comisión de verdaderos dislates, una *lógica de lo razonable* inspirada en algunas ideas de su maestro Ortega y Gasset. Viehweg defendió la idea de que lo peculiar del razonamiento jurídico se encuentra en la noción tradicional de tópica; y la tópica no sería un *ars iudicandi*, una técnica referida al paso de las premisas a las conclusiones, sino un *ars inveniendi*, volcado al descubrimiento de las premisas y centrado en la noción de problema (y no en la de sistema). Perelman, por su lado, contrapuso los argumentos lógico-deductivos o demostrativos a los de carácter retórico (los peculiares del Derecho, aunque también de la filosofía o de las ciencias sociales); estos últimos no tratarían de establecer verdades evidentes, pruebas demostrativas, sino de mostrar el carácter razonable, plausible, de una determinada decisión u opinión y tendrían como finalidad fundamental persuadir a un auditorio. Y, en fin, Toulmin se opuso al estudio tradicional de los argumentos desde un punto de vista puramente formal (y que sólo podría dar cuenta de los que tienen lugar en una parte de las matemáticas) y en su lugar propuso un enfoque procedimental, dialéctico, una *lógica operativa* construida a partir del modelo del Derecho: “la lógica —llegó a afirmar— es jurisprudencia generalizada”.

Ahora bien, en los autores que configuran lo que se ha llamado la “concepción estándar” de la argumentación jurídica (a partir de la década de los 70), el razonamiento jurídico no aparece ya como contrapuesto al deductivo, sino que lo que se destaca es que para comprender aquel en toda su complejidad se necesitan otros recursos, además del de la lógica en sentido estricto. En el caso de MacCormick, porque la lógica deductiva, por sí sola, no permite una justificación de las decisiones judiciales en los casos difíciles (cuando surgen, por ejemplo, problemas de prueba —en relación con la premisa fáctica— o de interpretación —a propósito de la premisa normativa—). Y en el de Alexy, porque la argumentación jurídica debe verse como un caso especial del discurso práctico general, y éste se define a partir de una serie de reglas que no son, simplemente, lógico-formales.

En realidad, la contraposición a la que se hacía referencia al comienzo se puede superar si se parte de un concepto amplio de razonamiento (o de argumentación) que, a su vez, permite diversas concepciones, diversas in-

interpretaciones. Así, los razonamientos son siempre relativos a un lenguaje; presuponen algún problema, alguna cuestión para la cual el razonamiento sirve como respuesta; pueden verse como una actividad (la actividad de razonar) o como el resultado de la misma; y permiten ser evaluados según diversos criterios. Pero esos mismos elementos pueden interpretarse de maneras distintas, lo que permite hablar de diversas concepciones o diversos enfoques del razonamiento: formal, material o pragmático (retórico o dialéctico). Lo peculiar, si se quiere, del razonamiento jurídico es que en el mismo (como ocurre con otras “empresas racionales” —para emplear la expresión de Toulmin—) deben considerarse las tres perspectivas, aunque alguna de ellas pueda ser predominante, según el campo del Derecho, la institución jurídica o el tipo de operador (jueces, abogados, etcétera) que se tome en consideración.

Desde una perspectiva formal, el razonamiento viene a ser un conjunto de enunciados sin interpretar (en el sentido de que se hace abstracción del contenido de verdad o de corrección de los mismos); responde al problema de si a partir de enunciados —premisas— de tal forma se puede pasar a otro —conclusión— de otra determinada forma; y los criterios de corrección vienen dados por las reglas de inferencia. Lo que suministra esa perspectiva son, entonces, esquemas o formas (de carácter deductivo o no) de los argumentos.

Desde una perspectiva material, lo esencial del razonamiento no es la forma de los enunciados, sino aquello que hace a los enunciados verdaderos o correctos; un razonamiento responde al problema de en qué se debe creer o qué se debe hacer y se resuelve, por lo tanto, esencialmente, en una teoría de las premisas: de las razones para creer en algo o para realizar o tener la intención de realizar alguna acción; los criterios de corrección no pueden, por ello, tener un carácter puramente formal: lo esencial consiste en determinar, por ejemplo, en qué condiciones tal tipo de razón prevalece sobre tal otro. Ese enfoque del razonamiento jurídico era, en cierto modo, el que propugnaba Viehweg y el que, en las últimas décadas, ha tenido un amplio desarrollo en las teorías de las razones para la acción, como la de Raz.

Finalmente, la perspectiva pragmática considera el razonamiento como un tipo de actividad (la realización de una serie de actos de lenguaje) dirigida a lograr la persuasión de un auditorio (retórica) o a interactuar con otro u otros para llegar a algún acuerdo respecto a cualquier problema teórico o práctico (dialéctica). La concepción del razonamiento de Perelman (organizado en torno a las nociones de orador, discurso y auditorio) y de Toulmin (las nociones fundamentales aquí son las de proponente y oponente, y el razonamiento consiste en un tipo de interacción en la que se formulan pre-

tensiones —claims—, razones —grounds—, garantías —warrants—, etc.) vienen a representar, respectivamente, el punto de vista retórico y el dialéctico. Los criterios de evaluación de los razonamientos retóricos apelan esencialmente a la eficacia del discurso (a su capacidad para persuadir), mientras que el razonamiento dialéctico debe seguir ciertas reglas de procedimiento, como las que rigen el desarrollo de un juicio.

Veamos entonces qué características tiene el razonamiento jurídico desde cada una de esas tres perspectivas o dimensiones.

II. LOS ELEMENTOS FORMALES DE LOS ARGUMENTOS: TIPOS DE INFERENCIAS Y CLASES DE ARGUMENTOS JURÍDICOS.

2.1. La primera de las perspectivas señaladas viene a coincidir con la de la lógica, en el sentido estricto de la expresión, esto es, con la de la lógica formal. El estudio de los argumentos que proporciona la lógica se centra en la noción de inferencia. Ahora bien, inferir consiste en pasar de unos enunciados a otros; es una acción o una actividad. Una inferencia es el resultado de esa actividad. Y la relación de inferencia es la que se establece entre unos enunciados (las premisas —o la premisa—) y otro (la conclusión). Pues bien, la lógica (la lógica formal estándar) no se ocupa en sentido estricto de la acción de inferir, sino de las inferencias.

Hay diversos tipos de inferencias. Unas de ellas tienen carácter deductivo, y otras no. Así, en el Derecho, un ejemplo de deducción puede ser el siguiente: “Quien defraude a la Hacienda Pública debe ser condenado a una pena de prisión de 5 a 10 años; X ha defraudado a la Hacienda Pública; por lo tanto, X debe ser condenado a una pena de prisión de 5 a 10 años”. Pero, sin embargo, no es deductiva (sino inductiva) la siguiente inferencia: “el testigo T manifestó que vio como A amenazaba con una pistola a B en el lugar L y en el tiempo T; la autopsia mostró que B falleció en el lugar L y el tiempo T por los disparos de una pistola; cuando la policía fue a detener a A, encontró que tenía en su poder la pistola que luego se probó era la misma con la que se había disparado contra B; por lo tanto, A causó la muerte de B”. La diferencia, expresada de manera tosca, es que el paso de las premisas a la conclusión tiene, en el primer caso (en las deducciones), un tipo de “necesidad” que no existe en el segundo. En una deducción, es imposible

que las premisas sean verdaderas¹ y la conclusión falsa; pero en el segundo ejemplo de argumento (no deductivo o inductivo), sí que podría darse que las premisas fueran verdaderas, pero no la conclusión (que A no hubiera causado la muerte de B).

Siguiendo a Alchourrón, cabe decir que una relación de inferencia deductiva se caracteriza por las propiedades de reflexividad, monotonía y transitividad. Dicho de manera intuitiva, la propiedad de reflexividad supone que la conclusión no contiene nada que no estuviera ya en las premisas; la monotonía, que si un enunciado se infiere de un conjunto de premisas, entonces seguirá infiriéndose aunque se añadan nuevas premisas a las iniciales; y la transitividad, que las conclusiones se deducen exclusivamente de las premisas, de manera que las consecuencias de las consecuencias de un conjunto de enunciados siguen siendo consecuencias del conjunto de partida.

Esa caracterización de la lógica deductiva supone reconocer que la misma es, en cierto modo, improductiva, puesto que al inferir así no estamos obteniendo un nuevo conocimiento (salvo en sentido formal); digamos, es la contrapartida de la seguridad que ofrece (del nexo de necesidad existente entre las premisas y la conclusión). Pero, además, no refleja tampoco la manera como de hecho argumentamos en el Derecho o en la vida cotidiana. El razonamiento jurídico parece no ser *monótono*, en el sentido de que el añadir nuevas premisas puede hacer que retiremos la conclusión a la que previamente habíamos llegado. Veamos el siguiente ejemplo. Las premisas “A ha muerto sin dejar testamento”, “B es el único descendiente de A” y “si alguien muere sin dejar testamento, sus descendientes tienen derecho a recibir la herencia” justifican la conclusión “B tiene derecho a recibir la herencia”. Pero si a las anteriores premisas añadiéramos una nueva: “B fue el asesino de A”, entonces probablemente tendríamos que revisar la conclusión. Y podríamos hacerlo de dos maneras. Una de ellas consistiría en modificar una de las premisas, la última, que ahora podría quedar así: “si alguien muere sin dejar testamento, sus descendientes tienen derecho a recibir la herencia, a no ser que hayan sido los asesinos del causante”; la conclusión entonces sería que “B no tiene derecho a recibir la herencia”. La otra manera de abordar el problema sería la de construir una lógica alternativa o divergente de la lógica deductiva estándar, en la que no funcionara la monotonía y donde, por consiguiente, pudiera derivarse la conclusión de que “B no tiene derecho a recibir la herencia”, sin necesidad de sustituir una de las premisas iniciales. El procedimiento técnico que se usa

¹ Luego se aclarará cómo debe interpretarse “verdaderas”.

para esto último es reducir el alcance de algunas de las reglas de inferencia de la lógica deductiva estándar.

El hecho de que la lógica (la lógica deductiva estándar) plantee ciertos “problemas” para dar cuenta de los argumentos jurídicos (y, en general, de los argumentos que efectuamos en lenguaje natural) no significa que sea inútil, que debamos prescindir de ella en la argumentación jurídica. Significa más bien que no es un instrumento suficiente para el estudio y el manejo de los argumentos.

Por lo demás, y en contra de lo que a veces se supone, la lógica no es una disciplina en la que reine un gran acuerdo. En realidad, cabría decir que no hay una única lógica, sino muchas, de las cuales unas vienen a ser una *extensión* de la lógica deductiva estándar a campos no considerados tradicionalmente por esta disciplina, y otras suelen llamarse lógicas *divergentes*, en cuanto suponen una alternativa a esa lógica estándar.

La lógica de las normas o lógica deóntica surgió en los años 50 del siglo XX con el propósito de extender el método lógico a los enunciados normativos. Tradicionalmente, la lógica se había ocupado de los enunciados descriptivos, y la definición que suele darse (que sigue dándose hoy) de una inferencia válida hace referencia a ello: “si las premisas son verdaderas, entonces lo es también necesariamente la conclusión”. Ahora bien, una norma (un enunciado con función prescriptiva o directiva) no parece que pueda calificarse de verdadera o falsa: será válida o inválida, eficaz o ineficaz, etcétera; y, si esto es así, entonces surge el problema de si se puede (o de cómo se puede) aplicar la lógica a las normas. Es un problema complejo y no resuelto aún de manera plenamente satisfactoria. Una opción consiste en construir la lógica de las normas como una lógica que, en realidad, se ocupa de proposiciones normativas (las cuales sí que pueden ser calificadas de verdaderas o falsas). Así, en el caso del anterior ejemplo de deducción, la premisa normativa diría: “de acuerdo con el Derecho D, quien defraude a la Hacienda Pública debe ser castigado a una pena de prisión de 5 a 10 años; y la conclusión: “de acuerdo con el Derecho D, X debe ser castigado a una pena de prisión de 5 a 10 años”. Pero ocurre que no es así como los jueces justifican sus decisiones; lo que aparece en la premisa mayor y en la conclusión de un silogismo judicial son normas, no enunciados que hablan de normas. Otra opción (defendida por Alchourrón) consiste en definir la inferencia deductiva en términos abstractos, de manera que, a partir de esa noción (que preserva las tres características antes señaladas: reflexividad, monotonía y transitividad), cabría hacer diversas interpretaciones: una sería en términos de verdad/falsedad y otra, por ejemplo, en términos de correc-

ción/incorrección. En definitiva, en el razonamiento con normas, una inferencia deductivamente válida significaría que si la premisa normativa es correcta (y la premisa fáctica, verdadera), entonces la conclusión (normativa) es también correcta. Por lo demás, los resultados que ha arrojado hasta ahora la lógica deóntica, en relación con el estudio de los razonamientos normativos, jurídicos, son bastante modestos, entre otras cosas, porque esa lógica (o esas lógicas: hay muchísimos sistemas de lógica deóntica) se ha limitado, por regla general, a un único tipo de enunciado normativo (las reglas de acción) y ha dejado fuera los principios, las reglas constitutivas, etc.

En los últimos tiempos se han construido muchas lógicas divergentes que han tratado de aplicarse también al campo del Derecho, de los argumentos jurídicos. Un ejemplo de ello son las lógicas no monótonas a las que se acaba de hacer referencia, para dar cuenta del carácter “derrotable” de esos razonamientos.

Otro ejemplo es el de las lógicas borrosas o difusas, que tratan de hacer frente a los problemas que surgen con los conceptos vagos, que tanto abundan en el Derecho. Supongamos que una norma hace depender cierta consecuencia jurídica de la propiedad de ser un “animal molesto”. Ahora bien, esa propiedad es gradual, de manera que no parece tener sentido, en relación con cada tipo de animal, incluirlo o no incluirlo, del todo, en la clase en cuestión; parecería más adecuado decir que algunos animales pertenecen completamente o en un alto grado, que otros en una regular, pequeña o minúscula medida, etc. Pues bien, las lógicas borrosas (que, por tanto, no son lógicas bivalentes, sino polivalentes: operan con una pluralidad de valores) se construyen con el propósito de poder manejar adecuadamente informaciones borrosas.

Las lógicas paraconsistentes tratan de hacer posible efectuar deducciones con enunciados contradictorios (aunque no con cualquier tipo de contradicción) evitando que ocurra (como pasa en los sistemas de lógica deductiva estándar) que a partir de una contradicción se siga cualquier cosa. También es esta una situación con la que nos podemos encontrar a menudo en contextos jurídicos. Imaginemos un juez que tiene que decidir en una situación en que los hechos considerados probados por cada parte son incompatibles entre sí; o en la que cada parte pretende que se apliquen normas que son también incompatibles entre sí.

O, en fin, las lógicas de la relevancia tratan de evitar que puedan considerarse como válidas inferencias que resultan inaceptables porque la conclusión es irrelevante en relación con las premisas. Por ejemplo, de las premisas “si x hace A , x debe ser castigado con la sanción S ” y “ x hace A ”

se sigue “x debe ser castigado con la sanción S”, pero también “x debe ser castigado con la sanción S o premiado con el premio P”.

Estos tipos de lógica son, sin duda, interesantes para reconstruir o sugerir *procesos* de argumentación jurídica; por ejemplo, sistemas informáticos que simulan cómo un jurista argumenta o cómo podría argumentar a partir de ciertas informaciones (normativas y/o fácticas). Pero no parecen ser necesarios para reconstruir el razonamiento justificativo de un juez, esto es, la justificación plasmada en una sentencia. Para este último propósito, al jurista le es suficiente con conocer las partes más elementales de la lógica estándar: la lógica de proposiciones y la lógica de predicados de primer orden.

2.2. Como se ha dicho, la diferencia entre un argumento deductivo y otro inductivo es que sólo en relación con los primeros resulta imposible que las premisas sean verdaderas (o posean algún otro valor: como la corrección o validez normativa) y la conclusión no lo sea (no se transmita ese valor). En el caso de las inducciones, lo que cabrá decir es que es probable (en un grado mayor o menor) que si las premisas son verdaderas, válidas, etc., entonces lo será también la conclusión. Así entendida, una inducción no es necesariamente un argumento que va de lo particular a lo general; en el ejemplo que se ha manejado, el paso se produce de lo particular a lo particular.

Las inducciones podemos analizarlas (al igual que las deducciones) desde un punto de vista formal. Así, la forma de ese argumento inductivo sería: “p; q; r; por lo tanto, s”; aunque cabría considerar también que en el mismo hay una premisa implícita que diría algo así como “si p y q y r, entonces es probable s”. Otro ejemplo de forma inductiva (de inducción amplificante, que va de lo particular a lo general) es este: “a es un miembro de la clase A y tiene la propiedad P; b es un miembro de la clase A y tiene también la propiedad P...; n es un miembro de la clase A y tiene la propiedad P; por lo tanto, todos los miembros de A tienen la propiedad P”. Y también podemos considerar como una inducción el argumento por analogía: “en el caso C, la solución debe ser S; C’ es un caso semejante a C; por lo tanto, en el caso C’ la solución debe ser también S”.

Ahora bien, así como la validez deductiva de un argumento depende exclusivamente de consideraciones formales, en la inducción no ocurre lo mismo. El esquema formal de una inducción nos dice muy poco a la hora de evaluar los argumentos inductivos; lo que aquí importa son, sobre todo, cuestiones materiales y contextuales. Por ejemplo, en relación con la ana-

logía, la clave está en si las propiedades que tienen en común el caso C y el caso C' son realmente las propiedades esenciales.

También son inducciones los argumentos de probabilidad, en el sentido cuantitativo de la expresión: como frecuencia relativa de un fenómeno; en su sentido cualitativo, todas las inducciones son argumentos de probabilidad (el paso de las premisas a la conclusión es probable y no necesario). Juegan un papel más o menos importante en el Derecho (depende del contexto que uno considere), pero debe tenerse en cuenta que, además de la limitación que supone el que pocas veces se dispone de los datos pertinentes para efectuar el cálculo probabilístico, el argumento probatorio (la justificación externa de la premisa fáctica) no termina con una afirmación del tipo de “con una probabilidad x, el acontecimiento A ha tenido lugar”, sino de la forma “A ha tenido lugar”; o sea, se necesita una premisa adicional que establezca cuál es el grado de probabilidad (el estándar de prueba) para considerar como probado un hecho.

A veces se ha cuestionado que la clasificación de los argumentos en deductivos e inductivos tenga carácter exhaustivo. Pierce habló de una tercera categoría de argumentos a los que llamó abductivos y que se diferenciarían de los otros dos porque con la abducción surge una nueva idea. Los mejores ejemplos que cabe poner de abducciones seguramente son los que pueden extraerse de las novelas policíacas. Uno, que se ha usado con cierta frecuencia, está tomado de un relato de Sherlock Holmes (que, por cierto, no haría deducciones, sino abducciones) llamado *Silver Blaze*. Holmes es llamado para tratar de esclarecer el robo de un caballo en una granja inglesa que se había producido durante la noche. La policía había detenido como sospechoso a un forastero, pero Holmes, después de hacer diversas averiguaciones, pide que le dejen en libertad, pues su razonamiento —su abducción— le ha llevado al convencimiento de que no ha sido él el autor: “el robo del caballo se produjo durante la noche; nadie oyó ladrar a los perros durante la noche; los perros suelen ladrar a los forasteros; por lo tanto, el ladrón del caballo no fue un forastero, sino alguien de la casa”. Pues bien, parece obvio que, al igual que los detectives y la policía, también los fiscales o los jueces y el resto de los mortales razonan de esta manera en las condiciones apropiadas. Sin embargo, la posición institucional que ocupa un juez puede hacer que un argumento como el anterior no sea aceptable en el contexto de la motivación de una sentencia, puesto que al juez se le exige que respete el principio de presunción de inocencia y un estándar de prueba exigente que, en materia penal, requiere que los hechos han de considerarse verdaderos “más allá de toda duda razonable”. Ahora bien, el argumento abductivo es, en realidad, una inducción, que se caracteriza

porque cumple una función heurística (se utiliza para conjeturar algo) y que tiene carácter derrotable, revisable, pues se dirige más bien a la actividad de argumentar que al argumento visto como un resultado: Sherlock Holmes modificaría, por ejemplo, su conclusión si obtuviera una nueva información que le llevara a pensar que a los perros se les había suministrado un narcótico.

2.3. En el Derecho, los argumentos no interesan únicamente por su forma, por su estructura. Por eso, una clasificación de los argumentos desde un punto de vista puramente “lógico” tiene un valor limitado. Es útil ser capaz de reconocer ciertas formas de argumentos que aparecen repetidamente. Pero —conviene insistir en ello— el valor de un argumento no depende sólo (ni fundamentalmente) de su corrección formal. Por eso, las clasificaciones más interesantes de los argumentos jurídicos consideran otros elementos, aparte de los de naturaleza formal. Por otro lado, las clasificaciones a hacer son distintas según que uno se fije en el plano de la producción del Derecho, de la aplicación judicial del mismo, etc. y según se refieran a cuestiones normativas o de carácter fáctico.

El argumento general que se usa en la aplicación del Derecho es el silogismo subsuntivo, que tiene la forma de un *modus ponens*: si se dan las circunstancias X, entonces debe ser la consecuencia jurídica S; (en este caso) se dan las circunstancias X (o sea, el caso se subsume dentro del supuesto de hecho de la norma); por lo tanto, debe ser la consecuencia jurídica S. En una terminología tomada de Wroblewski y que en los últimos tiempos se ha generalizado, ese tipo de razonamiento —deductivo— se denomina “justificación interna” de la decisión judicial, y se diferencia de la argumentación necesaria para, en los casos que suponen alguna dificultad, establecer las premisas, a lo cual se denomina, en correspondencia con la anterior, “justificación externa”. Pueden distinguirse entonces distintos tipos de argumentos (argumentos, por lo general, no deductivos) utilizados en relación con la premisa normativa o la premisa fáctica y que, en realidad, vienen a constituir el núcleo de la motivación judicial, o sea, del razonamiento justificativo judicial.

En relación con problemas normativos, los argumentos (interpretativos en sentido amplio) más característicos parecen ser el argumento *a contrario sensu*, el argumento *a pari* o por analogía, el argumento *a fortiori* (en donde suelen distinguirse dos subformas: *a maiore ad minus* y *a minori ad maius*) y el argumento por reducción al absurdo.

El argumento *a contrario sensu* cumple la función de evitar extender una determinada consecuencia jurídica a un caso no previsto explícitamente por una

norma. Recaséns utilizó en una ocasión un ejemplo simple que puede servirnos como ilustración. Es el siguiente. Una norma prohíbe que se pueda subir a un ferrocarril con un perro, pero no dice nada con respecto a los osos. Por lo tanto (se concluye argumentando *a contrario sensu*) esta última acción está permitida. Su estructura lógica podría exponerse así: “si p, entonces q; no p; por lo tanto, no q”. En cuyo caso, no se trataría de una forma deductiva válida. Sí lo sería, sin embargo, si se interpretara que la primera premisa (la norma) establece que p es condición necesaria para q, o sea que *sólo* está prohibido subir a un ferrocarril con perros: “sólo si p, entonces q”. Lo que quiere decir, en definitiva, que lo que aquí importa no es tanto la forma lógica del argumento, cuanto la interpretación de una de sus premisas, esto es la opción por entender que el condicional que expresa la norma es de un tipo o de otro: una condición suficiente o necesaria. Precisamente, a propósito de ese ejemplo, Recaséns consideraba que el mismo mostraba lo inadecuado que era valerse de la lógica deductiva pues, según él, la misma llevaría necesariamente al jurista a entender que la prohibición no afectaba a los osos. Pero se trata, claro está, de un error. La lógica como tal no proporciona, ante un caso como el anterior, ninguna razón para decantarse por la utilización de un razonamiento *a contrario* o bien *a simili* (que es lo que Recaséns propugnaba para ese caso). Otra cosa es que uno leyera el enunciado de la norma (que es lo que parece haber hecho Recaséns) como si se tratase de una condición necesaria; pero entonces lo que llevaría al resultado disparatado sería esa interpretación (o, en su caso, una norma enunciada en esos términos), no la utilización de la lógica.

El mismo ejemplo sirve para dar cuenta del argumento *a pari*, *a simili*, o por analogía. La ley no dice nada en relación con los osos, pero los osos y los perros son semejantes en cuanto ambos pueden ocasionar molestias a los pasajeros. La forma del argumento sería: “si p, entonces q; p’ es semejante a p; p’; por lo tanto, q”. Tampoco es —así expuesta— una forma deductivamente válida, pero sí que lo sería si la reconstruyéramos de manera que la primera premisa fuera esta: “si p o sim. p, entonces q”; es decir que los perros o los animales similares a los perros tienen prohibido viajar en los ferrocarriles.

Hay dos circunstancias en las que se argumenta *a fortiori*. Una es para reforzar un argumento previo; por ejemplo: la circunstancia p ya es suficiente para poder derivar q; pero se refuerza con otra circunstancia r, que hace al argumento aún más fuerte: “si p, entonces q; p y r; por lo tanto q”.²

² Quizás la forma más usual de argumentar *a fortiori*, a mayor abundamiento, sea que, a partir de un argumento que se considera es ya suficiente para justificar una determinada tesis, se aduzca otro más en refuerzo del primero.

La otra tiene lugar cuando un caso no ha sido explícitamente previsto por una norma, pero las razones por las cuales se ha dictado la norma se aplican incluso con mayor intensidad al nuevo caso. Así, supongamos que una norma prohíbe fumar en determinados espacios de un edificio; por ejemplo, en los despachos de los profesores, en la sala de Juntas y en las aulas de tal universidad; no se dice nada en relación con los ascensores. Argumentando a fortiori, se diría: “si el espacio del edificio es un despacho de profesores, la sala de Juntas o un aula de clase, entonces está prohibido fumar; si está prohibido fumar en esos espacios del edificio, entonces también lo estará en aquellos otros en los que el fumar pueda causar aún mayores molestias (si está prohibido lo menos, está prohibido lo más); fumar en los ascensores es más grave (ocasiona mayores molestias) que hacerlo en un despacho de profesores, etc.; por lo tanto, está prohibido fumar en los ascensores”.³

Finalmente, el argumento por reducción al absurdo se usa, por ejemplo, para descartar una determinada interpretación de una norma, pues la misma llevaría a tener que aceptar algo que se considera absurdo. Ese argumento puede ir ligado a los otros que hemos visto. Por ejemplo: supongamos que interpretamos la anterior norma en el sentido de que en los ascensores sí está permitido fumar. Pero entonces se produciría una consecuencia que parece absurda: un profesor no puede fumar cuando está solo en su despacho (y no causa molestias —o no de manera directa—a los demás), pero sin embargo podría hacerlo en un ascensor, donde las molestias podrían ser mucho más graves. Su estructura lógica sería: “supongamos p; pero a partir de p se puede concluir tanto q (se puede fumar en el ascensor) como no q (no se puede fumar, puesto que en un ascensor se causan más molestias que en los otros lugares en los que no se puede fumar); por lo tanto, no p”. Repárese en que la reducción al absurdo es una forma indirecta de argumentar: se parte suponiendo aquello que se va a negar en la conclusión; y en que la noción de absurdo que usamos en los argumentos de la vida cotidiana (y también en los argumentos jurídicos)) se traduce en términos lógicos por la de contradicción.

Naturalmente, estas no son las únicas formas o esquemas de argumentos que pueden identificarse en relación con problemas normativos. Otros esquemas más o menos usuales son los siguientes. El *modus tollens* (que permitiría representar ciertos usos del argumento a contrario): “si p, entonces, q;

³ La otra subforma del argumento a fortiori sería: si p, entonces está permitido q; si está permitido q, entonces está permitido todo lo que sea menos grave que q; r es menos grave que q; por lo tanto, está permitidor.

no q; por lo tanto, no p”. El silogismo transitivo: “si p, entonces q; si q, entonces r; por lo tanto, si p, entonces r”. El silogismo disyuntivo: “p o q; no q; por lo tanto p” (o —lo que es equivalente—: “p o q; no p; por lo tanto, q”). O el dilema: “p o q; si p, entonces r; si q, entonces r; por lo tanto, r”.

Todas las anteriores formas se usan también a propósito de las argumentaciones en relación con cuestiones de hecho, si bien lo que podríamos llamar el esquema general de la justificación externa de la premisa fáctica es una inducción, en donde figuran una serie de premisas que representan acontecimientos individuales (los diversos elementos de prueba: testimonios, informes periciales, etcétera) y una regla general que se basa en una ley científica, en una máxima de la experiencia, etc. O sea: ” p; q; r; si p y q y r, entonces (probablemente) s; por lo tanto (probablemente), s”.

Es importante, de todas formas, entender bien cuál es la diferencia entre un argumento deductivo y uno inductivo. Cuando se dice que en los primeros (pero no en los segundos) el paso de las premisas a la conclusión es necesario, se está considerando únicamente el aspecto formal del argumento; no el argumento en cuanto tal, sino su esquema lógico. De manera que de ahí no puede pasarse a pensar algo así como que si argumentamos mediante deducciones, nuestra argumentación es irrefutable, mientras que la argumentación de tipo inductivo es más débil. No es así, puesto que la definición de argumento deductivo dice que ese paso es necesario *si las premisas son verdaderas o correctas*. O sea, que podemos tener inducciones que nos permiten llegar a conclusiones sumamente fiables, sólidas; y deducciones cuyas conclusiones carecen de fuerza, pues se basan en premisas falsas o implausibles. Por lo demás, la distinción entre argumento deductivo e inductivo es relativa, en el sentido de que cualquier argumento inductivo lo podemos convertir en deductivo, si le añadimos o modificamos una de las premisas. En el ejemplo anterior, bastaría con que la premisa general la enunciáramos en forma no probabilística: “si p y q y r, entonces s”.

2.4. Como se ha dicho, el silogismo subsuntivo, la subsunción, es el esquema general de argumentación en la justificación judicial. O, en otra terminología, constituye la justificación interna del razonamiento judicial. Sin embargo, lo anterior es sólo aproximadamente cierto, por lo siguiente.

La premisa normativa (final) del razonamiento judicial es, en general, una regla de acción que tiene la forma: “si se dan las circunstancias o condiciones de aplicación X (un caso genérico), entonces alguien puede, debe o tiene prohibido realizar una determinada acción Y”. A partir de aquí, todo lo que se necesita es clasificar o subsumir cierta realidad fáctica en el supuesto de hecho de esa norma. Puede haber problemas interpretativos o

problemas de tipo fáctico, pero una vez que se resuelven (realizada la justificación externa), lo que queda es ese esquema clasificatorio.

Pero no siempre es así. En ocasiones, la premisa normativa del argumento judicial no es una regla de acción, sino una regla de fin que, bajo ciertas circunstancias, ordena prohíbe o permite que alguien procure alcanzar un cierto fin. Por ejemplo: en caso de separación o divorcio, el juez debe conceder la custodia de los hijos menores de manera que se obtenga el mayor beneficio para estos últimos. Para aplicar esta norma, el juez no puede limitarse simplemente a clasificar, sino que tiene que efectuar un razonamiento finalista, un razonamiento *práctico*, según la terminología tradicional: si decide, por ejemplo, que los hijos deben quedarse con la madre es porque entiende que de esa manera es como se satisface la finalidad establecida en la norma. El esquema, entonces, podría ser este: “si se dan las circunstancias X, el juez debe procurar alcanzar F; se dan las circunstancias X; la acción M es un medio adecuado para obtener F (o, quizás mejor: sólo si M, entonces se producirá F); por lo tanto, el juez debe realizar M”.

Es importante darse cuenta de las diferencias existentes entre ambos esquemas. El esquema finalista es más abierto, deja más discrecionalidad al juez: como las reglas de acción se orientan al pasado, en la premisa fáctica del razonamiento subsuntivo o clasificatorio se trata de establecer simplemente que ha tenido lugar un hecho; pero las reglas de fin miran al futuro, de manera que en el correspondiente esquema argumentativo hay una premisa que enuncia un juicio predictivo sobre lo que ocurrirá o no ocurrirá en el futuro; y el futuro es más complejo y abierto que el pasado. Por eso, el esquema finalista juega un papel más bien excepcional en el razonamiento judicial, mientras que es central en el razonamiento que efectúan los legisladores, los órganos de la administración (o los abogados cuando aconsejan un curso de acción a sus clientes).

Hay además ocasiones en que los jueces no disponen de una regla (ni de acción ni de fin) que puedan aplicar para resolver un caso. Esto puede ocurrir porque se trata de una laguna normativa (un caso para el cual el sistema de las reglas jurídicas no provee una solución), de una laguna axiológica (el caso está regulado por las reglas, pero de manera insatisfactoria) o porque hay duda con respecto a si el caso está o no resuelto por las reglas. En esas situaciones, los jueces tienen que recurrir a principios y el esquema argumentativo que han de utilizar es el de la ponderación. Si, a su vez, se piensa que existen dos tipos de principios: unos que son normas de acción (principios en sentido estricto) y otros que consisten en normas de fin (direc-

trices), entonces habrá, a su vez, dos tipos de ponderación. La ponderación entre directrices es un proceso de concreción de objetivos que llevan a cabo, fundamentalmente, los legisladores y los órganos administrativos; el papel de los jueces suele ser el de controlar que ese proceso ha tenido lugar de manera adecuada. La ponderación entre principios en sentido estricto tiene también (o debería tener) un carácter excepcional, al menos en relación con los jueces de jerarquía más baja, pero es de gran importancia en relación con los jueces de tribunales supremos o constitucionales.

A veces se contraponen de manera radical la ponderación a la subsunción, pero esto no es del todo adecuado. La ponderación es un tipo de argumentación en dos pasos: el primero consiste en pasar de los principios a las reglas; y el segundo es precisamente una subsunción. Un ejemplo servirá para aclararlo. Un antiguo miembro de las SS hace unas declaraciones en una revista negando el holocausto, lo que lleva a que una mujer judía cuyos familiares habían sido exterminados en Auschwitz entable un proceso por entender que las declaraciones atentaban contra su honor. No existe una regla específica que controle el caso, sino dos principios: el que protege la libertad de expresión y el que tutela el derecho al honor. El Tribunal constitucional español (en su sentencia 101/1990) entendió que dado el contenido xenófobo y racista de las declaraciones, las mismas rebasaban el ámbito de la libertad de expresión; la acción en cuestión era una acción ilícita, prohibida. El esquema del argumento podría ser este. Primer paso: En relación con el caso, son de aplicación, prima facie, dos principios de significado contrapuesto: uno permite realizar una acción A, y otro la prohíbe; en las circunstancias concretas del caso (X), y dado que concurre además la razón R (se trataba de declaraciones de contenido xenófobo y racista), el segundo principio prima sobre el primero; por lo tanto, si se dan las circunstancias X y concurre la razón R, entonces está prohibida la acción A. El segundo paso es ya una subsunción: si se dan las circunstancias X y concurre la razón R, entonces está prohibida la acción A; aquí se dan las circunstancias X y la razón R; por lo tanto la acción A está prohibida.

Es más o menos obvio que la dificultad de este tipo de razonamiento se encuentra en la segunda premisa, la que establece que, dadas determinadas circunstancias, un principio prevalece sobre otro. Alexy ha construido un esquema formal, al que llama la “fórmula del peso”, que puede considerarse como una especie de “justificación externa” de esa premisa. Lo que viene a decir, esencialmente, es que para determinar que un principio “pesa” más que el otro deben considerarse una serie de factores: el grado de afectación de cada uno de los principios en el caso concreto; el peso abstracto de los principios; la mayor o menor certeza que se tenga en relación con las

apreciaciones empíricas; y (si el resultado de considerar esos factores es un empate) ciertas reglas sobre la carga de la argumentación (por ejemplo, la deferencia hacia el legislador o la prioridad de la libertad).

III. LOS ELEMENTOS MATERIALES DE LOS ARGUMENTOS: PREMISAS Y RAZONES EN EL RAZONAMIENTO JURÍDICO

Desde la perspectiva que se ha llamado material, los argumentos consisten esencialmente en razones: razones que se dan a favor o en contra de una determinada tesis, de una determinada conclusión. El centro de la argumentación (como ocurría con la tónica de Viehweg) no reside en la inferencia, sino en las premisas, que ahora se van a considerar no como simples enunciados lingüísticos (menos aún como la forma lógica de esos enunciados) sino como aquello de lo que depende que los enunciados en cuestión puedan calificarse como verdaderos o correctos. Y eso no puede ser otra cosa que algún “hecho”, entendida la expresión en un sentido muy amplio: lo que tiene algún tipo de existencia. De ahí que se pueda afirmar (como hace por ejemplo Raz) que las razones son hechos.

Puede hablarse entonces de distintos tipos de hechos y, por lo tanto, de razones. Hay hechos del mundo externo, hechos físicos, que pueden ser independientes de la voluntad (sucesos naturales) o dependientes de la voluntad (acciones humanas). Pero hay también hechos del mundo interno, hechos psicológicos, que pueden consistir en estados mentales (deseos, intenciones, creencias, emociones) o en acciones mentales (calcular o decidir). O hechos del mundo institucional (dependientes de que existan normas, instituciones; los otros serían hechos naturales o hechos brutos), como promesas, deberes, el “hecho” de estar casado o de ser juez. Y, en fin, hechos generales o complejos que pueden verse como relaciones entre hechos simples (naturales o institucionales); es lo que ocurre con las normas (quizás también con los valores), con las leyes científicas o con las máximas de experiencia. Por eso puede decirse que “el calor es una razón para tomarse un baño en el mar”, que “el deseo de agrandar a X junto con la creencia de que X es un aficionado a la ópera es una razón para obsequiarle con una entrada en el Liceo para ver Otello”, que “el hecho de que F haya dado muerte a Z junto con la norma que establece que si alguien mata a otro debe ser condenado con tal pena es una razón para que el juez condene con esa pena”, etcétera.

De los anteriores hechos, unos son motivadores de la acción o, dicho de otra manera, tienen una dirección de ajuste mundo-a-lenguaje (como los deseos, los deberes, las normas o los valores) y otros no, su dirección de ajuste es lenguaje-a-mundo. En el contexto del razonamiento práctico, de las razones para la acción, a las del primer tipo, Raz las denomina *razones operativas*, y a las del segundo tipo, *razones auxiliares*; estas últimas vienen a ser como medios para satisfacer una razón operativa; a su vez, dentro de las razones auxiliares, unas permiten identificar cuáles son esas razones (operativas), y otras ayudan a determinar, en los conflictos de razones, qué razón tiene más peso y desplaza a las otras. Una *razón completa* sería el conjunto de premisas no superfluas de un razonamiento práctico válido. Un ejemplo que pone Raz: “Yo deseo ayudarle; prestándole 400 libras le ayudaré; por consiguiente, tengo una razón para prestarle 400 libras” sería una inferencia práctica válida. La primera premisa establece una razón operativa, la segunda una razón auxiliar (identificativa) y el conjunto de ambas constituye una razón completa.

Hay, por supuesto, muchas maneras de clasificar las razones. Como ya se ha sugerido, hay razones teóricas (para creer en algo) y razones prácticas (para actuar); o razones explicativas (señalan cuales son los antecedentes causales de un fenómeno o de una acción o cuál el objetivo, la finalidad que se persigue con una acción) y justificativas (las que cabe aducir para que una acción resulte aceptable). Otras clasificaciones relevantes (y que se cruzan entre sí) son las siguientes: 1) Como las razones pueden referirse a otras razones, hay razones de primer nivel, de segundo nivel, etcétera; una razón de segundo nivel puede atribuir un mayor o menor peso a las de primer nivel y servir así para resolver conflictos entre razones. 2) Desde la perspectiva del peso o de la fuerza de las razones, unas son *perentorias* (cuando se aplican, determinan por sí mismas un curso de acción) y otras *no perentorias* (contribuyen a la decisión, pero no la determinan). Además, la fuerza puede determinarse *prima facie* o bien *consideradas todas las circunstancias*; una razón (o un conjunto de razones) que prevalece sobre todas las otras dadas las circunstancias del caso es una *razón definitiva, decisiva o concluyente*; mientras que una *razón absoluta* sería aquella que nunca, en ninguna circunstancia (en la que sea aplicable), puede ser derrotada. 3) La fuerza es cosa distinta del *alcance* de las razones; por eso, una razón puede tener una gran fuerza (en los casos en los que es aplicable), pero un corto alcance (hay pocos casos en los que se aplica). 4) Hay razones que son independientes del contenido (algo puede ser una razón porque es el deseo de alguien o la prescripción de una autoridad) y otras que dependen del contenido (el con-

tenido de lo que se desea o de lo que se prescribe es valioso: en sí mismo, o porque es un medio para alcanzar un fin valioso).

Las premisas que figuran en los razonamientos jurídicos pueden clasificarse en sistemáticas y extrasistemáticas, según que las mismas consistan o no en enunciados pertenecientes al sistema jurídico de referencia; en realidad, en el caso de las premisas extrasistemáticas los enunciados del sistema también contribuyen a fijarlas: por ejemplo, la premisa que da por acreditado un determinado hecho depende de reglas —enunciados del sistema— procesales.

Las premisas de carácter sistemático vienen a ser, en términos generales, las normas —válidas— del sistema jurídico en cuyo contexto tenga lugar la argumentación. Pero esa afirmación tiene que ser matizada en varios sentidos. Por un lado, el sistema contiene también enunciados que, en sentido estricto, no son normas, como las definiciones y los juicios de valor: las definiciones funcionan como razones auxiliares, en el sentido de que permiten identificar normas; los valores son enunciados prácticos en los que, a diferencia de lo que pasa con las normas, el elemento justificativo prima sobre el directivo. Por otro lado, puede considerarse que forman parte también del sistema jurídico —a estos efectos— normas que, en sentido estricto, no son válidas ni inválidas (por ejemplo, normas de un Derecho extranjero) e incluso normas inválidas, mientras no haya sido declarada su invalidez. Y, finalmente, dentro de las normas válidas, las hay de distinto tipo y que, en consecuencia, juegan roles diferentes en la argumentación.

La primera distinción a hacer aquí es entre normas regulativas y normas constitutivas. Las normas regulativas tienen la forma: “si se dan las condiciones de aplicación X, entonces Z debe (puede, tiene prohibido) realizar la acción Y (o alcanzar el estado de cosas E)”. A su vez, pueden subdistinguirse en reglas y principios, y unas y otros pueden ser de acción o de fin. Todas las normas regulativas funcionan en la argumentación como razones operativas, pero con distinta fuerza: las reglas son razones perentorias (aunque en algún caso, como se verá, pueden ser derrotadas); y los principios, razones no perentorias. Además, las reglas son, básicamente, razones independientes del contenido, razones formales o autoritativas; mientras que los principios son, esencialmente, razones dependientes del contenido, razones sustantivas que, a su vez, pueden ser de corrección (los principios en sentido estricto) o de fin (las directrices). Por el contrario, las normas constitutivas tienen la forma: “si se dan las condiciones de aplicación X (y Z realiza una acción Y), entonces se produce el resultado normativo R” y funcionan como razones auxiliares: tanto si se trata de reglas que confieren

poder (para realizar un contrato, un testamento, etcétera) como si son normas meramente constitutivas; un ejemplo de esto último —de normas puramente constitutivas— son las presunciones (*iuris tantum* o *iuris et de iure*).

Por lo demás, la anterior clasificación debe entenderse de una manera flexible. Los que se han señalado son los tipos fundamentales de normas jurídicas (de enunciados jurídicos), pero no cabe excluir la posibilidad de que se den, por ejemplo, normas que combinan elementos de las reglas y de los principios; y, por supuesto, puede haber casos de penumbra, de incertidumbre, a la hora de decidir si algo es una definición o una norma meramente constitutiva, una regla de acción o de fin, una regla o un principio, etcétera.

En todos los contextos en los que se argumenta jurídicamente se utilizan premisas que no integran el sistema jurídico. En la argumentación judicial subsuntiva o clasificatoria, ya hemos visto que una de las premisas (la premisa menor) es un enunciado de carácter fáctico, externo al sistema; y tampoco forman parte del sistema muchas de las premisas utilizadas para establecer ese hecho (la justificación externa de la premisa fáctica). Algo parecido puede decirse cuando se trata de una argumentación finalista, aunque en este caso la premisa fáctica (o una de ellas) no se refiere a hechos del pasado, sino a lo que ocurrirá en el futuro. Y, en fin, en la ponderación, las premisas fácticas (extrasistemáticas) juegan también un papel destacado: uno de los criterios que Alexy establecía para determinar qué principio prevalecía sobre otro se refería a eso: a la mayor o menor certeza de los enunciados empíricos.

En la argumentación de los abogados (no en las piezas dirigidas a los jueces, sino en su papel de consejeros de los clientes), la razón operativa no es una norma del sistema, sino el principio de maximizar los intereses de los clientes; las premisas provenientes del sistema ingresan en su razonamiento básicamente como razones auxiliares; por ejemplo: “debemos procurar que la empresa E reciba el tratamiento fiscal más ventajoso posible; si constituimos una sociedad de las características X, Y y Z, vamos a lograr esa finalidad; por lo tanto, debemos (o hay una razón para) constituir una sociedad de esas características”.

El razonamiento legislativo también es, en lo esencial, un razonamiento de carácter finalista, pero con dos características diferenciales con relación al de los abogados. La primera es que la razón operativa no está conformada —o no debe estarlo— por intereses particulares, sino por intereses generales, por valores sociales. Y la segunda es que la razón auxiliar no hace tampoco referencia (o no directamente) a normas del sistema. Las normas del sistema operan más bien como premisas, más o menos explícitas, que

trazan límites y que también señalan objetivos a perseguir; y, por supuesto, como conclusión: la argumentación legislativa se dirige al establecimiento de normas jurídicas. Un ejemplo de esto último: “se debe evitar el sufrimiento a los animales; prohibir las corridas de toros es una manera de evitar sufrimiento a esos animales; por lo tanto hay una razón para (se debe) dictar una norma que prohíba esos espectáculos”.

Una clasificación importante de las razones jurídicas que pueden encontrarse en el razonamiento justificativo de los jueces es la que traza Summers entre razones formales, sustantivas (que a su vez se subdividen en razones de corrección y de fin) e institucionales. Tal y como él las entiende, las razones formales o autoritativas consisten en apelar a algún tipo de autoridad jurídica: la ley, el precedente, etcétera. Las sustantivas derivan su fuerza justificativa de consideraciones de carácter moral, económico, político y, en general, social; en las finalistas, esa fuerza procede de que sirven para apoyar una decisión que previsiblemente contribuirá a un fin valioso; las de corrección apelan a una norma moral válida que se aplica a la situación. Y las institucionales, en fin, son razones de los otros tipos que aparecen vinculadas a roles o procesos institucionales específicos. Naturalmente, todas esas razones pueden en algún caso entrar en conflicto, para cuya resolución no parece contarse con un criterio que las jerarquice de manera estricta. Lo que sí podría afirmarse es que, en el funcionamiento de los Derechos de los Estados constitucionales (lo que configuraría su “lógica interna”) parece operar una jerarquía débil, derrotable, de acuerdo con la cual, las razones sustantivas prevalecen (o tienden a prevalecer) frente a las formales o autoritativas, en el sentido de que el intérprete y/o aplicador del Derecho debe procurar que se satisfagan las razones subyacentes a las normas (que son de carácter sustantivo), si bien las razones autoritativas señalan un límite infranqueable. Dentro del grupo de las razones sustantivas, las de corrección parecen gozar de prioridad *prima facie*, aunque en ciertas circunstancias excepcionales podrían ser derrotadas por razones de fin (por objetivos sociales); y unas y otras (las razones sustantivas de estos dos tipos) podrían también ser derrotadas por razones institucionales. De todas formas, el mayor o menor peso que se atribuya a estos distintos tipos de razones varía, obviamente, de acuerdo con la orientación más o menos formalista (o sustancialista) del ordenamiento jurídico de que se trate.

IV. LOS ELEMENTOS PRAGMÁTICOS (RETÓRICOS Y DIALÉCTICOS) EN LA ARGUMENTACIÓN

En la filosofía, en el Derecho y en muchas otras disciplinas, después del “giro lingüístico” ha venido el “giro pragmático”. O sea, de las tres clásicas dimensiones del lenguaje, la sintáctica, la semántica y la pragmática, el acento se pone hoy en esta última, en las relaciones entre el lenguaje y sus usuarios, en el uso del lenguaje. En el caso de la argumentación, eso quiere decir que cobran un especial protagonismo los actores de la argumentación (el orador, el proponente y el oponente en una discusión, el auditorio), la intención o los objetivos que persiguen quienes desarrollan esa actividad (persuadir, resolver diferencias de opinión, etc.) o las reglas que establecen cómo han de comportarse los participantes en esa actividad: qué tipos de actos lingüísticos, en qué ocasión, etc. les está permitido o resulta obligatorio o prohibido ejecutar. Una de las concepciones más acreditadas de la argumentación, en el marco de la filosofía general, es la llamada concepción “pragma-dialéctica” de la argumentación que arranca de la consideración de la argumentación como un acto de lenguaje complejo.

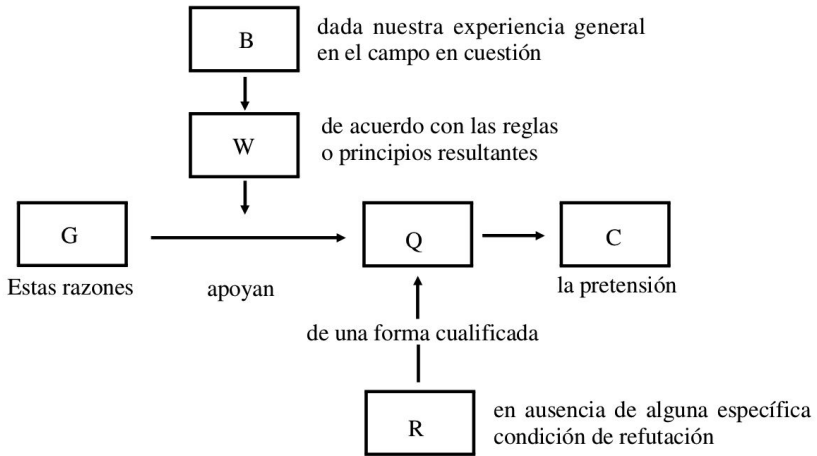
La prevalencia del nivel pragmático está, en cierto modo, justificada, pues no supone (o no tiene por qué suponer) prescindir de las otras dos dimensiones del lenguaje y de la argumentación. Así, Aristóteles, en la *Retórica*, distinguió dos tipos de pruebas: las técnicas (obtenidas mediante el discurso) y las extratécnicas (existen de antemano: las leyes, los testigos, los contratos, las confesiones mediante tortura y los juramentos). De entre las pruebas técnicas, unas residen en el carácter o talante del que construye el discurso (en el *ethos*), otras consisten en predisponer al oyente de alguna manera (descansan en las pasiones, en el *pathos*) y otras se basan en el discurso mismo (en el *logos*). A su vez, dentro de las pruebas lógicas, Aristóteles trazaba una subdistinción entre el entimema o silogismo retórico y el ejemplo o inducción retórica, que vienen a ser el equivalente de los argumentos deductivos e inductivos en la analítica (en la lógica). Y otro tanto puede decirse en relación con la dialéctica. De manera que el enfoque pragmático no es (o no es necesariamente) reduccionista.

En la obra de Toulmin (que habíamos tomado como modelo de enfoque dialéctico de la argumentación) los elementos materiales y formales están también muy presentes. Toulmin propone, precisamente, un esquema de análisis de los argumentos que ha tenido una gran importancia en el desarrollo de la teoría contemporánea de la argumentación (no sólo de la argumentación jurídica); de hecho, es la base de lo que suele llamarse

“lógica informal”. El modelo simple de argumentación de Toulmin contiene cuatro elementos: la pretensión, las razones, la garantía y el respaldo. Los ilustraré echando mano de un ejemplo usado anteriormente. El primero de esos elementos, la pretensión (*claim*) significa tanto el punto de partida como el punto de destino de nuestro proceder en una argumentación; por ejemplo: “X tiene derecho a recibir la herencia”. Al comienzo de la argumentación, pues, alguien (el proponente) plantea un problema frente a otro (el oponente). En caso de que este último cuestione de alguna manera la pretensión, el proponente tendrá que dar razones (*grounds, data*) a favor de su pretensión inicial, que sean al mismo tiempo relevantes y suficientes; por ejemplo: “X es el único hijo de Y, el cual falleció sin dejar testamento”. El oponente podrá ahora discutir de nuevo los hechos, pero incluso en el caso de que los acepte puede exigir al proponente que justifique el paso de las premisas a la conclusión. Los enunciados generales que autorizan dicho paso constituyen la garantía (*warrant*); las garantías no son enunciados que describen hechos, sino reglas que permiten o autorizan el paso de unos enunciados a otros; Toulmin pone este símil: los hechos o razones son como los ingredientes de un pastel, y la garantía es la receta general, que permite obtener el resultado combinando los ingredientes; en el ejemplo: “los hijos suceden —deben suceder— a los padres cuando éstos han fallecido sin dejar testamento”. Finalmente, en ocasiones es necesario mostrar que la garantía resulta válida, relevante y con un peso suficiente, sobre todo si hay diversas formas posibles de pasar de las razones a la pretensión; para ello, el proponente deberá indicar el campo general de información o el respaldo (*backing*) del argumento; por ejemplo, “el artículo 930 del Código civil”.

Ahora bien, los anteriores elementos son suficientes para dar cuenta de cuándo tenemos un argumento válido o correcto. Pero la *fuerza* de un argumento depende además de otros dos elementos, los cualificadores y las condiciones de refutación, necesarios para componer el modelo general. Así, por un lado, la conclusión, la pretensión, de un argumento puede afirmarse con un grado de certeza que puede ser mayor o menor; mientras que en la matemática (o en la lógica deductiva) el paso a la conclusión tiene lugar de manera necesaria, en la vida ordinaria no suele ser así, sino que G (de *ground*, razones), W (de *warrant*, garantía) y B (de *backing*, respaldo) prestan a C (de *claim*, pretensión) un apoyo más débil que suele expresarse mediante cualificadores modales (*qualifiers*) como “presumiblemente”, “con toda probabilidad”, “plausiblemente”, “según parece”, etc. Por otro lado, el apoyo suministrado a C puede serlo sólo en ciertas condiciones, esto es,

existen ciertas circunstancias extraordinarias o excepcionales que pueden socavar la fuerza de los argumentos y a las que se denomina condiciones de refutación (*rebuttals*). Todo ello lo representa Toulmin con un esquema que,



aplicado al ejemplo anterior, sería el siguiente:

Figura 1.

Y aplicando este esquema a un caso concreto:

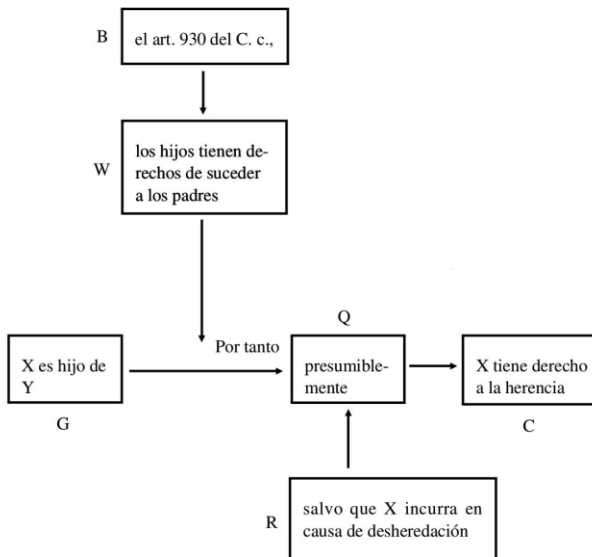


Figura 2

También en la concepción de la argumentación de Perelman, los elementos formales y materiales siguen siendo importantes. De hecho, en el tratado que escribe con Olbrecht-Tyteca, *La nueva retórica* (en el que ven la argumentación como un proceso, una actividad, cuyos elementos fundamentales son el orador, el discurso que este construye y el auditorio al que se trata de persuadir), el estudio de la teoría de la argumentación se divide en tres partes: los presupuestos o límites de la argumentación; los puntos o tesis de partida; y las técnicas argumentativas. Pues bien, la segunda parte no es otra cosa que una teoría de las premisas. Y la tercera, una clasificación de los argumentos, en la que se toman en cuenta elementos lógicos y de otro tipo. En concreto, estos autores distinguen (en relación con los argumentos prácticos en general) entre técnicas argumentativas de asociación (sirven para conectar elementos en principio separados) y de disociación (se usan para separar elementos que en principio estaban unidos). A su vez, dentro de las primeras distinguen los argumentos cuasi-lógicos, los argumentos basados en la estructura de lo real (en enlaces de sucesión: como los argumentos de causalidad; o en enlaces de coexistencia: como el argumento de autoridad) y los argumentos que fundan la estructura de lo real. En el apartado de argumentos cuasi-lógicos se incluyen prácticamente todos los esquemas deductivos a los que anteriormente se hizo referencia, pero estos autores subrayan que, en la argumentación que tiene lugar en la práctica, las estructuras lógicas juegan un papel orientativo, son como un modelo al que hay que aproximarse; por ejemplo, en el argumento por reducción al absurdo, con lo que se opera no es exactamente con la noción lógica de contradicción, sino con la de incompatibilidad.

En fin, en una de las clasificaciones de los argumentos jurídicos más seguidas (inspiró al propio Perelman en alguno de sus escritos), la de Giovanni Tarello, el elemento fundamental de la misma es de tipo pragmático. La clasificación de Tarello se refiere únicamente a los argumentos jurídicos interpretativos y no pretende tener un carácter sistemático, sino que ofrece un elenco de los que considera como argumentos más usuales en la vida jurídica. Serían los 15 siguientes: a contrario; a simili; a fortiori; de la plenitud de la regulación jurídica; de la coherencia de la regulación jurídica; psicológico; histórico; apagógico; teleológico; económico; de autoridad; sistemático; basado en la naturaleza de las cosas; de la equidad; a partir de principios. Pues bien, el análisis que efectúa de cada uno de ellos no se centra en sus elementos formales (considera que sólo algunos de ellos tienen

una forma lógica reconocible), sino que lo que toma en consideración son, sobre todo, elementos de carácter material y pragmático. Así, analiza el origen y la evolución histórica de cada uno de ellos y va mostrando cómo la mayor o menor fuerza persuasiva de los mismos está en función de diversas circunstancias, como la cultura jurídica o la rama del Derecho en la que se utilicen.

V. UN EJEMPLO DE ANÁLISIS DE UN ARGUMENTO JURÍDICO: ELEMENTOS FORMALES, MATERIALES Y PRAGMÁTICOS DEL ARGUMENTO DE AUTORIDAD.

Antes se ha señalado que para dar cuenta cabal de los argumentos jurídicos se necesita combinar los tres enfoques a los que me he referido en los anteriores apartados. Y acabo de decir también que al enfoque pragmático habría que darle una cierta preeminencia. Trataré de mostrar más en detalle lo que significan esas dos afirmaciones, tomando un ejemplo de argumento jurídico: el argumento de autoridad.

En el Derecho, los argumentos de autoridad son relevantes tanto en relación con la premisa normativa como con la premisa fáctica; de hecho, existen no sólo autoridades prácticas (sobre cursos de acción), sino también autoridades teóricas (sobre creencias). Empecemos con los argumentos jurídicos de autoridad de carácter práctico

Si uno entendiera los argumentos de autoridad (prácticos) en un sentido amplio, como aquellos basados en enunciados (premisas) autoritativos, entonces todos los argumentos jurídicos aplicativos lo serían (contendrían una apelación a la autoridad). Pero hay también un sentido más estricto de esa noción. Tarello habla de un tipo de argumento interpretativo (de los enunciados normativos) que denomina “autoritativo o *ab exemplo*”: sería aquel por el cual a un enunciado normativo se le adjudica el significado que le ha sido atribuido por alguien, y por este solo hecho. Considera que es uno de los argumentos tradicionales de la retórica y que coincidiría con los que Perelman llama argumentos a partir del ejemplo. Se basan en el *principio de inercia*, o sea, en la tendencia a conservar el modelo de comportamiento establecido.

La estructura lógica de un argumento (práctico) de autoridad (en sentido amplio o en sentido estricto) es simple. Podría esquematizarse así:

- X ha establecido que en las condiciones C debe hacerse A (por ejemplo, seguir el sistema de fuentes vigentes, o interpretar [el enunciado] I en el sentido I’).
- X tiene autoridad sobre Y (que se encuentra en las condiciones C).

-Por lo tanto, Y debe hacer A (seguir el sistema de fuentes vigente o interpretar I en el sentido I') .

Pero desde un punto de vista material, la validez o fuerza del mismo depende obviamente de la solidez de las premisas, de lo que se ha llamado la *justificación externa*; el esquema anterior constituiría —si se quiere— la *justificación interna* del argumento. Aquí, para dar cuenta conjuntamente de la estructura de la justificación interna y externa, puede ser útil recurrir a los esquemas de Toulmin. La pretensión (*claim*) del argumento, la conclusión, es que Y debe hacer A. Las razones para ello (*data* o *grounds*) son que X tiene autoridad sobre Y y que X ha establecido que Y debe hacer A. Puede haber situaciones, naturalmente, en que haya que dar ulteriores razones en favor de estas últimas. Pero hay además otra razón general (la garantía o *warrant*), para pasar de las anteriores razones a la pretensión, que se enunciaría así: se deben obedecer las directivas de la autoridad. Y, a su vez, el respaldo (*backing*) de la garantía podría venir dado por una teoría de la autoridad que justifique por qué, o cuando, deben obedecerse las directivas de la autoridad (aquí cabría apelar a teorías como la de Raz —la concepción de la autoridad como servicio— o la de Nino, o al “principio de inercia” de Perelman) . Pero la cosa no se queda aquí. Los argumentos de autoridad son (o suelen ser) argumentos plausibles, derrotables, pues su validez depende de que no se dé alguna condición de refutación(*rebuttal*), o sea, la pretensión se sigue de todo lo anterior *a no ser que...*, por ejemplo, sea un caso de supra-inclusión o infra-inclusión en relación con alguna regla aplicable (hay un desajuste entre el elemento directivo y el justificativo de la regla), o (en el caso del argumento interpretativo) surja alguna poderosa razón para no mantener el modelo de comportamiento, para romper con el ejemplo (con el principio de *stare decisis*).

Y si se tiene en cuenta todo lo anterior, no es difícil darse cuenta de cuáles serían las reglas pragmáticas a seguir para usar con éxito, en un contexto retórico o dialéctico, ese argumento. Son reglas que tratarían de contestar, evitar, etc. (dependiendo de la posición que se ocupa en la argumentación) *preguntas críticas* del tipo de: ¿Es X autoridad respecto de Y? ¿Lo es en relación con la directiva emanada, D? ¿Ha emanado realmente X la directiva D? ¿Puede entenderse D de manera que no suponga la obligación para Y de hacer A? ¿Existe realmente la obligación de obedecer las directivas de la autoridad? ¿Se aplican en este caso las condiciones para considerar legítima la autoridad de X para dictar D? Etcétera.

Pero el argumento de autoridad también es importante en contextos jurídicos teóricos (relativos a hechos, a cuestiones probatorias). La apelación a la autoridad teórica, a los expertos, es de gran relevancia en la argumentación legislativa. Y también en la argumentación judicial y de los abogados: en los problemas de prueba, la apelación a los expertos, el uso de la prueba pericial, puede tener un carácter decisivo. El manejo de ese argumento exige una particular habilidad en el caso de los sistemas acusatorios en los que se practica el interrogatorio cruzado.

El análisis a hacer del mismo, en términos formales, es paralelo al del argumento en contextos prácticos. Walton, por ejemplo, lo esquematiza así:

- E es experto en D.
- E afirma que A es verdadero.
- A está dentro del dominio D.
- Por lo tanto, A (plausiblemente) es verdadero.

La única diferencia en relación con lo que resultaría de trasladar aquí el otro esquema es que ahora se añade una premisa, la que hace referencia al dominio o campo de pericia, que sería equivalente al ámbito en el que se tiene autoridad práctica; y la aclaración (contenida en la conclusión) de que se trata de un argumento plausible o derrotable. Pero esos dos elementos aparecían también cuando utilizábamos para representar el argumento de autoridad práctico el esquema de Toulmin, si bien es importante precisar que el sentido en el que puede considerarse derrotable una norma jurídica es distinto a cuando se trata de un enunciado teórico: Por un lado, en relación con los principios, cuando uno de ellos resulta derrotado al efectuar la ponderación, ello no quiere decir que pierda su validez, que deje de ser un principio válido del ordenamiento; a diferencia, por tanto, de lo que ocurre con un enunciado teórico que resulta derrotado. Y, en relación con las reglas, ellas presentan una resistencia típica a ser derrotadas, muy superior a la que puede encontrarse a propósito de los enunciados teóricos.

En todo caso, también aquí podríamos usar el esquema de Toulmin. La *pretensión* sería que A es verdadero. Las *razones*, las premisas del razonamiento. La *garantía*, el enunciado general de que si un experto en un campo hace una afirmación relativa a ese campo, entonces la misma es (probablemente) verdadera. El *respaldo*, los métodos usados en ese campo de conocimiento. Y las *condiciones de refutación*, las circunstancias que anularían lo anterior como, por ejemplo, que hay otro experto que, con mejores credenciales, afirma lo contrario, o que se ha efectuado una prueba empírica que desmiente la afirmación del experto.

También aquí cabe construir una serie de reglas pragmáticas a seguir en el uso del argumento, centradas en varias preguntas críticas. Walton lo sistematiza en las 6 siguientes: 1) ¿cae el juicio del experto dentro de su campo de especialidad?; 2) ¿se trata realmente de un experto?; 3) ¿cómo de experto es?; 4) ¿hay desacuerdos con otras autoridades en la materia?; 5) ¿avalan las pruebas objetivas existentes al respecto la opinión del experto?; 6) ¿se ha interpretado bien lo dicho por el experto?

VI. UN MÉTODO PARA LA REPRESENTACIÓN DE LOS ARGUMENTOS

El análisis y la evaluación de los argumentos requiere (cuando se trata de argumentaciones complejas) un método que permita representar adecuadamente el conjunto de los elementos que constituye la argumentación (y que no sólo son argumentos en sentido estricto). De acuerdo con lo que se ha dicho, ese método tendría que hacer posible la representación no sólo de la forma, la estructura, de la argumentación, sino también de las razones que se esgrimen en una argumentación (indicando sus diversos tipos, el peso relativo de cada una, etc.) y de los elementos pragmáticos de la misma. Quizás sea imposible dar cuenta completa de todos esos elementos; o, si se quiere, para lograrlo habría que idear un método que probablemente sería excesivamente complejo o engorroso como para que pudiera ser manejable y, por tanto, de utilidad para el jurista. De manera que hay que pensar en algún modelo razonablemente simple y que, sin embargo, sea también suficientemente completo.

Una posibilidad, sin duda, es la de recurrir a la lógica formal clásica, como han hecho muchos autores (incluidos los representantes de la teoría estándar de la argumentación jurídica: como MacCormick o Alexy). El formalismo de la lógica es, obviamente, un expediente útil para muchos propósitos, pero la representación que proporciona no resulta satisfactoria cuando se trata de argumentos jurídicos de cierta complejidad, y no sólo en relación con los casos estrictamente difíciles. Por diversas razones: no da cuenta del flujo de la argumentación, o sea, lo que se representa no es el proceso, la actividad de argumentar, sino exclusivamente el resultado; no da cuenta de la diferente fuerza que tienen cada una de las razones, de los argumentos (en la lógica formal estándar, todas las premisas —no superfluas— valen lo mismo); no da cuenta de la variedad de actos de lenguaje en que consiste la argumentación; y la representación que ofrece es, cabría

decir, lineal, mientras que las argumentaciones reales se asemejan más bien —como a veces se ha dicho— a la trama de un tejido (es una metáfora de Perelman) o a las patas de una silla (Wisdom). Tampoco cabría proponer una representación basada en las razones, en lo que hemos llamado elementos “materiales” de la argumentación, puesto que el sentido de esas razones no sería comprensible si se dejaran fuera los elementos estructurales y los pragmáticos. De manera que la mejor alternativa parece que tendría que ser la de un modelo que asumiera más bien la perspectiva pragmática de la argumentación pues, como se señaló en el capítulo anterior, esa perspectiva no es reduccionista, esto es, permite dar cuenta también de los elementos formales y materiales de la argumentación. Un ejemplo de esto último es el esquema ideado por Toulmin y al que ya se ha hecho referencia varias veces. Y otro, el propuesto por el procesalista estadounidense John Wigmore, a partir de la segunda década del siglo XX, que denominó “chart method”, y que ha sido desarrollado (y simplificado) recientemente por Twining, Anderson y Schum.

El método que aquí se propone se basa en la utilización de diagramas de flechas y, hasta cierto punto, podría considerarse como un desarrollo del de Toulmin y puede complementarse con el de Wigmore, al que me acabo de referir, si bien este último se aplica únicamente a la argumentación en materia de hechos. No da cuenta, por supuesto, de todos los elementos que cabe encontrar (y analizar) en una argumentación, pero sí de muchos de ellos. En el mismo se refleja tanto el aspecto inferencial, el paso de unos argumentos a otros, como los tipos de enunciados (la naturaleza de las premisas y su contenido proposicional) y los diversos actos de lenguaje que se llevan a cabo en cada uno de esos pasos. Por lo demás, permite también captar la diferencia entre las argumentaciones, las líneas argumentativas y los argumentos. Una *argumentación* es el conjunto de pasos, actos de lenguaje y enunciados que median entre el planteamiento de una pregunta inicial el problema que da lugar a la argumentación —y la respuesta a la misma— la solución. Un *argumento* es una razón a favor o en contra de una determinada tesis; las argumentaciones —como ya se ha dicho— no constan exclusivamente de argumentos. Y una *línea argumentativa* es un conjunto de argumentos orientados en un mismo sentido: a defender una tesis o a atacarla.

El punto de partida consiste en concebir la argumentación como un flujo de información que va desde el planteamiento del problema que suscita la necesidad de argumentar hasta su solución. Ese flujo se puede representar mediante líneas (los pasos que no son argumentativos, inferenciales) o mediante flechas que indiquen que se trata de un argumento a favor o en contra de cierta tesis. Además de estos argumentos, a los que cabe llamar

simples, se pueden representar diversos tipos de argumentos complejos; o sea: puede que se trate de varias razones independientes entre sí, o que estén ligadas entre sí de diversas formas (conjuntiva o disyuntivamente); puede que una razón ataque o apoye directamente una tesis o que el ataque o apoyo esté referido a la inferencia, al paso de un enunciado a otro. Y a todos estos tipos de relaciones de inferencia puede atribuírseles un peso variable: puede tratarse de una inferencia deductiva o no deductiva y, en este último caso, su peso podría ser mayor o menor.

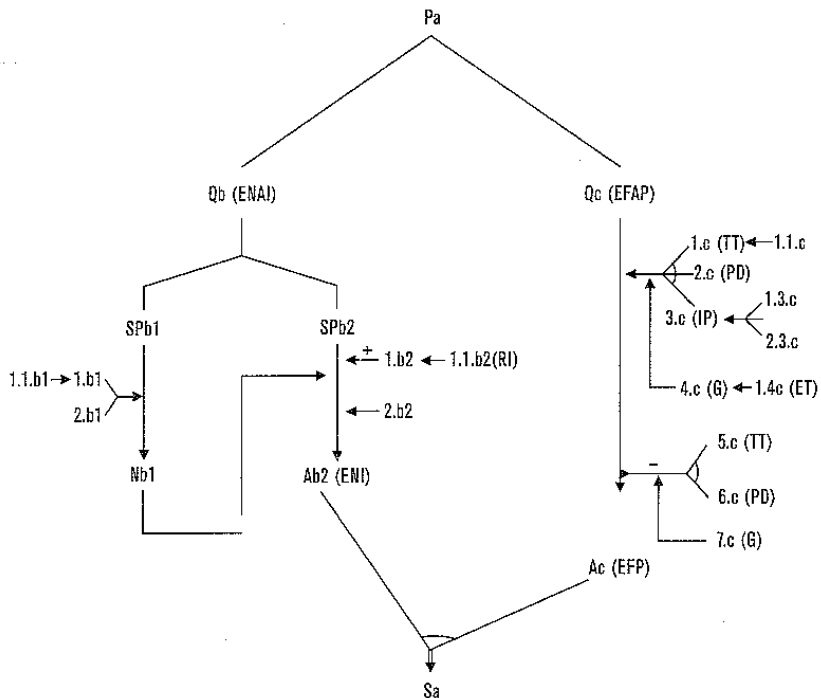
En cuanto al contenido proposicional (el elemento material en sentido amplio de las argumentaciones), algunos expresan razones, pero otros no; o sea, hay oraciones lingüísticas que forman parte de una argumentación y que no son un argumento -una razón- en sentido estricto: por ejemplo, una pregunta. Ahora bien, además del contenido proposicional, el esquema puede dar cuenta (cuando resulta de interés) de los diversos tipos de enunciados —de premisas y de conclusiones— que se contienen en una argumentación jurídica. Como anteriormente se ha señalado, algunos de esos enunciados forman parte del sistema jurídico, y otros no. Los que pertenecen al sistema pueden ser de carácter teórico, como las definiciones, o práctico, como las normas o los valores; las normas pueden ser reglas o principios, etcétera. Entre los que no forman parte del sistema, puede distinguirse, a su vez, entre enunciados interpretativos, teóricos (de la dogmática o de la teoría del Derecho), jurisprudenciales, empíricos, valorativos, etcétera.

Por lo que se refiere a la dimensión pragmática, el esquema trata de captar el aspecto ilocucionario, esto es, los diversos tipos de actos de lenguaje que tienen lugar dentro del acto de lenguaje complejo en que consiste argumentar. Así, además del acto de plantear un problema y de proponer una solución, tienen particular importancia las preguntas que el argumentador se va haciendo a lo largo del proceso argumentativo y que, a su vez, podrán clasificarse, por ejemplo, en cerradas u orientadas (pueden concebirse como una disyunción entre dos o más miembros y cuya respuesta —que no es la respuesta final- consistirá, por lo tanto, en optar por uno de ellos) o bien abiertas (la pregunta está formulada de manera que no están delimitadas de antemano las respuestas posibles entre las que habría que elegir). Además, una argumentación incluye también suposiciones, afirmaciones o negaciones. El modelo no permite dar cuenta de todos los aspectos retóricos y dialécticos de una argumentación (por ejemplo, si se utiliza un lenguaje más o menos preciso, cargado emocionalmente, etcétera), pero sí de algunos de ellos: del orden de la argumentación, de la concentración del

esfuerzo argumentativo en ciertos lugares o momentos y, hasta cierto punto, de la interacción dialéctica que tiene lugar cuando sobre un mismo problema se han producido diversas argumentaciones.

Finalmente, el esquema está pensado partiendo de un tipo característico de argumentación jurídica, la justificación judicial, pero es suficientemente flexible como para, a partir de ahí, poder extenderlo (con alguna que otra modificación) a otros tipos de argumentaciones jurídicas.

El siguiente diagrama, referido a un ejemplo ficticio de argumentación, puede servir para aclarar todo lo anterior:



La argumentación se abre con el planteamiento de un problema, representado con la mayúscula P, que modaliza un contenido proposicional, a. Por ejemplo, si una persona debe ser o no condenada, si a alguien se le declara o no propietario de un determinado bien, etc. (los problemas judiciales están, por lo general, planteados en términos binarios). A partir de ahí, la argumentación se abre en dos ramas, lo que quiere decir que la solución del problema depende de dos cuestiones (representadas cada una por la Q

mayúscula que se antepone a la letra proposicional): la de la izquierda es de tipo interpretativo: cómo debe entenderse un contenido proposicional, b, que representa un enunciado normativo a interpretar (es lo que señalan las letras que aparecen entre paréntesis, tras la letra proposicional); la de la derecha es una cuestión probatoria: ¿ha tenido lugar un hecho descrito en la proposición c —lo que aparece entre paréntesis a su derecha caracteriza el tipo de enunciado: un enunciado fáctico que tiene que ser probado—?

La cuestión de la izquierda (la cuestión interpretativa) lleva a plantearse dos suposiciones (SP), o sea, ese enunciado puede entenderse de dos maneras: como b1 o como b2. La primera suposición es negada (Nb1) por un argumento complejo que consta de tres razones: 1.b1 y 2.b1 son razones (cada una de ellas es una razón, pero no completamente independiente de la otra) a favor de pasar de la suposición de b1 a su negación. Y 1.1.b1 es una razón exclusivamente en favor de 1.b1. Por su lado, la negación de b1 es también una razón para afirmar la interpretación contraria: Ab2. Pero aquí hay otras dos razones, ahora completamente independientes entre sí, para afirmar la interpretación que en principio se había supuesto: una de ellas es 1.b2, en favor de la cual hay además otra razón, 1.1.b2, que es una regla de interpretación; y el signo + que aparece sobre la flecha indica que esa es una razón a la que el argumentador atribuyó un peso considerable; la otra razón, 2.b2, enuncia un argumento simple, independiente, en favor de pasar de SPb2 a Ab2.

La cuestión de la derecha es resuelta en el sentido de que se da por probado el hecho descrito en c. Para ello, para pasar de Qc(EFAP) a afirmar c: Ac(EFP), se articula un argumento complejo (el de la parte de arriba), que consta de cuatro razones. Las tres primeras, 1.c, 2.c y 3.c son hechos probatorios: respectivamente, el testimonio de un testigo(TT), una prueba documental (PD) y un informe pericial (IP); el arco de flecha indica que las tres razones constituyen conjuntamente un argumento, pero que cada una por separado no lo sería; a su vez, a favor de 1.c se aporta una razón, y a favor de 3.c dos razones, 1.3.c y 2.3.c, conectadas entre sí en forma disyuntiva: cada una de ellas sería un argumento a favor de 3.c. La cuarta razón, 4.c, es un enunciado general (por ejemplo, una máxima de experiencia), a favor de la cual hay una nueva razón, 1.4.c, que es un enunciado teórico (por ejemplo, una doctrina dogmática); esa razón (como pasa con las garantías en el esquema de Toulmin) da fuerza para pasar del conjunto de las anteriores a la afirmación de que c ha tenido lugar (Ac). Pero hay además otro conjunto de razones (5.c y 6.c son de nuevo hechos probatorios y 7.c un enunciado general) en el que el sentido de la flecha está invertido; quie-

re decirse con ello que esas tres razones constituyen un argumento en contra de dar como probado el hecho (de pasar de Qc a Ac); pero un argumento más débil que el anterior (lo que se señala con el signo “-”), y de ahí que se concluya afirmando c.

El tramo final representaría lo que sería la justificación interna de una decisión judicial: a partir de una norma (un enunciado normativo interpretado en un cierto sentido: Ab2(ENI)) y de un hecho considerado probado (un enunciado fáctico que enuncia un hecho considerado probado: Ac(EFP)), se concluye en forma deductiva (representado con la doble línea de la flecha) que la solución debe ser a (Sa): que tal persona debe ser condenada o que debe ser considerada propietaria de tal bien.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, Carlos, “Concepciones de la lógica”, en *Lógica. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. 7, Trotta, Madrid, 1995
- ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989 (ed. original de 1978).
- _____, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, 2002.
- ANDERSON, T., SCHUM, D. y TWINNING, W., *Analysis of Evidence*, Cambridge University Press, 2005.
- ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- _____, *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996
- KLUG, Ulrich, *Lógica jurídica* (trad. cast. De J.C. Gardella de la ed. alemana de 1951), Temis, Bogotá, 1998.
- MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978.
- PERELMAN, Chaïm y OLBRECHT-Tyteca, Lucie, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Gredos, Madrid, 1989 (ed. original de 1958).
- RAZ, Joseph, *Razón práctica y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991 (ed. original de 1975).
- RECASÉNS Siches, Luis, *Tratado general de filosofía del Derecho*, Ed. Porrúa, México, 1975.

- SUMMERS, Robert, “Two Types of Sustantive Reasons: The Core of a Theory of Common Law Justification”, en *Cornell Law Review*, núm. 63, 1978.
- TARELLO, Giovanni, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milán, 1980.
- TOULMIN, Stephen E., *The Uses of Argument*, Cambridge University Press, 1958.
- VAN EEMEREN, Frans y GROOTENDORST, Rob, *A Systematic Theory of Argumentation. The pragma-dialectical approach*, Cambridge University Press, 2004.
- VIEHWEG, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia*, Taurus, Madrid, 1964 (original de 1953).
- WALTON, Douglas, *Informal Logic. A Handbook for Critical Argumentation*, Cambridge University Press, 1989.
- WISDOM, John, “Gods”, *Philosophy and Psychoanalysis*, Oxford, 1953.

CAPÍTULO 40

LA RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO: UNA APROXIMACIÓN SISTÉMICA

Pablo DE LARRAÑAGA MONJARAZ *

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Tensiones en la teoría de la responsabilidad*. III. *La sistematicidad interna de la responsabilidad jurídica: Implicaciones de la estructura de las normas de mandato*. IV. *Sistematicidad externa de primer nivel de la responsabilidad jurídica: Implicaciones del carácter institucional del derecho*. V. *Sistematicidad externa de segundo nivel: Implicaciones de los fines y valores del derecho*. VI. *La aproximación sistemática y los objetivos de exhaustividad, coherencia y generalidad de la teoría de la responsabilidad*. VII. *Conclusión*. VIII. *Bibliografía recomendada*.

I. INTRODUCCIÓN

La idea general que me gustaría formular en este trabajo es que la teoría de la responsabilidad debe tener en cuenta algunas de las implicaciones del carácter normativo del concepto de responsabilidad que, por lo general, no suelen ser atendidas desde las perspectivas dominantes. Por un lado, desde un enfoque normativo, algunas aproximaciones parten de una definición de concepto de responsabilidad en términos de propiedades esenciales, que se manifiestan a través de un conjunto de condiciones *sine qua non* para la justificación de los juicios de responsabilidad. Esta perspectiva de lugar, por lo general, a teorías de la responsabilidad analíticamente sólidas —por ejemplo, teorías morales de la responsabilidad— pero que no reconstruyen satisfactoriamente la compleja práctica de la imputación de responsabilidades en contextos diversos. Por otro lado, desde un enfoque descriptivo, otras aproximaciones intentan dar cuenta la variada práctica social de imputación de responsabilidades, explicando los contextos específicos y las funciones particulares de los juicios de responsabilidad —por ejemplo, las teorías analíticas de la responsabilidad—, pero sin dar cuenta cómo pueden expli-

* Profesor de Tiempo Completo, ITAM, México.

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 2, pp. 1455-1478.

carse y, sobre todo, justificarse dichas prácticas bajo un mismo conjunto de principios y criterios normativos que den cuenta de su unidad conceptual.

En términos más concretos, en primer lugar, quisiera llamar la atención sobre una “tensión” —más o menos clara, según el caso— entre las pretensiones de exhaustividad, coherencia y generalidad dentro de la teoría de la responsabilidad y, en segundo lugar, postular la tesis de que adoptar una sistemática de la responsabilidad es una buena estrategia para dar cuenta de cómo se formulan y se justifican los juicios de responsabilidad en el derecho. En este sentido, sostendré que una perspectiva sistemática de la responsabilidad, por un lado, permite dar cuenta de la doble dimensión descriptiva-normativa que ineludiblemente supone cualquier teoría de la responsabilidad y, por otro, que esta aproximación no sólo reduce en gran medida la tensión entre los objetivos de una reconstrucción teórica, sino que una teoría sistemática de la responsabilidad integra de manera coherente bajo un mismo conjunto de principios y criterios los distintos los aspectos normativos, institucionales y valorativos vinculados con la compleja práctica de imputar responsabilidades en el derecho.

II. TENSIONES EN LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD

En el sentido apuntado, la “tensión” entre los objetivos de la teoría de la responsabilidad se evidencia en la dificultad que enfrentan las teorías jurídicas para satisfacer simultáneamente dos objetivos: dar cuenta de las prácticas y reconstruir tales prácticas de manera satisfactoria. Es decir, por un lado, una teoría de los conceptos jurídicos ha de dar cuenta de los distintos sentidos, contextos, funciones y condiciones en los que se utiliza la noción en cuestión y, por otro lado, debe pretender ordenar tales sentidos, contextos, funciones y condiciones de manera coherente a partir de la aplicación de un conjunto bien delimitado y ordenado de principios y criterios normativos.

En esta línea de ideas, creo que cualquiera que se haya acercado a la teoría de la responsabilidad habrá constatado las continuas confusiones y desacuerdos verbales que suscita la presencia de distintos sentidos del término “responsabilidad”, de distintos conjuntos de condiciones de imputación, de distintas funciones sociales reconocidas a la práctica de imputar responsabilidades etc., que, por otra parte, resulta difícil ordenar bajo un mismo concepto “general” de responsabilidad. Además, este panorama se

complica cuando los sistemas jurídicos positivos integran autoritativamente esta pluralidad de elementos en sistemas de responsabilidad particulares, que la teoría no alcanza a ordenar o justificar bajo un mismo “principio rector” pero que, dado el carácter autoritativo del derecho, deben ser reconocidos como casos “genuinos” de imputación de responsabilidad. Así, por ejemplo, en la tarea de reconstrucción del derecho como unidad racional (consistente, completa, etc.), la teoría de la responsabilidad enfrenta el problema de “armonizar” la presencia dentro de los ordenamientos jurídicos de sistemas de responsabilidad por culpa y sistemas de responsabilidad objetiva; de responsabilidad individual y de la responsabilidad colectiva; de responsabilidad directa y responsabilidad indirecta, etcétera.

En términos generales, parecería que teorías de la responsabilidad estuvieran abocadas a enfrentar esta tensión entre sus mediante el recurso a dos estrategias reducción de la complejidad, o bien mediante una específica combinación de ellas. Estas estrategias se caracterizan por la realización más o menos completa de uno de los objetivos de las teorías de los conceptos jurídicos, a costa de la frustración, más o menos completa del otro.

Así, en un extremo encontramos teorías de la responsabilidad que se construyen a partir de un principio de ordenación excluyente, en las que, a costa de dejar de explicar distintos “fenómenos” que, desde un análisis preteórico —o, si se prefiere, intuitivo— parecen asociados con esta noción, se privilegia la coherencia interna del concepto de responsabilidad. Esto ocurre cuando, por ejemplo, se coloca en la base excluyente el principio de autonomía individual substanciado, al efecto, en el criterio sustantivo de la culpabilidad. Como consecuencia, la teoría de la responsabilidad renuncia a dar cuenta de los juicios de responsabilidad en los que la imputación no dependa, directa o indirectamente, de la satisfacción de criterios subjetivos de culpabilidad.

En el otro extremo, encontramos teorías de la responsabilidad construidas sobre una base normativa incluyente que, además de la autonomía individual, reconoce, por ejemplo, principios de justicia distributiva y/o correctiva, o bien objetivos de utilidad social, substanciados, al efecto, en criterios objetivos como la creación de riesgo. Este segundo tipo de teorías permite dar cuenta de “fenómenos” como la responsabilidad objetiva, la responsabilidad colectiva o la responsabilidad por daños a generaciones futuras pero, como cabe esperar, lo hacen a costa de la presencia de incoherencias en el ajuste de sus principios ordenadores —por ejemplo, no formulan criterios de prioridad entre las condiciones subjetivas de culpabilidad y las condiciones objetivas de daño—, que se refleja en la dificultad

para dar una justificación coherente de la base normativa/valorativa de los distintos juicios de responsabilidad.

En la medida en la que sólo pueden dar cuenta de algunos de los fenómenos “genuinos” que satisfagan un conjunto de requisitos que operan al mismo tiempo como elementos de la definición y como condiciones de justificación, el primer tipo de estrategias conduce a la anomalía; es decir, a que haya casos no abarcables por la teoría. Mientras que, en la medida en que no puede reconstruir nuestras prácticas de imputación de responsabilidad responsabilidades de manera ordenada, ni prestar una justificación sólida de sus diversas instancias, el segundo tipo de estrategias parece abocada a la incoherencia de la teoría de la responsabilidad en su conjunto.

Una tercera estrategia que combina las dos anteriores consiste en renunciar a formular una teoría “general” de la responsabilidad. En este caso, se reconoce que existen distintos principios normativos “correctos” para explicar y justificar los distintos “tipos de fenómenos”, pero que integran ámbitos de responsabilidad distintos y, en principio, independientes. Por la vía de la particularidad, es decir, de la homogeneidad de contextos, funciones y condiciones, esta tercera estrategia supera la “anomalía” ajustando el nivel de abstracción hasta el punto en que la potencia descriptiva y justificativa de los principios normativos permite una visión coherente del concepto. Sin embargo, este doble ajuste se lleva a cabo a costa de renunciar, de antemano, primero a la virtualidad explicativa de los conceptos abstractos, a la fuerza justificativa de las teorías generales, y a la explicación satisfactoria de la cada vez más generalizada presencia de sistemas de responsabilidad híbridos, y segundo, a una concepción del derecho como una práctica social integrada por órdenes institucionales que persiguen fines y valores coherentes.

Me parece, desde luego, muy difícil eludir las tendencias a la “anomalía” o la “incoherencia”, y construir una teoría “general” de la responsabilidad, incluso si ésta se limita sólo al ámbito del derecho, resulta un proyecto de dimensiones titánicas —que exige, claro está, un desarrollo teórico a medida—. En consecuencia, en esta ocasión no trataré, en absoluto, de postular una teoría de la responsabilidad que supere los “defectos” a lo que me he referido antes. Lo que pretendo es esbozar algunos elementos para un modelo de teoría de la responsabilidad que, como he señalado, permitiría, en mi opinión, “distender” en alguna medida la tensión entre los objetivos de la teoría a los que me he referido antes, aportando algunos mimbres para una teoría “general” de la responsabilidad *en* el Derecho.

En este sentido, como mostraré en los próximos incisos, creo que una teoría de la responsabilidad desarrollada sobre la base de los tres niveles de sistematicidad interna y externa, por un lado, podría mostrar cómo ciertos casos “anómalos” pueden explicarse y justificarse dentro de los distintos fines y valores que perfilan las distintas instituciones de los sistemas jurídicos desarrollados y, por otro, podría mostrar cómo cuando se ven a la luz de los fundamentos últimos de una concepción de derecho como práctica social racional pueden superarse, en alguna medida, las “incoherencias”, aparentes y reales, en el ajuste de tales fines y valores.

Dicho en otras palabras, la idea central que quiero exponer en las próximas páginas es que una teoría de la responsabilidad en buena posición para superar los “defectos” a los que he referido debe partir de un análisis sistemático de ciertas implicaciones del carácter normativo del concepto de responsabilidad. Las implicaciones que me interesa resaltar aquí son tres: 1) la dependencia del concepto de responsabilidad de la estructura de las normas de mandato, 2) el carácter institucional de la responsabilidad jurídica y 3) las dimensiones valorativa y justificativa del derecho. En síntesis, la propuesta de modelo es simple: consiste en considerar los sistemas de responsabilidad a la luz de sus contextos institucionales y, a su vez, los distintos contextos institucionales a la luz del derecho como práctica social.

III. LA SISTEMATICIDAD INTERNA DE LA RESPONSABILIDAD JURÍDICA: IMPLICACIONES DE LA ESTRUCTURA DE LAS NORMAS DE MANDATO

El concepto de responsabilidad es un concepto normativo, al menos, en dos sentidos: en primer lugar, una definición teóricamente útil de responsabilidad sólo puede formularse aludiendo a normas —a sus condiciones de aplicación y consecuencias normativas— y al propósito de su aplicación y, en segundo lugar, porque sólo si se tienen las condiciones de adscripción o imputación sus consecuencias, pueden integrarse los distintos sentidos del término “responsabilidad” con significados compatibles y coherentes entre sí. El carácter normativo de la definición de responsabilidad tiene una importante consecuencia para el tema que aquí nos ocupa, pues implica que el concepto de responsabilidad no connota ni propiedades empíricas, psicológicas o causales, ni propiedades metafísicas, trascendentes o inmanentes a la naturaleza humana; sino por propiedades normativas o, si se prefiere, dependientes de normas.

En su sentido más básico la responsabilidad se define mediante las propiedades normativas que describen una relación de imputación entre ciertos elementos: conductas, condiciones de aplicación y consecuencias normativas. De aquí que la estructura de la relación entre los elementos del concepto de responsabilidad tenga una relación conceptual con la estructura de las normas de mandato. Esto quiere decir que si, por ejemplo, a propósito la intencionalidad de la conductas o respecto de las consecuencias de la conducta aparecen requisitos de culpabilidad o de causalidad, o si en cambio, la pena o el deber de compensación aparecen entre las consecuencias de la responsabilidad en virtud de condiciones de voluntariedad en la generación de un riesgo, ello no es un reflejo de ninguna “esencia” del concepto, sino a aquellos antecedentes o aquellas consecuencias contenidas “objetivamente” o si se prefiere, “autoritativamente” —i.e., por vía de la fuente normativa— en el sistema jurídico de referencia. En breve: el concepto de responsabilidad tiene un carácter interno a la estructura de las normas que denota las condiciones de imputación de la consecuencia normativa prevista en una norma o, quizá mejor dicho, en un conjunto de normas.

A través de la sistematicidad interna puede explicarse la estructura normativa del concepto de responsabilidad aportando, al mismo tiempo, los criterios de justificación interna o corrección de los juicios de responsabilidad. En este nivel de análisis, la responsabilidad se presenta como un “sistema de responsabilidad” compuesto de tres tipos de enunciados normativos que tienen entre sí una relación sistemática que, vista desde una perspectiva dinámica, consiste en la imputación de las consecuencias previstas por un conjunto de norma de conducta. Los elementos a los que me refiero son: 1) normas de conducta; 2) reglas de responsabilidad y, 3) juicios de responsabilidad.

1. *Normas de Conducta*

La noción de responsabilidad se relaciona con el contenido de las normas de conducta de dos formas distintas: a) de manera directa, cuando tener una responsabilidad equivale a tener un DEBER y b) de manera indirecta, como criterio de identificación de deberes especiales. Cuando la noción de responsabilidad es equivalente a la de obligación o deber (a), no significa ninguna variación del sentido ni tampoco permite avanzar en el análisis del concepto que nos ocupa; se trata, simplemente, de una equivalencia semántica o sinonimia. Ahora bien, cuando la noción de responsabilidad tiene la función de

identificar deberes especiales (b), la noción de responsabilidad se relaciona con las normas de conducta de manera más compleja que en el caso anterior. Se trata de contextos en los que se hace referencia a las responsabilidades propias de un cargo o papel social: “X es responsable del cuidado de sus hijos” o “el presidente de gobierno es responsable de la política internacional” son enunciados que hacen referencia a estos supuestos. Las reglas de conducta que atribuyen responsabilidades en la forma (b) se distinguen de la forma (a) en que presuponen otras normas de carácter secundario respecto del deber en cuestión. En primer lugar, presuponen reglas que establecen que dadas ciertas condiciones alguien tiene un determinado estatus jurídico (reglas constitutivas o institutivas). En segundo lugar, presuponen normas que establecen las conductas que deben realizar las personas que ocupan un determinado cargo, esto es, normas que establecen el rol correspondiente al estatus o institución de que se trate (normas de conducta). Estas normas de conducta —principalmente, reglas de fin y directrices— conforman una esfera de responsabilidades. En este sentido, cuando la noción de responsabilidad se vincula a un cargo o papel social generalmente se hace referencia a un conjunto indeterminado de acciones relativas a la esfera de responsabilidades correspondiente. Así, por ejemplo, cuando se dice que “X es responsable del cuidado de sus hijos”, aunque no se establece directamente una obligación o deber respecto a una conducta concreta -alimentar, educar, etc.-, se hace referencia a la esfera de responsabilidades de la institución jurídica de la paternidad. Esta esfera de responsabilidades se compone de todas las conductas concretas ligadas con la consecución de los objetivos de tal institución. En otras palabras, la idea de esfera de responsabilidades sirve para englobar los deberes concretos relacionados con las finalidades una institución.

2. Reglas de responsabilidad.

La estructura del concepto de responsabilidad está vinculada también con otras normas que no tienen como propósito dirigir las conductas de los individuos ni constituir un rol, sino establecer las condiciones en que pueda imputarse una sanción en virtud de una conducta ilícita: las reglas de responsabilidad. Las reglas de responsabilidad se refieren, fundamentalmente, a tres criterios de imputación: a) la capacidad de los sujetos normativos; b) la relación causal entre el sujeto y la conducta caracterizada por la norma de conducta y, c) la relación entre el agente del ilícito y la persona a quien se dirige la sanción. Estas “reglas de responsabilidad” pueden describirse como reglas puramente constitutivas en el sentido de que son reglas que establecen que si se da un cierto estado de cosas, entonces se produce un

resultado institucional: la imputabilidad. Es te tipo de reglas se diferencia de las normas de conducta tanto por su función, *constituir* la condición de *imputable* del sujeto a quien se pretende sancionar, como por su destinatario, quien esté legitimado para realizar el juicio de responsabilidad. Retomando la idea de “sistema” de responsabilidad, se podría decir que un sistema de responsabilidad se compone de una norma de conducta y de las reglas de responsabilidad que establecen la imputabilidad del sujeto a quien se dirige la sanción en virtud del incumplimiento de la norma.

Los criterios (a) y (b) -la capacidad y la relación causal- pueden interpretarse de dos maneras simétricas dependiendo de la perspectiva que se adopte en relación con una norma de conducta: i) como presupuestos de la función directiva de una norma de conducta y ii) como moduladores de consecuencias normativas previstas por una norma de conducta. i) Si se interpretan como presupuestos de la función directiva de una norma de conducta, los criterios de capacidad y de relación causal se refieren a las aptitudes o las posibilidades de realizar la conducta ordenada por la norma. Los criterios de capacidad se refieren a las aptitudes subjetivas de dirigir la conducta, es decir, a la posibilidad psicológica de actuar en virtud a lo establecido por la norma de conducta. Los criterios de CAUSALIDAD se refieren a la posibilidad fáctica de realizar la conducta o producir el resultado establecido por la norma de conducta. ii) Si se interpretan como moduladores de las consecuencias normativas —de manera principal si se trata de sanciones— los criterios de capacidad y de causalidad se refieren, por un lado, a las aptitudes psicológicas exigidas por los sistemas normativos para irrogar las consecuencias del incumplimiento de una norma de conducta y, por otro lado, a los criterios aceptados por los sistemas normativos para considerar que existe una relación causal entre un sujeto y un ilícito o, dicho en otras palabras, para considerar que alguien ha realizado un ilícito. Cuando el término “responsable” se utiliza como sinónimo de “capaz” o de “causante” generalmente hace referencia a una regla de responsabilidad en esta segunda interpretación. Los criterios relativos a la capacidad se recogen en dos nociones: la capacidad genérica o imputabilidad y la capacidad en relación con el ilícito concreto o culpabilidad en sentido amplio. La culpabilidad en sentido amplio permite dos casos genérico: a) el dolo o culpa en sentido estricto y b) la negligencia. La relación entre el agente de un ilícito —sujeto de una norma de conducta— y la persona a quien se dirige la sanción se establece por reglas que pueden constituir dos casos genéricos: a) casos en los que hay una relación de identidad entre el agente del ilícito y aquél a quien se dirige la sanción: responsabilidad directa y b)

casos en los que no existe tal relación de identidad: responsabilidad indirecta o vicaria. El segundo caso, cuando no hay identidad, permite, a su vez, dos supuestos particulares que dependen, de una manera difusa, de la naturaleza de la relación entre el agente y el sujeto o los sujetos que sufren la sanción. Por un lado, cuando se considera que los dos sujetos tienen una identidad independiente o autónoma se habla de responsabilidad indirecta —por ejemplo, cuando una compañía de seguros es responsable de los daños causados por un cliente— y, por otro, cuando se sanciona al grupo o colectivo al que pertenece el agente, precisamente porque, en cierta medida, su identidad personal se identifica con la del grupo se considera responsabilidad colectiva —por ejemplo, en la responsabilidad solidaria—. La relación entre el agente del ilícito y aquél a quien se imputa la sanción puede establecerse por ley —por ejemplo, en el caso de responsabilidad de los padres respecto a sus hijos menores— o por contrato privado —por ejemplo, mediante los contratos de seguro o de fianza—. Si se trasladan los criterios anteriores a términos normativos se puede decir que cada uno de estos criterios se refleja en dos reglas de responsabilidad distintas dependiendo de si se exige o no su presencia. En este sentido las reglas de responsabilidad pueden: a) establecer el dolo del agente del ilícito como requisito para que tenga lugar la sanción; b) no requerir el dolo del agente del ilícito como condición para que tenga lugar la sanción, sino sólo negligencia; c) establecer que la sanción se impute al agente del ilícito y d) permitir que la sanción se impute a una persona distinta del agente del ilícito, en virtud de una relación específica entre ambos sujetos. Esto lleva a concluir que el único criterio que siempre debe estar presente en la imputación de consecuencias normativas a partir de una norma de conducta es la relación causal entre una conducta y el estado de cosas en que consista su contenido. Ello conduce a que el único requisito normativo imprescindible en el concepto de responsabilidad es el incumplimiento de un deber. A este criterio le podemos llamar criterio mínimo para la inteligibilidad de la noción de responsabilidad.

3. *Juicios de responsabilidad.*

Un juicio de responsabilidad es el resultado de subsumir una conducta en un sistema de responsabilidad. Un juicio estará justificado en un primer nivel o será correcto si dicha subsunción satisface las reglas de responsabilidad que establece el sistema normativo en relación con la norma de conducta de que se trate; esto es, si efectivamente se deriva del sistema. Los juicios de responsabilidad pueden interpretarse en tres formas distintas: 1)

como expresión de una valoración del una agente o de la conducta; 2) como reglas de conducta particulares, en el sentido de que deben imputarse las consecuencias normativas al agente —la pena o deberes secundarios de reparación, por ejemplo— y, 3) como una variable débil de la anterior, como enunciados que afirman que un agente es el sujeto adecuado para dirigir, en última instancia, el juicio.

Tomando en cuenta lo que se ha dicho anteriormente, un juicio de responsabilidad puede rechazarse negando cualquiera de los elementos del juicio, esto es, a) negando el hecho particular —acción o estado de cosas— que se imputa al sujeto del juicio; b) afirmando que la norma de conducta no es aplicable al caso, o bien, c) afirmando que, aunque el hecho que se imputa y la norma es aplicable al caso, no se satisface alguna regla de responsabilidad. Cuando se rechaza un juicio de responsabilidad negando la existencia del hecho particular pueden hacerse dos cosas: a.1) afirmar que tal estado de cosas no existe y, a.2) afirmar que, aunque el hecho existe, no está relacionado con el sujeto del juicio de manera que satisfaga la noción de agente requerida para la imputación; esto es, negando la relación causal entre la conducta y el estado de cosas recogido en el contenido de la norma. Cuando para rechazar un juicio de responsabilidad se niega que la regla de conducta sea aplicable al caso concreto, debido a ciertas condiciones particulares de este, se aduce una *justificación*: se afirma que la conducta realizada no coincide con el supuesto normativo, aunque así haya sido descrita en la norma de conducta que sirve como base al juicio, existen normas superiores cuya caracterización de la conducta no es compatible con la norma en cuestión. En otras palabras, se afirma que el juicio no es válido porque hay una excepción a la norma de conducta y, por tanto, no se ha violado el sistema normativo. En los casos en los que para invalidar un juicio de responsabilidad se afirma que no se han satisfecho las reglas de responsabilidad c), se aduce una *excusa*. Las excusas hacen referencia a los presupuestos de la función directiva de las normas. Por consiguiente, pueden referirse a dos cuestiones: a) a la capacidad de entender lo ordenado por la norma y la posibilidad guiar la conducta por la norma y b) a la capacidad objetiva -empírica- de realizar la acción que es contenido de la norma o de iniciar la cadena causal requerida para el cumplimiento de la norma. Así pues, para expresarlo brevemente, se puede decir que un juicio de responsabilidad válido o correcto acerca de un agente es el resultado de subsumir una conducta del agente en un sistema de responsabilidad, esto es, en una norma de conducta respetando las condiciones de imputabilidad exigidas por el sistema particular -reglas de responsabilidad-.

IV. SISTEMATICIDAD EXTERNA DE PRIMER NIVEL DE LA RESPONSABILIDAD JURÍDICA: IMPLICACIONES DEL CARÁCTER INSTITUCIONAL DEL DERECHO

Ahora bien, la conformación específica de los sistemas de responsabilidad particulares está en función de los objetivos perseguidos mediante la ordenación de la conducta mediante la motivación de imputación de responsabilidades. En ese sentido, la “normatividad” en sentido directivo-instrumental se refleja en la forma y el contenido específicos de los sistemas de responsabilidad; los cuales pueden verse, consecuentemente, como ordenamientos de elementos dirigidos a fines, es decir, como arreglos institucionales. Así, mientras que la finalidad, *strictu sensu*, de la estructura condicional de norma de conducta es guiar la conducta, la ordenación particular de sus elementos *qua* sistema de responsabilidad responde a la finalidad de que tal guía de conducta satisfaga determinadas condiciones en las que, en principio, se realizan ciertos fines y valores ulteriores que explican y justifican la existencia de normas. Estos fines y valores —por ejemplo, motivar una mayor diligencia en la prevención de daños o la obligación de compensar si éstos tienen lugar— perfilan la “institución de la responsabilidad” específica de que se trate. En este sentido, el perfil del concepto de responsabilidad que haga la teoría de la responsabilidad, además de depender internamente de la estructura de las normas de conducta (sistematicidad interna), depende externamente de los fines y valores que persigue la institución que ordena el conjunto de normas de referencia.

Es decir, si, en el primer caso, la relación estructural de los elementos del sistema de responsabilidad —conductas, condiciones de aplicación y consecuencias normativas— viene dada por la estructura interna de la norma como guía de conducta, en el segundo caso, el contenido de los elementos y su relación entre ellos —culpabilidad, causalidad, pena, deber de reparación, etcétera— depende de su relación instrumental con los fines y valores que orientan a la institución en su conjunto. Este sistema funcional, orientado por fines y valores, ordena la disposición de los elementos de los sistemas de responsabilidad para formar una unidad pragmática compuesta de elementos normativos sustantivos y adjetivos o procedimentales y, también, de organizaciones, doctrinas, etcétera. En este sentido, en términos bastante genéricos, dentro de la responsabilidad jurídica puede hablarse de la “institución de la responsabilidad penal”; de la “institución de la responsabilidad civil”, de la “institución de la responsabilidad administrativa”, etcétera, en tanto sistemas de responsabilidad orde-

nados para alcanzar, mediante sistemas de responsabilidad característicos, distintos objetivos particulares de estos ámbitos jurídicos.

Para ilustrar la idea de “institución de responsabilidad”, presentaré manera muy esquemática —y, por tanto, corriendo el riesgo de trivializar— los dos arreglos institucionales que constituyen el canon de la responsabilidad jurídica: la responsabilidad penal y la responsabilidad civil. En el plano teórico, estos ordenamientos funcionales son tan generales, y respecto de ellos existe un desarrollo normativo, doctrinal e institucional tan consolidado, que pueden considerarse con propiedad, aunque utilizando los términos de manera laxa, “paradigmas de la responsabilidad jurídica”; podríamos hablar pues, del “paradigma institucional” de la responsabilidad penal *vis à vis* el “paradigma institucional” de la responsabilidad civil.

En sus términos más generales, la construcción institucional de los paradigmas de la responsabilidad jurídica y, consecuentemente, de las construcciones dogmáticas que giran alrededor de éstas, tiene lugar sobre los elementos que, en términos generales, componen cualquier sistema de control indirecto de la conducta respaldadas por consecuencias. Esto es, la construcción institucional de la responsabilidad es la de un sistema control que, como típicamente hace el derecho -a diferencia de, por ejemplo, la propaganda o el adoctrinamiento-, opera como un mecanismo de motivación *ex post* a la conducta de los sujetos relevantes. Así, en relación con las “instituciones de la responsabilidad” cabe destacar cuatro elementos operativos: a) el tipo de conducta que da lugar a la consecuencia normativa; b) el contenido de la consecuencia normativa; c) el procedimiento para determinar la adscripción de la consecuencia normativa y, d) el objetivo de la imputación consecuencia normativa.

a) Como es bien sabido, la conducta que da lugar a la consecuencia normativa, puede verse desde dos perspectivas, 1) desde la perspectiva del sus elementos subjetivos y 2) desde la perspectiva de su valoración de la misma por parte del sistema.

a.1) Desde la primera perspectiva, la principal diferencia entre el paradigma de la responsabilidad penal y el paradigma de la responsabilidad civil consiste en que el primero exige que la conducta vaya acompañada de un componente mental subjetivo relativo a la intencionalidad que genéricamente suele llamarse “culpa”; mientras que en la responsabilidad civil, opera mediante estándares objetivos de cuidado (responsabilidad por negligencia); o, incluso, se puede prescindir de todo elemento subjetivo respecto de la acción concreta, haciendo depender la responsabilidad de la voluntariedad de la asunción de riesgos (responsabilidad objetiva o por resultado).

a.2.) Desde la perspectiva valoración de la conducta por el sistema, los ilícitos penales constituyen violaciones normas con gran respaldo valorativo de carácter público, cuya valoración negativa corresponde a la protección de las condiciones imprescindibles de la convivencia social. Mientras que, por su parte, la responsabilidad civil no presupone necesariamente un juicio negativo de la conducta sino que se centra, fundamentalmente, en la gestión social de sus consecuencias.

b) Respecto del contenido de la consecuencia normativa, podemos distinguir ambos paradigmas mediante la acción tomada por un órgano con autoridad para exigir el cumplimiento de una prescripción o para imponer el coste del incumplimiento. En este sentido, al paradigma penal corresponde básicamente la privación de un bien; mientras que al paradigma civil se atribuyen dos tipos de respuesta propias de la justicia correctiva: la composición y la compensación. Estas últimas fórmulas correctivas se substantian en el surgimiento de deberes positivos y no en la privaciones de bienes o en la obtención de beneficios (sanciones): la composición reside en una obligación de volver las cosas al *status quo* ante el lícito, mientras que la compensación consiste en un pago compensatorio a la víctima por daños causados.

c) Los procedimientos para determinar la responsabilidad y, consecuentemente, la imputación de la consecuencia prevista por en la norma de conducta, también particularizan a los dos paradigmas. Al respecto, cabe señalar dos elementos procedimentales que muestran de manera excepcionalmente clara las diferencias entre los paradigmas:

c.1) *Las reglas acerca de la obtención de información relativa a la corrección juicio de responsabilidad.* Estas reglas regulan los métodos que pueden utilizarse para determinar la responsabilidad pueden dividirse en tres tipos de límites a los poderes normativos: i) aquéllos relativos a los métodos para obtención de información; ii) aquéllos relativos a las fuentes de información y, iii) aquéllos relativos al nivel de certeza exigido para imponer la sanción. i) En relación con los métodos para obtener información, el paradigma penal supone una mayor capacidad de intromisión de la autoridad que el paradigma civil. Esto se manifiesta en el papel activo que tiene el Estado a través de la acusación fiscal y en la capacidad investigadora del juez. Así, mientras que en el proceso penal el juez tiene facultades para investigar los hechos que constituyen el delito, en el proceso civil el juez sólo considera las pretensiones y los hechos aportados y probados por las partes. ii) Por otro lado, en lo que respecta a las fuentes de la información, los criterios del procedimiento penal son mucho más estrictos que los de la justicia civil. En este sentido, el procedimiento penal responde a principios garantistas que protegen con

especial énfasis los derechos fundamentales recogidos en las constituciones modernas y se ven reflejados, por ejemplo, en las reglas de recusación de jueces o de tacha de testigos o en la posibilidad de no auto-inculparse, etc., mientras que en relación con la responsabilidad civil ha habido una mayor disposición legislativa y doctrinal para aceptar que la responsabilidad jurídica puede, como instrumento de políticas públicas, invertir cargas de la prueba respecto de los hechos (riesgo objetivo), utilizar presunciones respecto de las habilidades de los sujetos (estándares de profesionales), a permitir el razonamiento por analogía, etcétera. iii) En esta misma línea, respecto al grado de certeza para constituir la responsabilidad jurídica, el paradigma penal es mucho más exigente que el civil, lo cual se ve reflejado en principios como el de *in dubio pro reo* o el de “*beyond any reasonable doubt*”, en la terminología del *common law*, mientras que el paradigma civil ha operado mediante presunciones o estándares objetivos, cuyo funcionamiento reduce significativamente la posibilidad de prueba en contrario. Esta exigencia es refleja el valor que subyace al poder investigador del juez, y corresponde a la idea de que la pena constituye una grave lesión de los intereses de la persona, por lo que sólo debe llevarse a cabo cuando no existe ninguna duda respecto a su intencionalidad criminal.

c.2) *Las reglas correspondientes a la legitimación para exigir la responsabilidad.* En cuanto a las reglas de legitimación para exigir la responsabilidad, puede decirse, en términos muy amplios y teniendo en cuenta las precauciones indicadas anteriormente, que, en principio, en el paradigma penal dicho poder corresponde al Estado, mientras que en el civil corresponde a la persona afectada o a alguien que tenga un interés legítimo debido a una vinculación con ésta. En este punto se refleja la diferente relación de los paradigmas respecto del poder del Estado: poder para castigar y el poder para configurar un marco de relaciones intersubjetivas equilibradas. El interés particular de un resarcimiento constituye una condición necesaria de la responsabilidad civil y la relación bilateral entre causante y dañado agota el espacio de la responsabilidad dentro de este paradigma. El interés público subyacente no reside en la amenaza de una respuesta preventiva ante el ilícito, sino en proveer de instrumentos para restituir relaciones equilibradas, y en esta medida “justas”, entre los individuos: esto es, se trata de la forma de justicia correctiva o conmutativa.

d) El objetivo particular de los sistemas de responsabilidad constituye el motivo para prever distintos tipos de consecuencias normativas. En este sentido, la conformación de los paradigmas ha atribuido a la responsabilidad penal el carácter de condición para la expresión del reproche social

dirigido, de manera inmediata, a la represión de las conductas no deseadas y, de manera mediata, a la prevención general e individual. Por su parte, a la responsabilidad civil le ha correspondido constituirse como un instrumento de una justicia conmutativa o correctiva. El propósito principal del paradigma civil no es —al menos, no necesariamente— imputar consecuencias para prevenir la conducta, sino que se trata de facilitar una reparación ante la lesión injustificada de derechos subjetivos o, simplemente, ante infortunios.

La siguiente tabla sintetiza los elementos que perfilan los paradigmas institucionales de la responsabilidad penal y civil.

Consecuencia	Paradigma Penal	Paradigma Civil
a) Tipo de conducta que la genera	a.1.) Conducta culpable a.2.) Valorada negativamente	a.1.) Conducta negligente o que, simplemente, impone un riesgo a.2.) No necesariamente valorada negativamente
d) Contenido	d) Pena	d) Deberes positivos
c) Procedimiento para establecer la imputación	c.1.) Procedimiento estrictamente pautado, con elementos inquisitivos c.2.) Legitimidad procesal del Estado	c.1.) Procedimiento menos pautado, estrictamente adversativo c.2.) Legitimidad procesal exclusiva del afectado
b) Objetivo	b) Prevención	b) Reparación

Figura 1.

Podría detenerme en otros rasgos de estos paradigmas para precisar con mayor detalle sus formas institucionales. Sin embargo, lo que me interesa señalar es que tales propiedades institucionales —e, insisto, otras muchas que dejo en el tintero— no se presentan independientes unas de las otras, sino que constituyen unidades funcionales o, dicho de otro modo, arreglos institucionales específicos de elementos normativos orientados por fines, que explican y justifican el contenido de los sistemas de responsabilidad. Como hemos vistos, la coherencia de estos arreglos institucionales está en función de una relación instrumental con ciertos objetivos. De ahí la importancia para una teoría de la responsabilidad de la sistematicidad externa de los paradigmas institucionales de responsabilidad respecto de los fines y valores del derecho.

V. SISTEMATICIDAD EXTERNA DE SEGUNDO NIVEL DE LA RESPONSABILIDAD JURÍDICA: IMPLICACIONES DE LOS FINES Y VALORES DEL DERECHO

La sistematicidad externa de segundo nivel da cuenta de una doble vertiente justificativa de las instituciones de la responsabilidad: en cuanto que disciplinan los criterios para la imputación de consecuencia normativas, las instituciones de responsabilidad aportan justificación a los sistemas de responsabilidad —y, a través de ellos, a los juicios de responsabilidad individuales—; pero en la medida en la que esas consecuencias normativas supone la asignación de bienes (méritos) y, sobre todo, cargas (penas o deberes de compensación), el contenido de las instituciones requieren de una justificación.

En este orden de cosas, podría decirse que la sistematicidad responsabilidad en su conjunto constituye una cadena de justificación que, a través de un determinado orden institucional, conecta la adscripción de las consecuencias normativas particulares con los valores y fines del derecho.

En un extremo de la cadena está el proceso de adjudicación de consecuencias normativas previstas en normas generales y abstractas en casos particulares y concretos. Esta justificación es un resultado de la “sistematicidad interna”, y consiste en que el juicio de responsabilidad en cuestión pueda derivarse “correctamente” de un sistema de responsabilidad concreto compuesto por una norma de conducta y un conjunto de reglas de responsabilidad que especifican las condiciones de aplicación de tal norma —esto implica, como es obvio, ver a la norma dentro de un sistema y no aisladamente o, si se prefiere, reconocer que, en la mayoría de los casos, la estructura de las normas jurídicas es compleja, por lo que no suele formularse en un sólo enunciado, sino en varios enunciados normativos de distintos tipos (normas de mandato, reglas constitutivas, etcétera.)—. En cuanto que se refiere a la justificación de la relación “interna” a la norma, relativa a la relación entre sus elementos normativos —conducta, condiciones de aplicación y consecuencia normativa— puede llamarse, “justificación interna” o “justificación del juicio de responsabilidad”.

En el siguiente eslabón de la cadena de justificación está la institución de la responsabilidad en la que se enmarca el sistema de responsabilidad concreto (responsabilidad penal, responsabilidad civil, responsabilidad administrativa, etcétera). En esta instancia, la sistematicidad viene dada por la orientación de la propia institución, por lo que, desde esta perspectiva, la estructura y los

elementos de los sistemas de responsabilidad no se justifican de manera auto-referente, sino en virtud de una relación medio-fin o instrumental con la institución. Un juicio de responsabilidad estará justificado en este sentido si el contenido de los elementos dentro de la relación sistemática interna —i.e., la relación entre conducta, condiciones de aplicación y consecuencia normativa— es compatible con los fines y valores de la institución en su conjunto; en consecuencia, la justificación que proporciona esta relación sistemática es una “justificación externa de primer nivel” o “justificación del sistema”.

Por último, en el anclaje de la cadena de justificación están las razones últimas que justifican la existencia de sistemas de control social que condicionan su operación a la presencia de distintos conjuntos de hechos naturales (la relación causal entre dos hechos, la conducta y hecho antijurídico o el daño) e institucionales (por ejemplo, la existencia de una norma de conducta previas). Entre las razones de este tipo podemos encontrar, por ejemplo, la posibilidad y libertad realizar la autonomía individual; la protección de la integridad física ante la vulnerabilidad de la condición humana; el rechazo de transferencias no legítimas poder social; la importancia de modulación de los efectos de la suerte, etc. Es en esta última instancia, la justificación sistémica de segundo nivel, donde se justifica la adscripción de responsabilidades como “práctica social”.

En consecuencia, en virtud de que la sistematicidad externa de segundo nivel se refiere no a los fines institucionales de los sistemas de responsabilidad sino a los fines del derecho, la práctica de adscribir responsabilidades requiere una justificación que va más allá de los arreglos institucionales que sustentan los juicios —por ejemplo, la responsabilidad en los derechos penal o civil—, sino que requieren de justificación en los términos de una teoría normativa que respalde la normatividad del derecho en su conjunto. En particular, en el caso de la responsabilidad jurídica los distintas instituciones de responsabilidad jurídica (penal, civil, administrativa, etcétera) han de ser justificadas en función de la medida en la que puedan sostenerse fines y valores que justifiquen que el derecho, en tanto sistema de control social, opere a través de la imputación de responsabilidades, delineadas éstas, desde luego, por los perfiles institucionales. En tanto que, no sólo de la relación del concepto de responsabilidad sino de otros conceptos jurídicos fundamentales —como los de DEBER, sanción y DERECHO SUBJETIVO— tal justificación externa depende de la verificación de las condiciones de un derecho justificado, puede llamarse “sistematicidad externa de segundo nivel”, por lo que la justificación que provee, indirectamente, a los juicios de responsabilidad particulares, puede llamarse “justificación exter-

na de segundo nivel” o “justificación de las instituciones de la responsabilidad jurídica”.

A propósito de este nivel de justificación, me parece oportuno hacer una aclaración. Que la justificación última de los juicios de responsabilidad jurídica tenga un carácter no jurídico, no significa que los juicios de responsabilidad *jurídicos* tengan, por ejemplo, un carácter moral, o que deban coincidir en su contenido con juicios morales. La justificación de los juicios de responsabilidad jurídica tiene lugar *en* el derecho, y se fundamente en los fines y valores que el derecho como orden institucional está justificado a procurar. Es decir, si bien la justificación última de la práctica de imputar responsabilidades jurídicas necesariamente trasciende al derecho en tanto fundamento de los juicios de responsabilidad para ancarlo, digamos, en una justificación moral de la práctica jurídica de imputación de responsabilidades —basada, por ejemplo, en principios como los de autonomía o dignidad—, en tanto “instrumento jurídico” para la realización de tales fines y valores o, dicho en otros términos, en tanto “técnica” del derecho, el contenido y la forma de las instituciones de responsabilidad particulares no tienen por qué coincidir necesariamente con la formas y condiciones en las que resulte justificado imputar responsabilidades morales.

VI. LA APROXIMACIÓN SISTEMÁTICA Y LOS OBJETIVOS DE EXHAUSTIVIDAD, COHERENCIA Y GENERALIDAD DE LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD

Como hemos visto, en el segundo nivel de sistematicidad externa la relación sistemática entre el derecho y la noción de responsabilidad penetra en propia justificación última del derecho y, en consecuencia, los términos en que se plantee la justificación de los juicios de responsabilidad dependerán concepción del derecho que se acepte y, consecuentemente, la pertinencia de la descripción de los sistemas de responsabilidad dependerá de la concepción de ciencia jurídica de que comparta. Afortunadamente, creo que para exponer la idea que tengo respecto del tipo de coherencia que aporta este nivel de sistematicidad externa no tengo que defender una concepción del derecho, ni que estructurar una justificación ulterior de los “difusos” supuestos teóricos positivistas, normativistas e instrumentalistas que se traslucen de lo que hasta ahora he dicho. Para explicar el tipo de justificación que provee la sistematicidad externa de segundo nivel me valdré, a modo de ejemplo, de las argumentaciones de dos teóricos de la responsabilidad

imprescindibles, H.L.A. Hart y Tony Honoré, en relación con dos problemas recurrentes en la teoría jurídica respecto de la justificación de nuestras instituciones de responsabilidad.

Como espero que quede claro, aunque, a primera vista, las tesis de estos autores sobre la justificación de las instituciones aparecen dissociadas e, incluso, incompatibles, cuando son abordadas desde una misma concepción liberal del derecho compartida implícitamente por ambos, no sólo dan lugar a una explicación más rica de la fenomenología de la imputación de responsabilidades, sino también a una justificación más coherente de cada una de ellas y de la relación entre ambas.

En “Legal Responsibility and Excuses”,¹ con la intención de formular un argumento en contra del determinismo, Hart se pregunta por qué en los sistemas jurídicos desarrollados la responsabilidad ante cualquier ilícito penal grave depende, entre otras cosas, de la presencia de ciertas condiciones mentales; o, dicho en términos negativos, por qué la responsabilidad penal está condicionada por la posibilidad de aducir excusas. Su pregunta se dirige a la fundamentación de la institución de la responsabilidad penal tal y como la conocemos, y para contestar a ella apunta hacia una analogía entre la función que cumple la presencia de excusas dentro de la institución de la responsabilidad penal y la función que cumple las causas de nulidad respecto de otras instituciones jurídicas como los contratos, el matrimonio o las sociedades mercantiles. Para Hart, la analogía reside en que tanto las excusas como las condiciones de invalidez o nulidad son mecanismos de los que se vale el derecho para garantizar y promover el desarrollo de la autonomía individual, que se manifiesta en la relevancia jurídica elecciones de las personas. Desde esta perspectiva, Hart sostiene que si hiciéramos el experimento mental de imaginar un sistema penal en el que no hubiera la posibilidad de aducir excusas —esto es, un Derecho penal compuesto de sistemas de responsabilidad objetiva—, veríamos gravemente recortada la posibilidad que el derecho moderno nos brinda para poder prever con qué tipo de consecuencias nos veremos envueltos; en concreto, veríamos radicalmente mermada la libertad que supone un sistema que garantiza que ciertas consecuencias de lo que hacemos especialmente graves —por ejemplo, las penas— dependan deelijamos realizar o no realizar determinadas conductas. En este sentido, la institución de la responsabilidad penal que incluye como criterio de imputación la intención, y que, por tanto, incluye un espacio para las excusas, es semejante, aunque inversa, a la de ciertas

¹ Publicado originalmente en Hook, Sidney, *Determinism and Freedom*, New York University Press, 1958; recogido en Hart, H.L.A., *Punishment and Responsibility. Essays in Philosophy of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1988, pp. 28-53.

instituciones de responsabilidad dentro del derecho privado, como los contratos o el matrimonio, donde las condiciones de voluntariedad pueden verse como mecanismos para que las decisiones de los individuos penetren en el derecho, esto es, para que tengan consecuencias normativas traducidas en derechos y deberes. En esta línea, mientras que las condiciones de nulidad garantiza la libertad de tales elecciones, y por tanto, vinculan la legitimidad de las pretensiones de terceros al ejercicio de nuestra autonomía; en el caso de la institución de la responsabilidad penal, la condición de las excusas cumple la función de protegernos ante el poder público, haciendo que ciertas consecuencias particularmente onerosas dependan de la intencionalidad de nuestras acciones. Ambos mecanismos de exclusión de efectos normativos de la no intencionalidad-voluntad, la nulidad y la excusa, realizan funciones complementarias de maximización de la libertad de los individuos que se refleja en sus elecciones. En el primer caso, estos mecanismos garantizan la libre concurrencia de los individuos en el negocio jurídico, y en el segundo, que ciertas consecuencias graves sólo puedan tener lugar como resultado de sus elecciones, y no de la mala suerte o simplemente de la torpeza o estupidez

Por su parte, en “Responsibility and Luck”² Tony Honoré intenta formular una justificación de la responsabilidad objetiva en el marco su versión de la “responsabilidad por consecuencias” (*outcome-responsibility*). Para Honoré, la responsabilidad por consecuencias es el marco más amplio en el que podemos entender la responsabilidad como institución social. Esta tipo de responsabilidad consiste en asumir tanto las cosas buenas como los daños que a los que damos lugar. En este sentido, la responsabilidad por consecuencias tiene un carácter más general que la responsabilidad jurídica o moral, por lo que estas últimas serían clases de ese género. Para Honoré, la naturaleza de este marco general de imputación tiene un carácter premoral, en el sentido de que proviene de la propia naturaleza de las personas en cuanto agentes que, de hecho, eligen realizar distintas acciones que, por otro lado, determinan quiénes con y cómo son. Así, la responsabilidad por consecuencias resulta inseparable de nuestro estatus como personas, ya que dado que las consecuencias positivas y negativas de nuestras acciones constituyen nuestra propia identidad, nos permite ser quienes somos.

En el marco de la responsabilidad por consecuencias, un sistema general de responsabilidad objetiva se justifica en la medida en la gran mayoría

² Publicado originariamente en *The Law Quarterly Review*, vol. 104, 1988, pp. 530-553 (de donde se cita), y recogido en *Responsibility and Fault*, Hart Publishing, Oxford, 1999, 14-40.

de las elecciones de la gran mayoría de las personas reflejan, en su conjunto, sus capacidades de decisión y de acción. Honoré utiliza la metáfora de la apuesta, en el sentido en que cada vez que actuamos “apostamos” en favor de la consecuencia que prevemos; así, cuando acertamos se nos reconoce el mérito, y cuando nos equivocamos debemos cargar con las consecuencias. Ahora bien, la tesis de Honoré es que, en su conjunto, la gran mayoría de las personas somos ganadores netos. Por ello, si no reconociéramos este hecho, negaríamos la posibilidad afirmativa del desarrollo de la autonomía que supone ser los sujetos a quienes se nos imputa lo hacemos; en un contexto semejante, no existiría el reproche, pero tampoco el mérito.

Ahora bien, para que este sistema generalizado de responsabilidad objetiva propuesto por Honoré conserve su justificación, tiene que tener en cuenta el hecho de algunos sujetos tan limitados en sus capacidades de acción y decisión que, inevitablemente, serían perdedores consistentes. Estos individuos son responsables de lo que hacen, en la medida en que sus acciones tienen consecuencias, pero sería injusto imputarles ciertas consecuencias especialmente graves. Por ello, aunque las consecuencias determinan la presencia de la responsabilidad, elementos como la capacidad modulan las consecuencias de la responsabilidad. En esta línea de ideas, aunque el incapaz y el torpe son responsables de lo que hacen, su grado de responsabilidad no justifica cualquier tipo de consecuencia; podemos exigirles justificadamente que se disculpen o que reparen el daño causado, pero no castigarles. La intencionalidad (el criterio de culpa) o la capacidad objetiva para evitar un daño (en criterio de negligencia) modulan la fuerza de nuestra reacción, aunque no son constitutivos de la responsabilidad.

Como vemos, a primera vista, Hart, por un lado, y Honoré, por otro, parecen sostener —si bien en niveles de distintos abstracción— principios normativos incompatibles que, en el nivel de la sistematicidad externa de primer nivel, resaltarían las “tensiones” de la teoría de la responsabilidad a las que me refería en el primer inciso: Hart a favor de una institución de la responsabilidad penal en el que la intencionalidad opere como condición necesaria o *sine qua non* para la imputación de consecuencias normativas, y Honoré a favor de un sistema general de responsabilidad objetiva, en el que la imputación de consecuencias normativas depende de las consecuencias de nuestras acciones y no de la intención con las que las realizamos. Sin embargo, cuando vemos el contraste a la luz del papel del derecho en relación con el fin o valor de autonomía individual, las dos argumentaciones parecen encajar mejor, dando lugar una visión coherente de la responsabilidad *en* el derecho. Así, por un lado, podemos decir con Hart que, dada la importancia de que los individuos puedan prever y controlar las

consecuencias de sus conductas, la institución de la responsabilidad penal debe incluir el requisito de culpabilidad o, en otras palabras, que debe someterse a la posibilidad de aducir excusas. Y, al mismo tiempo, también podemos acordar con Honoré que, dada la importancia que tiene las consecuencias de nuestras elecciones para la conformación de nuestra identidad, un sistema general de responsabilidad objetiva no sólo es justificable, sino deseable pues, como el mismo señala, “To bear the risk of bad luck is inseparable from being a choosing person”.³

Aunque valdría la pena desarrollar extensamente las implicaciones de esta coincidencia —y, desde luego, mostrar sus eventuales incompatibilidades con el diseño particular de nuestras instituciones de responsabilidad—. Sin embargo, en el marco de este trabajo lo que me interesa señalar es que, cuando se analiza desde la perspectiva de su sistematicidad externa de segundo nivel, el alcance teórico y la capacidad justificativa de la argumentación de ambos autores gana en términos de una concepción más coherente de la responsabilidad jurídica. Estos dos ejemplos muestran importancia de la estrategia sistemática para la construcción teoría de la responsabilidad pues, como señalaba antes, a partir del reconocimiento de que la institución de la responsabilidad es un medio mediante el cual el valor de la autonomía se realiza en el derecho, podemos construir un concepto del responsabilidad que se tome en serio su carácter normativo *all the way down*.

VII. CONCLUSIÓN

Mi argumento en este trabajo recurriendo a las ideas de sistematicidad interna y sistematicidad externa de los arreglos institucionales que regulan la imputación de responsabilidades es posible reducir en alguna medida la tensión entre las pretensiones de exhaustividad y coherencia de la teoría de la responsabilidad. En concreto, creo que mediante este recurso es posible dar cuenta, de manera coherente y razonablemente exhaustiva, de los distintos significados del término “responsabilidad” y, lo que es más importante —y también más interesante desde el punto de vista teórico—, es posible plantear la posibilidad de una teoría “general” de la responsabilidad jurídica.

En lo que se refiere a esta última cuestión, creo que la doble aproximación sistemática permite realizar tres objetivos de la teoría de la responsabi-

³ *Op.cit.*, “Responsibility and Luck”, p. 553.

lidad. En primer lugar, permite dar una visión integradora de las dimensiones descriptiva y normativa de la teoría de la responsabilidad; es decir, además a aportar las herramientas conceptuales para el análisis de los sistemas de responsabilidad concretos —de las normas de conducta y de sus reglas de responsabilidad correspondientes—, así como de su funcionamiento, reproduce la dimensión plenamente la dimensión normativa del concepto, dando entrada a su función justificativa de la teoría. De este modo la aproximación propuesta reconcilia el hecho de que describir las condiciones en la que alguien es responsable supone también describir las condiciones en las que está justificado —respecto del sistema de referencia— imputar a esa persona las consecuencias previstas por una norma de conducta —dentro del sistema de referencia—. Es decir, la perspectiva propuesta permite dar cuenta tanto del punto de vista externo como del punto de vista interno a la práctica de la imputación de responsabilidades.

Por otro lado, la perspectiva sistemática en los dos niveles señalado no genera un recorte conceptual que, bien el expediente de la definiciones estipulativas bien por el del esencialismo, delimite el contenido de la teoría de la responsabilidad, dejando fuera del conjunto de fenómenos relevantes algunos que intuitivamente o autoritativamente le corresponden. En este sentido, aunque la aproximación sistemática no establece un conjunto de condiciones *sine qua non* para la aplicación del concepto, sí establece parámetros para dilucidar y justificar la aplicación del concepto en el marco de una práctica que consideramos racional y justificada en su conjunto. Así, por ejemplo, la inclusión o exclusión de condiciones de responsabilidad particulares y, por tanto, la amplitud o restricción del concepto, no depende de decisiones teóricas o pre-teóricas, sino de que la presencia de estas condiciones de imputación, por un lado, permita explicar mejor la práctica jurídica de la adscripción de responsabilidades y, por otro, sea coherente con los fines y valores del derecho como práctica social que tiene sentido.

VIII. BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

- HART, H.L.A., *Punishment and Responsibility. Essays in Philosophy of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1988
- HONORÉ, Tony, *Responsibility and Fault*, Hart Publishing, Oxford, 1999
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “El enunciando de responsabilidad”, *Doxa*, vol. 19, 1996.

- GOLDING, Martin, “Responsibility” en Edmunson, William y Golding, Martin, *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford: Blackwell, 1996.
- LARRAÑAGA, Pablo, *El concepto de responsabilidad*, México, Fontamara, 2000.
- PINCIONE, Guido, “Responsabilidad”, en Laporta, Francisco y Garzón Valdez, Ernesto, *Derecho y Justicia*, Madrid, Trotta, 1996.
- ZIMMERMAN, Michael J. “Responsibility”, *Encyclopaedia of Ethics*, Becker, L. C. y Becker, C.B., (eds.), Garland, Nueva York, 1992.

CAPÍTULO 41

LA CAUSALIDAD EN EL DERECHO

Tony HONORÉ*

SUMARIO: I. *Naturaleza y funciones de la causalidad.* II. *Causalidad y responsabilidad civil.* III. *Criterios para la existencia de conexiones causales en el derecho.* IV. *Bibliografía.*

Las preguntas básicas que se tratan en esta entrada son: (i) si y en qué medida la causalidad en el derecho es diferente de la causalidad fuera del ámbito del derecho, por ejemplo, en la ciencia o en la vida diaria; y (ii) cuáles son los criterios apropiados dentro del campo del derecho para decidir si una acción o evento ha causado otro evento (generalmente dañoso). La importancia de estas preguntas reside en la idea de que la responsabilidad en el derecho, muy a menudo, depende de mostrar que una acción específica, evento o estado de cosas ha causado un daño o pérdida específica a otro. ¿Son los criterios adoptados al decidir estos asuntos causales, objetivos y adecuadamente relacionados a la función de fijar la responsabilidad? Este artículo cubre la naturaleza y funciones de la causalidad, la relación entre la causalidad y la RESPONSABILIDAD jurídica, y los criterios de la existencia de las conexiones casuales en derecho. Los últimos tópicos son tratados en dos partes: ¿cuáles son las condiciones causalmente relevantes (causas de hecho) y cuáles son los límites para delimitar la responsabilidad (el requisito de la cláusula relevante)?

I. NATURALEZA Y FUNCIONES DE LA CAUSALIDAD

El derecho está íntimamente vinculado a la aplicación de ideas sobre causalidad, las cuales están presentes en el lenguaje de las leyes y decisiones

* Emeritus Regius Professor of Civil Law, Oxford University, Reino Unido. Publicado originalmente en inglés en *Stanford Encyclopaedia of Philosophy*. Trad. de Verónica Rodríguez Blanco.

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 2, pp. 1479-1499.

jurídicas. Sin embargo, una comprensión cabal de la causalidad en el derecho requiere, en primer lugar, una comprensión de la noción de causa fuera del ámbito del derecho. Así, autores tales como Hume, han dado una respuesta empírica a la noción de causalidad en general, mientras otros, tales como Kant, han dado respuestas de carácter metafísico. En segundo lugar, se requiere un análisis de cómo las nociones causales han de funcionar en diferentes contextos. Cuando se escrutina la noción a la luz de su aplicación, se puede identificar la causalidad como una herramienta para múltiples propósitos. Una función clave es predecir lo que se avecina, así como también la identificación de las etapas y si ciertas condiciones están presentes. Bajo esta perspectiva, la noción de causa se asocia a un proceso. Otra función es la del análisis retrospectivo y explicatorio: el de mostrar qué condiciones son las más satisfactorias para la explicación de un evento o estado de cosas ya sucedido. La tercera función es atributiva: fijar la extensión de responsabilidad que los agentes poseen por el resultado de sus acciones o por su intervención en el mundo.

Si seguimos la línea predictiva, el énfasis es en la idea de causa como una totalidad compleja de condiciones requeridas, si se desea que cierto resultado o efecto se obtenga (J.S. Mill). Esto implica un examen de lo que ocurre cuando ciertas condiciones están presentes, aún para los casos en que la aplicación sea específica. Por el contrario, si se sigue la línea explicatoria, el corazón de la cuestión consiste en seleccionar de la compleja totalidad, las condiciones particulares, o las condiciones que mejor explican el fenómeno ocurrido o resultado obtenido. El fin puede ser explicar una clase de eventos o un fenómeno particular. De manera similar, la línea atributiva, también busca una selección, sin embargo, desde un punto de vista muy diferente. Se busca más bien atribuir responsabilidad al agente por su contribución e impacto en el mundo. De esta manera, el objetivo es establecer la extensión de responsabilidad que una acción humana específica u otro evento, o estado de cosas posee. En este último caso, la noción de responsabilidad se usa metafóricamente (por ejemplo, el comienzo de una guerra, alto desempleo).

En el campo del derecho las líneas explicatorias y atributivas de la responsabilidad son las más centrales y se presentan frecuentemente entrelazadas. La investigación jurídica busca indagar cómo un estado de cosas se produjo, especialmente un evento sorpresivo como la muerte, o un estado de cosas como la insolvencia. Pero la línea atributiva es, ciertamente, la más significativa e importante. Si alguien es responsable frente al derecho, bien sea porque es sometido a una pena punitiva o compensatoria, depen-

de usualmente de si la persona potencialmente responsable ha causado el respectivo daño, el cual se le es atribuido de conformidad con la ley y el cual se busca evitar a través de la promulgación de la respectiva ley. Por ejemplo, todos los sistemas jurídicos consideran una ofensa más grave el causar un daño que el intentar causarlo. Así, todos los sistemas de derecho le atribuyen culpa por homicidio a una persona si ésta ha causado la muerte de su víctima, en oposición a simplemente intento de homicidio. Representa un daño civil causar un daño físico a una persona por negligencia al conducir un vehículo, pero la acción judicial queda prohibida, o en ciertos casos reducida, si la conducta negligente de la víctima ha sido también causa del daño. Las compañías aseguradoras están obligadas a pagar por pérdidas causadas por un evento tal y como es definido en la póliza aseguradora, tal como incendio o inundaciones, pero están exentos de tal responsabilidad si la causa de la pérdida no es parte de los eventos contemplados en la póliza.

La atribución de responsabilidad fundamentada en razones causales no se reduce al derecho. Historiadores y moralistas, por ejemplo, evalúan la responsabilidad de los agentes por los resultados, bien sean políticos, sociales, económicos y militares, de sus acciones u omisiones. A diferencia del énfasis otorgado en el ámbito del derecho, historiadores y moralistas se concentran en la responsabilidad por resultados beneficiosos y perjudiciales. Algunos escritores como Michael Moore,¹ proponen una teoría general de la causalidad en relación con la responsabilidad. Pero mientras historiadores buscan evaluar el resultado de la conducta del agente por un período de tiempo o aún durante toda una vida, el derecho se centra en resultados perjudiciales causados por acciones particulares. Del uso de la noción de causa por historiadores, moralistas y abogados emerge la pregunta, formulada por Collingwood, de si la atribución de responsabilidad requiere una concepción de causa diferente a la usualmente utilizada para la predicción o la explicación. Este problema adquiere un puesto central en la teoría jurídica de la causalidad.

II. CAUSALIDAD Y RESPONSABILIDAD CIVIL

Cuando las reglas jurídicas que atribuyen responsabilidad por daño son formuladas en leyes, regulaciones y decisiones judiciales, el término “causa”

¹ Moore, Michael, *Causation and Responsibility. An Essay in Law, Morals and Metaphysics*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

es usualmente utilizado. Sin embargo, la idea de que hay un nexo causal entre la acción del agente y el daño es implícita aún cuando la palabra “causa” no aparezca en el texto a analizar. Esto se hace evidente, por ejemplo, en el uso de verbos como “daño”, los cuales implican una relación causal entre el agente y el daño causado. En el contexto jurídico, el espectro posible de la acción humana no se limita a la conducta, sino que puede extenderse a la acción dañina de personas jurídicas, animales, objetos inanimados como vehículos y fuerzas de la naturaleza como un incendio. En todas estas instancias, el uso de la noción de causa se sitúa en el corazón de ambos, la investigación jurídica y la noción de responsabilidad, pues para establecer responsabilidad ha de demostrarse que el daño fue producido por el agente, el cual el derecho trata como la base potencial de la existencia o extensión de la responsabilidad.

No obstante, la relación entre la causalidad de un daño y la responsabilidad jurídica es muy compleja. Las complejidades se presentan en el ámbito de la *incidencia* de la responsabilidad, de los *fundamentos* de la responsabilidad, de las *entidades* entre las cuales el nexo causal ha de ser demostrado, y la *variedad* de las relaciones que en un sentido pueden analizarse como causales. En lo que respecta a la *incidencia* de la responsabilidad, en el ámbito del derecho las causas relevantes pueden ser la conducta animal o humana, eventos o procesos naturales. No obstante, la *responsabilidad legal* como tal en el derecho contemporáneo, sólo se adjudica a las personas naturales o jurídicas tales como Estados, corporaciones y otras instituciones a las cuales el derecho le atribuye personalidad jurídica.

Con respecto a los *fundamentos* de la responsabilidad, es importante tener claro que no es condición necesaria ni suficiente para los efectos de la *responsabilidad legal* que una persona cause un daño o pérdida a otro (el término “daño” se utilizará para ambos casos en la presente entrada). No es una condición necesaria por dos razones. Primeramente, en el contexto legal, las personas pueden llegar a ser responsables por daño causado por otras personas (v.g. en el ámbito de la responsabilidad laboral donde el empleador es responsable por el daño causado por el empleado o trabajador), animales (v.g. el daño causado por la mordida de un perro), objetos inanimados (v.g. el daño causado por el colapso de un edificio o el impacto a vehículos) o procesos (v.g. incendios, deslizamientos o derrumbamientos). En estas instancias, el fundamento de la responsabilidad es desde el punto de vista de la persona a quien se le atribuye la responsabilidad. Así, no es el caso que ella es la causa del daño, sino que ella es la que es responsable por el riesgo que representa otra persona, animal o proceso que ha causado

el respectivo daño. El riesgo puede ser asumido de manera voluntaria, como en el caso de contratos con aseguradoras, o puede ser impuesto por la ley, como es el caso de la responsabilidad laboral del empleador por sus empleados y trabajadores durante el ejercicio de sus funciones. El derecho, así, se involucra en una distribución del riesgo social. La responsabilidad de la persona que debe cargar con el riesgo puede ser adicional o alternativa a la responsabilidad de la persona que causa el daño en cuestión. Así, si un empleador es responsable por el daño causado por sus empleados a otras personas, el empleado puede ser o no legalmente responsable por el respectivo daño. Por lo tanto, en el ámbito del derecho, los fundamentos de responsabilidad por daño son entonces los siguientes: (i) la responsabilidad personal del agente que ha causado un daño (ii) la responsabilidad que emerge porque la persona ha de cargar con el riesgo y ha de responder por el daño subsecuente frente a la ley.

La segunda razón por la cual el simple nexo causal entre el daño y el agente no es una condición necesaria para la responsabilidad jurídica, es que existen múltiples contextos en el que una persona es civil o criminalmente responsable, independientemente del hecho de si el daño ha sido causado o no por la persona a quien se le atribuye la responsabilidad. Así, en el derecho anglo-americano, la persona que traspasa una propiedad privada, vg. un terreno o vivienda, o la persona que rompe un contrato, puede ser civilmente responsable. De la misma manera, quien posee de manera ilegal un arma de fuego, puede ser responsable desde el punto de vista del derecho, a pesar de que ningún daño tangible se ha causado a persona alguna. Por lo tanto, tanto fuera del ámbito del derecho como respecto al mismo, muchas acciones son consideradas perjudiciales independientemente del daño causado y el nexo de causalidad eventualmente existente. Más aún, la imposición de sanciones tanto en el ámbito del derecho civil como en el derecho penal, no necesariamente guardan una relación con el daño causado por la conducta a quien se le impone la sanción.

El causar daño tampoco es una condición suficiente para la RESPONSABILIDAD jurídica, ni siquiera para quienes argumentan que los agentes tienen responsabilidad de carácter estricto (sin análisis de la culpa) por el daño causado (como se observa en la obra temprana de Epstein).² Para que una persona sea responsable jurídicamente por causar un daño a otro se requiere, aparte de ciertas condiciones relacionadas con la jurisdicción, procedimiento y prueba, que la conducta sea de un tipo tal que el derecho

² Epstein, Richard A., "A Theory of Strict Liability", *Journal of Legal Studies*, vol. 2, 1973, pp. 151-204.

la catalogue como ilegal (por ejemplo, conducir un vehículo negligentemente) o una fuente potencial de responsabilidad (por ejemplo, poseer un animal peligroso). También se requiere que el fin de la ley sea cubrir el tipo de daño por el cual se busca un remedio o compensación. Así, en algunos contextos, sólo el daño físico, pero no el daño moral, ni el económico, constituyen un fundamento para el remedio o la compensación judicial. Más aún, consideraciones relativas a la moral no han de descartar la posible responsabilidad. Por ejemplo, como sería el caso de un ladrón que buscara compensación por una herida sufrida como resultado de romper una ventana a fin de entrar en la propiedad de la víctima de su robo.

También existe un problema adicional con respecto a las *entidades* entre las cuales existe la conexión causal. El derecho se concentra en eventos particulares. ¿Qué ha causado el evento, proceso, o estado de cosas; ha sido acaso otro evento, proceso o estado de cosas? El nexo que ha de establecerse en el procedimiento judicial entre los distintos eventos es de un tipo muy especial. La conducta de la persona o un evento natural, o proceso, siempre pueden ser descritos de manera diversa, pero sólo ciertas descripciones de la causa alegada son cruciales para el procedimiento judicial. Por ejemplo, si una demanda legal por compensación de daños es introducida en contra de un conductor de un vehículo, cuya conducta ha sido negligente, y ha causado heridas al demandante, solo la descripción de su manera de conducir su vehículo de manera negligente es capaz de constituir una causa relevante. Así la siguiente descripción es relevante: “El día 5 de Marzo a las 5:00 pm Pedro Pérez conducía su vehículo a 95 kilómetros por hora en una zona muy poblada” mientras que la siguiente descripción no la es: “Pedro Pérez conducía un Mercedes Benz”. No obstante, ambas descripciones caracterizan correctamente la acción de Pedro Pérez al conducir su vehículo en la ocasión en cuestión. En el contexto legal, por lo tanto, la conexión establecida debe enmarcarse dentro de los términos de aspectos particulares de los respectivos eventos. El demandante en una acción civil comúnmente esgrimiría, por ejemplo, que el hecho de que Pedro Pérez conducía a 95 kilómetros por hora en una zona muy poblada, causó la colisión que causó a la víctima la fractura de una pierna. Aún cuando sea controversial aseverar que la conexión causal ha de concebirse en términos de dos eventos o hechos,³ en el derecho, tanto eventos como hechos, son relevantes. Los eventos deben ser identificados en términos del tiempo, lugar y personas

³ Donald Davidson, “Causal Relations”, *Essays on Actions and Events*, Oxford, Clarendon Press, 1980.

implicadas, pero el aspecto de los eventos entre los cuales el nexo causal ha de ser demostrado, ha de ser especificado de tal manera que pueda subsumirse bajo las categorías legales, tales como la negligencia y el daño físico.

De la misma forma, la relación entre el daño causado y la responsabilidad jurídica es bastante compleja debido a la gran variedad de relaciones entre el agente y el daño que ha sido causado, que en ocasiones puede considerarse causal o análogo a una relación causal. Una omisión de prevenir un daño cuando la persona posee un deber jurídico de prevenir tal daño, puede ser el fundamento de la responsabilidad legal, pero comúnmente es caracterizado como “carencia de prevención” en lugar de causa de un daño. Así, la responsabilidad legal es usualmente impuesta, en el contexto de las relaciones interpersonales, sobre aquellos que influyen a otros a través bien sea de un consejo, ánimo, ayuda, proveyendo las condiciones para la acción, forzando, engañando, desinformando u otorgando oportunidades para que otros se motiven o provean las condiciones que sean perjudiciales, bien sea para ellos mismos o para otros. La idea de que la complicidad en las acciones de otra persona puede ser caracterizada como causal o algo semejante, ha sido negada por algunos autores⁴ mientras que otros autores han establecido la plausibilidad de tal caracterización.⁵ En algunos casos (por ejemplo, casos de coerción y engaño) se dice de las personas a quienes se les atribuye la responsabilidad, que son la causa de que la persona influenciada actúe de la manera como actuó; mientras que en otras ocasiones se dice que no son la causa, a pesar de que las relaciones interpersonales en algún respecto es análoga a una relación meramente causal. El no ayudar o no proveer de oportunidades a otros a través del consejo, la notificación de alerta, la información o rescate, u otorgarles bienes y servicios, son otros fundamentos de la responsabilidad de carácter negativo de la acción que, una vez más, son análogos a las relaciones causales. A partir de la existencia de este espectro tan grande de fundamentos causales y quasi-causales de la responsabilidad jurídica y moral, emerge así la duda sobre la posibilidad de una teoría uniforme que pueda explicar tales caracterizaciones.

⁴ Moore, Michael, *op. cit.*, nota 2.

⁵ Gardner, John, “Moore on Complicity and Causality”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 156, 2008, pp. 432–443.

III. CRITERIOS PARA LA EXISTENCIA DE CONEXIONES CAUSALES EN EL DERECHO

Las teorías sobre los criterios para la existencia de las conexiones causales se dividen en dos clases. Algunas se centran en el tipo de condición que la causa alegada ha de constituir en relación a la consecuencia alegada. Otras se centran en la característica específica que la causa ha de poseer en relación con la consecuencia para que la conexión causal se produzca. La primera clase de teorías se focaliza en la identificación de las condiciones relevantes causales del resultado, o en el lenguaje de la causalidad minimalista, “la causa de hecho”. ¿Ha de ser la causa una condición necesaria, una condición suficiente o un miembro necesario de un conjunto de condiciones, las cuales en su totalidad son suficientes para la obtención del resultado? En el derecho estos términos, los cuales han sido muy discutidos en la literatura filosófica, son interpretados como “necesarios y suficientes en las circunstancias particulares y específicas”. La investigación será, por ejemplo, sobre cuáles son las condiciones necesarias o suficientes para causar la muerte de una persona determinada en una ocasión dada, en oposición a las condiciones necesarias y suficientes de la muerte de una persona.

El segundo tipo de teoría se focaliza en los criterios para la determinación de los límites de la responsabilidad jurídica por causa de un daño. Aún suponiendo que la causa alegada constituya la condición adecuada para la obtención del resultado (por ejemplo, una condición necesaria), la responsabilidad no se puede extender ilimitadamente. No puede atribuírsele responsabilidad a un médico por la muerte de una persona cuyo crimen ha sido cometido por un niño, que ha nacido por la falla del susodicho médico al prescribirle a la madre un anticonceptivo ineficaz. Algunas consecuencias son demasiado remotas. ¿Pero cómo han de establecerse los criterios apropiados para limitar las consecuencias remotas?

Para muchos juristas y teóricos, y en muchos contextos legales, un único criterio es suficiente. Ha de recordarse, sin embargo, que la búsqueda de un criterio único surge como respuesta a la doctrina jurídica. La misma requiere que todos los factores limitantes se subsuman bajo un único concepto, tales como “la causa próxima” o “la causa adecuada”, a pesar de que, bajo tales expresiones, se escondan distintas razones para imponer límites a la extensión de la responsabilidad. Un número de expresiones son usadas para describir el único factor limitante, en particular la causa

“próxima” (adecuada, directa, efectiva, operativa, legal, responsable; en contraste con causas “remotas, indirectas o legalmente inoperativas”).

Algunos teóricos (por ejemplo, Leon Green⁶ y otros a partir de 1920 hasta Wright⁷ y Stapleton⁸ hoy en día) sostienen que sólo el problema de la condición relevante de la causalidad o “la causa como hecho” es genuinamente causal. Sólo la misma es objeto de preguntas sobre la objetividad y validez científica.⁹ Aún este aspecto ha sido cuestionado por Malone,¹⁰ quien ha argumentado a favor de incorporar consideraciones normativas en las reglas de prueba sobre la causalidad de hecho en el derecho civil. Estas consideraciones normativas se concentran, sin embargo, más en las reglas sobre la prueba jurídica, que en el objeto de la prueba. El segundo tipo de teorías se centran en preguntas sobre la responsabilidad, que desde la perspectiva de los causalistas minimalistas, es más conveniente tratar directamente, que tratar sobre la base de una relación causal entre el agente y el daño. Una manera de desarrollar esta idea es preguntarse ¿cuál es la manera más justa de distribuir el riesgo social? Otra manera sería atribuir responsabilidad, especialmente en el derecho civil, a la persona que está en la mejor posición para evitar de manera efectiva pérdidas económicas.¹¹ En la práctica, legisladores y jueces raramente abandonan la terminología tradicional causalista cuando se discuten los aspectos de la limitación de la causalidad, pero la propuesta de eliminar tal terminología se ha sugerido repetida y enfáticamente.

⁶ Green, Leon, *Rationale of Proximate Cause*, Kansas City: Vernon Law Book Company, 1927.

⁷ Wright, W. Richard, “Causation in Tort law”, *California Law Review*, vol. 73, 1985, pp. 1737–1828; “Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts”, *Iowa Law Review*, vol. 73, 1988, pp. 1001–1077; “Once More into the Bramble Bush: Duty, Causal Contribution and the extent of Legal Responsibility”, *Vanderbilt Law Review*, vol. 54, 2001, pp. 1071–1132; “The NESS account of Natural Causation: a Response to Criticisms”: *Perspectives on Causation*, Oxford, Hart Publishing, 2001.

⁸ Stapleton, Jane, “Law, Causation and Common Sense”, *Oxford J. Legal Studies*, 8 (1988), pp. 111–131; “Legal cause: Cause-in-Fact and the Scope of Liability for Consequences”, *Vanderbilt Law Review*, 54 (2001), pp. 941–000; “Unpacking Causation”, in *Relating to Responsibility*, P. Cane & J. Gardner (eds.), Oxford, Hart Publishing, 2001, pp. 145–185; “Choosing what we mean by “Causation” in the Law”, *Missouri Law Review*, vol. 73, 2008, pp. 433–480.

⁹ Becht, A.C., y F.W. Millar, *The Test of factual Causation in Negligence and Strict Liability*, St. Louis, Committee on Publications - Washington University, 1961.

¹⁰ Malone, W.S., “Ruminations on Cause-in-fact” *Stanford Law Review*, vol. 9, 1956–7, pp. 60–99.

¹¹ Posner, Richard A., “A Theory of Negligence”, *Journal of Legal Studies*, vol. 1, 1972, pp. 29–96.

1. *Las condiciones relevantes de la causalidad: “la causa de hecho”*

¿Qué tipo de condiciones ha de atribuírsele al agente para que su acción o intervención cuente como causal? Las opiniones están divididas entre aquellos para quienes la acción ha de ser necesaria en las circunstancias para la obtención del resultado (una condición “*sine qua non*”), y entre aquellos para quien la acción forma una parte necesaria de un complejo de condiciones suficientes para la obtención del resultado (una condición NESS), y finalmente entre aquellos quienes describen la conexión necesaria de manera más cuantitativa o escalar al requerir que la acción sea “un factor sustancial” o represente “una contribución” al resultado.

La teoría “*sine qua non*”, la cual posee muchos adherentes, incluyendo a Mackie,¹² tiene la ventaja heurística de que es una manera simple y confiable de desechar la existencia de conexiones causales entre el agente y el daño. Así, la pregunta central es si el daño, en las circunstancias específicas, hubiese ocurrido si el agente no hubiera estado presente. Si el daño hubiese ocurrido de todas maneras, entonces se dice que probablemente el agente no es ni la causa, ni una de las causas del daño. Si el daño no hubiese ocurrido bajo la ausencia del agente, entonces se dice que el agente es la condición causal relevante o, si nos adherimos al minimalismo causal, la causa de hecho del daño.

Sin embargo, existen casos en los que la reconciliación entre este test “*sine-qua non*” y nuestros juicios intuitivos relativos a la responsabilidad es difícil. Así, encontramos dos tipos de casos, aquellos en los que la causa está sobredeterminada, y donde la causa es coadjunta a otra causa y ambas determinan el resultado. Por ejemplo, si dos cazadores independientemente, pero simultáneamente disparan y matan a una tercera persona; o dos contratistas independientemente fallan en enviar a tiempo materiales esenciales para la construcción de un edificio. Es clara la intuición de que cada uno ha de ser responsable, bien sea por la muerte de la persona, o por el retraso en finalizar la obra de construcción. No obstante, al aplicar el test de la condición “*sine-qua-non*” el resultado es que ninguna persona causó el daño. Reitero, en el caso de las relaciones interpersonales, es usual que el consejo, etc. sea considerado como una contribución a la decisión de la persona sin necesidad de demostrar que la persona no hubiese actuado como actuó por no ser por el consejo recibido. Muchas razones son con-

¹² Mackie, John L., *The Cement of the Universe. A study of Causation*, Oxford, Clarendon Press, 1974, 1980.

templadas cuando tomamos decisiones. En algunas ocasiones, no es posible tener certeza de que en la ausencia de una de tales influencias la persona no hubiese actuado de manera diferente. Sólo sabemos que para que la persona tome la decisión respectiva, las razones que se han tomado en cuenta estuvieron presentes al mismo tiempo, y de manera suficiente, indujeron a la persona a hacer lo que hizo.

Como respuesta a estas objeciones, Mackie argumenta que en todos estos casos, los agentes individual o conjuntamente son suficientes como la causa que produce el resultado. Pero en el ámbito jurídico, esta respuesta no resuelve la diatriba, a menos que los agentes actúen concretamente, porque en el derecho la responsabilidad de cada agente ha de establecerse independientemente. Esto puede llevarse a cabo bien sea apelando a nociones intuitivas de la responsabilidad, o a través de un fundamento alternativo de la responsabilidad basado en la noción de riesgo. Bajo la perspectiva de esta última alternativa, el agente que provee una condición independiente o suficiente de manera conjunta del daño, ha de cargar con el riesgo que representa el daño, aún cuando el daño se hubiese producido en cualquier circunstancia e independientemente de las causas.

Aquellos que rechazan el test “*sine-qua-non*” (por ejemplo Hart y Honoré,¹³ Wright¹⁴) han apelado a una teoría basada en la noción de conjunto de condiciones mancomunadas y suficientes tal y como es defendida por J.S Mill. Dicha teoría también toma elementos de la noción de Mackie, en el contexto de las generalizaciones causales, de las condiciones insuficientes, pero parte no redundante de condiciones innecesarias pero suficientes (INUS).¹⁵ Estos autores se adhieren a la idea de que en una situación específica, una condición causal relevante es un elemento necesario de un conjunto de condiciones mancomunadas y suficientes para que el daño se produzca. Por ello, el término de Wright, la condición NESS (una condición necesaria de un conjunto suficiente) es actualmente usado, siendo una condición NESS una instancia específica de la condición INUS. Los teóricos que apoyan la propuesta NESS, por lo tanto, apelan a la idea de que vínculos causales particulares son instancias de generalizaciones sobre la manera cómo los eventos están conectados. Argumentan que para evaluar si un determinado resultado hubiese ocurrido en ausencia de un agente en cuestión, es necesario hacer un cálculo contrafáctico, el cual sólo puede llevarse a cabo sobre las bases de tales generalizaciones.

¹³ Hart, H.L.A., y Tony Honoré, *Causation in the Law*, 2a. ed., Oxford, Clarendon, 1985.

¹⁴ Wright, W. R., *op. cit.*, nota 8.

¹⁵ Esta es la forma abreviada en inglés.

Aquellos teóricos que rechazan la teoría NESS o bien, aseveran que el juicio causal singular no depende de generalizaciones o bien, apuntan a hechos sobre los cuales generalizaciones confiables del tipo presupuesto por la teoría están prácticamente confinados a procesos inorgánicos físicos. Los procesos orgánicos como los implicados en el desarrollo de enfermedades, y aún más en las decisiones que toman los seres humanos, no se conforman a patrones pre-establecidos. De esta manera, la teoría NESS posee un ámbito de aplicación limitada.

Algunos teóricos que consideran las teorías NESS, como la teoría de la condiciones “*sine-qua-non*”, deficientes, prefieren una aproximación escalar o cuantitativa, de conformidad con la cual un agente puede o bien estar involucrado en el resultado¹⁶ o contribuir al resultado¹⁷ dentro de una escala o espectro. Tales teóricos argumentan que el agente ha de ser un factor sustancial en el resultado dañino, para que constituya una causal legal del daño. Esta manera de tratar el problema es especialmente atractiva cuando hay un cierto número de procesos (por ejemplo, varios incendios o factores contaminantes) que se fusionan para producir el daño. Así mismo, permite la elaboración de distinciones de conformidad con la medida en que la condición ha sido una contribución al proceso particular del resultado. De la misma manera, esta aproximación escalar se ajusta a la regla de que en la mayoría de los contextos legales, el agente, para que sea responsable por la totalidad del daño que ha resultado, necesita tan sólo demostrar que tal condición es sólo una de las causas del daño, y no la única causa. La crítica que se le puede formular a esta aproximación es que la misma presupone una comprensión independiente de las causas como condiciones necesarias y/o suficientes en relación con sus consecuencias.

En el orden jurídico, emergen problemas difíciles, con respecto a los casos de sobredeterminación, usualmente referidos como “causa adelantada” o “causa anticipada”. Supóngase que una dosis letal de veneno es dado a una víctima la cual está herida de gravedad antes de que el veneno comience su efecto mortal. La causa posterior o que adelanta a una anterior, va a ser la causa de la muerte. ¿Cuál es la condición que ha de adelantar a otra? Esto es, en ocasiones, sujeto de controversia, pero está claro que en la evaluación, atención se va a prestar a la etapas y al proceso mismo a través del cual las causas alegadas llevaron al resultado dañino.

¹⁶ Stapleton, J., *op. cit.*, nota 9.

¹⁷ Moore, M., *op. cit.*, nota 2.

Para resumir, la idea de que la responsabilidad ha de depender de un agente cambiando el curso de los eventos apunta al test de la condición “*sine qua non*”. La función de la causa en relación con las recetas ya conocidas y las predicciones nos apuntan hacia la teoría NESS. El fenómeno de las múltiples causas nos apunta hacia la teoría cuantitativa o escalar. Pero cualquier teoría que favorezcamos, debemos aplicarla de conformidad con los compromisos del derecho en relación a la vindicación de los derechos y el aseguramiento de una distribución justa del riesgo.

2. *La causa próxima*

Bajo esta categoría doctrinal del derecho anglosajón, se ubican todas las teorías sobre las cualidades específicas que un agente debe poseer en relación con los resultados para poder ser calificado como causa. Sin embargo, otros términos pueden ser encontrados en la literatura (por ejemplo, causa adecuada, directa, eficiente, operativa, legal, responsable). Estas teorías son invocadas porque toda condición causalmente relevante (causa de hecho) es tratada como fundamento de la responsabilidad para los resultados en los cuales la causa relevante se extendería indefinidamente (este escenario alarmante estaría, sin embargo, sometido a requerimientos legales independientes tales como prueba, tipo de daño y el lapso de tiempo de la demanda). Las teorías en cuestión, por lo tanto, implican razones para la limitación de la extensión de la responsabilidad legal. Las razones aducidas para limitar la responsabilidad son, no obstante, tratadas de manera diferente por los diversos teóricos. Los causalistas minimalistas tratan todas estas teorías como no causales, en el sentido en que las mismas implican fundamentos de política judicial diferente a las políticas de atribuir responsabilidad por el daño que ha causado por su acción o intervención. Otros teóricos tratan los factores limitantes como causales y otros como no-causales. Está más allá de cualquier disputa, que por lo menos dos factores no-causales limitan la extensión de la responsabilidad legal. Uno, es el alcance y el propósito de la regla de derecho en cuestión. Ninguna regla tiene como fin proveer un remedio para cualquier tipo concebible de daño o pérdida. Otro aspecto, es la aspiración que posee el derecho de obtener resultados que sean moralmente intachables. Este factor elimina la posibilidad de ciertas demandas que carecerían de equidad hacia el demandante o injustas hacia el agente. Ha de enfatizarse que los fundamentos para la limitación de la responsabilidad no necesariamente son los mismos en cada rama del derecho. En particular, mientras mayor sea el peso que se le da a consideraciones de distribución del riesgo, lo más probable es que diferentes límites sean los apropiados en, por ejemplo, el derecho penal, civil o público.

3. *Los alegados fundamentos causales de limitación*

Algunos teóricos rechazan el minimalismo causalista, el cual implica una noción restrictiva de causa, la cual no sería común en contextos fuera del derecho. Estos autores proponen fundamentos de limitación que reflejan los juicios causales que se realizarían fuera del ámbito del derecho. Ellos pretenden establecer que tales fundamentos tienen su base en el lenguaje ordinario¹⁸ o en la metafísica de la causalidad.¹⁹ Los fundamentos centrales serían: (i) cuando una intervención posterior de cierto tipo es una condición del resultado dañino, (ii) cuando el agente no ha incrementado sustancialmente la probabilidad del resultado dañino que resulta posteriormente y (iii) cuando el nexo causal implica una serie de pasos y finalmente se desvanece de tal manera que el resultado se conecta sólo remotamente con la alegada causa. Estos teóricos argumentan que en tales casos el agente, a pesar de ser una causa relevante, no fue la causa del resultado.

La idea de que la responsabilidad está excluida cuando el daño en cuestión está condicionado por una intervención posterior, se expresa usualmente diciendo que la causa que interviene posteriormente rompe el nexo de causalidad entre el agente y el daño. Estos “rompimientos” no son concebidos como discontinuidades físicas en el curso de los eventos. La metáfora deriva más bien del hecho de que en el contexto explicativo una causa puede ser considerada como una intervención en el curso normal de los eventos. Las explicaciones más persuasivas de un resultado son las que apuntan a la condición que es anormal o inesperada en el contexto, o a la acción deliberada que intenta producir un cierto resultado. Una acción de este tipo ha sido descrita como voluntaria en un sentido amplio, en el sentido aristotélico, un uso que ha atraído críticas. Si estos criterios se aplican en los contextos distributivos, un agente no va a considerarse como la causa de un resultado cuando tal resultado pueda ser explicado por una acción anormal posterior o un conjunto de eventos, o la intervención deliberada a fin de producir un efecto. Un evento posterior de este tipo, en contraste con un estado de cosas (por ejemplo la falta de fortitud o predisposición de la víctima) existente al tiempo de la causa alegada. Esta última, a pesar de ser extraordinaria, no precluye la atribución del resultado al cual a contribuido la causa alegada. En la práctica esta noción se usa ampliamente tanto en el

¹⁸ Hart y Honoré, *op. cit.*, nota 14.

¹⁹ Moore, M., *op. cit.*, nota 2.

derecho civil y, como Kadish²⁰ lo ha demostrado, en el derecho penal. El uso de tales criterios de intervención en los sistemas jurídicos derivan del sentido común y son coherentes con el tratamiento de la problemática causal en el derecho como preguntas de hecho. De la misma manera, tal perspectiva se fundamenta en la idea de que atribuir a los seres humanos un limitado ámbito de resultados, independientemente de si la acción ha sido exitosa o ha fallado, cultiva un sentido de la identidad personal que se perdería si la atribución de los agentes no se limitara de esta manera.²¹ Si no existiera tal factor limitativo, tendríamos entonces que compartir nuestros triunfos y fallas en nuestras acciones con otros. Se dijera que si no fuera por las acciones de otros, lo que hoy en día consideramos “nuestro” quehacer exitoso y fallas en nuestras acciones, no hubiesen ocurrido. Por ejemplo, el éxito de un estudiante en un examen sería *igualmente* el éxito de aquellos que hicieron posible el éxito del estudiante (padres, maestros, doctores, benefactores, novios o novias). El éxito no pertenecería al estudiante.

La crítica a esta noción de intervención posterior toma dos formas. Primeramente, los criterios establecidos son excesivamente vagos para gobernar las decisiones en casos controversiales. Sus aplicaciones no presentan preguntas de carácter fáctico, ni siquiera preguntas que la sociedad consideraría como fácticas,²² pero más bien decisiones, a veces controversiales, que imponen o restringen la responsabilidad. Supóngase que un conductor de motocicleta negligentemente hiere a un peatón, el mismo es llevado inmediatamente al hospital y es tratado médicamente de manera equivocada por la herida sufrida. En lugar de preguntar si el tratamiento médico fue tan anormal que no puede ser tomado como una consecuencia de la negligencia del conductor de motocicleta, sería mejor, dicen los críticos, preguntar si el riesgo del tratamiento médico equivocado ha de ser asignado exclusivamente a las autoridades del hospital. En segundo lugar, aún cuando los criterios sugeridos para seleccionar ciertas condiciones como causas puedan ser acertados en la esfera de la explicación, los mismos no son necesarios para la atribución de la responsabilidad. No hay una razón que justifique la transición del marco explicativo al contexto atributivo de responsabilidad. Esta transición puede resultar en atribuir a una persona

²⁰ Kadish, Sanford, “Causation and Complicity: A Study in the Interpretation of Doctrine”, *California Law Review*, vol. 73, 1985, pp. 323–410.

²¹ Kadish, Sanford, “A Theory of Complicity”, *Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H.L.A. Hart*, Ruth Gavison (ed.), Oxford, Clarendon Press, 1987, pp. 287–303.

²² Lucy, William, “Conduct and Causation”, *Philosophy of Private Law*, Oxford, Clarendon Press, 2007, cap. 6.

culpabilidad por pérdidas exorbitantes cuando la misma sólo se ha descuidado momentáneamente al ejercer la acción.²³

Otra noción limitante que ha sido considerada como causa es la probabilidad. De conformidad con la teoría adecuada de la causa, argumentada por el fisiólogo Von Kries en 1886, y desarrollada más sistemáticamente por Träger,²⁴ y adherida en una versión contemporánea por Calabresi,²⁵ un agente es la causa sólo si el mismo aumenta significativamente la probabilidad objetiva del resultado que efectivamente se obtiene. La probabilidad objetiva se contrasta con la predicción subjetiva, pero tal probabilidad debe ser relativa a una base epistémica asumida. Es inevitablemente una cuestión de políticas cuál es la base a escoger, y si incluir información no conocida o no disponible al agente cuando ella o él actuó. En los casos en que el agente no ha incrementado la probabilidad de un resultado obtenido, la responsabilidad es excluida. Esta teoría, la cual forma parte de la ortodoxia del derecho civil alemán, pero más y más frecuentemente es sustituida por criterios orientados hacia políticas, es intuitivamente muy atractiva cuando el agente, en contra de una prohibición, expone a alguna persona al riesgo del daño al cual eventualmente no estarían expuestos. Por ejemplo, el agente, que en contra de una prohibición, obstruye un camino de tal manera que el demandante se ve obligado a tomar una ruta peligrosa a lo largo de un canal, cayendo dentro del canal y sufriendo heridas. Por el contrario, alguien que demora a un pasajero de una aeronave en contra de una prohibición y como resultado de la demora, el pasajero se ve obligado a tomar un avión que se estrella, no es la causa de la muerte del pasajero en el accidente aéreo. Por lo menos, sobre la base de la información poseída en el momento, la probabilidad de morir en un accidente aéreo no incrementa sustancialmente por un retraso.

Sin embargo, existen circunstancias en que el agente incrementa la probabilidad del daño, pero el daño que ocurre sería intuitivamente atribuido a una intervención posterior. Supóngase, por ejemplo, siguiendo el ejemplo anterior donde la persona cayó al canal, alguien interviene deliberadamente y empuja al demandante dentro del canal. Sería natural atribuir cualquier herida sufrida por el demandante al acto de esta tercera persona y no a la persona que ha obstruido el camino. Esta objeción se puede socavar si

²³ Waldron, Jeremy, "Moments of Carelessness and Massive Loss", *Philosophical Foundations of Tort Law*, D. G. Owen (ed.), Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 387–408.

²⁴ Träger, L., *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, Marburg, Elwert, 1904.

²⁵ Calabresi, Guido, "Concerning Cause and the Law of Torts", *University of Chicago Law Review*, vol. 43, 1975, pp. 69–108.

recurrimos a la teoría del riesgo, la misma es una versión de la teoría de la probabilidad con amplio apoyo en los escritos anglo-norteamericanos, tanto en el derecho penal como en el derecho civil.²⁶ De acuerdo con esta teoría, la responsabilidad por resultados dañinos está restringida al incremento del riesgo por el tipo de daño provocado por la intervención del agente. El daño debe poder colocarse “dentro del riesgo”. Pero entonces mucho depende de cómo la conducta del agente y el riesgo son definidos. ¿Es el riesgo a caer en un canal diferente al riesgo de ser empujado dentro de éste?

Como se ha señalado previamente, en el ámbito del derecho, la responsabilidad por daño puede basarse tanto en la asignación y distribución del riesgo como en la causalidad. La teoría del riesgo tiene sus méritos, los cuales son independientes de sus aseveraciones con respecto a la explicación de cómo la acción de un agente causa un daño. Puede utilizarse como una ilustración de un principio más amplio, es decir, la idea de que la responsabilidad por daño está confinada al tipo de daño previsto en el fin de la regla jurídica que ha sido violada (Normzweck). Esta teoría ha sido adherida por Von Cämmerer²⁷ y J.G Wolf²⁸ en Alemania. Por ejemplo, si una regla requiere que la maquinaria ha de protegerse con un escudo protector, el fin de tal regla es prevenir el contacto perjudicial entre la máquina y el cuerpo del obrero que opera la maquinaria. Así, el obrero que sufre un daño psicológico por el ruido producido por la maquinaria, no puede fundamentar una compensación sobre la base de la falla al proteger debidamente la maquinaria de conformidad con la regulación. El requerimiento de un escudo protector no tiene el fin de disminuir el ruido a tal punto que el daño psicológico no sea causado.

Las limitaciones establecidas por los fines de las reglas jurídicas no pueden considerarse como causales. Las mismas varían de una rama del derecho a otra, y de un sistema jurídico a otro. Ciertamente que en ocasiones, el propósito de la prohibición legal puede ser simplemente la imposición de responsabilidad por el daño causado por la violación de la prohibición. Pero aún en tal caso, es un problema de políticas legales qué tipo de daño se ha de compensar o qué tipo de daño implica responsabilidad penal. Los

²⁶ Kecton, R.E., *Legal Cause in the Law of Torts*, Columbus: Ohio State University Press, 1963; Seavey, W., “Mr Justice Cardozo and the Law of Torts”, *Harvard Law Review*, vol. 52 1939, pp. 371–407; Williams, G., “The Risk Principle”, *Law Quarterly Review*, vol. 77, 1961, pp. 179–212.

²⁷ Cämmerer, E. von, *Das Problem des Kausalzusammenhange im Rechte, besonders im Strafrechte*, Karlsruhe, Verlag C.F. Muller, 1956.

²⁸ Wolf, J.G., *Der Normzweck im Deliktsrecht. Eine Diskussionsbeitrag*, Göttingen, 1962.

límites en términos de los fines impuestos a la responsabilidad han de, por lo tanto, ser considerados como adicionales a aquellos propuestos por quienes o bien, rechazan o bien, reemplazan el minimalismo causalista.

Otros criterios propuestos están basados en consideraciones morales. Los teóricos que consideran la culpa como una condición esencial de la responsabilidad civil y penal usualmente argumentan que una persona no puede ser responsable por el daño no intencional e imprevisible. Hay problemas en la determinación de si el tipo de daños o el daño específico han de ser imprevisibles, y también sobre el momento en que la previsión ha de ser juzgada. Pero la previsibilidad, aún cuando tenga una relación con la probabilidad, no es, claramente, un criterio de carácter causal. Además, es sólo aplicable a la conducta humana, y nunca a otras causas alegadas. Más aún, algunos teóricos que apoyan la teoría del riesgo, argumentan que los criterios deben gobernar la existencia y extensión de la responsabilidad jurídica. Aunque la previsibilidad del daño es una condición de la responsabilidad, los principios correctos de la adjudicación del riesgo, coloca el riesgo en el agente que ha actuado con culpa al fallar en prever y tomar precauciones contra el daño, pero también por el riesgo de una extensión de un daño no previsible si el mismo resulta de su culpa, siempre y cuando el tipo de daño sea contemplado por la regla jurídica, a través de la cual se busca la prevención del mismo.

No hay razón para suponer que el derecho, cuando se envuelve en investigaciones de tipo explicativo, adopta criterios diferentes de la causalidad de aquellos que se usan fuera del derecho, en las ciencias físicas y sociales y en la vida cotidiana. Sin embargo, aún en estos casos, los requerimientos de la prueba pueden llevarnos a una divergencia, por ejemplo, entre lo que médicamente se trate como causa de una enfermedad y lo que cuenta en el derecho como su causa. Con respecto a los usos atributivos de la causa, el hecho de que el derecho deba, al mismo tiempo, prestar atención tanto al significado de los términos, importando criterios causales, y al propósito de las reglas jurídicas y a su estatus moral, hace a la teoría de la causalidad un terreno de debate que en el momento actual no conlleva a un acuerdo general, y probablemente permanezca un campo controvertido ahora y en el futuro²⁹ (Stapleton, Wright, Moore, Gardner and Honoré).

²⁹ Stapleton, *op. cit.*, nota 9; Wright, *op. cit.*, nota 8; Moore, *op. cit.*, nota 2; Gardner, *op. cit.*, nota 5 y Honoré, *op. cit.*, nota 22.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- BECHT, A.C., y F.W. MILLAR, *The Test of factual Causation in Negligence and Strict Liability*, St. Louis, Committee on Publications, Washington University, 1961.
- BRUDNER, Alan, "Owning Outcomes: On Intervening Causes, Thin Skulls and Fault-undifferentiated Crimes," *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 11, 1998.
- CALABRESI, Guido, "Concerning Cause and the Law of Torts," *University of Chicago Law Review*, vol. 43, 1975.
- CÄMMERER, E. von, *Das Problem des Kausalzusammenhange im Rechte, besonders im Strafrechte*, Karlsruhe Verlag C.F., Muller, 1956.
- COASE, Ronald H., "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960.
- COLLINGWOOD, R.G., *An Essay on Metaphysics*, Oxford, Clarendon Press, 1940.
- DAVIDSON, Donald "Causal Relations" *Essays on Actions and Events*, Oxford, Clarendon Press, 1980.
- EPSTEIN, Richard A., "A Theory of Strict Liability", *Journal of Legal Studies*, vol. 2, 1973.
- , "Causation and Corrective Justice. A reply to two Critics", *Journal of Legal Studies*, vol. 8, 1979.
- FUMERTON, R., y KRESS, K., "Causation and the Law: Preemption, Lawful Sufficiency, and Causal Sufficiency", *Law and Contemporary Problems*, John M. Conley (ed.), vol. 64, núm. 4, 2001.
- GARDNER, John, "Moore on Complicity and Causality", *University of Pennsylvania Law Review* vol. 156, 2008.
- GREEN, Leon, *Rationale of Proximate Cause*, Kansas City, Vernon Law Book Company, 1927.
- , "The Causal Relation Issue in Negligence Law," *Michigan Law Review*, vol. 60, 1962.
- HART, H.L.A., y Tony HONORÉ, *Causation in the Law*, 2a. ed., Oxford, Clarendon, 1985.
- HONORÉ, A.M. (Tony), "Causation and Remoteness of Damage", *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. XI, Ch. 7, The Hague, M. Nijhoff, 1971.
- , "Necessary and Sufficient Conditions in Tort Law", *Philosophical Foundations of Tort Law*, D. G. Owen (ed.), Oxford, Clarendon Press, 1995.

- KADISH, Sanford, "Causation and Complicity: A Study in the Interpretation of Doctrine", *California Law Review*, vol. 73, 1985.
- , "A Theory of Complicity", *Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H.L.A. Hart*, Ruth Gavison (ed.), Oxford, Clarendon Press, 1987.
- KEETON, R.E., *Legal Cause in the Law of Torts*, Columbus, Ohio State University Press, 1963.
- KRIES, J. von, "Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einiger Anwendungen desselben", *Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie*, vol. 12, 1888.
- LANDES, William y Richard POSNER, "Causation in Tort Law: An Economic Approach", *Journal of Legal Studies*, vol. 12, 1983.
- LUCY, William, "Conduct and Causation", *Philosophy of Private Law*, Oxford, Clarendon Press, 2007, ch.6.
- MACKIE, John L., *The Cement of the Universe. A study of Causation*, Oxford, Clarendon Press, 1974, 1980.
- MALONE, W.S., "Ruminations on Cause-in-fact", *Stanford Law Review*, vol. 9, 1956–7.
- MOORE, Michael S., *Causation and Responsibility. An Essay in Law, Morals and Metaphysics*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- PECZENIK, Aleksander, *Causes and Damages*, Lund, Juridiska Föreningen i Lund, 1979.
- POSNER, Richard A., "A Theory of Negligence", *Journal of Legal Studies*, vol. 1, 1972.
- SEAVEY, W., "Mr Justice Cardozo and the Law of Torts", *Harvard Law Review*, vol. 52, 1939.
- SPELLMAN, B., y KINCANNON, A., "The Relation Between Counterfactual ('But For') and Causal Reasoning: Experimental Findings and Implications for Juror's Decisions", *Law and Contemporary Problems*, vol. 64, núm. 4, 2001.
- STAPLETON, Jane, "Law, Causation and Common Sense", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 8, 1988.
- , "Legal cause: Cause-in-Fact and the Scope of Liability for Consequences", *Vanderbilt Law Review*, vol. 54, 2001.
- , "Unpacking Causation", *Relating to Responsibility*, Peter Cane & John Gardner (eds.), Oxford, Hart Publishing, 2001.
- , "Choosing what we mean by 'Causation' in the Law", *Missouri Law Review*, vol. 73, 2008.
- TRÄGER, L., *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, Marburg, Elwert, 1904.

- WALDRON, Jeremy, “Moments of Carelessness and Massive Loss”, in *Philosophical Foundations of Tort Law*, D. G. Owen (ed.), Oxford, Clarendon Press, 1995.
- WILLIAMS, G., “The Risk Principle”, *Law Quarterly Review*, vol. 77, 1961.
- WOLF, J.G., *Der Normzweck im Deliktsrecht. Eine Diskussionsbeitrag*, Göttingen, 1962.
- WRIGHT, Richard W., “Causation in Tort law”, *California Law Review*, vol. 73, 1985.
- , “Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts”, *Iowa Law Review*, vol. 73, 1988.
- , “Once More into the Bramble Bush: Duty, Causal Contribution and the extent of Legal Responsibility”, *Vanderbilt Law Review*, vol. 54, 2001.
- , “The NESS account of Natural Causation: a Response to Criticisms”, *Perspectives on Causation*, Oxford, Hart Publishing, 2010.

CAPÍTULO 42

CONCEPTO DE DERECHOS

Juan Antonio CRUZ PARCERO*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Historia del concepto.* III. *La teoría positivista de Hans Kelsen.* IV. *Los derechos como posiciones jurídicas.* V. *Derecho morales y derechos jurídicos.* VI. *La protección de los derechos.* VII. *Bibliografía citada y recomendada.*

I. INTRODUCCIÓN

El concepto de derecho subjetivo (*subjektiven Recht, diritto soggettivo, droit subjectif*) es uno de los conceptos fundamentales en el Derecho. En la tradición del derecho continental, no así la tradición del *common law*, se utiliza el mismo término “derecho” para referirse tanto a la ley o al sistema jurídico (al cual suele denominarse también “objetivo”), como para referirse a las facultades, pretensiones, poderes, etc., que tiene el individuo para reclamar algo de otros (derecho “subjetivo”). En los países anglosajones sencillamente a cada una de estas ideas se le nombra con palabras distintas –*law* y *rights*– por lo que no tienen que usar la distinción *objetivo/subjetivo* para distinguir entre estos dos usos de la palabra “derecho”. La utilización de los términos “derecho objetivo” y “derecho subjetivo” suele atribuirse al jurista alemán Bernard Windscheid quien los comenzó a utilizar a partir de una distinción que ya había realizado el padre de la Escuela Histórica, Friedrich Karl Von Savigny, entre sentido objetivo y subjetivo del derecho. Antes del siglo XIX para aludir a los derechos (subjetivos) se usaban expresiones como derechos naturales, derechos del hombre o derechos del ciudadano. Por ello nuestro estudio versa sobre el concepto de derechos (“tener derechos”) en general y no solamente sobre la expresión o el término “derecho subjetivo”.

* Instituto de Investigaciones Filosóficas (UNAM, México).

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 2, pp. 1503-1520.

II. HISTORIA DEL CONCEPTO

Mucho se discute entre historiadores si el concepto de derecho subjetivo (no el término) se poseía desde la antigüedad, si los griegos y los romanos usaron dicho concepto,¹ si se originó en la edad media en el siglo XII,² si fue en el siglo XIV con el nominalismo de Ockham,³ o si fue hasta el siglo XVI con el surgimiento del pensamiento moderno. Lo que no cabe duda es que la expresión “derechos” y sus equivalentes en idiomas latinos y en inglés y alemán (*diritti, droits, rights, rechts*) no se comenzaron a utilizar hasta el siglo XVI. Los romanos utilizaron conceptos como el de *potestas* y el de *dominium* para referirse a ciertas relaciones donde el *pater familias* gozaba de un poder individual sobre los otros miembros de la familia y sobre las cosas. Usaron también la distinción entre acciones *in rem* e *in personam*, que aunque se trataba de una distinción procesal, con la cual se alude al titular de una acción. Aunque el término *ius* no fue usado centralmente por los romanos para referirse a este tipo de relaciones, según Tuck, existieron ciertos usos ligados a la propiedad como el *iura praediorum* que eran el producto de pactos y acuerdos entre vecinos de predios. En el Imperio romano tardío se llegaría a asociar el concepto de *dominium* con el de *ius*, cosa que le permite afirmar a Tuck que la primera teoría de los derechos subjetivos se desarrollará con los juristas del medioevo (siglo XII), cuya ciencia basada en el Digesto, identificó el *ius* con el *dominium*, cosa que les permitió comenzar a hablar de derechos de propiedad. Irnerio (1050-1130) el famoso jurista de Bolonia encontró referencias como la siguiente: “*dominium tale ius est quo res corporalis mea fit*”. Esta redefinición del *ius* que prevaleció hasta el Renacimiento, les generaría muchos problemas y discusiones a los juristas.

La polémica tesis del jurista francés Michel Villey sostiene que como consecuencia de una controversia entre franciscanos y dominicos en torno a la legitimidad de la propiedad privada y la pobreza evangélica, donde una bula del Papa Juan XXII va a poner en cuestión la licitud del uso de los bienes por la comunidad franciscana que hacía votos de pobreza, se argumentaba ahí que el uso de bienes que se consumen es imposible sin la

¹ Véase, Pugliese, Giovanni, “Res corporales’, ‘res incorporales’ e il problema del deritto sogettivo”, *Studi in Onore di Vincenza Arangio-Ruiz*, vol. III, Nápoles, 1954.

² Véase Tuck, Richard, *Natural Rights Theories*, Cambridge University Press, Cambridge, 1979.

³ Véase Villey, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, París, Les Éditions Montchrétien, 1975.

propiedad; consecuencia de ello el fraile franciscano Guillermo de Okham criticó duramente la bula papal en su obra *Opus nonaginta dierum* (1332). Villey ve en esta obra una evolución fundamental en el concepto de *ius* que es usado ya en un sentido subjetivo al definirlo como *potestas*, es decir, como una potestad o poder del individuo: *Jus utendi est potestas licita*. Por su parte Tuck considera que el cambio más importante se produjo antes de Okham, en la Edad Media donde el concepto de los romanos de *dominium* que era en todo caso un concepto de derecho “pasivo” pasa en las obras de los juristas medievales a convertirse en un concepto de derecho “activo”. La diferencia entre derechos activos y pasivos consiste en que tener un derecho pasivo es tener un derecho a que se respete una situación o a recibir algo por parte de otro, mientras que tener un derecho activo es tener derecho a hacer algo. Para Villey, sin embargo, hay otro elemento importante en la obra de Okham que consiste en que con él surge el nominalismo y el individualismo metodológico (corriente filosófica contraria al racionalismo objetivista de Tomás de Aquino), que pondrá al individuo en el centro de la reflexión y colocará su voluntad por encima de la ley.

La Escolástica española —heredera del pensamiento tomista durante los siglos XVI y XVII, al menos en las Ordenes de Santo Domingo a la que pertenecieron Francisco de Vitoria y Domingo de Soto, y la de los jesuitas a la que pertenecieron Francisco Suárez y Luis de Molina— fueron influenciadas por la concepción de Okham y definieron al *ius* como *moralis facultas*, aunque tratando de conciliar esta nueva concepción con el pensamiento tomista, cosa que no les resultó muy fácil.

Durante los siglos XVII y XVIII se impuso en Europa el iusnaturalismo racionalista, opuesto al iusnaturalismo teológico o clásico medieval. Es aquí cuando se articula de forma clara lo que hoy consideramos la concepción moderna de los derechos. Hugo Grocio en *De jure Belli ac Pacis* (1625), ofrece tres definiciones del *ius* que fueron célebres durante ese siglo y el siguiente. La primera de esas definiciones, a la cual le da mayor relevancia es precisamente como derecho subjetivo al definirlo como “una cualidad moral de la persona en virtud de la cual puede hacer o tener algo lícitamente”, el *ius* era así sinónimo de facultad y libertad. Las otras dos definiciones del *ius* se correspondían con las nociones clásicas de justicia (*quod iustum est*) y ley (*juris significatio qua idem valer quod lex*).

Será Thomas Hobbes (1588-1679) quien con toda claridad planteará en el *Leviathan* (1651) la idea de que las personas tienen derechos naturales, de que existe prioridad de los derechos sobre los deberes y presentará la primera teoría contractualista basada en el paso de un estado de naturaleza —donde los individuos poseen el derecho natural a la autopreservación, es decir, a la

vida — a un estado civil, donde los súbditos ceden sus derechos al soberano. Pero si en la teoría de Hobbes los ciudadanos ceden sus derechos al conformar la sociedad civil, con John Locke (1632-1704) —en el segundo tratado de su *Two Treatises of Government* (1689)— los hombres poseen derechos innatos como la vida, la libertad y la propiedad que deben ser garantizados por el poder que surge del contrato originario; los individuos ceden sólo una parte de tales derechos, pero estos son inalienables. Si el Estado no los respeta cabe oponer legítimamente resistencia por incumplir el pacto. Esta concepción IUSNATURALISTA de los derechos se vio reflejada en las declaraciones de derechos de las excolonias inglesas que habían logrado su independencia (como la Declaración de Virginia y la misma declaración de independencia en 1776), en la Declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano (1789), y en las constituciones liberales del siglo XIX.

Desde finales del siglo XVIII comenzaron a realizarse fuertes críticas de todo signo contra el iusnaturalismo (por ejemplo: Burke y Hume), que se agudizaron durante el siglo XIX. Una reacción casi generalizada contra el pensamiento iusnaturalista enfilará sus críticas a la concepción de los derechos naturales. Autores como Savigny, padre de la Escuela Histórica alemana; Bentham, padre del utilitarismo inglés y Marx el autor más importante del comunismo, desde posiciones bien distintas enfilarán sus críticas en contra de los derechos naturales o derechos del hombre por considerarlos construcciones irracionales, que carecen de sentido, meras abstracciones formales que defienden los intereses de una clase, la burguesía y que se olvidan del hombre concreto. Estas críticas abonaron el terreno para que las discusiones y la teorización sobre los derechos comenzaran a ser denominadas por los juristas POSITIVISTAS, quienes poco a poco dejarán de hablar de derechos naturales y, como se dijo antes, hablarían sólo de derechos “subjetivos”, entendiéndolos como un concepto exclusivamente jurídico. Ejemplos de estas teorías los tenemos en la teoría del interés de Ihering, la teoría de la voluntad de Windscheid, la teoría de los derechos subjetivos públicos de Jellinek, teorías que dominarían el pensamiento durante fines del XIX y principios del XX. Posiciones particularmente radicales como la de Hans Kelsen, que veremos más adelante, terminaron por concebir a los derechos subjetivos como una forma accesoria de dar cuenta de una relación jurídica donde existe un deber (su noción de *derecho reflejo*), pero que no cumple una función relevante, salvo cuando lo entendemos como un poder jurídico (una acción procesal) para reclamar el cumplimiento de dicho deber (*derecho subjetivo en sentido estricto*).

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial la catástrofe humanitaria que ésta significó y la preocupación porque algo así no se volviera a repetir hizo que se pensarán de nuevo los DERECHOS HUMANOS como un límite ético-político para toda la humanidad. De este modo reapareció en la arena político-internacional una concepción ético-política de los derechos, una concepción no-positivista. La Organización de Naciones Unidas (ONU) creada en 1945 adoptará como uno de sus documentos fundacionales la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y a partir de aquí surgirá el fenómeno de la proliferación y reconocimiento internacional de derechos a través de otros tratados y declaraciones sobre la materia.

Los juristas iuspositivistas tuvieron que repensar sus teorías para poder dar cuenta de este nuevo fenómeno, pero ahora nuevamente los filósofos participaron significativamente en esta labor. Se partía, en general, de un acuerdo político básico por defender la importancia de los derechos humanos, pero había muchas diferencias sobre cuáles deben ser considerados verdaderos derechos humanos, cuáles son sus límites y cómo habría que protegerlos, entre otras muchas discusiones. Las teorías iusnaturalistas que en un inicio resurgieron demostraron muy pronto sus limitaciones (no en vano estuvieron sujetas a fuertes críticas por más de un siglo).

En un plano teórico a *La teoría pura del Derecho* de Kelsen se le empezó a reprochar su visión reduccionista de los derechos que parecía insuficiente para dar cuenta de lo complejo que es hablar sobre ellos; se señaló que con ella era imposible dar una buena explicación de lo que son los derechos humanos. Con todo y los problemas de esta teoría, lo cierto es que tanto la crítica kelseniana a los derechos, como la crítica de las corrientes REALISTAS, en especial Alf Ross⁴ con su idea de que los derechos subjetivos son una mera herramienta técnica de presentación, habían abonado ya el terreno para desmitificar ciertas ideas en torno a los derechos, para hacernos comprender que no se trataban de ningún tipo de entidad misteriosa de la naturaleza o alguna entidad metafísica y que en las teorías jurídicas del siglo XVIII y principios del XIX había mucha metafísica heredada del iusnaturalismo que distorsionaba la idea que tenemos de ellos.

Trabajos posteriores entre los que pueden destacarse los de Norberto Bobbio,⁵ Herbert L. A. Hart,⁶ Ronald Dworkin,⁷ Joel Feinberg,⁸ Joseph

⁴ Ross, Alf, *Tu-tu*, Depalma, Buenos Aires, 1961, y, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 2005.

⁵ Bobbio, Norberto, *Contribución a la teoría del Derecho*. Madrid, Debate, 1980, y, *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991.

Raz,⁹ Carl Wellman,¹⁰ Carlos S. Nino,¹¹ Robert Alexy,¹² James Griffin,¹³ Luigi Ferrajoli,¹⁴ entre otros, han hecho grandes aportes para dejar atrás las visiones reduccionistas de los derechos e intentar construir teorías que nos ayuden a entender qué son los derechos y qué son todas esas concepciones específicas que tenemos de ellos (derechos humanos, derechos fundamentales, derechos positivos y negativos, derechos morales y jurídicos, derechos individuales y colectivos, derechos universales y particulares, etcétera).

III. LA TEORÍA POSITIVISTA DE HANS KELSEN

Como hemos dicho antes una de las teorías más influyentes en el siglo XX fue la de Hans Kelsen, que tuvo una repercusión importante en la cultura jurídica a nivel internacional; particularmente en Europa y América Latina esta teoría ha servido a los juristas para entender el concepto de derecho subjetivo. Kelsen en sus *Hauptprobleme*¹⁵ identificó al derecho subjetivo con la acción procesal, lo cual hizo que se le presentaran problemas a su noción de derecho subjetivo, tales como el tener que hablar de la existencia de dos “proyecciones” del derecho subjetivo y de la existencia del derecho en dos sentidos: uno “potencial” y otro “actual”. En la *Teoría Pura del Derecho*¹⁶ logra darle solución una solución aparente a este problema. Si se toma en

⁶ Hart, H.L.A., *El concepto de Derecho*, trad. de Genaro Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, y, *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Depalma, Buenos Aires, 1962 (en esta obra se recoge el texto “¿Hay derechos naturales?”).

⁷ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, España, 1984.

⁸ Feingerg, Joel, *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty. Essays in Social Philosophy*, Princeton University Press, Nueva Jersey, 1980.

⁹ Raz, Joseph, “Legal Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 4, num. 1, 1984, pp. 1-21 y “The Nature of Rights”, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1989, y, “

¹⁰ Wellman, Carl, *A Theory of Rights. Persons Under Law, Institutions, and Morals*, Rowman & Allanheld, Nueva Jersey, 1985.

¹¹ Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Ariel, Barcelona, 1989.

¹² Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

¹³ Griffin, James, *On Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

¹⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999 y *Los fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001.

¹⁵ Kelsen, Hans, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, trad. de Wenceslao Roces, Porrúa-UNAM, México, 1987.

¹⁶ Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, trad. de Roberto Vernengo, México, UNAM, 1986.

consideración que la estructura de la norma en Kelsen consiste en enlazar una sanción al incumplimiento de un deber, el jurista austriaco no pudo sino contemplar dos deberes jurídicos: el del individuo obligado y el del órgano que debe imponer la sanción. De ahí que se le presenten dos derechos, o lo que es lo mismo, un derecho con dos “proyecciones”. Para solucionar esto distinguió entre un derecho como mero “reflejo” de la obligación, es decir, como su correlato, y un derecho subjetivo en “sentido técnico”. Cuando se habla de derecho en este sentido “reflejo” y se alude a la pretensión de un individuo como si se tratara de algo distinto de la obligación del otro u otros, se crea la apariencia de dos situaciones jurídica-mente relevantes, cuando sólo se da una. La situación objetiva en cuestión queda descrita exhaustivamente con la descripción de la obligación jurídica del individuo (o individuos) de comportarse de determinada manera frente a otro. Si la relación de un individuo, que se encuentra obligado con respecto de otro a determinada conducta, se le designa como “derecho”, entonces, ese derecho no es sino el reflejo de esa obligación. La única utilidad de ese concepto, consideraba Kelsen, sería la de simplificar la exposición de esa relación jurídica, pero advertía que, desde el punto de vista de una descripción “científica” exacta de la situación jurídica, era superflua. Además no en todos los casos donde existe una obligación jurídica hay que suponer la existencia de un derecho reflejo, podemos tener obligaciones que no se correlacionen con ningún derecho.

El derecho en “sentido técnico” consiste en el poder jurídico de un individuo que el orden jurídico le otorga con motivo del incumplimiento de una obligación por parte de otro(s). Para Kelsen, este derecho es distinto de la obligación jurídica del otro sujeto; por ello, en este caso no coincide (no son correlativos) el derecho subjetivo con el deber jurídico. Esta sería la noción central de lo que hemos de entender por “derecho subjetivo”.

Kelsen partía de advertir que todas las teorías de su tiempo resaltaban el “elemento substancial” del concepto, cuando era el “elemento formal” el único que en rigor podía ser considerado como Derecho. La teoría del interés de Ihering, para quien el derecho subjetivo era un “interés jurídicamente reconocido”, presupone que se consideraba el factor “fin” como determinante del concepto de derecho subjetivo. Este concepto para Ihering se refería a algo material, el interés, el objeto de la protección, lo protegido; de ahí la necesidad de establecer la distinción entre la forma y el contenido. Las críticas de Kelsen tuvieron por objeto demostrar que poner al “interés” –que para el austriaco no era sino un hecho psíquico- en el centro del concepto de derecho subjetivo llevaba a una consecuencia insostenible: tener que fingir o presumir, en contra de los hechos, la existencia

de tal interés en los casos en que no existía (como hecho psicológico). A su vez, no todo interés es un derecho, sino sólo los intereses protegidos por el Derecho. Ihering se negó a aceptar que fuera la acción -“el derecho a reclamar y obtener esta protección”, según palabras del mismo Ihering- lo que define al concepto de derecho subjetivo. Lejos de ello, Ihering sostuvo que la característica esencial consistía en la posibilidad de apreciar una transgresión individual del Derecho. Pero, como replicaba Kelsen, el que alguien sienta lesionado su interés es siempre una *quaestio facti*, un hecho psicológico. Ihering sostuvo también que el destinatario es la persona cuyo interés se protege (teoría del beneficiario), pero, como observaba Kelsen, el problema es que en esta teoría el individuo es tomado como objeto de protección, no como sujeto, y lo mismo podría ocurrir con animales y otros objetos inanimados. El problema que veía Kelsen es que se confunde el contenido de la forma, el derecho subjetivo es *forma* y no contenido, la protección y no lo protegido. Por ello, la concepción central de lo que es un derecho consistirá para Kelsen en el derecho “en sentido técnico”, es decir, en el poder jurídico que tiene el individuo de exigir el cumplimiento de una obligación por parte de otro u otros sujetos.

La concepción kelseniana ha sido muy criticada y podemos decir que resulta inadecuada por ser una concepción reduccionista que restringe el uso del concepto de derecho subjetivo a través de estipular un significado que se corresponde con su concepto en sentido técnico. Como muchos juristas lo han dicho, no hay ninguna necesidad de limitar nuestro uso del concepto de derecho subjetivo sólo a la idea de poder jurídico o al de acción procesal como lo hace Kelsen. Existen muchas razones para desechar la propuesta de Kelsen que veremos a continuación al exponer otras teorías.

IV. LOS DERECHOS COMO POSICIONES JURÍDICAS

Una de las concepciones sobre el concepto de derecho subjetivo más influyentes en el siglo XX fue la del norteamericano Wensley Newcomb Hohfeld. A pesar de que se trata de una concepción elaborada en 1913 y que repercutió fuertemente en los Estados Unidos de América, fue hasta los años sesenta que comenzó a conocerse en países europeos y latinoamericana-

nos.¹⁷ Hoy día muchas de las teorías sobre los derechos se apoyan hasta cierto punto en esta concepción (por ejemplo las de Hart, Alexy, Wellman). Hohfeld parte de concebir los derechos como relaciones jurídicas entre dos sujetos respecto a un objeto o estado de cosas, pero se niega a aceptar que todo tipo de relación pueda reducirse a las categorías de derechos y deberes. Estas dos categorías son demasiado ambiguas y resultan inconvenientes para analizar relaciones más complejas. Hohfeld niega la utilidad de las definiciones formales y opta por presentar todas las relaciones en un par de esquemas que denomina de “correlativos” y “opuestos” jurídicos.

Correlativos jurídicos

Derecho (pretensión)	Privilegio	Potestad	Inmunidad
Deber	No-derecho	Sujeción	Incompetencia

Opuestos jurídicos:

Derecho (pretensión)	Privilegio	Potestad	Inmunidad
No-derecho	Deber	Incompetencia	Sujeción

La imprecisión del término “derecho” (subjeto) hace que se use indiscriminadamente para cubrir otro tipo de relaciones que Hohfeld denomina “privilegio”, “potestad” e “inmunidad”. El primer par de correlativos es la relación derecho-deber. Si X tiene el derecho de excluir a Y de un inmueble, la situación correlativa es que Y tiene el deber de permanecer fuera de aquel lugar. Hohfeld ofrece un sinónimo para sustituirlo por el de derecho (subjeto) que es el término “pretensión” (*claim*). La segunda relación, privilegio-no-derecho, ha sido considerado uno de los grandes aportes del esquema de Hohfeld. Un privilegio es el opuesto de un deber. X tiene el derecho o pretensión a que Y no entre en el inmueble, pero además X tiene el privilegio de entrar en el inmueble; o con otras palabras, X no tiene el deber de permanecer fuera. El correlativo del privilegio de X de entrar es el no-derecho de Y a que X no entre. Hohfeld acuña la expresión “no-derecho” para aludir a este correlativo del privilegio. Esta noción resulta fundamental para entender cómo hablamos sobre derechos y, específicamente,

¹⁷ Hohfeld, Wesley N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, trad. de Genaro Carrió, Fontamara, México, 1991 (la versión original apareció como artículo: “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied to Judicial Reasoning”, *Yale Law Journal*, vol. XXIII, 1913).

mente, sobre ciertas libertades. Un sinónimo de privilegio es precisamente la noción de libertad. La terminología de derechos y deberes simplemente no funciona para tratar de explicar esta relación que Hohfeld logró ver. Esta relación sirve para explicar qué sucede en ciertos contextos de competencia donde se enfrentan dos sujetos con privilegios en pugna, enmarcados estos privilegios de un perímetro de derechos y deberes. Es lo que sucede en la competencia económica, en las relaciones capitalistas, en torneos deportivos como, por ejemplo, el box, donde los púgiles además de tener ciertos derechos y deberes (de no ser golpeado debajo del cintillo, de no ser golpeado con la cabeza, los pies, etcétera), que conforman un perímetro protector que demarca la zona dentro de la cual está permitido el combate, tienen cada uno el privilegio o libertad de dar golpes a su oponente sin que tengan el deber de dejarse pegar, sino al contrario, cada contendiente hará lo que esté de su parte para golpear a su rival, ya que tienen el privilegio de hacerlo.

Una potestad jurídica es el opuesto de una incompetencia jurídica y el correlativo de una sujeción jurídica. Un cambio en una determinada relación jurídica puede ocurrir por que sobrevengan ciertos hechos, sin que en ese cambio influya la voluntad de otro agente. Pero hay cambios en las relaciones jurídicas que se producen porque sobrevienen ciertos hechos que están bajo el control de una persona. Se dice que esta persona tiene entonces la potestad, facultad o poder jurídico de realizar dicho cambio. Hohfeld distingue acertadamente la potestad jurídica del poder físico de hacer las cosas necesarias para el ejercicio de la potestad jurídica. La sujeción es un concepto que no es sinónimo de deber; es importante subrayar que una sujeción no implica algo necesariamente desfavorable. Cuando X tiene un poder Y queda sujeto a los cambios normativos que produce X al ejercer su poder, por ello la mera sujeción no implica algo desfavorable ya que el cambio de la situación jurídica puede ser favorable para Y . Por ejemplo, si X tiene el poder de realizar un testamento Y está sujeto a dicho poder, pero Y puede verse tanto beneficiado como perjudicado según X opte por incluirlo o no en el testamento.

La inmunidad es el correlativo de la incompetencia y el opuesto de la sujeción. Este es otro de los aportes de Hohfeld, que ve a la inmunidad-incompetencia como una relación distinta a las otras. Cuando hablamos del “derecho” de una persona a no ser privada de su libertad o de su propiedad sin el debido proceso, la idea que se quiere transmitir es que dicha persona es inmune contra actos de los gobernantes que no cuenten con el poder jurídico (en este caso una autorización judicial) de modificar una

relación o situación jurídica. Esta noción es importante porque muchos de nuestros derechos fundamentales garantizados constitucionalmente pueden ser analizados en términos de inmunidades frente al poder del Estado.

La concepción hohfeldiana de los derechos subjetivos nos brinda una poderosa herramienta analítica para comprender las distintas relaciones que puede involucrar la referencia a algunos derechos o libertades. Podemos decir también que a partir de Hohfeld podemos entender que hay un sentido amplio del uso de la noción de derecho subjetivo y que esta noción amplia se entiende precisamente como un haz o conjunto de relaciones concretas. Cuando hablamos del derecho de propiedad o del derecho a la educación, no nos referimos a una única relación hohfeldiana, sino a un conjunto de relaciones de diverso tipo (derecho-deber, privilegio-no derecho, poder-sujeción, inmunidad-incompetencia) que habrá que precisar si queremos entender la manera en que hablamos de estos derechos. Hablar de derechos en sentido amplio nos ahorra tener que precisar tales relaciones, que en algún sentido, podemos dar por supuestas, pero eso no ocurre siempre que hablamos de derechos y, por ello, aludir a los derechos en ese sentido amplio suele oscurecer, confundir y generar incompreensión cuando hablamos de derechos. En el caso que busquemos garantizar un derecho, tenemos necesariamente que buscar cómo garantizar cada una de las relaciones jurídicas que conforma un derecho (en sentido amplio), solo así lograremos una protección efectiva.

V. DERECHOS MORALES Y DERECHOS JURÍDICOS

Existe un amplio acuerdo entre los teóricos de que los conceptos como derecho subjetivo, deber, responsabilidad, contrato, etcétera no son conceptos que refieran a nada directamente, por lo que no caben definiciones esencialistas sobre ellos, las palabras “derechos”, “responsabilidad”, “deber”, etcétera, no significan nada por sí mismas, sino que las usamos para aludir a una serie de hechos y actos conectados con ciertas consecuencias. Por ello, como dice Hart, cuando decimos que “A tiene derecho a que B le pague mil pesos”, presuponemos que existe un sistema jurídico, que alguna(s) norma(s) de ese sistema relacionan algunos hechos con ciertas consecuencias, y que tales hechos han ocurrido. Podemos decir por tanto que el concepto de derecho subjetivo es un concepto normativo ya que alude a normas.

Sin embargo, otro problema relevante que ha preocupado a la teoría contemporánea conecta con la noción de derechos humanos o derechos básicos. La cuestión que surge es si el concepto de derecho (subjetivo) es

una noción exclusivamente jurídica o no, esto es, si nociones como las de derechos humanos son explicables con la idea de derechos jurídicos (*legal rights*) o si en cambio necesitamos apelar a una noción más amplia como la de derechos morales (*moral rights*). Es indudable que el término derecho se usa también en otros contextos normativos no jurídicos como el moral, los juegos, las reglas sociales, etcétera. Algunos autores sostienen entonces que la noción de derechos (subjettivos) no es exclusivamente jurídica, que podemos hablar de derechos morales y de derechos de jugadores y de otra clase de derechos en ciertas situaciones sociales (Feinberg, Dworkin, Wellman, Nino, Laporta, entre muchos).

Nociones como la de derechos humanos suelen explicarse ahora a la luz de la noción de derechos morales. Se afirma así que los derechos humanos son derechos morales, es decir, derechos que se derivan de (o se justifican por medio de) principios, razones o normas morales. Desde luego que muchos de los derechos humanos son también derechos jurídicos, en la medida en que un sistema jurídico específico los reconoce y protege. Pero los derechos básicos o los derechos humanos no dejan de ser derechos especialmente importantes aunque no exista la protección o el reconocimiento jurídico, serían derechos en un sentido diferente, en un sentido moral.

No se trata de una discusión puramente verbal, que se resuelva como lo hizo Kelsen por ejemplo, estipulando un significado y descalificando como incorrectos los que no se amolden a la definición propuesta. De hecho, la forma en que usualmente se habla de derechos (derechos humanos, naturales, básicos, etcétera) en el mundo no se restringe a hablar de derechos sólo cuando hay normas jurídicas involucradas. Solemos oír con frecuencia acusaciones de que un Gobierno viola derechos humanos de sus nacionales sin que ello implique una acusación de que tal Gobierno esté actuando ilegalmente, sino que está contraviniendo principios (morales) básicos reconocidos por la comunidad internacional y que aparecen plasmados en declaraciones de derechos o pactos a los que tal Gobierno no se ha suscrito o desconoce. También solemos pensar que la existencia de un derecho humano (moral) sirve de razón para que un sistema jurídico reconozca o legalice tal derecho y que estaría mal no hacerlo o que no lo reconozca de manera adecuada. Es por eso importante reconocer que el concepto de derecho subjettivo, aunque es una noción central en el lenguaje jurídico, no es exclusivo de él.

Siguiendo a Hart, podemos decir que demandar o exigir un derecho es una manera de invocar principios o reglas, una forma abreviada de apelar a razones certificadas por tales principios como relevantes, aplicables y obligatorios. El lenguaje de los derechos presupone que los derechos aludidos tie-

nen el apoyo en razones válidas. Suponemos entonces que los *derechos morales* tiene el apoyo de razones morales de especial peso que en ciertas circunstancias colocan al sujeto en una posición privilegiada para exigir, demandar, hacer o disfrutar algo, para imponer a otros deberes, sujeciones e incompetencias. El titular de un derecho moral está en mejor posición —cuenta con razones más poderosas—, que la de quien hace una súplica, ya que éste último suponemos no tiene razones fuertes para hacer una exigencia o demandar algo, es decir, su situación es similar a la de quien pide un favor.

La diferencia entre quien tiene un derecho y el que carece de él no descansa en la manera en que se pide o solicita algo, como algunos autores lo han sugerido. Uno puede gritar y protestar con fuerza, pero eso no le da derecho a nada; la idea de que los derechos son una “exigencia” no tiene nada que ver con la idea de comportarse grosera o violentamente, lo que hace que tengamos un derecho son las razones que apoyan nuestra petición y eso es compatible con muchas formas de exigir nuestros derechos. Joseph Raz¹⁸ ha sostenido, creo que con razón, que en la mayoría de las ocasiones en que afirmamos que existe un derecho confluyen en dicha justificación no sólo razones que apelan al interés individual del titular del derecho, sino también razones que apuntan a proteger los intereses de otros o intereses generales de la sociedad. Esta conexión entre intereses individuales (o de grupo) e intereses generales hace que los derechos lleguen a considerarse de especial peso.

En contra de la idea de los derechos morales se suele aludir a su poca o nula importancia o eficacia práctica; se sostiene que estos derechos son incapaces de hacerse cumplir. Podemos reconocer sin ningún problema que los derechos morales no ayudan mucho en ciertas circunstancias; sin embargo, esto no tiene que verse como un argumento en contra. Desafortunadamente en nuestro mundo hay muchas circunstancias en las cuales no suele servir de mucho tener un derecho moral a algo, pero igualmente hay ocasiones en que tampoco ayuda tener leyes, ni tratados, ni obligaciones jurídicas, ni derechos jurídicos; desgraciadamente hay veces que ni teniendo de nuestro lado el recurso a la fuerza legítima del Estado se logra evitar la violación de un derecho. El que existan tales circunstancias fácticas no significa que debamos abandonar la moral, el derecho, las instituciones internacionales, etcétera, lo importante es contener y acotar lo más que se pueda tales ámbitos donde se violan a diario los derechos básicos de las personas.

El reconocimiento de los derechos morales es necesario para el respeto y la dignidad de las personas, pero no es suficiente de ningún modo para

¹⁸ Raz, Joseph, “Rights and Individual Well-Being”, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Clarendon Press, 1995.

garantizarlos. El análisis de los derechos como pretensiones o demandas justificadas implica sólo que el titular del derecho —por virtud de tener tal derecho— se encuentra en una *posición moral* de hacer una demanda *válida* (moralmente) en contra de otros, no implica que esté en una *posición fáctica, jurídica o política* adecuada para hacer tales demandas y que estas vayan respetarse. Como afirma Carl Wellman, “(d)emandar es una apelación a los fundamentos de nuestro derecho y de este modo a las razones más que a la mera fuerza”.¹⁹ En el caso de los derechos morales, se apela a las razones morales y no a la garantía jurídica que pudieran tener o no, los derechos son entonces una especie de “enunciados que implican alguna conclusión moral” a partir de ciertos valores.

El problema de caracterizar a los derechos como razones es que tenemos que responder a la pregunta de qué tipo de razones morales son las que reconocemos como derechos. Esta no es una tarea sencilla, aunque no tiene que ser una tarea imposible. Como dije antes, la idea de Raz de que las razones que apelan al bienestar individual (los intereses individuales) junto con razones que apelan a intereses de otros o con intereses generales son las que nos sirven para arribar a una especie de conclusión intermedia en el razonamiento práctico, que no es otra cosa que un derecho. Esta idea de derechos como conclusiones intermedias quizá es hasta cierto punto compatible con la idea de Dworkin de que los derechos básicos (morales o políticos) implican un *triunfo* político frente a consideraciones de carácter utilitarista o mayoritario. La idea de triunfo puede verse como un logro de ciertos argumentos morales en contar de otras consideraciones, o del *triunfo* en el razonamiento práctico de ciertas razones y valores frente a otros, lo importante de los derechos como triunfos o como razones es que los intereses del individuo, o de la persona, cobran un peso especialmente fuerte. La ventaja de la versión de Raz, es quizá la diferencia con Dworkin, es que no hay un rechazo a tomar en cuenta consideraciones que apelan a los intereses generales, sino que éstos forman parte de las razones al momento de justificar un derecho.

Una consecuencia de esta manera de concebir los derechos morales es que podemos diferenciar entre las razones y los valores que justifican a estos derechos y lo que estos derechos son. Los derechos reflejan o son resultado de los valores y las razones, pero no son por sí mismos esos valores. El valor de la autonomía individual nos ha llevado a defender la existencia de una serie importante de derechos, desde unos muy abstractos hasta otros

¹⁹ Wellman, *A theory of rights*, *op. cit.*

más concretos. Y cada vez que pensamos en nuevos derechos los criterios para justificarlos son u otros derechos más abstractos o ciertos valores que sirven para justificar a muchos de los derechos, como el valor de la autonomía o el de la dignidad de la persona. Pero valores como estos pueden justificar también el surgimiento de obligaciones, sin necesidad de postular algún derecho correlativo.

VI. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS

El tema de la protección de los derechos es relevante incluso conceptualmente porque teorías como la de Kelsen sostienen explícitamente que tener un derecho (derecho en sentido técnico) consiste en cierto tipo de protección jurídica, específicamente en tener una acción judicial para reclamar por el incumplimiento de un deber. Esta concepción proviene de la idea de Ihering donde, antes que Kelsen, introducía la idea de protección. Para Ihering como vimos dos son los elementos que constituyen el concepto del derecho, uno sustancial, en el que reside el fin práctico del mismo, es decir, la utilidad, ventaja, ganancia, que ha de ser proporcionada por el derecho, y uno formal que se comporta con respecto a aquel fin meramente como medio, es decir, la protección del derecho, la demanda. Desde aquí y especialmente en Kelsen el problema ha sido entender que la protección jurídica misma es el derecho, pero esto acarrea otros problemas que es entender que una forma particular de protección legal (por ejemplo, crear una acción procesal) agota toda la protección que un sistema jurídico puede ofrecer.

Resulta relevante traer aquí entonces una distinción de Alexy, quien nos dice que si entendemos a los derechos como relaciones jurídicas es posible distinguir entre: a) razones para los derechos subjetivos, b) derechos subjetivos como relaciones o posiciones jurídicas y c) la imponibilidad jurídica de los derechos subjetivos. A partir de esta distinción podemos ver de qué manera se suelen confundir los distintos elementos. Por ejemplo, la llamada teoría del interés se centra en el fin, en la utilidad y por ello sostiene que los derechos son intereses o que el elemento central, la razón de los derechos, está en el beneficio o utilidad que genera (Bentham, Ihering, Raz). Mientras que la teoría rival, la teoría de la voluntad se centra en el aspecto formal y se centra en el control por parte del titular del derecho sobre la posición que le es conferida (el poder jurídico) por una norma para demandar en caso de que así lo elija. La teoría kelseniana, a su vez, se centra en el aspecto formal pero ya no pone énfasis en la voluntad del titular sino tan sólo en la existencia de la norma que lo faculta, es decir, en la acción judi-

cial. Como sostiene Alexy, aquí subyace un problema más profundo que afecta la estructura del orden jurídico: ¿pertenece a un orden jurídico sólo aquello que en cada caso es susceptible de imposición judicial, o pueden pertenecer a él también posiciones que no son susceptibles de imposición judicial porque, por ejemplo, su imponibilidad es inconciliable con el papel que juegan en el orden jurídico o cuya imposibilidad no es reconocida pero, pero puede ser exigida desde el punto de vista del orden jurídico? La respuesta a esta pregunta depende del concepto de norma jurídica válida que se tenga, pero podemos decir con Alexy que del hecho de que un sistema jurídico tenga normas con sanciones estatales, no se puede inferir sin más que todas las normas jurídicas tengan que estar dotadas con sanciones estatales.

Esto nos permite entonces distinguir claramente entre enunciados sobre derechos (*A* tiene un derecho a que *B* le pague mil pesos), de enunciados sobre protección de los derechos (*A* puede reclamar la protección de su derecho a través de una demanda judicial). La confusión entre estos dos enunciados lleva a cometer lo que Ferrajoli ha llamado la *falacia garantista*, que consiste en creer que basta con buenas razones para un derecho y que este sea reconocido jurídicamente en la ley o en la Constitución, para que, por ese mero hecho, quede garantizado, es decir, protegido. La protección de un derecho, su garantía, es una cuestión gradual, nunca se garantiza de la manera todo o nada, sino que hay grados de garantía y, por tanto, nunca hay un sistema perfecto de garantías, ni garantías perfectas, que dependerán del sistema constitucional y de la funcionamiento efectivo del sistema.²⁰ Los derechos subjetivos técnicos en sentido kelseniano pueden ser tan ineficaces como un derecho moral, pues la eficacia dependerá de otras cosas (que funcione adecuadamente un sistema jurídico), la mera protección jurídico-formal no basta. Un buen diseño de garantías jurídicas depende a su vez del adecuado funcionamiento de las instituciones (no sólo de la administración de justicia, sino de otras instituciones como la policía, diferentes instancias administrativas, etcétera).

Además no podemos perder de vista que el rol de la administración de justicia en la protección de derechos es secundario, casi siempre la protección de un derecho se obtiene a través del buen desempeño de políticas públicas o a través de una buena organización social que logre distribuir equitativamente los beneficios sociales (salud, educación, seguridad pública, seguridad en las transacciones comerciales, acceso a medios de comunica-

²⁰ Ferrajoli, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, *op. cit.*

ción, participación política, empleo, etc. etc.) entre sus ciudadanos y habitantes en general. El rol del aparato judicial vendrá siempre a ser un refuerzo institucional importante, una forma de garantía. Ferrajoli²¹ ha distinguido, por ejemplo, diversas formas de garantía de los derechos además de las garantías jurídicas: a) garantías políticas, que consiste en la garantía de “fidelidad” de los poderes públicos hacia la legalidad constitucional y especialmente hacia los derechos fundamentales, sin esta fidelidad un sistema no es efectivo y sus garantías jurídicas por ende son ineficaces; b) garantías sociales, este tipo de garantías son para el autor italiano la condición de efectividad de todo ordenamiento y de todo sistema de garantías políticas y jurídicas, y radica en la conciencia de cada persona respecto de sus derechos, de su propia identidad como persona con dignidad y del sentido de igualdad y solidaridad hacia los demás (el reconocimiento de los otros como titulares de derechos fundamentales).

Los nuevos acercamientos conceptuales hacia la noción de derechos subjetivos nos hacen distinguir entre la protección que se brinda o dispensa a los derechos y no confundir las técnicas jurídicas que pueden usarse para tal protección con la idea misma de tener derechos.

VII. BIBLIOGRAFÍA CITADA Y RECOMENDADA

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- BOBBIO, Norberto, *Contribución a la teoría del Derecho*. Madrid, Debate, 1980.
- _____, *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El concepto de derecho subjetivo*, Fontamara, México, 1999.
- _____, *El lenguaje de los derechos*, Trotta, Madrid, 2007.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, España, 1984.
- FEINBERG, Joel, *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty. Essays in Social Philosophy*, Princeton University Press, Nueva Jersey, 1980.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1995.
- _____, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.
- _____, *Los fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001.
- GRIFFIN, James, *On Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, trad. de Genaro Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990.

²¹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1995.

- _____, *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Depalma, Buenos Aires, 1962 (en esta obra se recoge el texto “¿Hay derechos naturales?”).
- HART, H.L.A., *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Valrendon, Oxford, 1982.
- HOHFELD, Wesley N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, trad. de Genaro Carrió, Fontamara, México, 1991 (la versión original apareció como artículo: “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied to Judicial Reasoning”, *Yale Law Journal*, vol. XXIII, 1913).
- IHERING, Rudolf von, *El espíritu del derecho romano*, Comares, Granada, 1998.
- KELSEN, Hans, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, trad. de Wenceslao Roces, México, Porrúa-UNAM, 1987.
- _____, *Teoría pura del Derecho*, trad. de Roberto Vernengo, México, UNAM, 1986.
- LAPORTA, Francisco, “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa*, No. 4, Alicante, 1987.
- NINO, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Barcelona, Ariel, 1989.
- PUGLIESE, Giovanni, “‘Res corporales’, ‘res incorporales’ e il problema del diritto sogettivo”, en *Studi in Onore di Vincenza Arangio-Ruiz*, vol. III, Nápoles, 1954.
- RAINBOLT, George W., *The Concept of Rights*, Springer, Netherlands, 2006.
- RAZ, Joseph, “The Nature of Rights”, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1989.
- _____, “Rights and Individual Well-Being”, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Clarendon Press, 1995.
- _____, “Legal Rights”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 4, num. 1, 1984.
- ROSS, Alf, *Tu-tu*, Depalma, Buenos Aires, 1961.
- _____, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 2005.
- TUCK, Richard, *Natural Rights Theories*, Cambridge University Press, Cambridge, 1979.
- VILLEY, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, París, Les Éditions Montchrétien, 1975.
- WELLMAN, Carl, *A Theory of Rights. Persons Under Laws, Institutions, and Morals*, Nueva Jersey, Rowman & Allanheld, 1985.

CAPÍTULO 43

DERECHOS HUMANOS

Horacio SPECTOR*

SUMARIO: I. *Origen de la noción de derechos humanos.* II. *Derechos y deberes.* III. *Teorías sobre el concepto de derecho.* IV. *¿Los derechos humanos son “derechos morales”?* V. *Fundamentos de los derechos humanos.* VI. *¿Necesitamos la noción de derechos humanos?* VII. *Bibliografía.*

Vivimos en una época de numerosas e intensas preocupaciones morales, y entre ellas sobresalen las concernientes a los derechos humanos. Esto no siempre fue así. Durante la mayor parte de la historia de la humanidad, tanto en las organizaciones sociales más primitivas como en las civilizaciones más esplendorosas, las que hoy consideramos violaciones a los derechos humanos eran hechos corrientes. La conciencia universal por los derechos de las personas despierta, crece y se consolida en unos cuatrocientos años, un período breve desde la perspectiva de la especie. Las atroces violaciones a los derechos cometidas en este siglo, defendidas con ideologías diversas, impulsaron dos movimientos internacionales de protección de los derechos de las personas. En primer lugar, el movimiento de protección de los *derechos de las minorías*, plasmado en los Tratados de Versalles de 1918-1919 y administrado por la Sociedad de las Naciones. La utilización retórica de los derechos de las minorías por el nazismo a fin de anexar o conquistar territorios con población étnicamente germana dejó a las claras los peligros que encierra una concepción colectivista de los derechos.¹ En segundo lugar, el genocidio, las torturas y otros actos de barbarie cometidos por el régimen nazi dieron lugar, una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, al movimiento de los *derechos humanos*, que representa un masivo esfuerzo de reconocimiento y protección de principios éticos fundamentales por medio de un régimen jurídico internacional. La expresión “derechos humanos” aparece por primera vez en el

* Agradezco la colaboración del estudiante de derecho Martín Hevia y los comentarios de Guido Pincione y Eduardo Rivera López.

¹ Ázcárate, P. De, *League of Nations and National Minorities*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace (Columbia University Press), 1945.

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 2, pp. 1521-1569.

derecho internacional en el artículo 68 de la Carta de las Naciones Unidas, que faculta al Consejo Económico y Social a establecer “comisiones de orden económico y social *y para la promoción de los derechos humanos*”. Esta cláusula dio lugar a la creación de la Comisión de Derechos Humanos. El documento fundador del movimiento es la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, cuyo artículo 1 establece: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”

El movimiento por los derechos humanos que surge a escala internacional luego de la Segunda Guerra Mundial es una respuesta al horror del Holocausto, el autoritarismo político y la discriminación racial y étnica.² Así como la libertad de culto y el principio de tolerancia emergieron de las guerras de religión europeas y sus trágicas consecuencias, el movimiento por los derechos humanos es un resultado del exterminio de millones de seres humanos perpetrado entre los años 1939 y 1945. La clásica filosofía de los derechos naturales que, como enseguida veremos, se desarrolló a lo largo de siglos de pensamiento jurídico y político, estaba ahí, a mano, como hecha a medida para contrarrestar “el moderno potencial de patología política”, para usar una feliz expresión de Little.³ Tan solo fue necesario sustituir la palabra “naturales” por “humanos” para despojar al concepto de sus connotaciones metafísicas y facilitar su aceptación por regímenes políticos de diversas inspiraciones filosóficas.

Este ensayo tiene por objeto introducir al lector a un problema filosófico fundamental: ¿qué son los derechos humanos?, ¿qué función cumplen en nuestra deliberación moral y política?, ¿qué fundamentos tienen? El estudio de los derechos humanos en las facultades de derecho y en los departamentos de ciencia política con frecuencia pasa por alto este problema, que evidentemente no puede ser resuelto por la mera lectura o análisis de los textos constitucionales o los tratados internacionales que enumeran derechos humanos, ni de los fallos de los tribunales nacionales o internacionales que interpretan y aplican aquellas normas. Por otro lado, el examen del problema filosófico puede prestar amplias contribuciones institucionales. Al comprender más claramente qué sentido tienen los derechos humanos en nuestro pensamiento moral y político, estaremos mejor pertrechados para tomar decisiones relativas al alcance de estos derechos, particularmente

² Rorty, Richard, “Human Rights, Rationality and Sentimentality”, en S. Shute y S. Hurley (eds.) *On Human Rights, The Oxford Amnesty Lectures* 1993, New York, Basic Books, 1993, p. 117.

³ Little, David, “The nature and basis of human rights” en J. Gene Outka y John P. Reeder, *Common morality and the Community of Rights*, New Jersey, Princeton University Press, 1993.

cuando se hallan en conflicto entre sí o con otras consideraciones éticas y políticas, como el bien social o el principio de mayoría en la toma de decisiones políticas.

I. ORIGEN DE LA NOCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

La perplejidad inicial frente al concepto de derechos humanos es que resulta difícil entender qué aportación hace a las instituciones que guían la conducta humana, como la moral y el derecho. La historia del concepto puede darnos alguna pista. En el derecho romano no existía la noción moderna de derecho subjetivo. Sin embargo, los romanos empleaban la noción de *ius* para denotar la posición jurídica del titular de ciertas servidumbres prediales creadas por acuerdos privados⁴ y trazaban una distinción entre las acciones *in rem* e *in personam* que, aunque procesal, se relacionaba con la posición jurídica sustantiva del titular de la acción.⁵ El *dominium* era considerado como el control absoluto de un predio, esclavos o dinero. Durante el Imperio tardío las nociones de *ius* y de *dominium* se acercan hasta parecerse a la moderna noción de *ius in rem*.⁶ Tampoco se encuentra la moderna noción de derecho subjetivo en el derecho natural clásico, originado en el pensamiento estoico y desarrollado por Cicerón.⁷

Recién en el siglo XII apareció la primer teoría moderna de los derechos, basada en la noción de derechos “pasivos” o pretensiones (derechos contra alguien), en la escuela de Boloña. Esta teoría distinguía, por primera vez en la historia, entre derechos *in re* (derechos en la cosa, como el usufructo y el dominio) y derechos *pro re* o *ad rem* (derechos a la cosa). Posteriormente, en la segunda y tercera décadas del siglo XIII Accursio ideó la distinción entre *dominium utile* (el que posee el usufructuario) y *dominium directum* (el que posee el señor superior), extendiendo la noción de dominio e iniciando así un proceso de redefinición de los derechos en términos de derechos “activos” (derechos a hacer algo), que culminó con Bartolo de Sassoferrato.⁸

La reconceptualización jurídica del concepto de dominio deriva de su utilización en la discusión que franciscanos y dominicanos tuvieron sobre la

⁴ Tuck, Richard, *Natural Rights Theories. Their Origin and development*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979, pp. 8-9.

⁵ McNair, W.W. y Arnold, D., *Roman Law and Common Law. A Comparison in Outline*. Cambridge, Cambridge University Press, 1936, pp. 66 y 67.

⁶ Tuck, *Natural Right Theories, op. cit.*, pp. 10-11.

⁷ Cicerón, Marco Tulio. *Sobre la República. Sobre las Leyes*. Madrid, Tecnos, 1992.

⁸ Tuck, *Natural Right Theories, op. cit.*, pp. 15-17.

legitimidad de la propiedad privada. La discusión eclesiástica, planteada en torno a la cuestión de si el hombre tiene un dominio natural sobre sus posesiones, fue zanjada en 1329 por la bula *Quia vir reprobis* de Juan XXII. La tesis de que el primer análisis sistemático de los derechos subjetivos se halla en la crítica que Guillermo de Ockham realiza a la posición de Juan XXII, en la que se asocia la noción de derecho a la de potestas,⁹ es rebatida por Tuck, quien señala que la noción activa de derecho subjetivo ya había sido desarrollada por los glosadores posacursianos. La crítica de Ockham, tal como es presentada por Tuck, se dirige a la idea de que puede haber un dominio natural, desligado del funcionamiento de las instituciones judiciales.¹⁰ La teoría de los derechos naturales como derechos activos adquirió forma definitiva en la obra de Jean Gerson, quien formuló por primera vez la distinción entre *ius* y *lex* y concibió a los derechos de todos los hombres como facultades o poderes derivados de la voluntad de Dios.¹¹

Durante el renacimiento, la teoría de los derechos naturales experimentó una nueva vuelta de tuerca que la haría un instrumento adecuado para el pensamiento contractualista del siglo XVII. François Connan, discípulo del gran abogado renacentista Alciato, sugirió que el *ius naturale* había regido cuando el hombre estaba solo en el mundo y que el *ius gentium* apareció cuando los hombres comenzaron a interactuar.¹² Los humanistas asignaban a los derechos naturales una validez acotada a las condiciones del estado de naturaleza. Contemporáneamente, en España el dominicano Francisco de Vitoria criticaba la legitimidad moral de la esclavitud reavivando la idea tomista de *lex*. Francisco Suárez, seguidor del portugués Luis de Molina, defendía en *De Legibus ac Deo Legislatore* (1612) el dominio natural del hombre sobre su libertad, proveyendo una clara definición de *ius* como facultad moral.

El concepto de derecho natural reapareció en las obras contractualistas de Hugo Grocio —utilizada para justificar las políticas marítimas de Holanda—, Thomas Hobbes —destinada a justificar la monarquía absoluta inglesa— y John Selden —quien justificó la posición inglesa sobre el dominio de los mares—. Luego de una larga historia al servicio de la justificación de la legitimidad de instituciones cuestionadas —como la propiedad privada, la esclavitud y el dominio de los mares—, el concepto de derechos naturales encontró una función revolucionaria en la teoría liberal de

⁹ Villey, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*. París: Montchrétien, 1975.

¹⁰ Tuck, *Natural Right Theories*, *op. cit.*, pp. 22 y 23.

¹¹ Tuck, *Natural Right Theories*, *op. cit.*, pp. 25-27.

¹² Tuck, *Natural Right Theories*, *op. cit.*, pp. 37.

John Locke, dirigida a justificar la revolución de 1688.¹³ En la teoría liberal del contrato social las personas, al pasar a la sociedad civil, no renuncian a los derechos que tenían en el estado de naturaleza, sino que asignan al Estado facultades para la protección de esos derechos. En esta nueva función, la teoría de los derechos naturales sirvió para *criticar* el orden social existente y su tono fue revolucionario.¹⁴ La doctrina fue expresada con un tono similar en la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos, en la Declaración de Derechos de la Constitución norteamericana y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en Francia.

No obstante su exitosa contribución conceptual a la retórica de las revoluciones liberales, desde fines del siglo XVIII los derechos naturales empezaron a ser objeto de fuertes críticas por conservadores como Edmund Burke y David Hume y por reformistas como Bentham.¹⁵ Burke rechazaba la idea metafísica de derechos naturales, aunque admitía que hay “verdaderos derechos” consistentes en los beneficios prácticos de una sociedad ordenada, como el derecho a la justicia y la seguridad en la propiedad.¹⁶ A esta posición replicó Paine en su célebre defensa de la Revolución Francesa.¹⁷ En la misma época una corriente de juristas sostenía que el *common-law* establece derechos naturales que no pueden ser violados por el Parlamento; movido por un afán reformador, Bentham reaccionó contra esta tendencia.¹⁸ En *Falacias Anarquistas* identifica los derechos con los derechos legales, y considera a “derecho (subjeto)” y “ley” como términos correlativos, al igual que “hijo” y “padre”: “Un derecho natural —afirma— es un hijo que nunca tuvo un padre.”¹⁹ Por consiguiente, los derechos naturales no pueden tener

¹³ Páramo, Juan Ramón de, “Derecho subjetivo”, E. Garzón Valdés y F. J. Laporta (eds.) *El Derecho y la Justicia*, Madrid, Trotta, 1996.

¹⁴ MacDonald, Margaret, “Natural Rights” en J. Waldron (ed.) *Theories of Rights* New York, Oxford University Press, 1985.

¹⁵ Weston, Burns, “Human Rights” en H. J. Steiner y P. Alston (eds.) *International Human Rights in Context*, Oxford, Clarendon Press, 1996; Peces-Barba, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1999, pp. 70-74.

¹⁶ Burke, Edmund, *Reflections on the Revolution in France*. Oxford, Oxford University Press, 1993, pp. 60-62; Kirk, Russell, *The Conservative Mind, From Burke to Eliot*. Washington, Regnery Publishing, 1995, pp. 54-5, y, Freedman, Michael, “Rights” en F. Parkin (ed.) *Concepts in the Social Sciences*. Buckingham, Open University Press, 1991, p. 16.

¹⁷ Paine, Thomas, *Rights of Man. Common Sense*. New York, Alfred A. Knopf, 1994.

¹⁸ Benn Benn, S.I., y Peters, R.S., *Los principios sociales y el Estado democrático*, trad. de Roberto J. Vernengo, Buenos Aires, EUDEBA, 1984, p. 106.

¹⁹ Bentham, Jeremy, “Anarchical Fallacies” en J. Waldron (ed.) *Nonsense Upon Stilts*, por. London and New York, Methuen, 1987, p. 73.

existencia; son “sinsentidos sobre zancos.”²⁰ A principios del siglo XX, en pleno apogeo del positivismo, la declinación de los derechos naturales se agudizó, y para la Primera Guerra Mundial difícilmente había teóricos que defendiesen los derechos del hombre sobre la base de la ley natural.²¹

Luego de la Segunda Guerra Mundial, la doctrina de los derechos naturales, remozados como derechos humanos, era el único instrumento normativo disponible para criticar un orden jurídico groseramente inmoral según criterios internacionales y juzgar a sus autoridades por actos legalmente admitidos.²² El principio *nullum crimen sine lege* (que sostiene que no hay delito sin una definición contenida en una ley previa), asociado a la idea de debido proceso, puede tener efectos contraproducentes cuando se trata de castigar la violación de derechos humanos.²³

La doctrina de los derechos humanos permite neutralizar estos efectos luego de la caída del régimen, y cumplen este papel porque “[s]ean cuales fueran los derechos otorgados a una persona como ciudadano de este o aquel Estado, sus derechos naturales van con él adonde vaya; se dice que son ‘inalienables’, ‘imprescriptibles’, ‘inderogables’”.²⁴

El pasaje de los derechos naturales a los derechos humanos tiene un significado cuádruple: (1) desconecta la idea de derechos humanos de sus viejas implicancias ontológicas y metaéticas, acentuando el proceso de secularización que ya estaba implícito en el cambio desde el concepto de ley natural al de derechos naturales;²⁵ (2) en lugar de actuar como principio de legitimidad de un estado nacional particular, los derechos humanos constituyen un esfuerzo por alcanzar estándares compartidos en una comunidad

²⁰ Bentham, “Anarchical Fallacies”, *op. cit.*, p. 57.

²¹ Weston “Human Rights,” *op. cit.*

²² Sin embargo, Hans Kelsen no pensaba que el principio de la irretroactividad de la ley penal pudiera requerir apelar al derecho natural (Kelsen, Hans, “Will the Judgement in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?” en *International Law Quarterly*, vol. 1, 1947). Richard Posner sostuvo recientemente una posición similar (Posner, Richard A., *Law and Legal Theory in England and America*. Oxford, Clarendon Press, 1996).

²³ Radbruch, Gustav, *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*. Traducción de María Isabel Azareto de Vásquez, Colección Nueva Teoría, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962.

²⁴ Benn y Peters, *Los principios sociales y el Estado democrático*, *op. cit.*, p. 108.

²⁵ Kamenka, Eugene, “Human Rights, Peoples’ Rights” en H. J. Steiner y P. Alston (eds.) *International Human Rights in Context*, Oxford, Clarendon Press, 1996; Spector, Horacio, “Propiedad privada y neutralidad estatal”, *Doxa (Cuadernos de Filosofía del Derecho)*, vol. 17-18, 1996, p. 193; Pogge, Thomas, “How Should Human Rights be Conceived?”, *Jahrbuch für Recht und Ethik*, vol. 3, 1995, pp. 103-120.

internacional;²⁶ (3) todos los seres humanos son titulares de los derechos humanos;²⁷ (4) los derechos humanos son violados por el gobierno y sus organismos de seguridad y defensa, por un movimiento guerrillero y por una gran empresa, pero no por un criminal o un marido violento.²⁸

En síntesis, los derechos naturales aparecen como noción jurídica con la Escuela de Boloña y son prestados al lenguaje filosófico-político en cinco debates ocurridos en un largo período histórico: la discusión de la pobreza entre franciscanos y dominicanos, la discusión de la esclavitud, la discusión sobre el dominio de los mares y los nuevos territorios, la discusión sobre la legitimidad de la monarquía absoluta y la discusión sobre los límites de la monarquía y las potestades del Parlamento. Tras un corto tiempo de descrédito a fines del siglo XIX y primeras décadas del presente, los derechos naturales, ahora en la forma de derechos humanos, retornan al pensamiento jurídico para justificar decisiones judiciales no avaladas por las normas del derecho positivo.

Paralelamente, la filosofía moral teoriza sobre la noción de derechos.

Estas investigaciones teóricas tienden a concebir a los derechos como restricciones éticas: (1) *orientadas individualmente*;²⁹ (2) derivadas de la *autonomía* individual,³⁰ (3) *absolutas* o *preeminentes* con respecto a otras consideraciones morales;³¹ (4) *irrestrictas*: su aceptación no depende de una particular época, cultura, religión, tradición moral o filosofía;³² (5) *ampliamente aceptables*: pueden ser entendidas y apreciadas por personas de diferentes épocas y culturas, así como por adherentes a diferentes religiones, tradiciones morales y filosofías;³³ (6) *inalienables*,³⁴ y (7) *sistemáticas*: deben generar una estructura

²⁶ Sidorsky, David, "Contemporary Reinterpretations of the Concept of Human Rights" en H. J. Steiner y P. Alston (eds.) *International Human Rights in Context*, Oxford, Clarendon Press, 1996.

²⁷ Sidorsky, "Contemporary Reinterpretations of the Concept of Human Rights", *op. cit.*, Pogge, "How Should Human Rights be Conceived?", *op. cit.*, Laporta, Francisco, "Sobre el concepto de derechos humanos", *Doxa (Cuadernos de Filosofía del Derecho)*, vol. 4, 1987, pp. 32-36.

²⁸ Pogge, "How Should Human Rights be Conceived?", *op. cit.*

²⁹ Dworkin, Ronald, *Taking rights seriously*, Cambridge: Harvard University Press, 1978; Gewirth, Alan, "The Epistemology of Human Rights" en E. F. Paul, F. D. M. Jr. y J. Paul (ed.), *Human Rights*, Oxford, Basil Blackwell, 1984, p. 2.

³⁰ Richards, David A. J., "Rights and Autonomy", *Ethics*, vol. 92, 1981, pp. 3-20; Spector, Horacio, *Autonomy and Rights, The Moral Foundations of Liberalism*, Oxford, Clarendon Press, 1992.

³¹ Gewirth, Alan, "Are there any Absolute Rights?" en J. Waldron (ed.) *Theories of Rights* New York, Oxford University Press, 1985; Laporta, "Sobre el concepto de derechos humanos", p. 41.

³² Pogge, "How Should Human Rights be Conceived?", *op. cit.*

³³ Pogge, "How Should Human Rights be Conceived?", *op. cit.*

jurídica bien articulada (un *Rechtsstaat*) imponible por igual a todos los miembros de la sociedad.³⁵

II. DERECHOS Y DEBERES

El vocabulario normativo básico está compuesto por tres predicados o modalidades deónticas (que pueden ser entendidas moral o jurídicamente): obligatorio, prohibido y permitido. Ha corrido mucha tinta acerca del significado de estas modalidades, sus relaciones recíprocas y cómo se comportan cuando las proposiciones en las que aparecen son combinadas para dar lugar a proposiciones disyuntivas, conjuntivas o condicionales.³⁶ Viendo a la moral como un sistema que guía la conducta humana, podría parecer que el vocabulario normativo básico es suficiente, con lo cual el concepto de derechos humanos deviene superfluo. Sin embargo, a diferencia de la moral, el derecho está compuesto por instituciones que generan y aplican el material normativo. El diseño de las instituciones jurídicas requiere que el vocabulario normativo básico sea complementado con otras nociones relativas a las competencias o facultades que tienen los órganos políticos y judiciales.³⁷ De todos modos, funcionalmente hablando, el concepto de derechos humanos no aparece aún en escena.

El análisis Bentham-Hohfeld de los derechos subjetivos subraya que la palabra “derechos” se tiende a utilizar para denotar ideas diferentes. La teoría de Bentham sobre los derechos legales despliega muy tempranamente distinciones que luego analizará la filosofía jurídica y la lógica normativa europeas.³⁸

³⁴ Meyers, Diana T., *Inalienable Rights: A Defense*. New York, Columbia University Press, 1985; Laporta, “Sobre el concepto de derechos humanos” *op. cit.*, pp. 42-44.

³⁵ Waldron, Jeremy, “The Role of Rights in Practical Reasoning: ‘Rights’ versus ‘Needs’,” en G. Pincione and H. Spector (ed.) *Rights, Equality, and Liberty Universidad Torcuato Di Tella Law and Philosophy Lectures 1995-1997*, Dordrecht, Kluwer, 2000.

³⁶ Peczenik, Aleksander, y Spector, Horacio, “A Theory of Moral Ought-Sentences” *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 73, 1986, pp. 441-475.

³⁷ Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de Genaro R. Carrió. Buenos Aires, Eudeba, 1963, pp. 50-51; *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrió. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977, pp. 118-120.

³⁸ Bentham, Jeremy, *The Limits of Jurisprudence Defined*. New York, Columbia University Press, 1945:57-87; Kanger, Stig, “New Foundations for Ethical Theory” en Risto Hilpinen (ed.) *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, Dordrecht, D. Reidel Publishing Company, 1971; Lindahl, Lars, *Position and Change*. Dordrecht, D. Reidel Publishing Company, 1977, pp. 3-75.

En un célebre ensayo Hart presenta la teoría de Bentham en términos de la diferencia entre derechos-libertad y derechos correlativos a obligaciones.³⁹ Los derechos-libertad implican la ausencia de obligación de realizar cierta conducta. El derecho-libertad de Pedro de realizar cierta acción, por ejemplo, mirar el jardín de José, no entraña una obligación o deber de José (o de terceros) de no impedir o facilitar dicha acción. José podría levantar un muro que obstaculice la visión de Pedro y, al hacerlo, *no* transgredir los derechos de Pedro. Bentham concibe al derecho-libertad como una modalidad normativa bilateral. Esto significa que si Pedro tiene el derecho-libertad de mirar el jardín del vecino: (1) Pedro *no tiene* el deber de abstenerse de mirar el jardín, y (2) Pedro *no tiene* el deber de mirar el jardín.⁴⁰ Generalmente se piensa que los derechos-libertad no implican la obligación de terceros de no impedir o de facilitar su ejercicio. Pero Hart señala que normalmente hay obligaciones, civiles o penales, que hasta cierto punto protegen el ejercicio de los derechos-libertad. Así, recuerda la distinción de Bentham entre derechos-libertad “desnudos” (que carecen de un perímetro protector de obligaciones generales) y derechos “protegidos”, que sí gozan de tal perímetro de protección.⁴¹ Hart sostiene que no tiene ninguna utilidad tratar a las libertades que carecen de un perímetro de protección como derechos.⁴²

De acuerdo con Bentham, los derechos correlativos a obligaciones pueden tener por objeto un “servicio” o conducta negativa o positiva. Con dos excepciones, todas las obligaciones tienen derechos correlacionados. Las excepciones son las obligaciones auto-referentes, que generalmente tienen un propósito paternalista (por ejemplo, la obligación de usar cinturón de seguridad), y las obligaciones puras o simbólicas, que no afectan la utilidad de nadie (por ejemplo, la obligación de ponerse de pie cuando se entona el himno nacional).⁴³

Bentham distingue dos tipos de potestades. Las primeras son en realidad permisos, que la gente en general no tiene, de interferir físicamente con una persona (por ejemplo, la potestad de un policía de apresar a un fugitivo). Las segundas, más importantes, son poderes legales mediante cuyo ejercicio alguien puede cambiar la posición jurídica suya o de otras personas. Estas potestades “legales” no provienen de normas permisivas sino de

³⁹ Hart, H.L.A., “Bentham on Legal Rights” en D. Lyons (ed.) *Rights* Belmont, Wadsworth Publishing Company, 1979.

⁴⁰ Hart, “Bentham on Legal Rights”, *op. cit.*, pp. 129 y 130.

⁴¹ Hart, “Bentham on Legal Rights”, *op. cit.*, pp. 133.

⁴² Hart, “Bentham on Legal Rights”, *op. cit.*, pp. 134.

⁴³ Hart, “Bentham on Legal Rights”, *op. cit.*, pp. 130.

normas que reconocen ciertos actos como formas válidas de introducir modificaciones jurídicas.⁴⁴

Hohfeld agrega a las tres nociones de Bentham la de inmunidad.⁴⁵ Una persona *P* tiene inmunidad dentro de cierto ámbito con respecto a otra *Q* cuando *Q* carece de potestad para modificar la posición jurídica de *P* dentro de ese ámbito. Otra diferencia entre el análisis de Bentham y el de Hohfeld es que, en contraposición al concepto de “libertad” o “privilegio” de Bentham, el de Hohfeld es unilateral: alguien tiene el privilegio de entrar en un inmueble, por ejemplo, si no tiene el deber de permanecer fuera del mismo, aun cuando al mismo tiempo tenga el deber de entrar.⁴⁶

El análisis Bentham-Hohfeld fue formulado para analizar los derechos subjetivos jurídicos. Aunque la distinción entre derechos-pretensión y privilegios (o libertades) se utiliza habitualmente en la filosofía moral y política, sólo Wellman ensaya una “traducción” completa de las categorías hohfeldianas a términos éticos; en lugar de concebir a un derecho moral como una sola entidad, Wellman cree que los derechos morales son (análogamente a los derechos jurídicos) sistemas o haces de libertades, pretensiones, potestades e inmunidades de índole ética.⁴⁷ Mi impresión es que no es necesario introducir las nociones de potestad e inmunidad ética para dar cuenta de la forma en que hablamos de los derechos morales. Los filósofos del derecho tienden a reservar las categorías hohfeldianas para analizar los derechos jurídicos⁴⁸ o admiten que los conceptos hohfeldianos pueden figurar en los sistemas éticos pero analizan el concepto de derecho ético de forma no hohfeldiana.⁴⁹

Valiéndonos del esquema de conceptos hohfeldianos, podemos plantear dos preguntas referentes a la relación entre derechos y deberes. Primero, ¿existe una correlatividad conceptual entre los derechos y los deberes? Segundo, ¿todo derecho (moral o jurídico) a hacer algo implica un privilegio

⁴⁴ Hart, “Bentham on Legal Rights”, *op. cit.*, pp. 131 y 132.

⁴⁵ Hohfeld, W. N., *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, trad. de Genaro R. Carrió. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. México, Distribuciones Fontamara, 1995, p. 47. Según Makinson, el ensayo de Hohfeld de 1913 fue realizado independientemente del análisis de Bentham. Makinson, David, “Rights of Peoples: Point of View of a Logician” en J. Crawford (ed.) *The Rights of Peoples*, Oxford, Clarendon Press, 1988, p. 70.

⁴⁶ Hohfeld, *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, *op. cit.*, pp. 50 y 51.

⁴⁷ Wellman, Carl, *An Approach to Rights, Studies in the Philosophy of Law and Morals*, Dordrecht/Boston/London, Kluwer Academic Publishers, 1997, pp. 80 y 81.

⁴⁸ Nino, Carlos S., “Introduction”, *Rights*. New York, New York University Press, 1992.; Nino, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992.

⁴⁹ Laporta, “Sobre el concepto de derechos humanos”, *op. cit.*

o libertad para hacerlo (es decir, la ausencia de un deber moral de no hacerlo)?

La doctrina de la correlación entre derechos y deberes parece razonable cuando es aplicada a los derechos-pretensión. Esta doctrina sostiene que el derecho de una persona *P* equivale conceptualmente al deber de otra persona, *Q*, en relación con *P*. Por ejemplo, el derecho de Alberto a que Bernardo le pague 100 pesos equivale al deber de Bernardo de pagar a Alberto 100 pesos; el derecho y el deber son algo así como el anverso y el reverso de la misma moneda.⁵⁰ Esta doctrina ha sido objeto de varias objeciones.

La primera, formulada por Lyons, es que la evaluación de la doctrina de la correlatividad no es neutral frente a si el derecho analizado es un derecho “activo” (un derecho a hacer algo) o, en cambio, un derecho “pasivo” (derecho contra alguien). En los derechos “pasivos” la doctrina se aplica correctamente. Sin embargo, los derechos “activos”, como el derecho a la libre expresión, no parecen ser susceptibles de análisis en términos de un perímetro de libre elección protegido por prohibiciones. Estos derechos son más bien inmunidades que niegan la potestad del gobierno para dictar normas legales que restrinjan ciertas libertades (como la libertad de expresión). La afirmación de que son derechos correlativos con deberes parte del supuesto de que las prohibiciones de interferir con, por ejemplo, la arenga política que hace un ciudadano derivan de su derecho a la no interferencia; esto es un error —sostiene Lyons—, porque igualmente tendríamos la obligación de no interferir si el ciudadano no tuviera derecho a realizar la arenga (por ejemplo, porque es calumniosa).⁵¹ Otros autores analizan las libertades (o “permisos”) contenidas en textos constitucionales como “derogaciones” anticipadas de normas restrictivas que pudieran ser dictadas por la legislatura.⁵²

En segundo lugar, se objeta que los derechos no tienen una correlación de uno a uno con los deberes, sino que cada derecho está asociado con un haz abierto de deberes. Raz llama “carácter dinámico” a la capacidad de los derechos de generar nuevos deberes.⁵³ Waldron adopta la misma postu-

⁵⁰ Alchourrón, Carlos E., y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 235-237; Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Maynez. México, Imprenta Universitaria, 1949, pp. 76-78; Benn y Peters, *Los principios sociales y el Estado democrático*, *op. cit.*, p. 100; Waldron, “The Role of Rights in Practical Reasoning: ‘Rights’ versus ‘Needs’,” *op. cit.*

⁵¹ Lyons, David, “The Correlativity of Rights and Duties”, *Nous*, vol. 4, 1970, pp. 45-55.

⁵² Para un análisis del concepto de libertades (o “permisos”) morales, que cuestiona su utilidad, véase Spector, Horacio, “Is Slote’s Argument Against the Practical Character of Morality Sound?”, *Rechtstheorie*, vol. 19, núm. 4, 1988, pp. 502-506.

⁵³ Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*. New York, Oxford University Press, 1986.

ra. Puesto que hay muchas formas de servir a un interés –afirma–, es dable esperar que el mismo justifique una diversidad de deberes.⁵⁴ Estos deberes pueden tener mayor o menor precedencia, según que guarden una relación “interna” o esencial con el derecho en cuestión. Por ejemplo, el derecho a la libre expresión (en la filosofía de Mill) tiene el sentido de desafiar las creencias recibidas y evitar la complacencia moral; puesto que este derecho no podría cumplir su función si el deber de no censurar cediese frente al deber de evitar el malestar derivado del rechazo de las creencias recibidas, Waldron concluye que el deber de no censurar predomina “internamente”, en caso de conflicto, con el deber de evitar el malestar. Sin embargo, puede ocurrir que algún otro deber asociado con el derecho a la libre expresión (por ejemplo, el deber de castigar a quienes impidieron una expresión libre) no posea tal predominio.⁵⁵

En tercer lugar, se critica la doctrina de la correlatividad aseverando que estar sujeto a un deber en relación con *P* no es una condición suficiente (y probablemente tampoco una condición necesaria) de que *P* tenga un derecho. Así, del hecho de que tengamos deberes morales para con los animales no se sigue que los animales tengan derechos morales.⁵⁶ Muguerza lo dice con claridad: “Un animal puede ser, si los hombres le otorgan esa condición, sujeto de derechos en el sentido legal de la expresión pero ello no significa que tenga derechos morales”.⁵⁷ Aun concediendo que los animales pueden tener algunos derechos, de ahí no se sigue que todo deber para con los animales implique un derecho correlativo.⁵⁸

La segunda pregunta es si todo derecho moral implica un privilegio o libertad o, en otras palabras, si hay un derecho moral a hacer algo (moralmente) incorrecto. Algunos autores sostienen que no hay conexión lógica –sino, en todo caso, legal o moral– entre los derechos de *P* y los deberes de *P*.⁵⁹ Esto

⁵⁴ Waldron, Jeremy, *Liberal Rights Collected Papers 1981-1991*. New York, Cambridge University Press, 1993, pp. 212-213).

⁵⁵ Waldron, *Liberal Rights Collected Papers 1981-1991*, *op. cit.*, pp. 220-224.

⁵⁶ McCloskey, H.J., “Rights” en *Philosophical Quarterly*, vol. 15, 1965, p. 121; “Are there any Natural Rights?” en D. Lyons (ed.) *Rights* Belmont, Wadsworth Publishing Company, 1979, p. 17.

⁵⁷ Muguerza, Javier, “La alternativa del disenso (En torno a la fundamentación ética de los derechos humanos)” en J. Muguerza (ed.) *Ética, disenso y derechos humanos. En conversación con Ernesto Garzón Valdés*, Madrid, Arges, 1998, pp. 24-26).

⁵⁸ Feinberg, Joel, *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty*, Princeton Series of Collected Essays. New Jersey, Princeton University Press, 1980, pp. 185-206.

⁵⁹ Benn y Peters, *Los principios sociales y el Estado democrático*, *op. cit.*, p. 100-101; Waldron, *Liberal Rights Collected Papers 1981-1991*, *op. cit.*, pp. 72-76.

significa que no necesariamente es moralmente correcta —no contraria a un deber moral— toda acción que una persona tiene derecho a hacer. Por ejemplo, un estanciero puede tener derecho a impedir que los propietarios de tierras ubicadas río abajo utilicen agua para regar sus campos en época de sequía, pero seguramente ése es un comportamiento inmoral.⁶⁰

Los derechos liberales se agrupan bajo derechos más generales que protegen un compás de elección; el derecho a hacer X cae por regla general bajo un derecho más general a realizar haces de acciones (por ejemplo, X , Y o Z). A su vez esta protección se justifica en la importancia que la elección en el rango en cuestión tiene para la vida de la persona. La moral de los deberes tiene la función de guiar elecciones y la moral de los derechos, la de proteger la elección.⁶¹

III. TEORÍAS SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHO

Hay varias teorías sobre el concepto de derecho: la teoría del beneficio o interés, la teoría de la elección, la teoría de las pretensiones válidas, la teoría de los títulos (incluyendo aquí la teoría de la jurisdicción de Mack).

1. *Teoría del beneficio o interés*

La teoría del beneficio o del interés, que tiene como máximos exponentes a Bentham en el mundo de habla inglesa y a Ihering en el mundo germánico, básicamente afirma que los derechos son conferidos por obligaciones beneficiosas para quien es titular del derecho en cuestión. Como se ve, esta teoría apoya la doctrina de la correlatividad en una forma matizada: la correlatividad queda restringida a las obligaciones que aseguran una ventaja para el titular del derecho.

Es importante destacar que para esta teoría las obligaciones confieren derechos siempre que las reglas que las imponen estén justificadas de acuerdo con el criterio utilitarista.⁶² El lenguaje de los derechos tendría entonces la función de *enfocar* a las personas que disfrutaban de los beneficios

⁶⁰ Sin embargo, se podría argüir que el ejemplo se apoya en una confusión entre un derecho legal y un derecho moral; el estanciero tiene un derecho legal (supongamos) al uso exclusivo de las aguas que pasan por su terreno, pero no diríamos que posee un derecho moral a la exclusividad en toda condición concebible.

⁶¹ Waldron, *Liberal Rights Collected Papers 1981-1991*, *op. cit.*, pp. 77-85.

⁶² Lyons, David, “Rights, Claimants, and Beneficiaries” en D. Lyons (ed.) *Rights* Belmont, Wadsworth Publishing Company, 1979.

de una determinada regla. Más directamente, Mack interpreta la teoría del beneficio como una teoría utilitarista. Afirma que el hecho de que *P* tiene un derecho a *X* en relación con *Q* es equivalente al hecho de que *Q* tiene un deber utilitarista de sostener *X* (donde “deber utilitarista” significa el deber de maximizar el bien general). Ello implica que *P* tiene un derecho a *X* si y sólo si *X* es un componente del bien general. Así analizados, los derechos cesan de cumplir su rol distintivo en el razonamiento práctico y pasan a ser epifenómenos del principio de utilidad; más aún, la teoría del beneficio no logra explicar la idea de que *P* está en una posición especial con respecto a *Q* ni la idea de que *X* le es debido a *P*.⁶³

Hart rechaza la idea de que un derecho sea un reflejo de un deber. Propone el siguiente ejemplo: *Q* le promete a *P*, en compensación por algún favor que ha recibido, que cuidará a la madre anciana de *P* en su ausencia. Es *P* —a quien la promesa le fue hecha— y no la madre de *P* quien tiene el derecho surgido de esta transacción.⁶⁴ Es a *P* a quien la conducta le es debida y es *P* quien tiene la pretensión moral contra *Q* y quien, por tanto, puede renunciar a esta pretensión y liberar a *Q* de la obligación. “En otras palabras, *P* está moralmente en una posición tal que puede determinar por su elección cómo *Q* actuará y de esta forma limitar la libertad de elección de *Q*”.⁶⁵

Bentham piensa que todas las obligaciones penales —excepto las obligaciones auto-referentes y las simbólicas— están correlacionadas con un derecho. Los delitos violan derechos —arguye— tanto si perjudican a individuos especificados (por ejemplo, el homicidio) como si dañan a individuos no especificados (por ejemplo, el delito de evasión de impuestos). Hart objeta el análisis benthamiano del derecho penal. Admite el lenguaje de los derechos para describir los delitos, pero lo restringe a los casos en los que un delito acarrea un perjuicio particular para un individuo específico y distinguido de otras personas.⁶⁶

La crítica de Hart a la teoría del beneficio, y la idea de que con esta teoría el lenguaje de los derechos parece superfluo, ha llevado a algunos autores a proponer dos versiones más sofisticadas de la misma teoría. La primera versión, denominada “calificada”, afirma que debe interpretarse más

⁶³ Mack, Eric, “In Defense of the Jurisdiction Theory of Rights” en G. Pincione and H. Spector (ed.) *Rights, Equality, and Liberty Universidad Torcuato Di Tella Law and Philosophy Lectures 1995-1997*, Dordrecht, Kluwer, 2000.

⁶⁴ Hart, “Are there any Natural Rights?”, *op. cit.*, p. 18.

⁶⁵ Hart, “Are there any Natural Rights?”, *op. cit.*, p. 18. Por razones de uniformidad, se cambiaron las letras que figuran como variables en el original.

⁶⁶ Hart, “Bentham on Legal Rights”, *op. cit.*, pp. 137 y 138.

estrechamente el concepto de beneficiario: es la persona a quien *se quiere* beneficiar con la imposición de la obligación.⁶⁷ Lyons piensa que su teoría puede explicar el uso del lenguaje de los derechos para denotar la posición de las potenciales víctimas de prohibiciones penales –que, como veremos más adelante, no encaja estrictamente en la teoría de la elección–. Los deberes pueden producir beneficios en dos formas diferentes. Primero, la imposición del deber puede dirigirse a proteger o promover el interés de una persona o clase de personas. En estos casos, aun cuando la persona en cuestión no tiene un derecho *contra* alguien en particular, podemos decir que tiene un derecho porque su perjuicio es relevante para afirmar que el deber ha sido violado. Segundo, la imposición del deber puede ser beneficiosa para la sociedad en general (como el deber de pagar el impuesto a las rentas); en tales situaciones, no decimos que el incumplimiento del deber viola un derecho, ya que no se puede rastrear una conexión entre el cumplimiento o el incumplimiento del deber, por un lado, y el beneficio o pérdida de alguien en particular, por el otro.⁶⁸

La teoría del beneficiario calificado trata de proveer una explicación homogénea de los que Hart denomina *uso estricto* y *uso amplio* del lenguaje de los derechos. Hart piensa que lo que explica ambos usos es que los deberes en juego comportan un tratamiento individualizado de los titulares de los derechos pertinentes, pero Lyons objeta que la obligación de un verdugo de ejecutar a un criminal implica un tratamiento individualizado del criminal, pero sin embargo no puede afirmarse que éste tenga un derecho a ser ejecutado. Lyons asevera que la intención de beneficiar a alguien es una condición (1) suficiente y (2) necesaria de afirmar que esa persona tiene un derecho. Primero, en el ejemplo de la promesa de Hart, el deber resultante tiene por objetivo beneficiar a la madre y, por consiguiente –en contra de lo que dice Hart–, ésta tiene un derecho, lo cual implica que podría reclamar el cumplimiento del deber o liberar al promitente del mismo. Segundo, en ausencia de un beneficio para el hijo (por ejemplo, si le es indiferente la suerte de su madre y tan sólo extrae la promesa por malicia), podría afirmarse que él no tiene derecho al cumplimiento de la promesa.⁶⁹

La segunda versión de la teoría, a veces llamada del interés justificante, fue defendida, con diversidad de matices, por MacCormick,⁷⁰ Okin,⁷¹

⁶⁷ Lyons, “Rights, Claimants, and Beneficiaries”, *op. cit.*, p. 63.

⁶⁸ Lyons, “Rights, Claimants, and Beneficiaries”, *op. cit.*, p. 67-8.

⁶⁹ Lyons, “Rights, Claimants, and Beneficiaries”, *op. cit.*, p. 69-75.

⁷⁰ MacCormick 1976, MacCormick, “Rights in Legislation” en J. Raz y P. M. S. Hacker (eds.) *Law, Morality and Society, Essays in honour of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1977.

Raz,⁷² Nino,⁷³ Laporta,⁷⁴ Freedren⁷⁵ y Spector.⁷⁶ La formulación de MacCormick es esclarecedora:

Adscribir a todos los miembros de una clase *P* un derecho [moral] al tratamiento *A* es presuponer que *A* es, en las circunstancias normales, un bien para cualquier miembro de *P*, y que *A* es un bien de tal importancia que sería incorrecto negarlo o retirarlo de cualquier miembro de *P*.⁷⁷

Análogamente, Raz define a los derechos de la siguiente forma: *P* tiene un derecho si y sólo si *P* tiene derechos y, siendo iguales las otras cosas, un aspecto del bienestar de *P* (su interés) es una razón suficiente para que otra persona esté sujeta a un deber.⁷⁸ Raz sostiene, bien explícitamente, que un interés puede fundamentar un derecho si y solo si existe un argumento sólido que tiene como conclusión que un deber existe y entre sus premisas (no-redundantes) figura un enunciado que asevera un interés del titular del derecho.⁷⁹

Laporta sostiene que las pretensiones, potestades e inmunidades las concede el sistema normativo (sea jurídico o moral) en base a los derechos, concebidos como títulos o razones justificantes de normas. El derecho es un tipo de razón justificante cuya existencia proviene de la adscripción a personas individuales de un interés o beneficio que se considera digno de protección (a través de distintas técnicas, como la concesión de pretensiones o poderes).⁸⁰ Tales razones justificantes son intra-sistemáticas: el sistema normativo incluye, además de normas, juicios de valor que tienen relaciones argumentativas con las normas.⁸¹

⁷¹ Okin, Susan Moller, "Liberty and Welfare: Some Issues in Human Rights Theory" en J. R. Pennock y J. W. Chapman (ed.) *Nomos XXIII: Human Rights*, New York, New York University Press, 1981.

⁷² Raz, *The Morality of Freedom*, *op. cit.*

⁷³ *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires, Paidós, 1984, 2a. ed., 1989.

⁷⁴ Laporta, "Sobre el concepto de derechos humanos", *op. cit.*

⁷⁵ Freedren, "Rights", *op. cit.*

⁷⁶ Spector, *Autonomy and Rights, The Moral Foundations of Liberalism*, *op. cit.*

⁷⁷ MacCormick, Neil, "Children's Rights: A Test-Case for Theories of Rights," *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 62, 1976, pp. 311. Por razones de uniformidad, se cambiaron las letras que figuran como variables en el original.

⁷⁸ Raz 1984; Raz, *The Morality of Freedom*, *op. cit.*, p. 166

⁷⁹ Raz, *The Morality of Freedom*, *op. cit.*, p. 181.

⁸⁰ Laporta, "Sobre el concepto de derechos humanos", *op. cit.*, pp. 27-31.

⁸¹ Laporta, "Sobre el concepto de derechos humanos", *op. cit.*, p. 72.

Un primer problema de la teoría del interés justificante es señalado por Mack.⁸² Esta teoría explica por qué si P tiene un derecho a X , P está en una posición especial con respecto a su derecho; la explicación es que es un interés de P lo que justifica el deber moral de Q de sostener X . Según la presentación de Mack, el interés que justifica un derecho (en la teoría del interés justificante) debe tener valor *último* (intrínseco). Así, para evitar la permisibilidad moral de compensaciones, la teoría del interés debería postular también que los intereses de las diferentes personas son inconmensurables. Sin embargo –arguye Mack– la única versión admisible de tal inconmensurabilidad es la aserción de que los intereses de las personas son sólo valiosos para ellas (“valiosos con respecto al agente”), y esta tesis es fatal para la teoría del interés justificante. En efecto, si el interés A de P sólo tiene valor para P , no puede justificar el deber de Q de promover A . Mediante este argumento Mack trata de mostrar que la teoría del interés justificante es incoherente. “El problema de la teoría del interés justificante es que está atrapada entre la Escila de la teoría del beneficio, utilitarista y neutral con respecto al agente, y la Caribdis del análisis basado en el fin individualizado, esto es, el valor relativo al agente”.

Además, Mack cree que un análisis de los derechos debería brindar una defensa del anti-paternalismo principista, como cosa distinta del antipaternalismo pragmático o epistémico. Sin embargo, el teórico del interés sostiene que la base del derecho de P es un interés de P , esto es, un aspecto del bienestar de P . Según esta explicación, entonces, no parece haber razón por la cual no se debería restringir el derecho de P a X si se sabe a ciencia cierta que al hacerlo está promoviendo su bienestar más eficazmente.

Otro problema de la teoría del interés es que no logra explicar cómo la importancia que otorgamos a ciertos derechos es mayor que la que asignamos a los intereses que constituyen el objeto de tales derechos.⁸³ Una posible explicación es que el interés subyacente es un interés en tener cierta libertad.⁸⁴ Pero Raz encuentra insuficiente esta explicación.⁸⁵ Para terminar de cerrar la brecha entre el valor que tiene un derecho para su titular y el valor que le damos en la cultura liberal, Raz apela a una conexión entre

⁸² Mack, “In Defense of the Jurisdiction Theory of Rights”, *op. cit.*

⁸³ Raz, *The Morality of Freedom*, *op. cit.* p.187; Raz, Joseph, *Ethics in the Public Domain – Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 30.

⁸⁴ Raz, *Ethics in the Public Domain*, *op. cit.*, p. 32; Feinberg, *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty*, *op. cit.*, pp. 30-44.

⁸⁵ Raz, *Ethics in the Public Domain*, *op. cit.*, p. 33 y 34.

tales derechos y el bien común.⁸⁶ Raz defiende, así, una concepción no individualista de los derechos liberales.⁸⁷ La importancia que el liberalismo otorga a derechos como la libertad de expresión, de reunión y de asociación, la libertad de prensa y de culto, el derecho a la privacidad y el derecho contra la discriminación, deriva de la circunstancia de que su protección constituye un servicio a la promoción y protección de una cierta cultura pública. Así, Raz señala que la libertad de culto es en la práctica el derecho de las comunidades a perseguir su estilo de vida así como el derecho de los individuos de pertenecer a comunidades respetadas. Algo semejante sucede con el derecho de objeción de conciencia, que sirve para proteger a miembros de ciertas comunidades religiosas así como a las comunidades mismas. La libertad de contratar no sólo tiene un ámbito de aplicación limitado, sólo explicable por la vigencia de valoraciones sobre el tipo de bienes susceptibles de compraventa, sino que presupone la existencia de un bien colectivo: el mercado libre. Asimismo, algunos aspectos de la libertad de expresión sólo pueden ser explicados teniendo en cuenta que ella protege ciertos bienes colectivos como el carácter abierto y tolerante de una sociedad; según Raz esto es lo que ocurre con las libertades y privilegios de los que goza la prensa en los países liberales, justificados por el servicio de la prensa a la comunidad en general. Por su parte, el derecho contra la discriminación racial o religiosa protege la capacidad de sentir orgullo por la pertenencia a una comunidad o colectividad, sentimiento que es esencial en la identificación con un grupo. En síntesis, la posición de Raz es que los derechos morales fundamentales son un elemento importante en la protección de ciertos bienes colectivos, o que su valor depende de la existencia de tales bienes.

2. *Teoría de la elección*

En su clásico ensayo *Are There Any Natural Rights?* Hart propone la tesis de que si hay algún derecho moral, se sigue que existe al menos el derecho igual de todos los seres humanos de ser libres. Este derecho significa que todo ser humano capaz de elección (1) tiene el derecho a que todos los de-

⁸⁶ Raz, *The Morality of Freedom*, *op. cit.*, pp. 251-254; Raz, *Ethics in the Public Domain*, *op. cit.*, p. 37-40; Spector, Horacio, "Liberalismo, Perfeccionismo y Comunitarismo, Examen crítico y comparativo de la posición del profesor Raz", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, vol. 7, 1987, pp. 57-76

⁸⁷ Hay una cierta tensión en la obra de Raz entre su análisis individualista del concepto de derechos y su fundamentación colectiva.

más se abstengan de usar la fuerza contra él excepto para detener la fuerza o la restricción, y (2) tiene la libertad de hacer cualquier acción que no sea coercitiva o restrictiva para otras personas, ni se dirija a dañarlas.⁸⁸ Para Hart el derecho a la libertad es (a) un derecho natural, y (b) de carácter *prima facie*. Por ser un derecho natural, lo tienen todos los seres humanos *qua* seres humanos (y no si son miembros de alguna sociedad o se hallan en cierta relación con otras personas), y además no es creado o conferido por la acción voluntaria de otros hombres; otros derechos morales sí lo son.⁸⁹

Para Hart existe una conexión entre los derechos morales y los derechos legales. Los derechos morales forman parte de una parte especial de la moral, que los juristas continentales identifican con la expresión “derecho”. Hart ve también esta distinción en la *Rechtslehre* de Kant, cuando distingue entre los *officia juris* y los *officia virtutis*, según que el principio determinante de la voluntad sea el deber o no. Para Hart un elemento importante de un derecho moral es que “poseerlo es considerado como tener una justificación moral para limitar la libertad de otro y que... [el titular] tiene esta justificación... simplemente porque en las circunstancias presentes se mantendrá una cierta distribución de la libertad humana si él, por su elección, tiene autorizado determinar cómo otro actuará”.⁹⁰

Si tener un derecho es tener una justificación moral para restringir la libertad de elección de otra persona, la utilización del vocabulario de los derechos implica que es menester una justificación moral para limitar la libertad de otras personas y esto es tanto como afirmar que las personas tienen un derecho igual a la libertad.⁹¹ Pero Hart descarta el argumento de que los derechos morales *presuponen* un derecho igual a la libertad en el sentido de que presuponen la exigencia moral de que la interferencia con la libertad sea justificada. Su razón para dejar de lado el argumento es que el principio que exige proveer una justificación moral para limitar la libertad sería vacuo si no se restringiese el tipo de justificación moral que puede darse a tal efecto. Por ejemplo, si la justificación pudiese apelar a características religiosas o raciales, el derecho a la libertad supuesto en el lenguaje de los derechos carecería de contenido. Hart sostiene que, por definición de “derecho”, un derecho a limitar la libertad debe basarse o bien en un derecho especial (surgido de una transacción voluntaria) o bien en un derecho general (derivado de un sistema de restricciones mutuas). Cuando justificamos una interferencia con la libertad de otra persona en términos de un

⁸⁸ Hart, “Are there any Natural Rights?”, *op. cit.*, p. 14.

⁸⁹ Hart, “Are there any Natural Rights?”, *op. cit.*, p. 15.

⁹⁰ Hart, “Are there any Natural Rights?”, *op. cit.*

⁹¹ Hart, “Are there any Natural Rights?”, *op. cit.*, p. 23 y 24.

“derecho” moral, invocamos la existencia de un derecho igual de todas las personas a ser libres; en el caso de los derechos especiales, porque suponemos que la creación del derecho depende del ejercicio del derecho igual a la libertad del promitente o contratante; en el caso de los derechos generales, porque suponemos que cada uno de estos derechos es una parte de una distribución igualitaria de la libertad.⁹²

En *Bentham on Legal Rights* Hart asevera que la diferencia principal entre el derecho penal y el derecho civil estriba en el hecho de que el derecho civil da a los individuos una posición jurídica diferente que el derecho penal. En este sentido, afirma: “La idea es la de un individuo al que el derecho le da control exclusivo más o menos extenso, sobre el deber de otra persona de modo que en el área de conducta cubierto por ese deber el individuo que posee el derecho es un soberano en pequeña escala a quien el deber le es debido”.⁹³ El derecho correlativo de una obligación es para Hart un caso especial de poder jurídico por el cual el titular del derecho puede abandonar el derecho o ejercerlo. La medida más plena de control incluye: (a) la facultad de renunciar o extinguir el deber o dejarlo existir (cuestión dispositiva), (b) luego de incumplimiento o amenaza de incumplimiento, la facultad de no hacerlo observar o de hacerlo observar a través de una acción por daños y perjuicios o de una acción de cese, (c) la facultad de renunciar o cancelar el deber de indemnizar derivado del incumplimiento. Los derechos son una especie de “propiedad normativa”; el titular del derecho lo *posee*, y el deber le es *debido*.

A pesar de que los deberes de bienestar no están correlacionados con la potestad de abandono ni con el deber secundario de indemnizar (y, por lo tanto, tampoco con la potestad de abandonar el derecho de compensación), puede decirse que tienen derechos correlativos merced a las siguientes dos características: (1) el deber del organismo administrativo depende de la presentación de una demanda que el particular puede presentar o no

⁹² Hart, “Are there any Natural Rights?”, *op. cit.*, p. 24-5. Se ha criticado el argumento de Hart por cometer la confusión elemental de sólo mostrar que el derecho igual a la libertad es una condición suficiente de tener derechos morales, pero no una condición necesaria. Si se supone que las personas tienen un derecho igual a la libertad –discurre la objeción-, entonces poseen derechos morales (especiales y generales); pero se podría aseverar que tienen derechos morales invocando, por ejemplo, una justificación utilitarista (diferente, como es obvio, de una justificación basada en el derecho igual a la libertad). *Cfr.* Haworth, Lawrence, “Utility and Rights”, *Studies in Moral Philosophy*. Oxford, Basil Blackwell, 1968.

⁹³ Hart, “Bentham on Legal Rights”, *op. cit.*, p. 141.

presentar, y (2) el particular puede iniciar una acción ante los tribunales para que el tribunal ordene al organismo cumplir el deber asistencial.⁹⁴

En la última parte del ensayo Hart se ocupa de un tema de trascendental importancia. ¿Cuáles son los límites de la teoría de la elección legalmente protegida que él defiende? La teoría de la elección debe ser complementada con la idea de beneficio para dar cuenta del concepto de derecho en contextos constitucionales y de “crítica individualista” del derecho. Los derechos constitucionales están dirigidos a proteger del Parlamento a los ciudadanos y, por lo tanto, deben analizarse en términos de “inmidades” –tesis que, como vimos, defendió también Lyons–; sin embargo, la inmunidad frente a un cambio legal ventajoso para una persona no puede denominarse un derecho. Por ejemplo, si el gobierno no tiene poder para otorgar una pensión graciable, todo ciudadano tiene inmunidad frente a este cambio legal, pero no diríamos que tiene un derecho.⁹⁵ Por “crítica individualista”, Hart entiende la descripción que puede hacer un jurista inglés de los deberes impuestos por la ley penal –en ausencia de inmidades constitucionales– en términos de derechos que protegen necesidades individuales. En estos casos, aun cuando la noción de derecho como elección legalmente protegida no puede invocarse (puesto que la ley penal en general consagra la acción pública), el crítico del derecho puede describir las normas contra el homicidio y las lesiones, por ejemplo, como protectoras de los derechos a la vida y a la integridad física. Este uso “extendido” de la noción de derecho requiere una consideración distributiva o individualista de las necesidades de las personas.⁹⁶

⁹⁴ Hart, “Bentham on Legal Rights”, *op. cit.*, pp. 142 y 143.

⁹⁵ Hart, “Bentham on Legal Rights”, *op. cit.*, pp. 146 y 147.

⁹⁶ Hart, “Bentham on Legal Rights”, *op. cit.*, pp. 147 y 148. Charles Taylor acepta la teoría de la elección para analizar el concepto tradicional de derechos humanos (Taylor, Charles, “Human Rights: The Legal Culture” en H. J. Steiner y P. Alston (eds.) *International Human Rights in Context*, Oxford, Clarendon Press, 1996). El sistema de derechos personales tiene dos efectos: (a) limita las decisiones de los gobiernos y las decisiones colectivas protegiendo a los individuos y a los grupos específicos, y (b) ofrece a los individuos y a los grupos específicos el derecho a buscar compensación y les da un margen de libertad en la imposición de estos límites. Según Taylor, el sistema de derechos personales debe ser complementado con una concepción de los derechos como objetivos sociales que no deben ser abandonados, a fin de dar cuenta de los derechos humanos incluidos en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.

3. *Teoría de las pretensiones válidas*

En “The Nature and Value of Rights” Feinberg nos invita a imaginar un mundo, “Nowheresville”, en el cual no hay derechos.⁹⁷ La principal diferencia que este autor ve entre Nowheresville y nuestro mundo —en el que sí hay derechos— se relaciona con la actividad de pretender o demandar. Feinberg observa que este rasgo de los derechos es resaltado en el esquema hohfeldiano de derechos, en el cual se distinguen los derechos-pretensiones de las meras libertades, las potestades y las inmunidades. Feinberg señala que cuando se afirma que alguien tiene un derecho-pretensión legal a *X*, debe ser verdad (1) que él tiene libertad con respecto a *X*, y (2) que su libertad es la base de los *deberes* de otras personas de otorgarle *X* o de no interferir con él respecto de *X*. Esto es tanto como aceptar la teoría del interés, en la versión del interés justificante. Sin embargo, considera que esta explicación es inexacta porque ignora que un derecho-pretensión importa la posibilidad para su titular de elegir ejercerlo o no, de demandarlo, de reclamar o protestar por su violación, de liberar al obligado de su deber correlativo o de abandonarlo por completo. Feinberg no intenta una definición formal de “derecho” sino una elucidación informal de este concepto apelando a la actividad —gobernada por reglas— de demandar o pretender. Su posición puede reducirse a dos tesis: (1) los derechos se utilizan característicamente para plantear demandas, una actividad íntimamente asociada a la idea de dignidad humana y (2) *tener un derecho* es equiparable a *tener una pretensión válida*, lo cual a su vez significa estar en la posición adecuada —según un cierto sistema legal o moral— para pretender o demandar.

Evocando la teoría de Feinberg, Waldron dice que los derechos “son pretensiones hechas naturalmente en la voz de la persona que es su titular”. En tanto que el lenguaje de las necesidades es objetivo y, por lo tanto, apunta a la posibilidad de “autoridades” capaces de conocer las necesidades de *P* tan bien, o incluso mejor que *P*, los derechos desafían la autoridad y la objetividad; son reclamos articulados y auto-conscientes. La idea es que cuando alguien asevera sus derechos, expresa respeto a sí mismo y, al mismo tiempo, demanda ser tratado con respeto.⁹⁸

Paralelamente, Baier sostiene que el lenguaje de los derechos se utiliza para hacer escuchar un punto de vista, particularmente cuando el mismo discrepa de las opiniones expresadas. Los derechos humanos tienen entre

⁹⁷ Feinberg, *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty*, *op. cit.*, pp. 30-44.

⁹⁸ Waldron, “The Role of Rights in Practical Reasoning: ‘Rights’ versus ‘Needs’,” *op. cit.*

sus fundamentos las facultades de decir “no”, de protestar.⁹⁹ Los derechos humanos son básicamente derechos *individuales*, para esta autora. A diferencia de las responsabilidades y deberes, cuyo cumplimiento implica organización y una división del trabajo moral, los derechos (incluso los derechos que poseen grupos de personas, como las generaciones futuras) vienen pre-asignados; no requieren ningún organismo distributivo. Aun cuando los derechos son individualistas, los bienes que protegen y a los cuales dan sus nombres sólo pueden ser provistos por la cooperación social. Este es el caso del derecho a la vida (especialmente durante la infancia y la vejez) y del derecho de libre expresión. Para Baier los derechos requieren de un conjunto de responsabilidades individuales y colectivas, sin las cuales no sería posible asegurar los bienes que constituyen el objeto de los derechos.¹⁰⁰ Partiendo de la premisa de que los derechos son “armas” que las personas utilizan para exigir los bienes que fundamentalmente necesitan –como algo diferente de mendigarlos o tomarlos por la fuerza–, Baier no ve ninguna dificultad en incluir los derechos de bienestar entre los derechos básicos.¹⁰¹ Empero, con esta movida Baier pone en serio peligro la consistencia de toda su propuesta, puesto que el cumplimiento de los derechos de bienestar requiere una organización administrativa que desafía el análisis en términos de auto-asignación que ella misma propicia.

4. *Teoría de los títulos*

La teoría de los títulos es una variante de la teoría de la elección. McCloskey propuso por primera vez un análisis de los derechos en términos de títulos.¹⁰² McCloskey estudia el uso habitual de la noción de derechos en contextos legales, institucionales y morales, y llega a la conclusión de que (con excepción de los derechos “especiales”, que surgen de acuerdos o promesas) los derechos no son pretensiones *contra* alguien, sino derechos (títulos) *a* algo. Mi derecho a la vida –dice McCloskey– “es esencialmente un derecho mío, no una lista infinita de pretensiones, hipotéticas y reales, contra un número infinito de seres humanos reales, potenciales o todavía no existentes.”¹⁰³

⁹⁹ Baier, Annette C., “Claims, Rights, Responsibilities”, en J. Gene Outka y John P. Reeder (ed.), *Common Morality and the Community of Rights*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1993, p. 159.

¹⁰⁰ Baier, “Claims, Rights, Responsibilities”, *op. cit.*, pp. 163-4.

¹⁰¹ Baier, “Claims, Rights, Responsibilities”, *op. cit.*, p. 166.

¹⁰² McCloskey, “Rights”, *op. cit.*

¹⁰³ McCloskey, “Rights”, *op. cit.*, p. 118.

Nozick tiene una visión ambivalente de los derechos morales. Por un lado, los considera *restricciones laterales*, individualizadas y de carácter negativo.¹⁰⁴ Esta tesis ubica a Nozick al lado de los teóricos del beneficio, ya que los derechos son analizados como meros reflejos de deberes negativos de no interferencia. Por otro lado, Nozick sostiene una teoría titular de la justicia, que establece las condiciones de adquisición y transferencia legítimas de derechos o títulos sobre recursos físicos.¹⁰⁵ Si se toma en cuenta su teoría de la justicia, Nozick puede ser ubicado en la línea de McCloskey; en efecto, en esa teoría los derechos son conceptos básicos y no derivados.

Pero es sin duda Steiner quien presenta la teoría de los títulos en su forma más acabada. Steiner parte de la teoría de la elección: concibe a los derechos como conceptos que engloban pretensiones o inmunidades (derechos sustantivos o de primer orden) y potestades de imposición y de perdón (derechos procedimentales o de segundo orden).¹⁰⁶ La teoría de la elección puede explicar mejor que la teoría del beneficio la posición del tercero beneficiario, pero ¿cómo puede explicar los derechos correlativos de los deberes penales, habida cuenta de que los deberes penales, a diferencia de los deberes civiles, no son *excusables* o *perdonables* por el potencial damnificado de su incumplimiento? Según Steiner, es falso afirmar que el derecho penal no establece derechos en términos de la teoría de la elección; sí crea esos derechos, solo que *no* los pone en manos de los ciudadanos sino de funcionarios gubernamentales (los fiscales).¹⁰⁷ Una cuestión difícil es cómo explicar que, en muchos sistemas jurídicos, la Constitución priva a los fiscales de la potestad de perdonar por anticipado la violación de un deber penal.¹⁰⁸

El diseño de un sistema de deberes y derechos correlativos requiere que los deberes estipulados no sean *incoposibles*. Para determinar si un sistema de derechos es incoposible hay que describir las acciones en forma extensional, es decir, identificando sus componentes físicos. “Dos acciones, *A* y *B*, son incoposibles –dice Steiner– si hay una coincidencia parcial (sea objeto-temporal o espacio-temporal) entre la descripción extensional de *A* y o bien (i) la descripción extensional de *B*, o bien (ii) la descripción extensional de *C* si *C* es un prerrequisito de *B*.”¹⁰⁹ Para explicar la coposibilidad de un sistema de derechos, Steiner apela a la distinción benthamiana entre una

¹⁰⁴ Nozick, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*. Oxford, Basil Blackwell, 1980, pp. 28-9.

¹⁰⁵ Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, *op. cit.*, pp. 150-3.

¹⁰⁶ Steiner, Hillel, *An Essay on Rights*. Oxford, Blackwell, 1994, p. 601.

¹⁰⁷ Steiner, *An Essay on Rights*, *op. cit.*, pp. 64-66

¹⁰⁸ Steiner, *An Essay on Rights*, *op. cit.*, p. 71-2.

¹⁰⁹ Steiner, *An Essay on Rights*, *op. cit.*, p. 37.

libertad “desnuda” y una libertad “protegida”; la distinción está dada por el hecho de que la libertad “protegida” —y no la “desnuda”— posee un perímetro de protección constituido por deberes que en la práctica impiden la interferencia con la libertad.¹¹⁰ La libertad desnuda está en los intersticios de los derechos de las diferentes personas, en tanto que la libertad “protegida” es interna a tales derechos. La única forma de asegurar la coposibilidad en un conjunto de deberes (y de derechos correlativos) es que las libertades requeridas para su cumplimiento sean “protegidas”. Ello implica que la persona obligada necesita tener un conjunto de *títulos* (temporalmente calificados) sobre objetos físicos (derechos de propiedad).¹¹¹ La concepción de los derechos como títulos es un requisito para asegurar la coposibilidad del sistema de derechos que distribuye interpersonalmente libertad negativa.

Mack propone una concepción de los derechos como *títulos jurisdiccionales*, basados en la necesidad de respetar el hecho de que las personas asignan valor intrínseco a algunos de los fines que guían sus elecciones y planes. Con esta teoría Mack espera superar las teorías del beneficio y de la elección al proveer una explicación de los derechos como “barreras morales, fundadas en principios, contra las compensaciones y las intervenciones paternalistas”. En la teoría de la elección, la existencia de un derecho no se basa en la “cualidad moral” o en los efectos de la acción que el derecho protege o requiere; tampoco depende de una distribución pautada de libertad. En tanto que Hart se concentra en los derechos contractuales, a Mack le preocupa aplicar la teoría de la elección a los derechos no contractuales. Como los derechos contractuales, los no contractuales no están conectados con las cualidades de las acciones que protegen o requieren. Los derechos brindan formas de resolver conflictos sobre el control de los recursos físicos que no necesitan —y no deben— apelar al valor global ni al valor relativo al agente; este modo alternativo de resolución de disputas nos sugiere considerar “la cuestión de quién tiene jurisdicción sobre el medio controvertido”. A diferencia de la teoría de la elección, la teoría de la jurisdicción considera que los derechos son normativamente anteriores a las obligaciones. Es por referencia al alcance de la jurisdicción moralmente protegida de *P* que se pueden determinar las obligaciones de otras personas de no interferir con la conducta de *P* dentro de esa jurisdicción. La potestad moral de *P* de determinar las elecciones de otras personas es una consecuencia de las pretensiones jurisdiccionales de *P*.¹¹²

¹¹⁰ Steiner, *An Essay on Rights*, *op. cit.*, pp. 75-6.

¹¹¹ Steiner, *An Essay on Rights*, *op. cit.*, pp. 91-2.

¹¹² Mack, “In Defense of the Jurisdiction Theory of Rights”, *op. cit.*

IV. ¿LOS DERECHOS HUMANOS SON “DERECHOS MORALES”?

La expresión “derechos morales” fue usada por John Stuart Mill y consolidada por Hart.¹¹³ Como hemos visto, Bentham negaba la posibilidad de entender los derechos fuera de contextos legales. Evocando la postura positivista de Bentham, dos filósofos del derecho argentinos afirman que la teoría de los derechos humanos está comprometida con una metafísica innecesaria para fines descriptivos o explicativos. Vernengo sostiene que la existencia de derechos subjetivos en cierto sistema normativo es un hecho institucional contingente; en tanto que sí se verifica en ciertos órdenes jurídicos positivos, no se puede presuponer su existencia en todo código moral, más aún cuando hoy en día la moral no tiene existencia institucional.¹¹⁴ Análogamente, Bulygin asevera que, no habiendo derecho natural entendido como un sistema moral universalmente válido, no hay derechos humanos como derechos morales; los derechos humanos recién adquieren existencia tangible cuando se positivizan y, cuando ello ocurre, ya no son derechos morales sino derechos humanos jurídicos.¹¹⁵

Laporta responde a la crítica positivista. Para él los derechos (en general) son valoraciones o principios contenidos en sistemas normativos (morales y jurídicos) que dan apoyo (aunque no implican lógico-deductivamente) normas que atribuyen algunas de las facultades identificadas por Hohfeld. Laporta niega que estas valoraciones sean entidades metafísicas (más bien las trata como entidades lingüísticas). Afirma que los derechos son, básicamente, hechos valorados por un sistema normativo: “Los derechos tienen, a mi juicio, un componente predominante que es un estado de cosas al que se considera un bien, un objetivo que se trata de perseguir, una meta a la que llegar, etcétera, todo ello *en virtud del sistema normativo en que se inscriben*” (énfasis agregado).¹¹⁶ Me parece evidente que lo que Laporta quiere decir es que la proposición “*P* tiene un derecho” es un juicio de valor –contenido en un sistema normativo– con un significado descriptivo (alude a un estado

¹¹³ Rojo, J.M, “Los derechos morales en el pensamiento angloamericano”, *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 5, 1988-1989.

¹¹⁴ Vernengo, Roberto, “Los derechos humanos como razones morales justificatorias”, *Doxa (Cuadernos de Filosofía del Derecho)*, vol. 7, 1990, pp. 275-299.

¹¹⁵ Bulygin, 1987.

¹¹⁶ Laporta, Francisco, “Acotaciones del trampolín: respuesta a Roberto Vernengo”, *Doxa (Cuadernos de Filosofía del Derecho)*, vol. 7, 1990, pp. 301-309.

de cosas) y un significado valorativo.¹¹⁷ Por supuesto, esto no lleva, por sí mismo, a la postulación de ninguna entidad metafísica (salvo, claro está, que se presuponga un intuicionismo *à la Moore*).

Laporta también sostiene que la oposición a hablar de derechos morales descansa en el presupuesto –inaceptable, por cierto– de que no existe la moral crítica o ideal. Efectivamente, las afirmaciones de Vernengo y Bulygin parecen ir en esa dirección, lo cual llevaría también a negar la existencia de otras relaciones normativas morales, como los deberes y las responsabilidades.¹¹⁸ Sin embargo, la argumentación también podría ser interpretada de un modo diferente. Si los derechos requirieran, por definición, un soporte institucional de protección, entonces la afirmación de que ni la moral crítica ni la moral individual tienen dicho soporte (lo cual no significa decir que no existan) implicaría la falsedad de toda proposición que afirma la existencia de derechos morales. Muy probablemente sea ésta la posición de Vernengo.¹¹⁹ Interpretada así, esta posición tiende a equiparar a los derechos subjetivos con acciones procesales, lo cual no es aceptable ni siquiera en el caso de los derechos subjetivos establecidos por órdenes jurídicos positivos.¹²⁰

La identificación de los derechos con los derechos legales no tiene sustento histórico. En efecto, no hace justicia al uso de la noción de derechos en la tradición europea (también continental) de los derechos naturales, a la que hemos hecho referencia anteriormente.¹²¹ En realidad, sólo muy tardíamente, con las revoluciones americana y francesa, los derechos se convirtieron en herramientas del diseño insitucional.¹²²

Otro argumento es idiomático: “Pero un *moral right*, esto es: un derecho subjetivo moral, en cambio, sí constituye en nuestro dominio idiomático,

¹¹⁷ Peczenik y Spector, “A Theory of Moral Ought-Sentences”, *op. cit.*

¹¹⁸ Nino, Carlos S. “Sobre los derechos morales”, *Doxa (Cuadernos de Filosofía del Derecho)*, vol. 7, 1990, pp. 313.

¹¹⁹ En otro artículo, Vernengo expone claramente esta posición: “Los derechos subjetivos jurídicos –expresión casi redundante en castellano y en la teoría general del derecho– son instituciones, cosa que no son los pretendidos derechos morales. La institución de un derecho subjetivo supone la existencia de un conjunto normativo que incluye, por lo menos, normas que facultan a un sujeto a ciertos actos, normas que determinan deberes jurídicos de otros sujetos y, por lo común, normas que prescriben el comportamiento de órganos estatales para el caso en que el titular del derecho subjetivo lo requiera”, (Vernengo, Roberto J., *Dos ensayos sobre problemas de fundamentación de los derechos humanos*. Cuadernos de Investigación, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” 13, 1989, p. 13).

¹²⁰ Nino, “Sobre los derechos morales”, *op. cit.*, p. 314.

¹²¹ Peces-Barba, Gregorio, *Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, Editorial Debate, 1983, pp. 228-230.

¹²² Waldron, “The Role of Rights in Practical Reasoning: ‘Rights’ versus ‘Needs’,” *op. cit.*

un hueso duro de tragar.”¹²³ Carlos Nino ha rechazado este argumento. Por un lado, se utiliza a veces la expresión “derecho” en contextos no jurídicos (“tengo derecho a mover la pieza”). Por otro lado, aun cuando la expresión “derechos morales” no fuera correcta en castellano, si la categoría conceptual que los angloparlantes identifican con “*moral rights*” fuera importante, sencillamente deberíamos inventar un término en castellano para denotarla.¹²⁴

Una tesis más débil de la concepción positivista es que, aun cuando existan los derechos morales, apelar a ellos es prácticamente superfluo porque los derechos jurídicos (entre los que hay que mencionar a los derechos fundamentales, esto es, los consagrados en textos constitucionales o tratados internacionales) poseen capacidad justificatoria autosuficiente (o sea, con independencia de principios morales que establecen derechos subjetivos). Nino también ha criticado esta tesis.¹²⁵ Su crítica se basa en lo que él denomina el “teorema fundamental de la teoría general del derecho”, que pretende concluir que el razonamiento práctico que justifica la decisión del juez tiene que detener su ascenso, por razones conceptuales, en un principio que legitima éticamente a una cierta autoridad (constituyente o legislativa). La fundamentación del juez no será jurídica si no apela a la prescripción dictada por cierto legislador, pero del hecho que el legislador haya promulgado esa prescripción no se sigue que el juez deba aplicarla (ni que los ciudadanos deban obedecerla). Por ello, es menester suponer que un principio, aceptado no por su origen sino por su contenido, confiere legitimidad a la autoridad que promulgó la prescripción. Puesto que tal principio es, por definición, de carácter moral, las decisiones del juez se fundamentan en normas morales, incluso cuando esas decisiones invocan las prescripciones de un texto constitucional que establece derechos (derechos jurídicos). La conclusión que Nino intenta extraer de su teorema es la siguiente: “Si convenimos en que los derechos que están establecidos por normas morales son derechos morales, de aquí se sigue que sólo los derechos morales permiten justificar acciones o decisiones.”¹²⁶

¹²³ Vernengo, Roberto J., *Dos ensayos sobre problemas de fundamentación de los derechos humanos*. Cuadernos de Investigación, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” 13, 1989, p. 11.

¹²⁴ Nino, “Sobre los derechos morales”, *op. cit.*, pp. 312 y 313.

¹²⁵ Nino, Carlos S. “Introduction”, *Rights*, New York, New York University Press, 1992; Nino, “Sobre los derechos morales”, *op. cit.*

¹²⁶ Nino, “Sobre los derechos morales”, *op. cit.*, 321.

El teorema de Nino no prueba la necesaria dependencia de los derechos fundamentales (derechos jurídicos) de los derechos morales (en el sentido corriente de “derechos morales”). Suponiendo que el teorema fuera correcto, deberíamos aceptar, por ejemplo, que un razonamiento judicial que declara inconstitucional una cierta medida del gobierno por violar el derecho (jurídico) a la privacidad en última instancia se justifica en un principio que confiere legitimidad moral a la autoridad constitucional; aun si aceptáramos que éste es un principio *moral*, sería cuestionable que él establezca un “derecho moral” en el sentido relevante para el argumento de Nino. Este principio moral establece un poder en el sentido de Hohfeld, esto es, una potestad o competencia para dictar normas, pero ello no significa que el derecho (jurídico) a la privacidad se fundamente o dependa de un derecho moral a la privacidad. Hay una diferencia entre un *derecho jurídico moralmente justificado* y un *derecho moral*. Un derecho jurídico se podría justificar, por ejemplo, apelando al objetivo social de maximizar el bienestar o la riqueza; pero esa justificación no transforma al derecho jurídico en un derecho moral. Por definición, un derecho moral está establecido por principios morales no consecuencialistas.

Siendo justos con Nino, hay que decir que él advierte que su argumento no apunta a los derechos morales. Por eso, distingue dos tipos de derechos morales: los *derechos fundamentales*, que son establecidos por normas morales en sentido estricto —cuyo contenido no depende de una promulgación constitucional o legislativa— y los *derechos institucionales*, que corresponden a lo que yo llamo derechos jurídicos moralmente justificados (o sea, derechos promulgados por una autoridad legitimada moralmente).¹²⁷ Luego de presentar su argumento, Nino aclara que no pretende concluir que los derechos jurídicos dependen necesariamente de derechos fundamentales (derechos morales en mi terminología) sino algo diferente, a saber, que los derechos jurídicos dependen de derechos institucionales. Esta conclusión excede el problema de los derechos morales y apunta, más bien, a la relación entre validez jurídica y validez moral.¹²⁸

Otros autores creen que el dilema derecho moral/derecho jurídico es falso. Para Mugerza, los derechos humanos presentan un rostro jánico,

¹²⁷ Nino, “Sobre los derechos morales”, *op. cit.*, pp. 322 y 323.

¹²⁸ Tampoco es incuestionablemente cierto que los derechos jurídicos dependan necesariamente de “poderes morales”. Un juez podría fundar su decisión en una prescripción constitucional y en el principio que establece el deber moral de respetar los compromisos contraídos. Así, suponiendo que el juez ha jurado respetar la Constitución —lo cual de hecho sucede en muchas naciones—, su razonamiento justificatorio detendría su ascenso en un principio que establece un *deber* moral (como algo diferente de un poder).

una de cuyas caras es ética y la otra jurídica.¹²⁹ Sin el reconocimiento jurídico, los derechos humanos son exigencias morales. Muguerza piensa que hablar de “derechos morales” es una contradicción pragmática, parecida a la que tendría lugar si se hablase de “leyes de tránsito” en ausencia de un código de circulación. En una línea similar, Peces-Barba observa que los derechos humanos pertenecen al ámbito del derecho moralizado, más que al de la moral ideal; para la comprensión de este concepto son importantes tanto la dimensión jurídica como la dimensión moral.¹³⁰

V. FUNDAMENTOS DE LOS DERECHOS HUMANOS

Con respecto a la fundamentación de los derechos humanos, tres respuestas posibles han sido ensayadas: (1) la fundamentación de los derechos humanos no es posible, (2) la fundamentación de los derechos humanos no es necesaria, y (3) la fundamentación de los derechos humanos es a la vez posible y necesaria. La primera alternativa es ejemplificada en MacIntyre. Este autor piensa que los derechos humanos son ficciones y que no hay razones universalmente convincentes para creer en los derechos humanos, así como no hay razones tales para creer en las brujas o los unicornios. MacIntyre critica la justificación kantiana de Gewirth alegando que necesita presuponer una forma social que reconoce los derechos y que, por tanto, presupone lo que quiere probar.¹³¹

En la segunda alternativa encontramos a Rabossi. Para Rabossi el fundacionismo de los derechos humanos, propiciado por Gewirth y Nino, presupone una visión del mundo superada. Los derechos humanos –sostiene– se encuentran profundamente integrados en la cultura que sobreviene a la Segunda Guerra Mundial; son un hecho del mundo y, como tal, no necesitan fundamentación filosófica.¹³² También podemos ubicar en esta alternativa a autores que consideran que los derechos humanos son evidentemente válidos, de modo que no requieren una fundamentación especial. Por ejem-

¹²⁹ Muguerza, “La alternativa del disenso (En torno a la fundamentación ética de los derechos humanos)”, *op. cit.*, pp. 21 y 22.

¹³⁰ Peces-Barba, *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, *op. cit.*, p. 102-4.

¹³¹ MacIntyre, Alasdair, *After Virtue: A Study in Moral Theory*, Notre Dame, IN, University of Notre Dame Press, 1981.

¹³² Rabossi, Eduardo, “La teoría de los derechos humanos naturalizada”, *Revista del Centro de Estudios Internacionales*, vol. 5, 1990, pp. 159-175.

plo, Little sostiene una posición intuicionista.¹³³ Ciertas verdades morales fundamentales, como la de que la tortura por diversión o para neutralizar una oposición política es incorrecta, no necesitan ninguna razón provista por una teoría moral normativa, basada en deberes, derechos o fines sociales; antes bien, el hecho de que una teoría moral normativa justifica la violación de esos mandatos morales, o debilita su vigencia y respeto, es la mejor prueba de que la teoría es errónea. En una palabra, Little invierte el orden de la prueba: no es la teoría la que puede justificar cierta convicción fundamental, sino que es la convicción la que sirve para poner a prueba la teoría.

La tercera respuesta es sin duda la más extendida. En esta alternativa se encuentra la mayor parte de los autores que han tratado el tema. Desde la justificación “natural” de la teoría de los derechos naturales y la justificación conservadora o comunitarista de Burke, hasta las justificaciones kantianas en base a principios morales abstractos, pasando por las justificaciones consensualistas o contractualistas, las teorías disponibles recorren todo el espectro de la filosofía moral. En el resto de esta sección me referiré a algunas cuestiones centrales planteadas en los intentos por dar una justificación teórica de los derechos humanos.

1. *Comunidad y Razón*

La modernidad se caracteriza por una ambivalencia intelectual con respecto a los principios morales en general, y a los derechos humanos, en particular. Por una parte, creemos que una actitud liberal e igualitaria exige el rechazo del absolutismo ético, que pregona la existencia de estándares morales universales y objetivos. La mentalidad científica positivista es muy sensible a la evidencia histórica y antropológica de que a lo sumo hay unos pocos universales éticos, en tanto que la mayoría de las prácticas morales están sujetas a grandes variaciones en diferentes épocas y culturas. Por otra parte, pensamos que los principios fundamentales de nuestra ética liberal tienen un fundamento universal y que no son meramente preferencias o reacciones emocionales. Creemos que las violaciones de los derechos humanos cometidas en la Argentina entre 1976 y 1982 no fueron malas solamente en el sentido de que nuestras actitudes son contrarias a ellas; estamos convencidos de que hay algo realmente malo en torturar y matar a miles de personas. ¿Cómo debemos analizar esta aparente objetividad de nuestras convicciones morales?

¹³³ Little, “The Nature and Basis of Human Rights”, *op. cit.*

En otro trabajo¹³⁴ exploré la vinculación entre el realismo moral y el comunitarismo. Dos intuiciones básicas estaban detrás de este intento. La primera era que la importancia del elemento objetivo de la deliberación moral no queda suficientemente capturada por un análisis semántico-pragmático de los juicios de deber moral,¹³⁵ y que tal importancia puede ser explicada apelando a la dimensión comunal de la moral, enfatizada por los comunitaristas. Así como Hegel reivindicó la *Sittlichkeit*, una moral comunal, contextualizada histórica y culturalmente, en lugar de la *Moralität* – una moral ideal o crítica –, los comunitaristas rechazan la ética pública del Iluminismo, que gira en torno de derechos naturales o deberes impuestos por la dignidad humana, en favor de los valores comunales que nutren la identidad personal. La tesis ontológica del comunitarismo, que sostiene que la verdad de los juicios morales depende de la existencia humana en sociedad, y no de la pura Razón o de la naturaleza, parecía ofrecer una alternativa para teorizar sobre la objetividad de la deliberación moral. Me parecía posible aceptar la existencia de “hechos morales” – tesis central en el realismo moral – y al mismo tiempo oponerse a la equiparación de estos hechos con entidades metafísicas misteriosas o con principios formales de racionalidad.

En el libro citado quizás no aclaré suficientemente que la comunidad en la que estaba pensando no era ninguna unidad nacional o étnica, sino la comunidad universal que comienza a desarrollarse en Europa a partir del siglo XV, expresada intelectualmente en la obra de filósofos y pensadores como Spinoza, Hobbes, Locke, Rousseau y Kant, e implementada políticamente en documentos pioneros como el Acta de Tolerancia, el Edicto de Nantes y los Tratados de Westfalia.¹³⁶ Esta comunidad universal, finalmente institucionalizada luego de las dos fatídicas Guerras Mundiales, no parte de la aceptación de una teoría de los bienes humanos, ya que está comprometida con la autonomía humana, es decir, con la capacidad de mujeres y hombres de elegir sus propios planes de vida.¹³⁷ Puesto que la autonomía personal es reconocida por la ética occidental, no me parecía que

¹³⁴ Spector, Horacio, *Analytische und postanalytische Ethik*, FreiburgMünchen, Alber, 1993.

¹³⁵ Peczenik y Spector, “A Theory of Moral Ought-Sentences”, *op. cit.* El análisis dualista de los enunciados de deber propuesto en el artículo citado retiene, a mi juicio, su utilidad para explicar el comportamiento lógico de tales enunciados, aunque pueda ser insuficiente para proveer una explicación completa de nuestra experiencia moral.

¹³⁶ Ya efectué esta aclaración en Spector, Horacio, “Communitarianism and Collective Rights”, *Analyse & Kritik*, vol. 17, núm. 1, 1995, pp. 67-92.

¹³⁷ Para un análisis del ideal de autonomía personal, puede consultarse, Spector, *Autonomy and Rights, The Moral Foundations of Liberalism*, *op. cit.*

una posición comunitarista metaética u ontológica fuera incompatible con la defensa de los principios normativos del individualismo liberal, que había realizado en una obra anterior.¹³⁸

Mi segunda intuición era que la “fuerza” o la “exigencia” de las razones morales debía ser buscada, no en la necesidad lógica o racional, a la manera kantiana, sino en la supervivencia de la identidad personal. La aceptación de ciertos principios morales no es contingente para los miembros de una comunidad, como sostiene el convencionalismo social, sino necesaria. A partir del dato fenomenológico de que los sentimientos de arrepentimiento y remordimiento van unidos a los de alienación y pérdida de la identidad personal en la experiencia del agente moral que viola los mandatos morales de su comunidad, sugerí que la “fuerza” de las razones morales podía ser explicada de modo similar a la “fuerza” de las costumbres y tradicionales comunales. Así, la tesis ontológica del comunitarismo queda robustecida con una afirmación sobre la vinculación esencial entre los hechos morales (concebidos como hechos sociales) y la constitución del yo.

Todavía pienso que la ética moderna conserva la poderosa maquinaria psicológica de la moral tradicional, que utiliza el resentimiento y la alienación como mecanismos de control e imposición de sus mandatos. Sin embargo, creo que cabe distinguir entre la “fuerza” psicológica de las razones morales y su validez racional. El comunitarismo puede ofrecer una explicación fenomenológica de nuestra experiencia moral, especialmente de las convicciones morales más arraigadas, pero ella no equivale a una reconstrucción racional de la deliberación moral, que parta del concepto de “razones morales”, como cosa distinta de “imperativos de conciencia”.¹³⁹ Más aún, la epistemología comunitarista presenta la moral como un relicario de

¹³⁸ No comparto, por ende, la objeción de contradicción que me formula (Abba, Giuseppe, “Recensión de: Spector, Horacio, *Analytische und postanalytische Ethik*,” *Salesianum*, vol. 57, núm. 1, 1995, pp. 172-173). Así como un no cognitivista puede sostener una teoría normativa liberal, un comunitarista metaético también puede hacerlo. Quizás la analogía no sea completa. Un comunitarista metaético no podría sostener consistentemente el liberalismo si la comunidad que provee su identidad personal carece de una tradición liberal. Por supuesto, éste no es el caso de la Argentina, que culturalmente participa, no obstante una fuerte tradición autoritaria, de los valores políticos europeos. En la práctica los comunitaristas metaéticos también son comunitaristas normativos, en lugar de liberales, posiblemente por su presuposición de que las comunidades necesitan ser promovidas estatalmente, como cosa diferente de meramente respetadas (Spector “Communitarianism and Collective Rights”, *op. cit.*, pp. 67-92). Para una posición diferente acerca de la relación entre comunitarismo metaético y liberalismo sustantivo, ver Rivera López, Eduardo, “Las paradojas del comunitarismo”, *Doxa (Cuadernos de Filosofía del Derecho)*, vol. 17-18, 1995, pp. 95-115.

¹³⁹ Para el concepto de reconstrucción racional, véase Lakatos, Imre, *Historia de la ciencia y sus reconstrucciones racionales*, Madrid, Tecnos, 1974.

supersticiones y prejuicios arraigados, ignorando que las creencias morales tienen (y es deseable que tengan) un carácter dinámico y evolutivo; asimismo, ignora el papel de la deliberación racional en el desarrollo de la moral.

La civilización occidental, al menos desde los sofistas y Sócrates, ha llevado el uso de la razón crítica a todos los rincones de la práctica humana. La interacción entre creencias morales, prácticas políticas y deliberación racional ha dado lugar a una nueva dimensión de la realidad humana que no puede analizarse con el mismo esquema teórico utilizado para dar cuenta de la moral tradicional como un conjunto de costumbres comunales. Como sugerí antes, en gran parte ello es así porque la evolución de la comunidad ética occidental ha llevado a cuestionar críticamente a la tradición como fuente de autoridad en materia moral.¹⁴⁰ En lugar de una ética basada en ideas comunales aceptadas sobre la vida virtuosa, la ética pública occidental subraya la autonomía personal, la igualdad y los derechos humanos.

El comunitarismo y el kantianismo parecen teorías que apuntan a diferentes estratos de nuestra tradición moral. El corazón de la ética occidental es sin duda de carácter deontológico y su fuerza motivacional depende de su papel en nuestra identificación personal; aquí el análisis comunitarista es relevante.¹⁴¹ Sin embargo, el Iluminismo introdujo un nuevo y poderoso estrato al extender el alcance de la razón crítica a la moral tradicional. De esta forma, los motivos morales como “imperativos de conciencia” pasaron a ser “razones” morales. La teoría kantiana es un intento de teorizar sobre este nuevo hecho en la evolución de la moral.

Podemos especular que la internacionalización de los derechos humanos después de la Segunda Guerra Mundial ha agregado un nuevo estrato a la evolución moral. Un rasgo de esta nueva etapa es que la validez jurídica de muchos actos de los gobiernos nacionales depende de su validez ética juzgada según estándares adoptados por la comunidad internacional. La fusión entre las ideas de validez moral y de validez jurídica internacional es por supuesto antigua. Ya hemos visto que la teoría de los derechos naturales fue utilizada por autores como Grocio y Selden para defender diferentes posturas de derecho internacional. Lo que es novedoso es que ahora no se apela a principios éticos universales para defender intereses nacionales, políticos o

¹⁴⁰ Popper, Popper, Karl R, “Hacia una teoría racional de la tradición”, *El desarrollo del conocimiento científico: Conjeturas y Refutaciones*. Buenos Aires, Paidós, 1979; Albert, Hans, *Traktat über rationale Praxis*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1978; Nino, Carlos S. *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.

¹⁴¹ Spector, *Analytische und postanalytische Ethik*, *op. cit.*, pp. 172-184.

económicos, sino para proteger la dignidad de todos los miembros de la familia humana. Aun concediendo que la cultura de los derechos humanos pueda ser utilizada retóricamente para satisfacer los intereses de la burocracia internacional, o para conferir legitimidad ética a la hegemonía política y económica de las democracias industriales, es indudablemente un progreso que, como forma de lograr legitimidad, se invoquen principios éticos que han adquirido plena vigencia social en las naciones más poderosas.

2. Argumentos basados en principios

Los filósofos morales que han intentado fundamentar los derechos humanos sobre la base de principios racionalmente aceptables en general apelaron a alguna idea asociada a los imperativos categóricos kantianos¹⁴². Como ejemplos podemos mencionar a Alan Gewirth, Carlos Nino y Ronald Dworkin. La demostración de Gewirth depende de un principio de generalización o universalización, derivado de la exigencia kantiana de ajustar las máximas de la conducta a una ley universal. El centro de gravedad de la teoría de Nino es el principio de inviolabilidad, que refleja la idea kantiana de que no podemos tratar a las personas como meros medios para los fines de otros. Finalmente, Dworkin intenta derivar los derechos liberales (como la libertad religiosa o la de orientación sexual) a partir del “postulado” de que el Estado debe tratar a todos los ciudadanos con “igual consideración y respeto”, que se parece a la concepción de Kant del reino de los fines. Veamos algo más en detalle cómo proceden los filósofos citados.

Gewirth propuso un famoso argumento para justificar la existencia de derechos humanos sobre los bienes necesarios de la acción: la autonomía y el bienestar.¹⁴³ La existencia de los derechos humanos es para Gewirth de

¹⁴² En *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* Kant propuso varias fórmulas de su imperativo categórico. Aquí será útil recordar tres: (a) *Fórmula de la ley universal*: “Obra sólo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal; (b) *Fórmula del fin en sí mismo*: “Obra de tal modo que tomes a la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como un fin y nunca solamente como un medio”, y (c) *Fórmula del reino de los fines*: “Obra sólo según leyes objetivas comunes que unan a todos los seres racionales”.

¹⁴³ Gewirth, Alan, *Reason and Morality*, Chicago and London, University of Chicago Press, 1978; Gewirth, “The Basis and Content of Human Rights” en J. R. Pennock y J. W. Chapman (ed.) *Nomos XXIII: Human Rights*, New York, New York University Press, 1981.; Gewirth, “The Epistemology of Human Rights”, *op. cit.*; Gewirth, “A Reply to Danto” en E. F. Paul, F. D. M. Jr. y J. Paul (ed.), *Human Rights*, Oxford, Basil Blackwell, 1984; Gewirth, “Common Morality and the Community of Rights” en J. Gene Outka y John P. Reeder (ed.), *Common Morality and the Community of Rights*, Princeton, New Jersey, Princeton University

naturaleza argumental: “Que los derechos humanos existan, o que las personas tengan derechos humanos, es una proposición cuya verdad depende de la posibilidad, en principio, de construir un argumento moral justificante del cual se siga la proposición como una consecuencia lógica.”¹⁴⁴ Gewirth parte del supuesto de que la acción humana tiene dos rasgos genéricos: intencionalidad y voluntariedad. La suposición del primer rasgo permite describir a un agente (real o prospectivo) que ejecuta una acción como alguien que dice o piensa: “Hago *X* para el fin o propósito *E*”. Supuesto el rasgo de la voluntariedad, esa afirmación implica: “*E* es bueno”. Ahora bien, puesto que la libertad y el bienestar son requisitos de cualquier acción, el agente se ve llevado a afirmar que la libertad y el bienestar constituyen bienes necesarios y, mediante inferencias lógicas, a la proposición: “Yo tengo derechos a la libertad y el bienestar”. Dado que la razón invocada para fundar los derechos afirmados es la condición de agente intencional, y que esta condición es general, la última proposición citada conduce, aplicando el principio de universalización, a la proposición: “Todos los agentes intencionales (reales o prospectivos) tienen derechos a la libertad y el bienestar”. De ahí es fácil para Gewirth alcanzar lo que él denomina el *Principio de Consistencia Genérica* (PCG): “Actúa de conformidad con los derechos genéricos de todas las partes afectadas (incluyendo tú mismo)”. El método dialéctico (o “cartesiano”)¹⁴⁵ de Gewirth busca encerrar al opositor a los derechos humanos en una contradicción pragmática, aceptando, claro está, que tal opositor también es –real o prospectivamente– un agente intencional. Por consiguiente, la afirmación de que los agentes intencionales tienen derechos humanos es un juicio moral necesario.¹⁴⁶

Nino sostiene que los derechos liberales derivan de tres principios: el principio de autonomía, que prohíbe al Estado y a las personas interferir con la libre adopción de planes de vida (que excluye las políticas perfeccionistas y paternalistas); el principio de inviolabilidad, que prohíbe imponer sacrificios y privaciones a otras personas en contra de su voluntad que no

Press, 1993.; Gewirth, *The Community of Rights*. Chicago and London, University of Chicago Press, 1996.

¹⁴⁴ Gewirth, “The Epistemology of Human Rights”, *op. cit.*, 3.

¹⁴⁵ Así se lo califica en Danto, Arthur C., “Constructing an Epistemology of Human Rights: A Pseudo Problem?” en E. F. Paul, F. D. M. Jr. y J. Paul (ed.), *Human Rights*, Oxford, Basil Blackwell, 1984.

¹⁴⁶ Sobre la posibilidad de acomodar la idea de “juicios morales necesarios” en una teoría metaética no realista, *cf.* Spector, Horacio, “Is Metaethics the Cheshire Cat?” Trabajo presentado en las *Jornadas Internacionales de Ética y Derecho*, Escuela de Derecho, Universidad Torcuato Di Tella, 22 y 23 de junio de 1999.

redundan en su propio beneficio (básicamente equiparable al imperativo del disenso de Muguerza, que se verá más adelante), y el principio de dignidad, que exige que las personas sean tratadas de acuerdo con sus decisiones, intenciones o expresiones de consenso; este último principio excluye la discriminación racial o religiosa. El principio de autonomía establece, al igual que el principio de utilidad, una función maximizadora agregativa, aunque el argumento de la función (en un sentido matemático) no es el bienestar general sino la autonomía entendida como libertad positiva. El principio de inviolabilidad es distributivo (parecido al principio de “ventaja para todos” desarrollado, por caminos diferentes, en las obras de Rawls y Gauthier). El principio de dignidad establece una condición adicional para maximizar la autonomía sacrificando a alguien en particular: la de que la diferencia esté basada en la elección de la persona.¹⁴⁷

Para Dworkin los derechos morales son cartas de triunfo sobre argumentos basados en la utilidad general. Sin embargo, no hay una contraposición entre el utilitarismo y una teoría de los derechos. Para Dworkin los derechos son instrumentos normativos necesarios para asegurar la neutralidad e imparcialidad del utilitarismo. El utilitarismo es igualitarista en la medida en que sopesa por igual los intereses o preferencias (igualmente intensas e importantes) de diferentes personas; no sería igualitario, por ejemplo, si contase doble las preferencias de cierto grupo de personas. Dworkin sostiene que el utilitarismo también dejaría de ser igualitario si admitiese las *preferencias externas* (esto es, las preferencias que tiene una persona sobre la asignación de bienes u oportunidades a otras). Dworkin menciona tres clases de preferencias externas: preferencias racistas, preferencias altruistas y preferencias moralistas. En cualquiera de estos tres casos computar las preferencias externas es “una forma de doble conteo”. Dworkin afirma que las preferencias externas se sitúan sobre el mismo nivel lógico que el utilitarismo, de modo que si el utilitarismo aceptase preferencias no neutrales, se estaría contradiciendo. En cambio, si el utilitarismo es adecuadamente reformulado, entonces la tesis liberal de que el Estado no puede imponer modelos de perfección personal es una derivación de esa teoría.¹⁴⁸

¹⁴⁷ Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Paidós, 1984.; Nino, Carlos S. *Ética y derechos humanos*. 2a. ed, Filosofía y Derecho. Buenos Aires, Astrea, 1989.

¹⁴⁸ Dworkin, *Taking rights seriously*, *op. cit.*, pp. 234-6; Dworkin, “Rights as Trumps” en J. Waldron (ed.) *Theories of Rights* New York, Oxford University Press, 1985.

3. *Consenso y Disenso*

A diferencia de las teorías de Dworkin y Gewirth, que tienen como trasfondo una concepción monológica de la racionalidad,¹⁴⁹ los filósofos de la ética comunicativa han subrayado el papel de la deliberación social.¹⁵⁰ Javier Muguerza ha explorado esta vía filosófica, dando lugar a una interesante polémica.¹⁵¹ Vale la pena echar una ojeada sobre ella.

Muguerza aduce —en consonancia con los teóricos de la ética comunicativa— que el actual consenso internacional sobre los derechos humanos, por ser de carácter fáctico, no puede proporcionar una fundamentación racional de un principio moral. A partir de este rechazo del consensualismo —que en realidad es una simple aplicación del Principio de Hume, según el cual las proposiciones de deber no pueden ser deducidas lógicamente de un conjunto que tan sólo incluye proposiciones fácticas—, Muguerza inicia un derrotero argumentativo que lo llevará a indagar la posibilidad de fundamentar los derechos humanos en torno a la idea de disenso.

En el derrotero citado, Muguerza analiza la argumentación de Habermas sobre un consenso racional, que “politiza” la moral (y la acerca al derecho, a la manera hegeliana) al hacer depender la validez de todas las normas, morales o legales, de la formación discursiva de la voluntad en una situación ideal de habla. En esta situación ideal la formación de la voluntad está guiada por un principio de aceptación crítica general, que requiere que todos los afectados examinen la validez de las normas propuestas. ¿Qué suerte corre este intento de superar el convencionalismo, que matiza el consenso fáctico con las exigencias de una racionalidad procedimental? Apoyándose en una acertada observación de Elías Díaz, Muguerza señala que la formación de la voluntad a la postre deberá descansar en alguna

¹⁴⁹ La teoría de Nino es un caso especial porque él se ocupa de aclarar que su fundamentación de los derechos humanos se apoya en los presupuestos de la práctica de la discusión moral; es ilustrativo el siguiente pasaje: “Participar en la práctica y, al mismo tiempo, negar aquellos presupuestos necesariamente aceptados cuando se participa en ella o sus implicancias es incurrir en una *inconsistencia pragmática*” (Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, *op. cit.*, p. 74). (itálica en el original). Sobre su defensa del “societarismo” metaético, ver especialmente el capítulo 5 de (Nino, Carlos S., *Derecho, Moral y Política*. Barcelona, Ariel, 1994).

¹⁵⁰ Habermas, Jürgen, *Moral Consciousness and Communicative Action*, trad. de Christian Lenhardt y Shierry Weber Nicholsen. Massachusetts, The MIT Press, 1990; Apel, Karl-Otto, *Transformación de la filosofía*, 2 vols. Madrid, Taurus, 1985.

¹⁵¹ Muguerza, “La alternativa del disenso (En torno a la fundamentación ética de los derechos humanos)”, *op. cit.*

versión de la regla de mayoría, la cual puede obviamente conducir a decisiones injustas.¹⁵² Así, concluye que la ética discursiva de Habermas o de Apel no puede ir más allá del mero convencionalismo.

Muguerza critica el formalismo habermasiano, tributario del formalismo kantiano. La cuestión, en palabras de Muguerza, es si “aquella racionalidad procedimental, con todos los complementos que se quieran, clausura sin residuo el ámbito de la razón práctica, lo que es tanto como decir el ámbito de la ética”.¹⁵³ Muguerza da una respuesta negativa. Cree necesario apelar a la fórmula del fin en sí mismo; que Kant utiliza para fundar su concepción del reino de los fines: “Obra de tal modo que tomes a la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como un fin y nunca solamente como un medio”. Muguerza llama a esta formulación imperativo de la *disidencia*, entendiendo que “lo que ese imperativo habría de fundamentar es más bien la posibilidad de decir ‘no’ a situaciones en las que prevalecen la indignidad, la falta de libertad o la desigualdad”.¹⁵⁴ En suma, Muguerza propone una *fundamentación negativa* o *disensual* de los derechos humanos.

Garzón Valdés ha cuestionado la prioridad conceptual y normativa de la noción de disenso con respecto a la de consenso. El disenso puede tener por objeto un consenso moralmente justificado o uno injustificado. En el primer caso, el disenso no es moralmente legítimo. (Garzón Valdés cita el ejemplo de los encomenderos de México y Perú, que lograron la derogación de las Leyes Nuevas.) En el segundo, puede darse uno de dos casos: el disenso está basado en razones oportunistas o lo está en razones morales; en la primera variante, tampoco el disenso tiene relevancia moral. Sólo cuándo el desacuerdo se dirige a un consenso moralmente ilegítimo y está él mismo guiado por consideraciones morales válidas, estamos en presencia de un disenso moralmente relevante.¹⁵⁵ Garzón Valdés quiere decir que no importa tanto el hecho de que la posición normativa sustentada sea minoritaria o disidente o, en cambio, mayoritaria o unánime (es decir, la posición que goza de consenso); importa para él antes bien el contenido de los prin-

¹⁵² Muguerza, “La alternativa del disenso (En torno a la fundamentación ética de los derechos humanos)”, *op. cit.*, pp. 40-56.

¹⁵³ Muguerza, “La alternativa del disenso (En torno a la fundamentación ética de los derechos humanos)”, *op. cit.*, pp. 58.

¹⁵⁴ Muguerza, “La alternativa del disenso (En torno a la fundamentación ética de los derechos humanos)”, *op. cit.*, p. 59. Conceptualmente, la postura de Muguerza se alinea con la teoría de las pretensiones válidas, antes examinada.

¹⁵⁵ Garzón Valdés, Ernesto, “Acerca del disenso (La propuesta de Javier Muguerza)” en J. Muguerza (ed.) *Ética, disenso y derechos humanos. En conversación con Ernesto Garzón Valdés*, Madrid, Arges, 1998, pp. 99-100.

cipios en los que se apoya la posición normativa –v.gr., si están de acuerdo con el imperativo categórico y respetan la autonomía personal–. Precisamente, Garzón Valdés asevera que es éticamente admisible la imposición heterónoma de la legitimidad, por ejemplo, en la forma de intervención internacional para hacer respetar los derechos humanos. “La calidad moral, tanto del consenso como del disenso, no puede derivar del hecho del consenso o del disenso”, afirma con acierto.¹⁵⁶ Además, Garzón Valdés rechaza la relevancia normativa del carácter afirmativo o negativo del imperativo categórico; el mismo principio puede ser formulado como una prohibición o una obligación.¹⁵⁷ Por otra parte –agrego yo–, el carácter negativo del imperativo del fin en sí mismo –asumiendo que tal carácter es algo más que un mero accidente gramatical– no está relacionado con el carácter negativo del disenso: la aceptación de una *norma prohibitiva* (o proscripción) puede llevarnos a disentir (decir que no, en las palabras de Muguerza) o a consentir (decir que sí), según que la situación evaluada respectivamente transgreda o satisfaga la norma aceptada; lo mismo puede decirse, dicho sea de paso, de una *norma obligante* (o prescripción).

Garzón Valdés analiza otras posibles interpretaciones de la propuesta de Muguerza. Podría ser una forma de expresar un principio de tolerancia, en cuyo caso –afirma Garzón Valdés– concordaría con la idea de que hay derechos que no están sometidos a la discusión y decisión política y cuyo respecto constituye un prerequisite de validez de la democracia representativa. O podría estar dirigida a contrarrestar el conformismo moral, en cuyo caso equivaldría a rechazar que las tradiciones o las creencias morales ampliamente compartidas tengan por su carácter de tales autoridad moral (según declara Muguerza en su respuesta, “eso es todo cuanto tengo que pedir que se le conceda a mi propuesta”).¹⁵⁸ Garzón Valdés no encuentra motivo para discrepar con Muguerza en ninguna de estas dos interpretaciones. En realidad, tanto Muguerza como Garzón Valdés están de acuerdo en rechazar el consensualismo fáctico o hipotético; ambos subrayan la importancia de respetar la autonomía personal, magistralmente expresada por Kant en su segunda formulación del imperativo categórico. La cuestión consenso-disenso es una distracción en la que cae Muguerza posiblemente motivada por el hecho de que presenta su posición principalmente en un diálogo con el consensualismo.

¹⁵⁶ Garzón Valdés, “Acerca del disenso (La propuesta de Javier Muguerza)” *op. cit.*, p. 103.

¹⁵⁷ Garzón Valdés, “Acerca del disenso (La propuesta de Javier Muguerza)” *op. cit.*, p. 104.

¹⁵⁸ Garzón Valdés, “Acerca del disenso (La propuesta de Javier Muguerza)” *op. cit.*, p. 152.

A mi juicio, Muguerza se acerca al meollo de la cuestión en su respuesta a Garzón Valdés cuando reconoce que la formulación del imperativo categórico del reino de los fines tiene un contenido sustantivo mayor que la formulación en términos del principio de universalización.¹⁵⁹ La ética moderna reconoce el carácter no formal o sustantivo del imperativo categórico del reino de los fines. La pregunta crítica para determinar el alcance de la tesis de Muguerza es si la oposición de cada individuo a una cierta norma o institución garantiza la verdad de la proposición de que la norma o la institución lo trata meramente como medio y no al mismo tiempo como un fin en sí mismo. Si ello fuera así, entonces Muguerza podría defender la expresión “imperativo de la disidencia” con la que propone denominar el imperativo categórico del fin en sí mismo. Aun así, Muguerza debería contestar las siguientes objeciones. En primer término, como dice Garzón Valdés, el diseño podría ser oportunista o táctico. En segundo término, el principio que obliga tratar a la humanidad como un fin en sí mismo también podría llevarnos a *asentir* a una propuesta legislativa que, por ejemplo, derogue la prohibición de abortar o la de asistirse médicamente a un paciente terminal que quiere suicidarse. En tercer lugar, aun cuando sea cierto que el principio protege el derecho a disentir y a reclamar, lo mismo es aplicable a toda norma (prohibitiva u obligante, como señalé antes): uno reclama cuando la norma no se cumple; ello tan sólo muestra que el lenguaje normativo frecuentemente tiene un sesgo reivindicativo.

VI. ¿NECESITAMOS LA NOCIÓN DE “DERECHOS HUMANOS”?

La filosofía política contemporánea se caracteriza por un gran entusiasmo por la noción de derechos. ¿Está fundado ese entusiasmo? Allen Buchanan analiza si los aspectos asociados con los derechos justifican que se los considere herramientas morales indispensables.¹⁶⁰ Su conclusión es que hay otros principios morales que pueden cumplir las funciones asignadas a los derechos. Buchanan cita las siguientes funciones: (1) los derechos “desplazan” las consideraciones basadas en la maximización de la utilidad social, (2) los derechos implican la obligación de compensación para los casos de

¹⁵⁹ Muguerza, Javier, “Primado de la autonomía (¿Quiénes trazan las lindes del ‘coto vedado?’)” en J. Muguerza (ed.) *Ética, disenso y derechos humanos. En conversación con Ernesto Garzón Valdés*, Madrid, Arges, 1998, p. 139.

¹⁶⁰ Buchanan, Allen, “What’s So Special About Rights?” en E. F. Paul, F. D. M. Jr. y J. Paul (ed.) *Liberty and Equality*, Oxford, Basil Blackwell, 1985.

infracción, (3) los derechos permiten distinguir entre los principios morales cuya imposición coactiva es justificable y aquéllos que no satisfacen esta condición, (4) el concepto de derechos connota la idea de algo debido a un individuo, (5) el respeto por las personas incluye su reconocimiento como titulares de derechos, y (6) un aspecto singular de los derechos es que el titular tiene la potestad de renunciar a su derecho o invocarlo.

Buchanan trata de mostrar que cada una de las funciones precedentes puede ser desempeñada por principios morales que prescindan de la noción de derechos. Sin embargo, como he sostenido en otro lugar,¹⁶¹ aun cuando sea cierto que los derechos no son *condiciones necesarias* de ninguna de las implicancias normativas mencionadas, cabe sugerir que *sí son condiciones suficientes prima facie* de dichas implicancias. En particular, me interesa sostener que los derechos proveen una justificación *prima facie* de su imposición coactiva. No obstante su posición escéptica sobre la utilidad de los derechos, Buchanan declara que esta tesis parece capturar al menos una parte de la conexión entre los derechos y la imposición coactiva. Esta es una tesis que formuló Mill y que han sostenido Hart, Dworkin y Waldron, entre otros. La conexión entre derechos humanos y el derecho positivo no es que no puede haber derechos humanos que no estén positivizados (es decir, establecidos por un sistema jurídico positivo, nacional o internacional). Los derechos humanos son básicamente derechos morales y pueden existir como tales sin consagración positiva. Aun cuando el concepto de derechos humanos se ha desligado del de derechos naturales, sigue pretendiendo una forma de apoyo que trasciende las tradiciones y circunstancias históricas y culturales particulares, los sistemas jurídicos positivos, los gobiernos y las comunidades nacionales o regionales.¹⁶²

Aunque los derechos humanos no son necesariamente derechos “legales”, *qua* derechos ciertamente tienen una *pretensión de positivización*. Esto tiene dos grandes implicancias. Primero, los principios morales que pueden ser considerados como derechos humanos deben configurar una estructura sistemática capaz de ser establecida y aplicada socialmente. Este es el rasgo de sistematicidad que, como vimos, subrayan Steiner y Waldron y que, inspirándome en Cranston, llamaré *requisito de traducción institucional*. Lamentablemente, no todos los juicios de valor que figuran como derechos humanos en la Declaración de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas

¹⁶¹ Spector, *Autonomy and Rights, The Moral Foundations of Liberalism*, *op. cit.*, p. 89.

¹⁶² Kamenka, “Human Rights, Peoples’ Rights,” *op. cit.*

satisfacen este requisito.¹⁶³ La viabilidad fáctica y la justificabilidad ética de la implementación jurídica de ciertos principios éticos universales delimitan un área de la moral y, obviamente, es útil tener un nombre (“derechos humanos” u otro) con el que podamos denotar dicha clase. Segundo, los derechos humanos condicionan la validez jurídica de los actos realizados por autoridades nacionales. El principio *nullum crimen sine lege* tiende a proteger al individuo contra el uso autoritario de la maquinaria estatal. Sin embargo, como ya se dijo, el principio puede jugar a favor de los dictadores si éstos toman el recaudo de conferir validez legal a sus actos. La limitación de la validez jurídica en base a principios éticos universales que tienen una pretensión de positivización es una idea normativa que busca evitar que los dictadores manipulen las normas jurídicas para obtener inmunidad. Esta limitación de la validez jurídica está, a su vez, matizada por el requisito de traducción institucional. La validez jurídica solo puede estar restringida por principios éticos universales si la observancia y la aplicación de estos principios es empíricamente viable y éticamente admisible (i.e., no viola principios éticos independientes).

La internacionalización de los derechos humanos constituye la juridización a gran escala de principios morales fundamentales. Nuestra experiencia histórica indica que la noción de “derechos humanos” es indispensable. Nunca antes la ética había tenido tanta significación en la dirección de los asuntos humanos. Somos testigos de una nueva etapa en la que la frontera entre el derecho y la moral se desdibuja. Espero que este relevamiento de la literatura filosófica de los derechos humanos pueda contribuir a que transitemos esa etapa con una comprensión más aguda de las múltiples dificultades filosóficas que involucra.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ABBA, Giuseppe, “Recensión de: Spector, Horacio, *Analytische und postanalytische Ethik*,” *Salesianum*, vol. 57, núm. 1, 1995, pp. 172-173.
- ALBERT, Hans, *Traktat über rationale Praxis*. Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1978.
- Alchourrón, Carlos E., y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- APEL, Karl-Otto, *Transformación de la filosofía*, 2 vols., Madrid, Taurus, 1985.

¹⁶³ Cranston, Maurice, “Human Rights, Real and Supposed” en M. E. Winston (ed.) *The Philosophy of Human Rights*, Belmont, California, Wadsworth, 1989.

- ÁZCÁRATE, P. De, *League of Nations and National Minorities*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace (Columbia University Press), 1945.
- BAIER, Annette C., "Claims, Rights, Responsibilities", en J. Gene Outka y John P. Reeder (ed.), *Common Morality and the Community of Rights*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1993.
- BENN, S.I., y PETERS, R.S., *Los principios sociales y el Estado democrático*, trad. de Roberto J. Vernengo. Buenos Aires, EUDEBA, 1984.
- BENTHAM, Jeremy, *The Limits of Jurisprudence Defined*, New York, Columbia University Press, 1945.
- , "Anarchical Fallacies" en J. Waldron (ed.) *Nonsense Upon Stilts*, London and New York, Methuen, 1987.
- BUCHANAN, Allen, "What's So Special About Rights?" en E. F. Paul, F. D. M. Jr. y J. Paul (ed.) *Liberty and Equality*, Oxford, Basil Blackwell, 1985.
- BULYGIN, Eugenio, "Sobre el status ontológico de los derechos humanos", *Doxa (Cuadernos de Filosofía del Derecho)*, vol. 4, 1987.
- BURKE, Edmund, *Reflections on the Revolution in France*, Oxford, Oxford University Press, 1993.
- CICERÓN, Marco Tulio, *Sobre la República. Sobre las leyes*, Madrid, Tecnos, 1992.
- CRANSTON, Maurice, "Human Rights, Real and Supposed" en M. E. Winston (ed.) *The Philosophy of Human Rights*, Belmont, California, Wadsworth, 1989.
- DANTO, Arthur C., "Constructing an Epistemology of Human Rights: A Pseudo Problem?" en E. F. Paul, F. D. M. Jr. y J. Paul (ed.), *Human Rights*, Oxford, Basil Blackwell, 1984.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978.
- , "Rights as Trumps" en J. Waldron (ed.) *Theories of Rights* New York, Oxford University Press, 1985.
- FEINBERG, Joel, *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty*, Princeton Series of Collected Essays. New Jersey, Princeton University Press, 1980.
- FREEDEN, Michael, "Rights" en F. Parkin (ed.) *Concepts in the Social Sciences*. Buckingham, Open University Press, 1991.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, "Acerca del disenso (La propuesta de Javier Muguerza)" en J. Muguerza (ed.) *Ética, disenso y derechos humanos. En conversación con Ernesto Garzón Valdés*, Madrid, Arges, 1998.

- GEWIRTH, Alan, *Reason and Morality*. Chicago and London, University of Chicago Press, 1978.
- , “The Basis and Content of Human Rights” en J. R. Pennock y J. W. Chapman (ed.) *Nomos XXIII: Human Rights*, New York, New York University Press, 1981.
- , “The Epistemology of Human Rights” en E. F. Paul, F. D. M. Jr. y J. Paul (ed.), *Human Rights*, Oxford, Basil Blackwell, 1984
- , “A Reply to Danto” en E. F. Paul, F. D. M. Jr. y J. Paul (ed.), *Human Rights*, Oxford, Basil Blackwell, 1984.
- , “Are there any Absolute Rights?” en J. Waldron (ed.) *Theories of Rights* New York, Oxford University Press, 1985.
- , “Common Morality and the Community of Rights” en J. Gene Outka y John P. Reeder (ed.), *Common Morality and the Community of Rights*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1993.
- , *The Community of Rights*, Chicago and London, University of Chicago Press, 1996.
- HABERMAS, Jürgen, *Moral Consciousness and Communicative Action*, trad. de Christian Lenhardt y Shierry Weber Nicholsen. Massachusetts, The MIT Press, 1990.
- HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrió. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977.
- , “Are there any Natural Rights?” en D. Lyons (ed.) *Rights* Belmont, Wadsworth Publishing Company, 1979.
- , “Bentham on Legal Rights” en D. Lyons (ed.) *Rights* Belmont, Wadsworth Publishing Company, 1979.
- HAWORTH, Lawrence, “Utility and Rights”, *Studies in Moral Philosophy*. Oxford, Basil Blackwell, 1968.
- HOHFELD, W. N., *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, trad. de Genaro R. Carrió. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. México, Distribuciones Fontamara, 1995.
- KANGER, Stig, “New Foundations for Ethical Theory” en Risto Hilpinen (ed.) *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, Dordrecht, D. Reidel Publishing Company, 1971.
- KAMENKA, Eugene, “Human Rights, Peoples’ Rights” en H. J. Steiner y P. Alston (eds.) *International Human Rights in Context*, Oxford, Clarendon Press, 1996.
- KELSEN, Hans, “Will the Judgement in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?”, *International Law Quarterly*, vol. 1, 1947.

- _____, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Maynez. México, Imprenta Universitaria, 1949.
- KIRK, Russell, *The Conservative Mind, From Burke to Eliot*. Washington, Regnery Publishing, 1995.
- LAKATOS, Imre, *Historia de la ciencia y sus reconstrucciones racionales*. Madrid, Tecnos, 1974.
- LAPORTA, Francisco, “Respuesta a Pérez Luño, Atienza y Ruiz Manero”, *Doxa (Cuadernos de Filosofía del Derecho)*, vol. 4, 1987.
- _____, “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa (Cuadernos de Filosofía del Derecho)*, vol. 4, 1987.
- _____, “Acotaciones del trampolín: respuesta a Roberto Vernengo”, *Doxa (Cuadernos de Filosofía del Derecho)*, vol. 7, 1990.
- LINDAHL, Lars, *Position and Change*. Dordrecht, D. Reidel Publishing Company, 1977.
- LITTLE, David, “The Nature and Basis of Human Rights” en J. Gene Outka y John P. Reeder (ed.), *Common Morality and the Community of Rights*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1993.
- LYONS, David, “The Correlativity of Rights and Duties”, *Nouûs*, vol. 4, 1970.
- _____, “Rights, Claimants, and Beneficiaries” en D. Lyons (ed.) *Rights* Belmont, Wadsworth Publishing Company, 1979.
- MACCORMICK, D.N., “Rights in Legislation” en J. Raz y P. M. S. Hacker (eds.) *Law, Morality and Society, Essays in honour of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1977.
- _____, “Children’s Rights: A Test-Case for Theories of Rights,” *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 62, 1976.
- MACDONALD, Margaret, “Natural Rights” en J. Waldron (ed.) *Theories of Rights* New York, Oxford University Press, 1985.
- MACINTYRE, Alasdair, *After Virtue: A Study in Moral Theory*. Notre Dame, IN, University of Notre Dame Press, 1981.
- MACK, Eric, “In Defense of the Jurisdiction Theory of Rights” en en G. Pincione and H. Spector (ed.) *Rights, Equality, and Liberty Universidad Torcuato Di Tella Law and Philosophy Lectures 1995-1997*, Dordrecht, Kluwer, 2000.
- MAKINSON, David, “Rights of Peoples: Point of View of a Logician” en J. Crawford (ed.) *The Rights of Peoples*, Oxford, Clarendon Press, 1988.
- MCCLOSKEY, H.J., “Rights” en *Philosophical Quarterly*, vol. 15, 1965.

- MCNAIR, Arnold D., y, BUCKLAND, W.W., *Roman Law and Common Law, A Comparison in Outline*. Cambridge, Cambridge University Press, 1936.
- MEYERS, Diana T., *Inalienable Rights: A Defense*. New York, Columbia University Press, 1985.
- MUGUERZA, Javier, “La alternativa del disenso (En torno a la fundamentación ética de los derechos humanos)” en J. Muguerza (ed.) *Ética, disenso y derechos humanos. En conversación con Ernesto Garzón Valdés*, Madrid, Arges, 1998.
- _____, “Primado de la autonomía (¿Quiénes trazan las lindes del “coto vedado”?)” en J. Muguerza (ed.) *Ética, disenso y derechos humanos. En conversación con Ernesto Garzón Valdés*, Madrid, Arges, 1998.
- NINO, Carlos S., *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires, Paidós, 1984.
- _____, *Ética y derechos humanos*. 2ª. ed, Filosofía y Derecho. Buenos Aires, Astrea, 1989.
- _____, “Sobre los derechos morales”, *Doxa (Cuadernos de Filosofía del Derecho)*, vol. 7, 1990.
- _____, “Introduction”, *Rights*. New York, New York University Press, 1992.
- _____, *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires, Astrea, 1992.
- _____, *Derecho, Moral y Política*. Barcelona, Ariel, 1994.
- _____, *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona, Gedisa, 1997.
- NOZICK, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford, Basil Blackwell, 1980.
- OKIN, Susan Moller, “Liberty and Welfare: Some Issues in Human Rights Theory” en J. R. Pennock y J. W. Chapman (ed.) *Nomos XXIII: Human Rights*, New York, New York University Press, 1981.
- PAINE, Thomas, *Rights of Man. Common Sense*, New York, Alfred A. Knopf, 1994.
- PÁRAMO, Juan Ramón de, “Derecho subjetivo” en E. Garzón Valdés y F. J. Laporta (ed.) *El Derecho y la Justicia*, Madrid, Trotta, 1996.
- PECES-BARBA, Gregorio, *Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, Editorial Debate, 1983.
- _____, *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1999.
- PECZENIK, Aleksander, y SPECTOR, Horacio, “A Theory of Moral Ought-Sentences”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 73, 1986.
- POGGE, Thomas, “How Should Human Rights be Conceived?”, *Jahrbuch für Recht und Ethik*, vol. 3, 1995.

- POPPER, Karl R, “Hacia una teoría racional de la tradición” en *El desarrollo del conocimiento científico: Conjeturas y Refutaciones*. Buenos Aires, Paidós, 1979.
- POSNER, Richard A., *Law and Legal Theory in England and America*, Oxford, Clarendon Press, 1996.
- RABOSI, Eduardo, “La teoría de los derechos humanos naturalizada”, *Revista del Centro de Estudios Internacionales*, vol. 5, 1990.
- RADBRUCH, Gustav, *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*, trad. de María Isabel Azareto de Vásquez, Colección Nueva Teoría. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962.
- RAZ, Joseph, “On the Nature of Rights”, *Mind*, vol. 93, 1984.
- , *The Morality of Freedom*. New York, Oxford University Press, 1986.
- , *Ethics in the Public Domain – Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Clarendon Press, 1994.
- RICHARDS, David A. J., “Rights and Autonomy”, *Ethics*, vol. 92, 1981.
- RIVERA LÓPEZ, Eduardo, “Las paradojas del comunitarismo”, *Doxa (Cuadernos de Filosofía del Derecho)*, vol. 17-18, 1995.
- ROJO, J.M, “Los derechos morales en el pensamiento angloamericano”, *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 5, 1988-89.
- RORTY, Richard, “Human Rights, Rationality, and Sentimentality” en S. Shute y S. Hurley. (eds.) *On Human Rights, The Oxford Amnesty Lectures 1993*, New York, BasicBooks, 1993.
- ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de Genaro R. Carrió. Buenos Aires, Eudeba, 1963.
- SIDORSKY, David, “Contemporary Reinterpretations of the Concept of Human Rights” en H. J. Steiner y P. Alston (eds.) *International Human Rights in Context*, Oxford, Clarendon Press, 1996.
- SPECTOR, Horacio, “Liberalismo, Perfeccionismo y Comunitarismo, Examen crítico y comparativo de la posición del profesor Raz”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, vol. 7, 1987.
- , “Is Slote’s Argument Against the Practical Character of Morality Sound?”, *Rechtstheorie*, vol. 19, núm. 4, 1988.
- , *Autonomy and Rights, The Moral Foundations of Liberalism*, Oxford, Oxford University Press, 1992.
- , *Analytische und postanalytische Ethik*, FreiburgMünchen, Alber, 1993.
- , “Communitarianism and Collective Rights”, *Analyse & Kritik*, vol. 17, núm. 1, 1995.
- , “Propiedad privada y neutralidad estatal”, *Doxa (Cuadernos de Filosofía del Derecho)*, vol. 17-18, 1996.

- _____, “Is Metaethics the Cheshire Cat?”, Trabajo presentado en las *Jornadas Internacionales de Ética y Derecho*, Escuela de Derecho, Universidad Torcuato Di Tella, 22 y 23 de junio de 1999.
- STEINER, Hillel, *An Essay on Rights*, Oxford, Blackwell, 1994.
- TAYLOR, Charles, “Human Rights: The Legal Culture” en H. J. Steiner y P. Alston (eds.) *International Human Rights in Context*, Oxford, Clarendon Press, 1996.
- TUCK, Richard, *Natural Rights Theories, Their origin and development*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979.
- VERNENGO, Roberto J., *Dos ensayos sobre problemas de fundamentación de los derechos humanos*, Cuadernos de Investigación, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” 13, 1989.
- _____, “Los derechos humanos como razones morales justificatorias”, *Doxa (Cuadernos de Filosofía del Derecho)*, vol. 7, 1990.
- VILLEY, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*. París, Montchrétien, 1995.
- WALDRON, Jeremy, *Liberal Rights Collected Papers 1981-1991*, New York, Cambridge University Press, 1993.
- _____, “The Role of Rights in Practical Reasoning: ‘Rights’ versus ‘Needs’,” en G. Pincione and H. Spector (ed.) *Rights, Equality, and Liberty Universidad Torcuato Di Tella Law and Philosophy Lectures 1995-1997*, Dordrecht, Kluwer, 2000.
- WELLMAN, Carl, *An Approach to Rights, Studies in the Philosophy of Law and Morals*, Dordrecht/Boston/London, Kluwer Academic Publishers, 1997.
- WESTON, Burns, “Human Rights” en H. J. Steiner y P. Alston (eds.) *International Human Rights in Context*, Oxford, Clarendon Press, 1996.

CAPÍTULO 44

DERECHOS FUNDAMENTALES

Carlos BERNAL PULIDO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Propiedades formales*. III. *Propiedades materiales*. IV. *Conclusión*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Los derechos fundamentales son una clase especial de derechos subjetivos cuya diferencia específica estriba en su carácter fundamental. Es por ello que el propósito de esclarecer el concepto de derechos fundamentales presupone, por una parte, aclarar el concepto de DERECHOS SUBJETIVOS y, por otra, establecer qué debe entenderse por carácter fundamental.

El objeto de este texto es únicamente definir el carácter fundamental de los derechos fundamentales. Para tal fin, se partirá del concepto de derecho subjetivo formulado por Robert Alexy. De acuerdo con este concepto, un derecho subjetivo es un todo integrado por tres tipos de entidades: una disposición jurídica, una NORMAJURÍDICA o varias normas jurídicas y una posición jurídica o varias posiciones jurídicas. En tanto especie de los derechos subjetivos, los derechos fundamentales también ostentan esta estructura. Un derecho fundamental es un todo, es decir, un conjunto de normas y posiciones de derecho fundamental que se adscriben interpretativamente a una disposición de derecho fundamental.¹

Los derechos fundamentales son derechos subjetivos que revisten propiedades específicas. Algunas de dichas propiedades están presentes en otros tipos de derechos subjetivos —por ejemplo, los derechos públicos subjetivos de rango legislativo, otros derechos subjetivos de rango inferior al constitu-

* Profesor de la Universidad Externado de Colombia y Associate Professor Macquarie Law School.

¹ Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main 2006, p. 54 ss. y 163 s. (Tiene trad. al castellano de C. Bernal Pulido como: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 2a. ed., 2008).

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 2, pp. 1571-1594

cional, tales como los derechos subjetivos conferidos a los individuos por actos de la Administración Pública o por negocios jurídicos celebrados por los particulares, o los DERECHOS HUMANOS protegidos por el derecho internacional—. Entre estas propiedades se encuentran, entre otras, la VALIDEZ JURÍDICA (los derechos fundamentales tienen validez de acuerdo con las condiciones específicas del SISTEMA JURÍDICO), su carácter abstracto (las disposiciones de derecho fundamental están formuladas mediante conceptos abstractos) y su generalidad (los derechos fundamentales tienen validez antes de su aplicación concreta e independientemente de ella).²

Sin embargo, la diferencia específica de los derechos fundamentales radica en su carácter fundamental. Esta propiedad se denota mediante el adjetivo “fundamental” de la expresión en castellano “derecho fundamental” o mediante el prefijo “*Grund*” de la expresión alemana “*Grundrechte*”. El carácter fundamental es una propiedad específica que es exclusiva de los derechos fundamentales.³

La pregunta central de este texto es: ¿En qué consiste el carácter fundamental de los derechos fundamentales? El carácter fundamental es una propiedad compleja que, a su vez, está compuesta por otras propiedades. Como consecuencia, la pregunta de partida puede formularse de manera más precisa de la siguiente forma: ¿Qué propiedades constituyen el carácter fundamental de los derechos fundamentales y le atribuyen a estos derechos su naturaleza específica dentro del género de los derechos subjetivos? A esta pregunta se aludirá cuando, en seguida, se pregunte acerca de las propiedades fundamentales de los derechos fundamentales.

² Sobre el concepto de generalidad de los derechos subjetivos, *cf.* Schauer, Frederick, “The Generality of Rights”, *Legal Theory*, vol. 6, 2000, pp. 323-36.

³ Es cierto que el carácter fundamental también es una propiedad de los derechos humanos. Sin embargo, el carácter fundamental de los derechos humanos no puede confundirse con el carácter fundamental de los derechos fundamentales. Como más adelante se mostrará, algunas de las propiedades materiales que integran el carácter fundamental de los derechos humanos también integran el carácter fundamental de los derechos fundamentales. No obstante, el carácter fundamental de los derechos humanos no reviste algunas de las propiedades formales que sí están presentes en el carácter fundamental de los derechos fundamentales. Como quiera que el carácter fundamental de los derechos fundamentales es un todo, compuesto por propiedades formales y materiales, entonces este carácter no es idéntico al carácter fundamental de los derechos humanos. *Cf.* Sobre el carácter fundamental de los derechos humanos: Alexy, Robert, “Menschenrechte ohne Metaphysik?”, *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, vol. 52, 2004, pp. 15-24; Alexy, Robert, “Discourse Theory and Fundamental Rights”, en A. J. Menéndez y E. O. Eriksen (eds.), *Arguing Fundamental Rights*, Dordrecht 2006, pp. 15-29 (la trad. al castellano de C. Bernal Pulido está en prensa, en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, España).

La pregunta acerca de las propiedades fundamentales de los derechos fundamentales tiene una relevancia teórica y práctica. Desde la perspectiva teórica, responder a esta pregunta es un presupuesto de cualquier respuesta que quiera darse al interrogante, más general, acerca del concepto y la naturaleza de los derechos fundamentales. En este sentido, resulta necesario especificar las propiedades fundamentales de los derechos fundamentales a fin de definir en abstracto, qué son los derechos fundamentales. Desde la perspectiva práctica, la comprensión de dichas propiedades es relevante para la catalogación de determinado derecho subjetivo como derecho fundamental en la práctica jurídica, por parte de los jueces y tribunales, en especial, por parte del Tribunal Constitucional. Es preciso que el Tribunal Constitucional conozca las propiedades fundamentales de los derechos fundamentales, para determinar si los derechos subjetivos relevantes en cada caso concreto son derechos fundamentales. En esto consiste la función clasificatoria de las propiedades fundamentales de los derechos fundamentales. Junto a esta función, estas propiedades también desempeñan una función calificadora. Como es bien sabido, los derechos subjetivos son susceptibles de entrar en colisión con otros derechos subjetivos y bienes colectivos. La ponderación es el método para resolver las colisiones que, de esta manera, tienen lugar (véase, CONFLICTOS NORMATIVOS). Que un derecho fundamental revista o no ciertas propiedades fundamentales es una razón para conceder a este derecho un peso mayor o menor en la ponderación en la que se enfrenta a otros derechos subjetivos o bienes colectivos.

Ahora bien, dentro de las propiedades que pueden ser consideradas como fundamentales es preciso diferenciar entre propiedades formales y materiales. A continuación resulta conveniente considerar estos dos diferentes tipos de propiedades.

II. PROPIEDADES FORMALES

No todos los derechos subjetivos del sistema jurídico son ni pueden ser derechos fundamentales. Los derechos fundamentales vinculan al legislador y, de esta manera, establecen límites al proceso democrático de toma de decisiones políticas. Asimismo, estos derechos se garantizan por medio de mecanismos extraordinarios de protección, tales como el recurso de amparo en España o de queja constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) en Alemania. Por esta razón, estos derechos conforman una clase especial dentro del género de los derechos subjetivos, a la que sólo muy pocos derechos pueden pertenecer. Si no fuera así, se restringiría excesivamente el

proceso democrático. De la misma manera, si todos los derechos subjetivos se garantizaran por medio de los mecanismos especiales de protección, los derechos fundamentales perderían su carácter especial.

Por esta razón, resulta imprescindible limitar la clase de los derechos fundamentales a sólo ciertos derechos. Una primera estrategia para ello consiste en definir ciertas propiedades formales como las propiedades fundamentales de estos derechos. Dichas propiedades formales se refieren al hecho de que los derechos fundamentales hayan sido establecidos en ciertas fuentes del derecho. Desde este punto de vista, con frecuencia se mencionan cuatro propiedades formales. Si se enuncian estas propiedades desde aquella más restrictiva hasta la más amplia, ellas son: (1) Que la disposición que establece el derecho fundamental pertenezca al capítulo de los derechos fundamentales de la Constitución; (2) Que dicha disposición forme parte del texto constitucional; (3) que dicha disposición forme parte del texto constitucional o de otra fuente del derecho (sobre todo de lo pactos, convenciones o tratados sobre derechos humanos), siempre y cuando la constitución haga un reenvío a dicha fuente; y (4) que la jurisdicción constitucional reconozca la validez —no de una disposición sino— de una norma o de una posición de derecho fundamental.

Es preciso examinar a continuación estas cuatro propiedades formales.

1. *La pertenencia al capítulo de derechos fundamentales de la Constitución*

Existen tres posibilidades en relación con la primera propiedad, es decir, la pertenencia al capítulo de derechos fundamentales de la disposición que establece el derecho. Es posible considerar a esta propiedad como (1) una condición suficiente y necesaria para la clasificación de un derecho subjetivo como derecho fundamental; (2) como una condición sólo necesaria o (3) como una condición sólo suficiente.

Un ejemplo de la consideración de esta propiedad como una condición suficiente y necesaria es la extendida interpretación del art. 53.1 de la Constitución Española (en adelante: CE) que la mayoría de la doctrina prohija. Esta disposición establece:

Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos.

Un sector emblemático de la doctrina constitucional española acepta que, de acuerdo con este artículo, un derecho es fundamental si y sólo si vincula

al Legislador y a los demás poderes públicos.⁴ Sin embargo, una interpretación plausible del art. 53.1 CE lleva a la conclusión de que el carácter vinculante frente al Legislador y a los demás poderes públicos es solo la consecuencia de una causa anterior. Dicha causa consiste en la pertenencia de la disposición que establece el derecho al capítulo de los derechos fundamentales de la Constitución Española, es decir, al Capítulo II del Título I. Mientras el título del Título I es: “De los derechos y deberes fundamentales”, el título del Capítulo II es: “Derechos y libertades”. De ello se sigue que el Capítulo II contiene los derechos y libertades fundamentales.

Si —como ocurre en este caso— esta propiedad se considera como una condición suficiente y necesaria, entonces, serían correctas las siguientes afirmaciones:

(a) Un derecho subjetivo es un derecho fundamental si y sólo si este derecho ha sido establecido por una disposición que pertenece al capítulo de los derechos fundamentales de la Constitución.

(b) Todos los derechos subjetivos establecidos por las disposiciones que integran el capítulo de los derechos fundamentales de la Constitución, son derechos fundamentales.

Esta concepción del carácter fundamental de los derechos fundamentales ofrece la ventaja de que permite establecer con mayor certeza que otras concepciones qué derechos subjetivos son derechos fundamentales. A causa de la indeterminación de las disposiciones constitucionales está certeza nunca es absoluta. No obstante, esta concepción elimina la posibilidad de que se catalogue como derechos fundamentales a derechos subjetivos que hayan sido establecidos por otras disposiciones que no pertenezcan al capítulo de los derechos fundamentales de la Constitución.

Asimismo, esta concepción enfatiza que el concepto de derechos fundamentales tiene un elemento particular, es decir, específico a cada sociedad. Este elemento consiste en que cada sociedad define, mediante la decisión del Constituyente, qué derechos deben considerarse como fundamentales y así los cataloga explícitamente en el texto constitucional. Finalmente, a favor de esta concepción juega el canon *sedes materiae* para la

⁴ *Cfr.* Entre otros: Rubio Llorente, Francisco, “Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España”, *Claves de la razón práctica*, vol. 75, 1997, p. 2 y ss.; Cruz Villabón, Pedro, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 25, 1989, p. 40 y ss.; Cruz Villabón, “Derechos Fundamentales”, *Enciclopedia jurídica básica*, t. II, p. 2399; Aguiar de Luque, Luis, “Los límites de los derechos fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, vol. 14, 1993, p. 10; Peces-Barba, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales: Teoría general*, Madrid 1995, p. 484; Jiménez Campo, Javier, *Derechos Fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid 1999, pp. 15, 17, 21 y 24.

interpretación jurídica. De acuerdo con este canon, la ubicación de una disposición en cierto capítulo de una fuente del derecho, en este caso de la Constitución, es relevante para su interpretación.⁵ Con base en este canon interpretativo, podría enunciarse el siguiente argumento: (1) el Constituyente es racional; (2) para garantizar la racionalidad, el Constituyente divide los derechos subjetivos que integran la constitución en diferentes capítulos, de tal manera que en cada capítulo de la Constitución aparezcan todos los derechos subjetivos y sólo los derechos subjetivos que comparten una misma propiedad que se expresa en el título del respectivo capítulo; (3) el capítulo de derechos fundamentales de la Constitución está integrado por un conjunto de disposiciones; (4) dichas disposiciones ostentan una propiedad común; (5) dado que el título de dicho capítulo es “derechos fundamentales”, la propiedad común a los derechos establecidos por tales disposiciones es su carácter fundamental; entonces (a) y (b); por lo tanto (conclusión) la pertenencia al capítulo de derechos fundamentales de la Constitución de la disposición que establece un derecho subjetivo representa una condición suficiente y necesaria del carácter fundamental de los derechos fundamentales.

A pesar de lo anterior, esta concepción no parece plausible. Es posible aducir varias razones en contra de ella. En primer lugar, existen constituciones —como, por ejemplo, la Constitución de México—⁶ que no tienen un capítulo rubricado con el título: “derechos fundamentales” y que, a pesar de ello, protegen derechos fundamentales. Los artículos 18 y 20 de la Constitución Mexicana establecen con claridad que dicha Constitución protege ciertos derechos fundamentales. En segundo lugar, la premisa (2) del argumento basado en el canon *sedes materiae* no parece convincente. No es cierto que en cada capítulo de la Constitución se incluyan todos los derechos y sólo los derechos que compartan una misma propiedad que el título del capítulo exprese. Así una constitución establezca un capítulo de derechos fundamentales, suele haber derechos subjetivos que tienen el estatus de derechos fundamentales y que aparecen por fuera de dicho capítulo.

⁵ Cfr. Sobre el canon *sedes materiae*: Bengoetxea, Joxerramón, “Legal System as a Regulative Ideal”, en H.-J. Koch y U. Neumann (eds.), *Praktische Vernunft und Rechtsanwendung: Legal System and Practical reason: Verhandlungen des 15. Weltkongress der internationalen Vereinigung für Rechtsund Sozialphilosophie (IVR) in Göttingen, August 1991, ARSP*, vol. 53, Stuttgart 1994, p. 76. Cfr. Asimismo Bengoetxea, Joxerramón, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice: Towards a European Jurisprudence*, Oxford, 1993. p. vi y 99.

⁶ Sobre los derechos fundamentales en México, véase, Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, 2004.

Tercero, si bien es cierto que el concepto de derechos fundamentales tiene un elemento particular, en dicho concepto también está presente un elemento universal. No es mera casualidad que, con prescindencia de las fórmulas empleadas en la redacción de las disposiciones de derechos fundamentales, estos derechos prohíban en casi todos los países las discriminaciones o las vulneraciones de libertad. La coincidencia en el contenido de los derechos fundamentales en las constituciones de diferentes países es una razón para no entender el concepto de derechos fundamentales, ni su carácter fundamental, como algo completamente particular. Por el contrario, a este concepto debe adscribir también una naturaleza universal. La consideración de la pertenencia de la disposición que establece el derecho al capítulo de los derechos fundamentales de la Constitución como una condición suficiente y necesaria impide explicar esta naturaleza universal del carácter fundamental de los derechos fundamentales. En cuarto lugar, siempre es posible preguntar si el capítulo de derechos fundamentales de una constitución es incompleto. Es posible que en él falten algunos derechos fundamentales. Enunciados como: “el capítulo de derechos fundamentales de la Constitución del país (x) es incompleto, porque no incluye el derecho a la igualdad” tienen pleno sentido. Sin embargo, esto no sería así, si la pertenencia al capítulo de derechos fundamentales de la Constitución se considerara como una condición suficiente y necesaria del carácter fundamental de los derechos fundamentales. En quinto lugar, en el argumento *sedes materiae* antes mencionado hay una *petitio principii*. Si se observa con atención, se corroborará que la premisa (5) es sólo una nueva formulación de la conclusión del argumento. Finalmente, en varios países la división de la Constitución en capítulos no ha sido una tarea que haya sido llevada a cabo por el constituyente, sino por parte de los editores encargados de la publicación del texto constitucional. En estos casos, la división de la constitución en diversos capítulos no es un reflejo de la voluntad del constituyente.

Todas estas razones también juegan en contra del entendimiento de la pertenencia al capítulo de los derechos fundamentales de la Constitución como una condición necesaria. Ellas muestran que (a) no es cierto; así como tampoco lo es (b), es decir, no todos los derechos subjetivos establecidos en las disposiciones que pertenecen al capítulo de derechos fundamentales de la Constitución, son derechos fundamentales. En casi todas las constituciones hay derechos subjetivos establecidos por tales disposiciones y que, sin embargo, no son derechos fundamentales.

Como ejemplo puede citarse el art. 22 de la Constitución Política de Colombia que establece el derecho a la paz. Este derecho subjetivo no es

un derecho fundamental. Por razones materiales, la paz no puede ser el objeto de un derecho fundamental. Es más bien una de las finalidades del derecho. Entonces, la tesis según la cual la pertenencia al capítulo de derechos fundamentales de la Constitución es una condición suficiente del carácter fundamental de los derechos fundamentales tampoco puede considerarse como correcta. Como más adelante se verá, las propiedades materiales atinentes al carácter fundamental de los derechos fundamentales tienen una prioridad sobre las propiedades formales. Si esto es correcto, entonces, es necesario que un derecho subjetivo revista por lo menos una propiedad material, para que pueda considerarse un derecho fundamental. No obstante, además de ello, es necesario que también revista por lo menos una propiedad formal.

2. La pertenencia de la disposición de derecho fundamental al texto constitucional

La pertenencia de una disposición de derecho fundamental al texto constitucional también puede entenderse como una condición suficiente y necesaria, sólo como una condición suficiente o sólo como una condición necesaria. La consideración de esta propiedad como una condición necesaria o suficiente y necesaria implicaría que sólo podría considerarse como derechos fundamentales a aquellos derechos subjetivos establecidos por una disposición del texto constitucional. Esta comprensión no parece convincente. Contra ella juegan por lo menos cuatro razones.

En primer lugar, es bien cierto que esta comprensión enfatiza la naturaleza particular del carácter fundamental de los derechos fundamentales. Sin embargo, no puede dar cuenta de su naturaleza universal. En segundo lugar, siempre tiene sentido preguntar si el texto de la Constitución es incompleto porque en él todavía no están incluidos ciertos derechos fundamentales. No obstante, según esta comprensión de la tesis de la pertenencia al texto constitucional, preguntas de este tipo carecerían de todo sentido. En tercer lugar, esta interpretación no puede aclarar por qué en muchos países se ha aceptado que existen disposiciones que no están incluidas en la Constitución y que establecen derechos fundamentales. En cuarto lugar, esta interpretación del carácter fundamental de los derechos fundamentales no puede explicar por qué hay ciertos derechos fundamentales que no tienen ninguna relación directa con el texto constitucional pero que han sido

reconocidos como tales por la jurisprudencia.⁷ Conocidos casos de este fenómeno son el reconocimiento del derecho a la intimidad por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos⁸ y la protección de derechos fundamentales en la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal de Australia, cuya Constitución no contiene un catálogo de derechos fundamentales.⁹

Con todo, tampoco es plausible la tesis según la cual la pertenencia a la Constitución de la disposición que establece un derecho subjetivo representa una condición suficiente del carácter fundamental de los derechos fundamentales. No todos los derechos subjetivos establecidos en el texto constitucional son derechos fundamentales. Un ejemplo de ello es el art. 38.1 de la Ley Fundamental alemana (en adelante: LF). El art. 38.1 LF establece los derechos de los diputados del *Bundestag* en los siguientes términos: “Los diputados del *Bundestag* Alemán serán elegidos por sufragio universal, directo, libre, igual y secreto. Son los representantes del pueblo en su conjunto, no ligados a mandatos ni instrucciones, y sujetos únicamente a su conciencia”. En su jurisprudencia, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha considerado que estos derechos son derechos subjetivos pero no derechos fundamentales.

Ahora bien, una razón para considerar la tesis de la pertenencia a la Constitución de la disposición que establece un derecho subjetivo como una condición suficiente para el carácter fundamental de los derechos fundamentales consiste en que todos los derechos subjetivos de la Constitución despliegan cuatro efectos que son propios de los derechos fundamentales, a saber: (1) la vinculación a todos los poderes públicos; (2) la garantía por medio de procedimientos de constitucionalidad; (3) el efecto de irradiación y (4) el efecto horizontal o entre terceros. Dado que todas las disposiciones de la Constitución —y no sólo las disposiciones del capítulo de los derechos fundamentales— vinculan de una manera comprensiva a los poderes públicos y establecen medidas que vinculan a los particulares en sus relaciones, así como pueden ser aplicadas directamente por el Tribunal Consti-

⁷ Esto quiere decir que no hayan sido reconocidos como posiciones de derecho fundamental que se adscriben al ámbito semántico de una disposición de la Constitución.

⁸ *Cfr.* Una crítica al reconocimiento del carácter de derecho fundamental de este derecho subjetivo: Bork, Robert, “The Right of Privacy: The Construction of a Constitutional Time Bomb”, en Bork, Robert, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, Free Press, 1990, p. 95 y ss.

⁹ *Cfr.* Campbell, Tom; Goldsworthy, Jeffrey, y Stone, A. (eds.), *Protecting Rights Without a Bill of Rights: Institutional Performance and Reform in Australia*, Aldershot, 2006, sobre todo el capítulo I: B. Galligand y F. L. (Ted) Morton, “Australian Exceptionalism: Rights Protection Without a Bill of Rights”, pp. 17-39.

tucional, a partir de esta premisa podría concluirse que todos los derechos subjetivos establecidos por la Constitución son derechos fundamentales, porque revisten estos cuatro efectos.

Sin embargo, en contra de la tesis de que esta propiedad es una condición necesaria podría aducirse la siguiente objeción: los derechos fundamentales son aquellos derechos subjetivos que pueden defenderse por medio de recursos extraordinarios de índole constitucional, tales como el recurso alemán de queja constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), el recurso de amparo español o la acción de tutela establecida por la Constitución Política de Colombia de 1991. Con todo, el hecho de que existan estos mecanismos “extraordinarios” específicos para la protección de los derechos fundamentales no implica que ellos atribuyan a tales derechos su carácter fundamental. Justo todo lo contrario, estos mecanismos protegen los derechos fundamentales precisamente porque estos derechos revisten un carácter fundamental. El carácter fundamental es una razón o una causa para que los derechos fundamentales sean protegidos por medio de estos mecanismos y no el efecto de tal hecho. Además, en muchas constituciones los mecanismos extraordinarios no protegen todos los derechos fundamentales sino sólo algunos de ellos —como, por ejemplo, los derechos a la vida, la libertad, la IGUALDAD— que revisten una importancia especial para la sociedad. Lo pertinente es reconocer que esta particular importancia de ciertos derechos fundamentales para la sociedad no es idéntica al carácter fundamental que revisten todos los derechos de esta índole.

Finalmente, tampoco es correcta la tesis de que la pertenencia a la Constitución de una disposición que establece un derecho fundamental represente una condición suficiente para el carácter fundamental de los derechos fundamentales. Como ocurre en el caso del art. 38 de la Ley Fundamental, existen derechos subjetivos establecidos por la Constitución, que no revisten las propiedades materiales de los derechos fundamentales. Por lo tanto, no pueden ser catalogados como derechos fundamentales.

3. La pertenencia de la disposición de derecho fundamental al texto constitucional al bloque de constitucionalidad

La pertenencia de una disposición de derecho fundamental al texto constitucional o a otra fuente del derecho a la que la Constitución reenvía no es tampoco una condición suficiente ni una condición necesaria para el carácter fundamental de los derechos fundamentales protegidos. En los sistemas jurídicos de algunos estados se consideran como derechos fundamentales a

algunos derechos subjetivos que han sido establecidos por disposiciones que pertenecen al llamado bloque de constitucionalidad. Sin embargo, no todos los derechos pertenecientes al bloque de constitucionalidad tienen el carácter de derechos fundamentales. El concepto de bloque de constitucionalidad se desarrolló de manera primigenia en el derecho constitucional francés. El preámbulo de la Constitución de la República Francesa del 4 de octubre de 1958 reenvía a otros documentos que amplían el catálogo de derechos con rango constitucional. El texto de ese preámbulo establece lo siguiente:

El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos humanos y a los principios de la soberanía nacional tal y como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946, así como a los derechos y deberes definidos en la Carta del Medio Ambiente de 2004.

El *Conseil Constitutionnel* ha interpretado este texto en el sentido de que los derechos subjetivos del texto de la Constitución se añan a los derechos establecidos en otros documentos para conformar un bloque de constitucionalidad.¹⁰ A este bloque pertenecen todos los derechos subjetivos de la Constitución, así como los que aparecen en los documentos a los que reenvía el preámbulo de la Constitución. La jurisprudencia del *Conseil Constitutionnel* ha ampliado el bloque de constitucionalidad. El bloque de constitucionalidad constituye el rasero con el cual se evalúa la constitucionalidad de las normas de rango legislativo.¹¹

El concepto de bloque de constitucionalidad ha sido acogido en otros sistemas jurídicos. Sin embargo, no siempre es claro si la expresión “bloque de constitucionalidad” se ha entendido en estos otros sistemas en el mismo sentido originario. Por ejemplo, en España, el concepto de bloque de constitucionalidad se utiliza para referirse al conjunto de normas que tienen rango constitucional y que determinan las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas.¹² Por el contrario, este concepto se utiliza en otros países de América Latina, tales como Panamá, Costa Rica y Colom-

¹⁰ La primera decisión del Conseil Constitutionnel en la que se aplicó dicho concepto fue la decisión del 8 de julio de 1966. *Cfr.* Recueil des Décisions du Conseil Constitutionnel, p. 15.

¹¹ Sobre el bloque de constitucionalidad en Francia, *cf.* Favoreu, Luois, “Bloc de constitutionnalité” en O. Duhamel y Y. Meny (eds.), *Dictionnaire constitutionnel*, París 1992, p. 87.

¹² Sobre el concepto de bloque de constitucionalidad en España, *cf.* Rubio Llorente, Francisco, “El bloque de constitucionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 27, 1989, pp. 9-37.

bia,¹³ para denominar el conjunto de disposiciones que tienen rango constitucional y que, independientemente de su pertenencia al texto constitucional, conforman el rasero para evaluar la constitucionalidad de las leyes. Algunos, pero no todos los derechos subjetivos que estas disposiciones establecen, son derechos fundamentales. Este “conjunto” por lo general está compuesto por todas las disposiciones del texto constitucional y de los tratados internacionales sobre derechos humanos. En la Constitución Política de Colombia de 1991 el art. 93 constituye el fundamento del bloque de constitucionalidad. De acuerdo con esta disposición, los derechos humanos incluidos en los tratados internacionales sobre tales derechos ratificados por Colombia tienen prioridad sobre el orden interno. La Corte Constitucional colombiana ha interpretado este artículo en el sentido de que tales derechos humanos tienen un carácter fundamental.¹⁴

Al art. 93 de la Constitución Colombiana constituye un ejemplo en el que ciertos derechos subjetivos, establecidos por disposiciones que no pertenecen al texto constitucional, se reconocen y tratan como derechos fundamentales. Sin embargo, también existen otros derechos que pertenecen al bloque de constitucionalidad y que, sin embargo, no son derechos fundamentales.

4. *El reconocimiento del carácter fundamental por parte de la jurisprudencia constitucional*

El reconocimiento de una norma como norma de derecho fundamental o de una posición como posición de derecho fundamental por parte de la jurisprudencia constitucional no constituye una condición necesaria pero, sumada a una propiedad material, sí suficiente del carácter fundamental de los derechos fundamentales.

La jurisprudencia constitucional juega desde dos puntos de vista un papel determinante en relación con la catalogación de una norma jurídica o una posición jurídica como una norma o una posición de derecho fundamental. Por una parte, la jurisprudencia constitucional adscribe interpreta-

¹³ Sobre el bloque de constitucionalidad en Costa Rica y Panamá, *cf.* Hoyos, Arturo, “El Control Judicial y el Bloque de Constitucionalidad en Panamá”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 25, núm. 75, 1992, pp. 785-807.

¹⁴ *Cf.* Sobre el bloque de constitucionalidad en Colombia, con una referencia particular alas decisiones más importantes de la Corte Constitucional sobre este concepto: Arango Olaya, Mónica “El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana”, *Precedente*, 2004, pp. 79-102.

tivamente normas y posiciones jurídicas a las disposiciones de derechos fundamentales de la Constitución o del bloque de constitucionalidad. Esta adscripción consiste en la definición autoritativa de que una norma o posición jurídica ha de considerarse como norma o posición de derecho fundamental, porque se encuentra dentro del ámbito semántico de una disposición de derecho fundamental. Cuanto esto sucede, la pertenencia de la norma o de la posición a la respectiva disposición constitucional o del bloque de constitucionalidad, sumada a la adscripción que lleva a cabo la jurisprudencia, atribuyen a la mencionada norma o posición el carácter fundamental. Por otra parte, la jurisprudencia constitucional puede atribuir un carácter fundamental a ciertas normas o posiciones jurídicas que no pertenecen al margen semántico de una disposición de derecho fundamental. Esto ocurre en el caso del reconocimiento de derechos fundamentales no escritos por parte de la jurisdicción constitucional.¹⁵

En este caso, no se trata de derechos fundamentales adscritos sino de derechos fundamentales que no han sido establecidos por una disposición de derecho fundamental. Algunas constituciones prevén explícitamente la validez de derechos fundamentales que no han ido establecidos por la Constitución, es decir, de derechos fundamentales no escritos. Un ejemplo conocido es el texto de la novena enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, que establece lo siguiente:

No por el hecho de que la Constitución enumere ciertos derechos ha de entenderse que niega o menosprecia otros que retiene el pueblo.

El art. 5 LXXVIII § 2o. de la Constitución de Brasil¹⁶ y el art. 94 de la Constitución Colombiana establecen fórmulas similares.¹⁷

¹⁵ Interesantes ejemplos del reconocimiento de derechos no escritos por parte de la jurisprudencia constitucional pueden encontrarse en decisiones de los tribunales constitucionales francés e italiano. *Cfr.* Al respecto: Ponteau, Marie-Clarie, *La reconnaissance des droits non écrits pour les cours constitutionnelles italienne et française*, París 1997.

¹⁶ El texto de este artículo establece lo siguiente: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

¹⁷ El texto de este artículo establece lo siguiente: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

5. *Conclusión en cuanto a las propiedades formales*

Como resultado del estudio de las propiedades formales puede señalarse que un derecho subjetivo está dotado de carácter fundamental, y por lo tanto, es un derecho fundamentales, cuando se cumple una de las siguientes condiciones: ha sido establecido por una disposición que (1) pertenece al capítulo de derechos fundamentales de la Constitución o (2) pertenece, en general, al texto constitucional o (3) al bloque de constitucionalidad; o (4) cuando la norma o posición jurídica relativa al derecho ha sido reconocida como una norma o posición de derechos fundamental por parte de la jurisprudencia. (4), sumada a una propiedad material, es una condición suficiente, al paso que, para ser un derecho fundamental, es una condición necesaria que el derecho subjetivo relevante satisfaga por lo menos una de las condiciones formales (1) a (4).

Estas cuatro condiciones revisten un grado creciente de certeza en relación con la pregunta de si un derecho subjetivo tiene carácter fundamental y, por lo tanto, es un derecho fundamental. (1) ostenta el mayor grado de certeza y (4) el menor. Estos grados tienen relevancia para la ponderación. Que el derecho subjetivo relevante en un caso concreto represente un derecho fundamental es una premisa normativa importante para la determinación del peso abstracto del derecho en la fórmula del peso. Esta premisa normativa, como tal, puede ser cierta o incierta. La certeza en relación con esta premisa es un elemento de la certeza de las premisas de la ponderación, y por tanto es uno de los factores que tienen importancia dentro del tercer elemento de la fórmula del peso.¹⁸

III. PROPIEDADES MATERIALES

Las propiedades formales no son suficientes para formular un concepto apropiado y completo del carácter fundamental de los derechos fundamentales. La pregunta de si el texto de la constitución, el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia constitucional han establecido y reconocido ya

¹⁸ Sobre la estructura de la ponderación en el sentido de la fórmula del peso y sobre la certeza de las premisas como un factor de la ponderación, *cf.* Alexy, Robert, “Die Gewichtsformel”, en J. Jickel; P. Kreuzt, y, D. Reuter (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlín, 2003, pp. 771-792. Sobre la certeza de las premisas normativas de la ponderación, *cf.* Bernal Pulido, Carlos, “The Rationality of Balancing”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 92, 2006, pp. 195-208.

todos los derechos fundamentales, o si aún debería reconocer como fundamentales otros derechos subjetivos, tiene pleno sentido. Para responder esta pregunta relevante para la discusión política de todas las sociedades, es necesario referirse a las propiedades materiales.

La pregunta sobre las propiedades materiales para la definición del carácter fundamental de los derechos fundamentales tiene una estrecha relación con el difícil problema filosófico de si existen derechos subjetivos por fuera del derecho. Formulada de un modo más preciso, esta pregunta filosófica se refiere a si existen o no derechos subjetivos morales o si existen derechos fundamentales morales. Los derechos fundamentales morales¹⁹ son un tipo de derechos morales que, en razón de su contenido deberían ser reconocidos como derechos fundamentales en el sistema jurídico. Como quiera que estos derechos son una especie del género derechos morales, el reconocimiento de su existencia depende del reconocimiento de la existencia de derechos morales. Si no existen derechos morales, entonces las propiedades materiales no pueden ser relevantes para definir el carácter fundamental de los derechos fundamentales. Si se parte de esta premisa, entonces los únicos derechos fundamentales que podrían existir serían aquellos que el Constituyente o el Tribunal Constitucional establecieran con su autoridad. Si, por el contrario, se acepta la existencia de derechos morales, entonces los derechos fundamentales de la Constitución o de la jurisprudencia constitucional sólo serían el producto de una institucionalización de los derechos fundamentales morales. En este caso, las propiedades formales de los derechos institucionalizados en la Constitución, en el bloque de constitucionalidad y en la jurisprudencia constitucional y las propiedades materiales de los derechos fundamentales morales no definirían por sí mismas el carácter fundamental de los derechos fundamentales. Estos derechos revestirían las propiedades materiales de forma anticipada e independiente de su institucionalización en el sistema jurídico. Que un derecho subjetivo ostentara una propiedad material de los derechos fundamentales sería una razón para institucionalizarlo como derecho fundamental.

Aquí no puede investigarse a profundidad acerca del interrogante atinente a la existencia de derechos morales. No obstante, debe introducirse un argumento a favor de dicha existencia. Una razón de gran peso en contra de la existencia de tales derechos estriba en la afirmación de que los

¹⁹ En el ámbito de la moral en general se habla de “derechos humanos”. Sin embargo, por razones de consistencia, aquí se hablará de “derechos fundamentales morales”. Como consecuencia, se entenderá que, en el ámbito moral, las expresiones “derechos fundamentales morales” y “derechos humanos” son sinónimas.

derechos subjetivos no elevan pretensiones morales especiales. En este sentido, puede aducirse, que lo que en realidad importa para la moral es la identificación de ciertas acciones como correctas. La identificación de cuáles son las acciones correctas se fundamentaría en la identificación de las intenciones correctas o de las razones para actuar correctas o en los resultados deseados de las acciones. Asimismo, se señalaría que el respeto de los derechos de los demás no es necesario para establecer cuáles son dichas intenciones, razones o resultados. Es en esta dirección en la que Bentham sostuvo: “natural rights is simple nonsense: natural and imprescriptibly rights, rhetorical nonsense — nonsense upon stilts”.²⁰ El punto de partida de Bentham estriba en que la estructura compleja del concepto de los derechos subjetivos se limita al derecho.

En sus propias palabras:

Right ... is the child of law: from real laws come real rights; but from imaginary laws, from laws of nature, fancied and invented by poets, rhetoricians, and dealers in moral and intellectual poisons, come imaginary rights, a bastard brood of monsters”.²¹

Aquí debe señalarse que esta concepción no parece plausible. Es bien cierto que el concepto de derecho subjetivo se aplica sobre todo en el ámbito jurídico. No obstante, las teorías de los derechos morales tienen un objetivo bien claro. Se trata de responder a la pregunta de cuáles deben ser los derechos subjetivos del sistema jurídico. Siempre resulta razonable preguntar si las normas jurídicas que establecen los derechos subjetivos son correctas o si, por el contrario, fracasan porque no protegen los derechos morales de las personas. En este sentido Steiner señala: “theories of moral rights advance views about how specific other person’s valued services should be interpersonally distributed by enforceable systems of rules”.²²

Por esta razón, aquí debe partirse de la existencia de los derechos morales. Entonces, la pregunta relevante es la siguiente: ¿Qué propiedades materiales atribuyen a ciertos derechos morales un carácter fundamental, de tal manera que deban ser reconocidos como derechos fundamentales en los ámbitos de la moral y del derecho?

Esta pregunta sólo puede responderse sobre la base de un concepto de persona política. Los derechos fundamentales protegen los intereses fun-

²⁰ Bentham, Jeremy, “Anarchical Fallacies”, en J. Bowring (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, London, 1838-1843; Reimpreso en: New York, 1962, Vol. 2, verso 230.

²¹ *Ibid.*, verso 730.

²² Steiner, Hillel, “Moral Rights”, en D. Copp (ed.), *Oxford Handbook of Ethical Theory*, Oxford, 2006, p. 460

damentales del individuo frente a la sociedad y el Estado. La pregunta es: ¿Cuáles son estos intereses?

Estos intereses fundamentales dependen de la relación de doble implicación necesaria que existe entre el Estado y la persona política. Los intereses materiales de la persona política y las propiedades del Estado se condicionan mutuamente. Desde los ciernes del Estado Constitucional Democrático los derechos fundamentales han buscado proteger la libertad de la persona frente a las intervenciones del Estado, la participación del individuo en los procedimientos democráticos y la igualdad jurídica.²³ Tras la inclusión del principio del Estado Social en la definición del Estado, los derechos fundamentales adquirieron además la función de garantizar el mínimo vital y la creación de la igualdad real. Los derechos fundamentales caracterizan a la persona política como libre, autónoma en los ámbitos privado y público, igual a otras personas y como titular de ciertas necesidades básicas. La protección de esta libertad, autonomía e igualdad y la satisfacción de dichas necesidades constituyen el fin del Estado. Estos fines justifican y fomentan la acción del Estado mediante las prohibiciones del exceso y de protección deficiente.

Por lo tanto, la libertad, la autonomía y la igualdad son los intereses básicos de la persona política. A estos intereses se suma la satisfacción de ciertas necesidades básicas. Estos intereses deben considerarse como propiedades materiales para la definición de los derechos fundamentales en la moral y —mediante la institucionalización de la moral—²⁴ en el derecho. Ellos constituyen un concepto triádico de la persona política que aquí debe ser explorado. Este concepto reviste tres dimensiones: la dimensión liberal, la dimensión democrática y la dimensión de la persona atinente al Estado Social. Las propiedades materiales de la persona consisten, a su vez, en otras propiedades que son indispensables para la protección de la dignidad humana y para el desarrollo de un individuo en el marco de un Estado liberal, democrático y social de derecho.

²³ Cfr. Stolleis, M., *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Múnich 1992, t. 2, p. 114 y ss.

²⁴ Sobre la institucionalización de los derechos fundamentales morales en el ámbito jurídico, Cfr. Alexy, Robert, “Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat”, en S. Gosepath y G. Lohmann (ed.), *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt a. M. 1999, p. 246 y ss.; Michelman, F.I. “Brauchen Menschenrechte eine demokratische Legitimation?”, en H. Brunkhorst, W. Köhler y M. Lutz-Bachmann (ed.), *Recht auf Menschenrechte*, Frankfurt a. M. 1999, p. 53; y Habermas, Jürgen, “Der interkulturelle Diskurs über Menschenrechte”, *Recht auf Menschenrechte*, p. 216.

1. *Los intereses fundamentales de la persona liberal*

De acuerdo con la concepción liberal de la persona política y del Estado, este tiene como finalidad garantizar el ejercicio de la libertad. En este sentido, por ejemplo, Locke señaló que la justificación de la legitimidad del poder del Estado estriba en la protección de la propiedad privada.²⁵ Para Locke la PROPIEDAD es un concepto general que incluye todo el ámbito de la libertad. En un sentido similar, Kant sostuvo que la más importante directriz de las acciones del Estado es el principio general del derecho. Según este principio, “el derecho debe establecer las condiciones en las cuales el arbitrio de unos debe hacerse compatible con el arbitrio de los demás, según una ley general de libertad”.²⁶ Este principio define que la libertad es un interés fundamental de la persona cuya protección es el fin más importante del Estado. Pero, en este contexto: ¿Qué se entiende por libertad? ¿En qué consiste ella?

John Rawls ha ofrecido una respuesta a esta pregunta con su concepto de persona liberal. Según Rawls, la persona se caracteriza por dos propiedades morales que este autor denomina “facultades morales”. La primera facultad moral es la facultad de ser razonable. Esta facultad consiste en la capacidad de tener un sentido de la justicia.²⁷ La segunda facultad es la de ser racional. Esta facultad apunta a tener la capacidad de tener una comprensión de lo bueno.²⁸ La primera facultad moral consiste en la capacidad humana de participar conscientemente en la cooperación social. La segunda facultad se basa en la capacidad de perseguir finalidades que reflejen la propia concepción de lo que vale la pena en la vida.²⁹ Las dos facultades están relacionadas. La primera facultad moral constituye el fundamento de la protección de los presupuestos individuales de la vida política, es decir, de las libertades políticas y de los derechos de participación en los procedimientos democráticos. La segunda facultad moral es el fundamento de las libertades individuales.

Para la teoría liberal, estas dos facultades constituyen la base para la definición del carácter fundamental de los derechos fundamentales. Por lo tanto, los derechos subjetivos indispensables para el desarrollo de estas dos

²⁵ Locke, John, *Second Treatise of Government*, en [on-line Version: <http://www.gutenberg.org/etext/7370>]

²⁶ Kant, Immanuel, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Berlín, 1911, p. 230.

²⁷ Rawls, John, *Political Liberalism*, Nueva York 1993, pp. 49 y 338.

²⁸ *Ibid.*, p. 338.

²⁹ *Ibid.*

facultades morales de la persona deben ser reconocidos como derechos fundamentales por el Constituyente o por el Tribunal Constitucional.³⁰ Rawls enuncia un catálogo de estos derechos subjetivos, que él caracteriza como “basic liberties”. A este catálogo pertenecen las libertades de pensamiento y de conciencia, las libertades políticas, la libertad personal, la integridad de la persona y los derechos y libertades conexas con el concepto de estado liberal de derecho.³¹ Es posible aducir razones de peso a favor de la tesis de que este catálogo es demasiado limitado. Sin embargo, aquí no es posible tratar este aspecto de forma más extensa.

2. *Los intereses fundamentales de la persona democrática*

La teoría democrática implica, a su vez, una concepción de la persona que constituye una segunda dimensión de la persona política. De acuerdo con esta concepción, a la persona también debe atribuírsele ciertos intereses fundamentales. El núcleo de esta concepción consiste en el concepto de autonomía que refleja el ideal de Rousseau, de encontrar una forma de asociación política en la que cada persona y sus bienes sean protegidos, pero, a la vez, esta permanezca libre mediante su participación en la toma de decisiones, de tal manera que al obedecer el derecho se obedezca a sí misma.³² De acuerdo con la teoría democrática, a cada persona debe reconocérsele en la mayor medida posible la facultad de darse normas a sí misma.

La idea central de la teoría democrática ha sido desarrollada en las últimas décadas por Habermas en su teoría del discurso. Esta teoría presupone un concepto de persona democrática o deliberativa. Al igual que el concepto liberal de persona, el concepto democrático de persona implica unas facultades básicas que pueden funcionar como base para las propiedades materiales definitorias del carácter fundamental de los derechos fundamentales.

El principio del discurso constituye el núcleo de la teoría del discurso de Habermas. De acuerdo con este principio, sólo deben tener validez aquellas normas en relación con las cuales todos los afectados —en tanto participantes en discursos racionales— hayan prestado su consentimiento.³³ El principio del discurso es el fundamento del principio democrático. De ello

³⁰ *Ibid.*, p. 330.

³¹ *Ibid.*, p. 328.

³² Rousseau, J.J., *Contrat Social*, Berlín 1922, p. 13.

³³ Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a. M. 1992, p. 172 (*Facticidad y Validez*).

puede derivarse que el concepto de persona presupuesto por el principio del discurso constituye el fundamento del concepto democrático de persona. Dicho de otra manera: las facultades básicas de la persona democrática son las facultades básicas de un participante en los procesos deliberativos en un discurso racional.

El principio del discurso presupone una persona que es capaz de participar en la deliberación política y dar su consentimiento para la toma de decisiones. Estas facultades pueden expresarse mediante el concepto de capacidad de discernimiento. La capacidad de discernimiento es necesaria para participar en la comunicación. La capacidad de discernimiento consiste en dos facultades básicas, a saber (1) la capacidad de hacer afirmaciones y de defenderlas mediante razones de las objeciones que contra ella se hagan y (2) la capacidad de comportarse de manera crítica frente a las propias afirmaciones y frente a las afirmaciones llevadas a cabo por los demás.³⁴

Las dos capacidades que componen la capacidad de discernimiento son el objeto que, desde la perspectiva de la teoría democrática, debe ser protegido por los derechos fundamentales. Por lo tanto, el concepto democrático de persona también puede servir de base para establecer una propiedad material suficiente para el carácter fundamental de los derechos fundamentales. En este sentido, un derecho subjetivo representa un derecho fundamental, cuando protege la capacidad de discernimiento de la persona. Los derechos fundamentales democráticos, tales como el derecho al voto y las libertades necesarias para el funcionamiento de los procesos democráticos, revisten esta propiedad.

3. *Las necesidades básicas de la persona en el Estado Social*

La teoría del Estado Social presupone una dimensión de la persona política. En el trasfondo de esta dimensión aparecen las necesidades básicas. Esta concepción objeta a las teorías liberal y democrática que la protección de la libertad y de la autonomía no es suficiente para garantizar el status fundamental del individuo.

En cada sociedad existe un gran número de personas que no pueden satisfacer sus necesidades básicas mediante el ejercicio de su libertad y de su

³⁴ Günther, Klaus, “Welchen Personenbegriff braucht die Diskurstheorie des Rechts? Überlegungen zum internen Zusammenhang zwischen deliberativer Person, Staatsbürger und Rechtsperson”, en H. Brunkhorst y P. Niesen (ed.), *Das Recht der Republik*, Frankfurt a. M. 1999, p. 83 ss.

autonomía.³⁵ El objeto de estas necesidades son los bienes necesarios para tener una buena vida —tales como la alimentación, la vivienda, la atención en salud, el mínimo vital, etcétera— y para el ejercicio de las libertades individuales y políticas. El principio de solidaridad fundamenta la idea de que cuando una persona no puede satisfacer por sí mismo estas necesidades, la sociedad debe hacerlo por medio de la acción del Estado.³⁶

En este sentido, la satisfacción de las necesidades básicas de la persona representa una propiedad material del carácter fundamental de los derechos fundamentales. En consecuencia, si un derecho subjetivo tiene como propósito satisfacer tales necesidades, debe ser reconocido como un derecho fundamental. Los derechos fundamentales que ostentan esta propiedad son, frecuentemente, derechos a algo, correlativos a deberes de prestación a cargo del Estado.

4. *Conclusión en relación con las propiedades materiales*

Las propiedades materiales relativas al carácter fundamental de los derechos fundamentales deben entenderse como condiciones suficientes que un derecho subjetivo debe revestir para poder tener el status de derecho fundamental. Por lo tanto, un derecho subjetivo debe ser reconocido como un derecho fundamental, si protege las facultades morales de la persona liberal o su capacidad de discernimiento, o cuando su finalidad es satisfacer las necesidades fundamentales de la persona. A ello se suma que un derecho subjetivo es un derecho fundamental cuando busca asegurar la igualdad en el ejercicio de las facultades liberales o de la capacidad de discernimiento de la persona o cuando garantiza la igualdad en la distribución de los bienes que satisfacen las necesidades fundamentales. Un derecho subjetivo debe ostentar por lo menos una propiedad material para ser un derecho fundamental.

Asimismo, las propiedades materiales tienen una prioridad en relación con las propiedades formales. Las propiedades materiales también son relevantes para la ponderación. La siguiente regla tiene validez: tanto mayor sea la medida en la que un derecho fundamental ostenta una propiedad material, es decir, tanto más el derecho proteja las facultades morales de la persona liberal o la capacidad de discernimiento o cuanto más busque sa-

³⁵ Cfr. Tugendhat, Ernst, *Vorlesungen über Ethik*, Frankfurt am M. 2003, p. 338 y ss.

³⁶ Cfr. Sobre esta función del principio de solidaridad: Borgetto, M., *La notion de Fraternité en Droit Public Français*, París, 1993, p. 398.

tisfacer las necesidades básicas, tanto mayor será el peso que debe atribuirse al derecho en la ponderación.

IV. CONCLUSIÓN

El carácter fundamental de los derechos fundamentales consiste en un conjunto de propiedades formales y materiales. Para ser un derecho fundamental, un derecho subjetivo por lo menos debe revestir una propiedad formal y una propiedad material. Esta es una condición necesaria. Entre las propiedades formales y las materiales existe una relación. Esta relación consiste en que los derechos fundamentales reconocidos por el Constituyente o por el Tribunal Constitucional representan una institucionalización de los derechos fundamentales morales, de tal manera que los derechos fundamentales establecidos por la Constitución y por la jurisprudencia constitucional por lo general también revisten por lo menos una propiedad material. Sin embargo, debe reconocerse que —como quiera que las propiedades materiales son abstractas— el Constituyente o el Tribunal Constitucional goza de un margen de acción para concretar dichas propiedades mediante la institucionalización.

Dentro de este margen de acción el Constituyente o el Tribunal Constitucional pueden establecer cuáles deben ser en cada sociedad los derechos fundamentales concretos que garantizan los intereses liberales y democráticos de la persona política y las necesidades de ella que están ligadas con la protección que ofrece el Estado Social. Aunque esta concreción aparenta ser discrecional, en todo caso ella eleva una pretensión de corrección y, por lo tanto, siempre puede ser objeto de crítica en la dimensión ideal del derecho.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUIAR DE LUQUE, Luis, “Los límites de los derechos fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, vol. 14, 1993.
- ALEXY, Robert, “Die Gewichtsformel”, en J. Jickel; P. Kreutz, y, D. Reuter (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlín 2003.
- , “Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat”, en S. Gosepath y G. Lohmann (ed.), *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt a. M. 1999.

- _____, “Discourse Theory and Fundamental Rights”, en A. J. Menéndez y E. O. Eriksen (eds.), *Arguing Fundamental Rights*, Dordrecht 2006. (la trad. al castellano de C. Bernal Pulido está en prensa, en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, España).
- _____, “Menschenrechte ohne Metaphysik?”, *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, vol. 52, 2004.
- _____, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main 2006. (Tiene trad. al castellano de C. Bernal Pulido como: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 2a. ed. 2008).
- ARANGO OLAYA, Mónica “El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana”, *Precedente* 2004.
- BENGOETXEA, Joxerramón, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice: Towards a European Jurisprudence*, Oxford, 1993.
- _____, “Legal System as a Regulative Ideal”, en H.-J. Koch y U. Neumann (eds.), *Praktische Vernunft und Rechtsanwendung: Legal System and Practical reason: Verhandlungen des 15. Weltkongress der internationalen Vereinigung für Rechtsund Sozialphilosophie (IVR) in Göttingen, August 1991*, *ARSP*, vol. 53, Stuttgart 1994.
- BENTHAM, Jeremy, “Anarchical Fallacies”, en J. Bowring (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, London, 1838-1843; Reimpreso en: New York, 1962.
- BERNAL PULIDO, Carlos, “The Rationality of Balancing”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 92, 2006.
- BORGETTO, M., *La notion de Fraternité en Droit Public Français*, París 1993.
- BORK, Robert, “The Right of Privacy: The Construction of a Constitutional Time Bomb”, en Bork, Robert, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, Free Press, 1990.
- CAMPBELL, Tom; GOLDSWORTHY, Jeffrey, y STONE, A. (eds.), *Protecting Rights Without a Bill of Rights: Institutional Performance and Reform in Australia*, Aldershot, 2006, sobre todo el capítulo I: B. Galligand y F. L. (Ted) Morton, “Australian Exceptionalism: Rights Protection Without a Bill of Rights”, pp. 17-39.
- CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, 2004
- CRUZ VILLABÓN, Pedro, “Derechos Fundamentales”, *Enciclopedia jurídica básica*, t. II.
- _____, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 25, 1989.
- FAVOREU, Luois, “Bloc de constitutionnalité” en O. Duhamel y Y. Meny (eds.), *Dictionnaire constitutionnel*, París 1992.

- GÜNTHER, Klaus, “Welchen Personenbegriff braucht die Diskurstheorie des Rechts? Überlegungen zum internen Zusammenhang zwischen deliberativer Person, Staatsbürger und Rechtsperson”, en H. Brunkhorst y P. Niesen (ed.), *Das Recht der Republik*, Frankfurt a. M. 1999.
- HABERMAS, Jürgen, “Der interkulturelle Diskurs über Menschenrechte”, *Recht auf Menschenrechte*.
- HABERMAS, Jürgen, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a. M. 1992.
- HOYOS, Arturo, “El Control Judicial y el Bloque de Constitucionalidad en Panamá”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 25, núm. 75, 1992.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos Fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, 1999.
- KANT, Immanuel, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Berlín, 1911.
- LOCKE, John, *Second Treatise of Government*, en [on-line Version: <http://www.gutenberg.org/etext/7370>]
- MICHELMAN, F.I. “Brauchen Menschenrechte eine demokratische Legitimation?”, en H. Brunkhorst, W. Köhler y M. Lutz-Bachmann (ed.), *Recht auf Menschenrechte*, Frankfurt a. M. 1999-
- PECES-BARBA, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales: Teoría general*, Madrid, 1995.
- PONTEAU, Marie-Clarie, *La reconnaissance des droits non écrits pour les courts constitutionnelles italienne et française*, París, 1997.
- RAWLS, John, *Political Liberalism*, Nueva York, 1993.
- ROUSSEAU, J.J, *Contrat Social*, Berlín, 1922.
- RUBIO LLORENTE, Francico, “El bloque de constitucionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 27, 1989.
- , “Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España”, *Claves de la razón práctica*, vol. 75, 1997.
- SCHAUER, Frederick, “The Generality of Rights”, *Legal Theory*, vol. 6, 2000.
- STEINER, Hillel, “Moral Rights”, en D. Copp (ed.), *Oxford Handbook of Ethical Theory*, Oxford, 2006.
- STOLLEIS, M., *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Múnich 1992, t. 2, p. 114 y ss.
- TUGENDHAT, Ernst, *Vorlesungen über Ethik*, Frankfurt am M., 2003.

CAPÍTULO 45

IGUALDAD

Marcelo ALEGRE*
Julio MONTERO**
Ezequiel MONTI***

SUMARIO. I. *Introducción*. II. *Igualdad e igualitarismo en la filosofía política contemporánea*. III. *La igualdad en el plano global*. IV. *La igualdad entre generaciones*. V. *Bibliografía seleccionada*.

I. INTRODUCCIÓN

Desde la antigüedad, el concepto de igualdad ocupa un lugar importante en las discusiones sobre filosofía política. Sin embargo, en las últimas décadas, en especial tras la publicación de *Una Teoría de la Justicia* de John Rawls, las referencias a la igualdad se han vuelto ubicuas en la bibliografía académica. A los debates ya clásicos sobre el contenido, el alcance, la métrica o el valor de la igualdad, se han sumado nuevas discusiones que indagan las demandas de la igualdad en territorios conceptuales novedosos. Luego de repasar algunos de los debates clásicos en materia de igualdad, abordamos dos campos relativamente novedosos: la igualdad en el plano global y la igualdad entre generaciones.

II. IGUALDAD E IGUALITARISMO EN LA FILOSOFÍA POLÍTICA CONTEMPORÁNEA

La igualdad es el valor dominante del pensamiento político contemporáneo. Esto ha llevado a algunos autores a afirmar que hoy “todos somos

* Universidad de Buenos Aires.

** CONICET – Universidad de Buenos Aires.

*** Universidad de Buenos Aires.

igualitarios” o que la igualdad constituye el escenario compartido por todas las teorías filosófico-políticas de la época.¹ La igualdad es el estandarte de un sinnúmero de luchas, como las que se llevan a cabo contra la discriminación racial y de género, o contra la brecha entre los ingresos de ricos y pobres, o contra las desventajas que padecen los inmigrantes o las personas con capacidades especiales, etcétera.

1. *Igualdad: concepto y concepciones*

En ocasiones la igualdad es el estandarte de *ambos* bandos en ciertas discusiones. Por ejemplo, dos personas que adhieren al ideal de la igualdad podrían afirmar que ese ideal requiere arreglos institucionales diametralmente opuestos en el plano económico. Una puede tener la convicción de que el ideal anti-discriminatorio que expresa la idea de la igualdad requiere una estructura económica redistributiva que limite la operación del mercado y garantice la mayor dispersión posible de la riqueza y los ingresos. Otra persona igualmente comprometida con el ideal abstracto de la igualdad podría abominar de esas instituciones redistributivas y creer, por el contrario, que la igualdad requiere que cada uno se apropie en forma exclusiva de los frutos de su talento y esfuerzo. Esta última persona tenderá a pensar que los impuestos redistributivos, por caso, discriminan contra los que producen y se esfuerzan, es decir violentan su igualdad.²

En otras palabras, podríamos considerar a la igualdad como un concepto respecto del cual existen diversas concepciones.³ Para explicar esta noción, tengamos presente que la noción de igualdad opera en distintos planos. Así, se suele hablar de igualdad política, igualdad social, económica, educativa, etcétera. El punto de coincidencia de las distintas interpretaciones (el concepto) podría ser la idea de igualdad básica, como la llama Jeremy Waldron en un importante estudio.⁴ La igualdad básica rechaza que dentro del conjunto de los seres humanos pueda trazarse una distinción

¹ Kymlicka, Will, *Contemporary Political Philosophy*. 2a. ed., New York, Oxford University Press, 2002, pp. 3-5.

² Kymlicka, *Contemporary Political Philosophy*, *op. cit.*

³ Sobre la distinción entre concepto y concepción, véase Gallie, W. B., “Essentially Contested Concepts.” *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 56, 1955-1956, pp. 167-198-167; Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1986; Rawls, John, *A Theory of Justice*. Cambridge, MA, Belknap Press, 1972.

⁴ Waldron, Jeremy, “Basic Equality,” *NYU School of Law, Public Law Research Paper*, núm. 08-6, en <http://ssrn.com/abstract=1311816>.

que asigne un mayor valor a algunos que a otros, al contrario de lo que afirman corrientes extremas como el racismo o el sexismo, al asignar un valor mayor a los blancos que a las personas de color, o un valor mayor a los varones que a las mujeres. Esta idea de igualdad básica está presupuesta en la formulación clásica que afirma el deber estatal de mostrar igual respeto y consideración por todas las personas sometidas a su poder.

Personas que adhieren al valor de la igualdad moral básica pueden afirmar interpretaciones divergentes acerca de lo que la igualdad básica requiere en el plano social, político o económico. De esta manera, la igualdad básica delimita el espacio común que posibilita lecturas discrepantes de lo que la igualdad requiere en diversos dominios (la política, la economía, la salud, etcétera). Por lo tanto, la idea de que hoy todos somos igualitarios significa que todos reconocemos el valor de la igualdad básica, y que nuestras discrepancias más importantes en el plano económico, social o político, se manifiestan a través de diferentes respuestas, pero todas orientadas a honrar la idea de que los seres humanos son moralmente iguales.

2. *La idea de igualdad básica*

Antes de brindar algunos ejemplos de discusiones sobre las demandas de la igualdad, detengámonos en la idea de la igualdad moral básica. Como explica Waldron en el trabajo referido, autores como Joseph Raz⁵ ponen en duda la utilidad o relevancia de esta noción de igualdad básica. Raz, de manera similar a Carlos Nino,⁶ ha propuesto que son los principios morales *per se* los que fijan su propio alcance, sin necesidad de una cláusula igualitaria. (Así, por ejemplo, la libertad de expresión se aplicaría también, aunque de manera vacua, a las rocas).⁷ Otros autores afirman que la igualdad básica no requiere una fundamentación porque la convicción sobre la igualdad debe considerarse como una toma de posición irreducible, fundamental.⁸ Por otra parte, la fundamentación de la igualdad básica puede o no estar centrada en la posesión de ciertos rasgos comunes por parte de todos los humanos. Hannah Arendt, por ejemplo, afirma que la igualdad en la polis griega, su isonomía, era un atributo de la polis más que de las personas, quienes adquirirían su igualdad en virtud de la ciudadanía, no del nacimien-

⁵ Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*. Oxford Clarendon Press, Oxford, 1986, pp. 221 y ss.

⁶ Nino, Carlos, "The Concept of Moral Person", *Crítica*, vol. XIX, núm. 56, 1987, pp. 47-75.

⁷ Rawls, *A Theory of Justice*, *op. cit.*, pp. 505-6.

⁸ Macdonal, Margaret, "Natural Rights" (1947) en Waldron, Jeremy (ed.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1984, p. 35.

to.⁹ Otra variante de fundamentación es la religiosa. Por ejemplo, la afirmación de que el haber sido creados a imagen y semejanza de Dios nos hace iguales. Dejaremos de lado en este texto los abordajes no seculares.

La estrategia de basar la idea de igualdad en una característica o conjunto de características naturales enfrenta el problema de que muchas de las características a las que podríamos apuntar (capacidad de experimentar dolor o placer, sensibilidad moral, inteligencia, etc.) están presentes en grados distintos en las diferentes personas. Por lo tanto, si lo que nos hace iguales fuera nuestra inteligencia, un adversario de la igualdad podría hacer notar que las personas son inteligentes en distinto grado, lo que conllevaría a asignarle mayor valor a algunas personas que a otras. John Rawls elude este problema al referirse a una propiedad de rango [*range property*], consistente en la capacidad de la personalidad moral, que es relevante con independencia del grado de desarrollo de esta capacidad. La capacidad de la personalidad moral es, según Rawls, “la capacidad de formar una concepción del bien, y la de tener un sentido de la justicia (un deseo efectivo de aplicar y actuar de acuerdo con, principios de justicia)”¹⁰... “[A]ún cuando las personas tengan capacidades distintas respecto de un sentido de la justicia, esto no es razón para privar a quienes tienen una capacidad menor de la plena protección de la justicia.... Satisfecho el mínimo de personalidad moral, se le debe a la persona todas las garantías de la justicia”.¹¹

3. *El igualitarismo: ¿igualdad de qué?*

Como dijimos, esta noción de igualdad básica es compartida por la gran mayoría de teorías políticas contemporáneas, y solo es negada por corrientes abiertamente discriminatorias de tipo racistas o sexistas. El *igualitarismo* es un conjunto de teorías que afirman que la igualdad básica requiere redistribuir medios, recursos, y oportunidades en otras dimensiones, y en particular en la economía. Sin embargo, los igualitarios no están de acuerdo en qué instituciones o acciones son necesarias para alcanzar la igualdad económica.

⁹ Arendt, Hannah, *On Revolution*, New York, Viking Press, 1963.

¹⁰ Rawls, *A Theory of Justice*, *op. cit.*, p. 505.

¹¹ Rawls, *A Theory of Justice*, *op. cit.*, p. 505. Waldron rastrea los antecedentes Kantianos de esta noción de la personalidad moral como una propiedad de rango. Waldron, *op. cit.*

Un primer desacuerdo gira en torno a qué se debe igualar, si el bienestar¹² o los recursos.¹³ A primera vista, la igualdad de bienestar parece la opción razonable, ya que nadie valora los recursos *per se* (lo que sería una pulsión fetichista) si no como un medio para alcanzar bienestar. Ronald Dworkin, en trabajos ya clásicos escritos tres décadas atrás, desarrolló una detallada crítica de la idea de igualdad de bienestar (la noción de que la igualdad requiere hacer a las personas iguales en el bienestar que derivan de los recursos, antes que igualar directamente los recursos). Según Dworkin, la igualdad de bienestar implica subsidiar los gustos caros, difuminando el peso de la responsabilidad individual. Como alternativa, él defiende la igualdad de recursos. Si bien esta visión acomoda mejor las exigencias de la RESPONSABILIDAD ya que de acuerdo a esta teoría las personas asumen la responsabilidad por el uso de su porción justa de recursos y, por tanto, del bienestar derivado por ese uso, tiene como punto débil el de los hándicaps o necesidades congénitas especiales. Asignar una porción igual de recursos a las personas puede resultar muy desigual respecto de quienes precisan recursos extra para compensar necesidades congénitas (problemas ambulatorios, disfuncionalidades orgánicas, etcétera) que les permitan funcionar de manera similar al resto. Dworkin resuelve este problema expandiendo la noción de recursos de manera que abarque a lo necesario para compensar estos hándicaps.

Una propuesta alternativa es la de Amartya Sen,¹⁴ quien afirma que lo que la justicia requiere igualar son las capacidades básicas de los individuos. Esta sugerencia ha sido muy influyente en el diseño de índices de desarrollo alternativos al indicador del crecimiento del producto bruto interno, aunque también ha sido cuestionada, ya sea por colapsar en la igualdad de bienestar o por no agregar nada nuevo a la teoría de la igualdad de recursos.¹⁵

¹² Arneson, Richard, "Equality and Equal Opportunity for Welfare", *Philosophical Studies*, vol. 56, núm. 1, pp. 1989, 77-93.

¹³ Dworkin, Ronald, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Cambridge, MA, Harvard University Press, 2000.

¹⁴ Sen, Amartya, "Equality of What?": The Tanner Lectures on Human Values [1979] en Rawls, John, y McMurrin, Sterling M. (ed.) *Liberty, Equality, and Law: Selected Tanner Lectures on Moral Philosophy*, University of Utah Press, Salt Lake City, 1987.

¹⁵ Dworkin, *Sovereign Virtue, op. cit.*, y *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, MA, Belknap Press, 2011, pp. 351-363. Véase Pogge, Thomas, "Can the Capability Approach Be Justified?", *Philosophical Topics*, vol. 30, núm. 2, 2010, pp. 167-228.

4. *Igualdad y suerte*

Otra discrepancia se refiere a la relación entre las políticas de igualdad y la suerte. Se ha propuesto como reconstrucción del ideal igualitario de autores como Rawls o Dworkin la idea de que la igualdad exige atenuar o compensar los efectos negativos de la suerte, por ejemplo, el haber nacido en un hogar empobrecido (la “lotería social” en términos de Rawls) o la carencia de habilidades para atraer recursos en el mercado, o el padecimiento de desventajas físicas o enfermedades (lo que Rawls llama “lotería natural”). Existe desacuerdo, sin embargo, acerca de la centralidad de estas consideraciones en la teoría de Rawls. Elizabeth Anderson¹⁶ afirma que en la teoría de Rawls esta idea de compensar la mala suerte ocupa un rol secundario, como réplica a la visión libertarista que defiende un derecho de los individuos a la apropiación exclusiva de los frutos de su talento. Anderson ha criticado al igualitarismo “de la suerte” (con el que identifica a autores como Dworkin, Nagel, Van Parijs, Ackerman y Rakowski) por favorecer distinciones odiosas (por ejemplo, entre personas talentosas y otras que no lo son), por respaldar políticas paternalistas, y por falta de humanidad o compasión al proponer el abandono de quienes tomaron decisiones riesgosas (como fumar o practicar deportes peligrosos). Anderson sostiene, en contraste, que el igualitarismo no debe enfocarse en el objetivo de compensar o atenuar desigualdades no elegidas, sino en evitar relaciones sociales opresivas. En sus palabras: “La igualdad democrática concibe a la igualdad como una relación entre personas antes que cómo un patrón en la distribución de bienes divisibles”.¹⁷

5. *Las críticas al igualitarismo*

Toda propuesta centrada en el valor de la igualdad debe responder, al menos, a tres críticas fundamentales: la de nivelar para abajo, la de la envidia y la de la tensión con la libertad. La crítica de la igualación hacia abajo sostiene

¹⁶ Anderson, Elizabeth S., “What Is the Point of Equality?”, *Ethics*, vol. 109, núm. 2, 1999, pp. 287-337.

¹⁷ Anderson, “What Is the Point of Equality?”, *op. cit.*, Colón-Ríos y Hevia describen una discusión paralela a la de Anderson y los igualitarios de la suerte, a saber, la de Iris Marion Young y Nancy Fraser sobre las oposiciones y coincidencias de las políticas de redistribución y de reconocimiento. Véase Colón-Ríos, Joel y Hevia, Martín, “De la Redistribución al Reconocimiento” en Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (eds.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2012.

ne que los partidarios de la igualdad están comprometidos a afirmar que es positivo lograr una situación de igualdad aun cuando no se alcanzara mejorando la posición más desaventajada, sino empeorando la posición más favorecida. Un curso de acción que empeorase la posición de alguien sin mejorar la posición de nadie, parece ser, en efecto, dañoso e injustificado.¹⁸

La crítica basada en la envidia afirma que la preferencia por la igualdad es una manifestación del sentimiento de envidia,¹⁹ y no de ninguna razón legítima. En efecto, parece que, como afirma Rawls,²⁰ sólo la envidia puede llevar a alguien a preferir que los más afortunados vean empeorada su situación sin que los que más sufren vean aumentado en un ápice su bienestar.

La tercera objeción afirma que la igualdad está en conflicto, o al menos en tensión, con el valor de la libertad. Desde esta perspectiva, se afirma que las políticas de igualdad apuntan a un tipo de uniformidad propia de un sistema totalitario,²¹ o requieren de un Estado tan poderoso que se torna en una amenaza creciente contra la democracia,²² o bien dependen de intervenciones inaceptables que frustran intercambios voluntarios entre adultos.²³

Frente a la objeción de igualar hacia abajo, el igualitarismo responde que su compromiso es, en el plano más fundamental, con una idea de igualdad moral: las personas son iguales moralmente, y deben recibir igual respeto y consideración por parte del Estado. Esa igualdad moral es compatible con un estado de cosas en que las personas tuvieran ingresos o patrimonios diferentes. Por ejemplo, esa diferencia puede reflejar legítimamente diferentes grados de empeño (como el que trabaja a tiempo parcial y el que lo hace a tiempo completo). De este modo, no resulta cierto que el igualitarismo favorezca políticas de nivelar para abajo, ya que los igualitarios no descalifican toda disparidad de ingresos o riquezas.

La objeción de la envidia, a su vez, es replicada a través de negar lo que el argumento presupone, esto es, en primer lugar, que el igualitarismo

¹⁸ Si la posición peor mejorase por alguna razón de tipo relacional ya no estaríamos frente a una instancia de igualación para abajo. Por ejemplo, una política de desarme iguala para abajo a las personas con armas dejándolas, respecto a la posesión de armas, al nivel de las desarmadas, pero esto beneficia al grupo de los desarmados originales, por lo que cae fuera del objeto de la crítica.

¹⁹ Schoeck, Helmut, *Envy: a theory of social behavior*, New York, Harcourt, Brace & World, 1969.

²⁰ Rawls, *A Theory of Justice*, *op. cit.*, p. 131.

²¹ Para una visión pesadillesca de las políticas igualitarias, véase Vonnegut, Kurt, "Harrison Bergeron" en Orwell, George, Kort, Michael, Dorfman, Ariel Vonnegut, Kurt y Du Maurier, Daphne, *Animal Farm: And Related Readings*. Evanston, Ill, McDougal Littell, 1997.

²² Hayek, Friedrich A. Von, *The Road to Serfdom*. Chicago, IL, University of Chicago Press, 1944.

²³ Nozick, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*. New York, Basic Books, 1974.

acepta o favorece cursos de acción que empeoran la situación de algunos sin beneficiar a nadie y, en segundo lugar, que no existen razones legítimas para las políticas que el igualitarismo propugna (por oposición a las que le adjudican sus adversarios). Estas políticas (ciertas garantías de ingresos mínimos, impuestos progresivos, acciones afirmativas, minimización de la influencia del dinero en la política, cobertura universal de salud y de jubilaciones, etcétera) están fundamentadas por argumentos independientes de toda motivación envidiosa, y en última instancia, se basan en la idea de que estas instituciones y políticas públicas se corresponden con la idea fundamental de igual respeto y consideración.

Frente a la objeción de que la igualdad está en tensión con la libertad u otros valores fundamentales, Will Kymlicka²⁴ ha opuesto una refutación práctica, haciendo notar que las sociedades más igualitarias son también sociedades con un altísimo respeto a los derechos clásicos, como la libertad de expresión, de conciencia y de asociación. Por su parte Ronald Dworkin ha cuestionado la plausibilidad del concepto de libertad presupuesto por este tipo de críticas, y también ha atacado la perspectiva pluralista de los valores defendida por algunos teóricos del conflicto entre igualdad y libertad (como Isaiah Berlin).²⁵

6. *El liberalismo igualitario de John Rawls*

Resulta útil repasar brevemente las posiciones de Rawls respecto a la igualdad, tanto por su influencia en el pensamiento igualitario actual, como por constituir un tipo de igualitarismo que en principio se muestra inmune a las críticas de la nivelación hacia abajo y de la envidia. Según ha sugerido Thomas Nagel, todos los principios de justicia de Rawls son igualitarios.²⁶ Recordemos que el primero establece que “cada persona tiene un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas iguales, compatible con un esquema similar de libertades para el resto”.²⁷ Por su parte, el segundo afirma que:

las desigualdades sociales y económicas deben encararse de modo que al mismo tiempo: a. resulten en el mayor beneficio esperado para los menos aventajados (el

²⁴ Kymlicka, *Contemporary Political Philosophy*, op. cit.

²⁵ Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, op. cit., cap. 17, pp. 364-78.

²⁶ Nagel, Thomas, *Equality and Partiality*, New York, Oxford University Press, 1991.

²⁷ Rawls, *A Theory of Justice*, op. cit., p. 76.

principio de la diferencia); y b. estén vinculadas a cargos y roles abiertos a todos bajo condiciones de una justa igualdad de oportunidades.²⁸

Resulta un error frecuente etiquetar al primer principio de justicia como el principio de la libertad, y pretender contrastarlo con el segundo principio, al que se menciona como principio de la igualdad. En realidad, el primer principio es aún más igualitario, si cabe, que el segundo. En efecto, en el ámbito del primer principio de justicia no se admite ninguna desviación de la igualdad, mientras que el segundo principio admite ciertas desigualdades (aun bajo severas restricciones).

Tanto el primer principio como las dos partes del segundo principio pueden ser leídos, entonces, en clave igualitaria. El primer principio impone una barrera incondicional a las prácticas discriminatorias y represivas más patentes, en otras palabras, a las desigualdades civiles y políticas, como las involucradas en las persecuciones étnicas, religiosas y raciales, en las desigualdades de género, en la imposición de ideas políticas o en la censura de las ideas. Las concepciones libertaristas, en general, son igualitarias en tanto aceptan este primer principio, es decir, en tanto condenan estas desigualdades políticas y civiles. Estas concepciones afirman que este principio es todo lo que la justicia requiere. Después de todo, una sociedad sin discriminación ni persecuciones políticas, ¿no está comprometida con la igualdad? ¿Qué más faltaría? La respuesta de Rawls es que hay dos tipos de desigualdades que el primer principio no enfrenta, desigualdades que plagan a casi todas las sociedades modernas, volviéndolas profundamente injustas. Por un lado, existen profundas desigualdades de clase (que condicionan de manera muy diferente, por ejemplo, a quienes nacen en hogares ricos y en hogares pobres). Por otro lado, existen desigualdades debido a la forma en que las instituciones premian o castigan (en general de modo harto caprichoso) ciertas capacidades innatas de las personas. Ambas desigualdades (las de las loterías “social” y “natural”) debilitan la idea liberal de que las personas deben ser artífices de su propia vida, ya que estas desigualdades no son producto de la voluntad de quienes las padecen. Para atenuar estas desigualdades se precisa, según Rawls, a) un principio de justa igualdad de oportunidades que nivele el terreno de juego y b) el principio de diferencia, que admita solamente aquellas desigualdades derivadas de las diferencias de habilidades que benefician a los más desaventajados.

²⁸ Rawls, *A Theory of Justice*, *op. cit.*, p. 72.

La noción rawlsiana de igualdad contenida en el principio de diferencia ha sido explicada por Thomas Nagel como implicando un requerimiento de prioridad, de tal modo que la igualdad afirma la prioridad de los más desfavorecidos (las y los trabajadoras/es no calificados y sus familias, según Rawls). De esta manera, un beneficio menor para alguien peor situado es moralmente más importante que un beneficio mayor para una persona mejor situada.²⁹ Esta interpretación de la igualdad no aparece como un blanco de las objeciones de “nivelar para abajo”, o de “la envidia”, ya que afirma el valor de mejorar la posición más desaventajada, no de empeorar la del resto. Sin embargo, autores como Parfit³⁰ o Temkin,³¹ han cuestionado que el “prioritarismo” cuente como una genuina concepción igualitaria.

7. *Las dimensiones de la igualdad*

El valor de la igualdad guía las reflexiones filosóficas en una amplia gama de dimensiones. En la política, por ejemplo, si bien no existe mayor acuerdo respecto de aquello que se debe igualar (en palabras de Dworkin, si la influencia o el impacto), sí existe acuerdo en la necesidad de limitar obvias desigualdades como las que acarrea la ilimitada influencia del dinero en las campañas políticas. En el terreno educativo, por su parte, se discute si la igualdad es compatible con la existencia de instituciones educativas privadas, y si la igualdad requiere un gasto educativo parejo respecto de todos los sectores socio-económicos o si, por el contrario, como lo ha defendido John Roemer, exige un gasto mucho más alto en las escuelas de los estratos más desaventajados.³² (El tópico de la igualdad de género, por su trascendencia, recibe un tratamiento por separado. Véase, IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO).

A fin de ilustrar la riqueza del concepto de igualdad y su potencialidad para iluminar las discusiones más actuales de la filosofía política contemporánea, en lo que sigue abordaremos dos áreas en las que las reflexiones igualitarias vienen echando luz en los años recientes: el tema de la igualdad global y el de la igualdad entre generaciones.

²⁹ Nagel, *Equality and Partiality*, *op. cit.*

³⁰ Parfit, Derek, *Equality or Priority?* Kansas, University of Kansas Press, 1995.

³¹ Temkin, Larry, *Inequality*, New York, Oxford University Press, 1993.

³² Roemer, John, “Egalitarian Strategies”, *Dissent*, vol. 46, núm. 3, 1999, pp. 64-74.

III. LA IGUALDAD EN EL PLANO GLOBAL

Hasta hace relativamente poco, la igualdad en el plano global era una preocupación marginal para la teoría política. Como acabamos de ver, los debates sobre igualdad se concentraban en el plano doméstico, prestando atención casi exclusivamente a la distribución de derechos, oportunidades y recursos entre los ciudadanos de una misma sociedad. En la actualidad, las discusiones sobre igualdad global se han instalado en el centro del debate académico. Se calcula que más de 1.200 millones de personas viven con menos de un dólar al día; cerca de 850 millones padecen desnutrición crónica; 1.000 millones carecen de agua potable; alrededor de 2.000 millones no tienen acceso a servicios básicos de salud; unas 50.000 personas, incluyendo 34.000 niños y niñas menores de cinco años, mueren todos los días a causa de la pobreza. La persistencia de semejantes privaciones no es solamente aberrante sino también irracional: lejos de ser costosa, la erradicación de la pobreza global podría generar grandes ganancias para las economías centrales al incorporar unos 1.000 millones de personas al mercado de consumo.³³ El cuadro de la pobreza se combina, a su vez, con una pronunciada desigualdad. El ingreso promedio de los ciudadanos de los países más ricos equivale a 50 veces el ingreso promedio de los pobres globales; mientras que 2.800 millones de personas viven con el 1,2% del producto bruto mundial, otros 903 millones disponen de casi el 80% de los recursos; el ingreso promedio del quintil más rico de la población mundial multiplica varios cientos de veces el ingreso promedio del quintil más pobre.³⁴ Este desolador panorama seguramente basta para explicar la preeminencia que los debates sobre justicia global cobraron en las décadas recientes. Estos debates cubren tres grandes áreas temáticas:

1. ¿Qué principio de igualdad debe aplicarse en el plano global?
2. ¿Cuál es la justificación moral para aplicar dicho principio?
3. ¿Cuál es la naturaleza de los deberes generados por la igualdad en el plano global?

La gama de principios de igualdad propuestos es amplia. Por ejemplo, para algunos autores tratar a las personas como iguales requeriría

³³ Alegre, Marcelo, "Extreme Poverty in a Wealthy World: What Justice Demands Today" en Pogge, Thomas (ed.), *Freedom from Poverty as a Human Right*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 239.

³⁴ Datos tomados de Pogge, Thomas, *World Poverty and Human Rights*, Cambridge, Polity, 2002, p. 2.

aplicar mundialmente el principio de la diferencia propuesto por John Rawls para las sociedades liberales. Otros autores optan por un principio global de igualdad de oportunidades que asegure a todo el mundo las mismas perspectivas de vida con independencia del país que habitan. Una opción menos ambiciosa consiste en demandar que todo el mundo disponga de las condiciones mínimas para vivir una vida humana decente sin importar que las perspectivas de vida de las personas sean marcadamente desiguales en distintas regiones del planeta.

Por su parte, en materia de justificación hay dos grandes opciones disponibles. La primera opción consiste en adoptar un enfoque humanista. De acuerdo con este enfoque, los principios de igualdad se aplican a las personas por el mero hecho de ser personas, es decir, con independencia de sus relaciones con los demás o de su pertenencia institucional. La otra opción consiste en adoptar una perspectiva relacionista. De acuerdo con esta perspectiva, los principios de igualdad no son universales sino que se aplican a las personas dependiendo de las relaciones que mantienen con los demás.³⁵

Finalmente, los deberes derivados de la igualdad pueden ser deberes negativos, deberes positivos, deberes de justicia o deberes humanitarios. Los deberes negativos son deberes de abstenerse de realizar ciertas acciones (e.g. abstenerse de matar). En cambio, los deberes positivos requieren la realización de determinadas acciones (e.g. proveer de alimento). Por su parte, los deberes de justicia son deberes de alta prioridad que se corresponden con derechos de los otros. Por el contrario, los deberes humanitarios son deberes de menor prioridad, no relacionados con derechos que no se nos puede obligar a respetar de modo coercitivo.

Como veremos, estas tres cuestiones se combinan de diversas maneras en el debate real, generando una amplia variedad de posturas. Si bien ordenaremos esta exposición en base a los principios de igualdad propuestos, procuraremos mostrar las variantes que cada principio admite en materia de justificación y deberes correspondientes.

1. *El principio de la diferencia*

Comencemos con los autores que sostienen que tratar a las personas como iguales en el plano global requeriría globalizar el principio de la diferencia.

³⁵ El panorama completo de concepciones relacionistas puede encontrarse en Cohen, Joshua y Sabel, Charles, “Extra Republicam Nulla Justicia?”, *Philosophy and Public Affairs* vol. 36, 2006, pp. 147-175.

Muchos autores piensan que este mismo criterio debería aplicarse a escala mundial. Es decir, o bien las desigualdades sociales optimizan la situación de los peor situados globales, o bien debemos optar por una distribución completamente igualitaria. Si bien el principio de diferencia global se concentra en la situación de las personas, en la práctica probablemente demandaría disminuir considerablemente las desigualdades entre sociedades mediante una transferencia de recursos de los países más ricos a los más pobres.

Dado que el principio de la diferencia fue originalmente concebido como un estándar para regular la cooperación social doméstica, los autores que proponen su globalización normalmente adoptan una estrategia argumentativa de naturaleza relacionista. Dicha estrategia se centra en demostrar que el régimen global actual constituye un verdadero sistema de cooperación social compuesto por una amplia variedad de interacciones económicas, culturales y comerciales de alcance transnacional que tienden a incrementar los recursos disponibles.³⁶ Otros autores señalan incluso que la creciente red de regulaciones que opera en la arena internacional es en muchos aspectos comparable a la red institucional propia de las sociedades domésticas.³⁷ En vista de toda esta evidencia, estos autores concluyen que restringir la aplicación del principio de la diferencia al ámbito doméstico sería una movida completamente arbitraria.

Los problemas de esta propuesta han sido ampliamente señalados en la bibliografía especializada. En primer lugar, muchos autores insisten en que criterios igualitaristas demandantes como el principio de la diferencia solamente deberían regir para personas que comparten un sistema de cooperación que presenta ciertas características especiales. Por ejemplo, sistemas de cooperación no voluntarios que pretenden hablar en nuestro nombre;³⁸ o sistemas de cooperación regulados por instituciones que ejercen una coerción directa sobre nuestra autonomía por medio, entre otras cosas, de la administración del derecho penal;³⁹ o sistemas de cooperación orientados a producir y distribuir bienes sociales primarios.⁴⁰ Dado que, de acuerdo con

³⁶ Beitz, Charles, *Political Theory and International Relations*, Princeton, Princeton University Press, 1979; Pogge, Thomas, *Realizing Rawls*. Ithaca, Cornell University Press, 1989, tercera parte.

³⁷ Buchanan, Allen, *Justice, Legitimacy and Self Determination*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 212-215.

³⁸ Nagel, Thomas, "The Problem of Global Justice", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 33, 2005, pp. 113-147.

³⁹ Blake, Michael, "Distributive Justice, State Coercion and Autonomy", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 30, 2001, pp. 257-296.

⁴⁰ Sangiovanni, Andrea, "Global Justice, Reciprocity and the State", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 35, 2007, pp. 3-39.

estos autores, el régimen global no presenta las características mencionadas, deberíamos descartar el principio de diferencia global, adoptando algún criterio de igualdad alternativo para el terreno global (e.g. criterios suficientistas).

Charles Beitz ha intentado eludir objeciones como éstas proponiendo una justificación humanista para el principio de diferencia global. Según esta justificación, el principio de la diferencia no se aplica a las personas en virtud su participación en prácticas cooperativas concretas, sino, en cambio, en virtud de su mera capacidad para cooperar.⁴¹ Pero esta propuesta conduce a consecuencias poderosamente anti-intuitivas. Por ejemplo: si descubriéramos mundos remotos más pobres que el nuestro, habitados por seres capaces de cooperar con los que, sin embargo, no mantenemos relaciones relevantes de ninguna clase, deberíamos transferirles como una cuestión de justicia inmensas sumas de recursos para mejorar su situación, incluso al costo de deteriorar considerablemente las condiciones de vida en el planeta Tierra.

En segundo lugar, muchos autores argumentan que el principio de diferencia global conduciría a resultados injustos. Esto se debe a que requeriría una permanente redistribución de recursos desde sociedades que implementaron políticas de industrialización o ahorro destinadas a incrementar las perspectivas de vida de las generaciones futuras hacia sociedades probablemente más ricas en términos de recursos naturales que voluntariamente optaron por modelos de desarrollo pastoriles menos costosos en el corto plazo.⁴² Esto no solamente generaría incentivos negativos para el desarrollo, sino que socavaría además el valor de la autodeterminación ya que los pueblos no serían plenamente responsables de sus propias decisiones.

Finalmente, otros autores señalan que el principio de diferencia sería imposible de implementar a nivel global. De acuerdo con estos autores, este principio solamente puede ser implementado por un agente con capacidad para tomar decisiones autoritativas sobre el funcionamiento de las principales instituciones políticas (e.g. sobre el régimen de propiedad, el régimen tributario, las diversas regulaciones económicas, los programas de asistencia social, etc.). Según estos autores no existe actualmente en el plano global ningún agente con semejante capacidad ya que la autoridad de los di-

⁴¹ Beitz, Charles, "Cosmopolitan Ideals and National Sentiment", *Journal of Philosophy* vol. 80, 1983, pp. 591-600.

⁴² Rawls, John, *The Law of Peoples with "The Idea of Public Reason Revisited"*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1999, p. 117; Miller, David, *National Responsibility and Global Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 71.

versos organismos internacionales, incluyendo la ONU, depende de la cooperación de los estados. Por consiguiente, concluyen que un principio de diferencia global no podría ser aplicado mientras no dispongamos de un estado global.⁴³

2. *Igualdad global de oportunidades*

Para otros autores, la igualdad en el plano global debe comprenderse como igualdad de oportunidades. No como una igualdad de oportunidades meramente formal, sino como igualdad real de oportunidades. El principio de igualdad de oportunidades se cumple cuando las chances que las personas tienen de alcanzar las posiciones sociales que se proponen no dependen de variables como su grupo social de origen, su etnia, su religión, o su orientación sexual. Es decir, una sociedad respeta el principio de igualdad de oportunidades cuando dos personas con talentos similares que trabajan igualmente duro tienen las mismas chances de alcanzar la posición que se propongan. Por ejemplo: el hijo de un rico abogado y el hijo de su chofer deberían tener las mismas posibilidades de trabajar para un prestigioso buffet si son igualmente talentosos y se esfuerzan en la misma medida.

El argumento que respalda el principio de igualdad de oportunidades es relativamente simple. Puede reconstruirse de la siguiente manera:

- (i) Es injusto que algunas personas tengan menos oportunidades que otras debido a factores moralmente arbitrarios.
- (ii) Un factor es moralmente arbitrario respecto de una persona cuando no está bajo su control o no depende de sus decisiones.
- (iii) La religión, el género, la etnia, la clase social de origen, son factores moralmente arbitrarios.
- (iv) Por consiguiente, ninguna persona debe tener menos oportunidades que otras debido a estos factores.⁴⁴

Este argumento puede extenderse rápidamente al plano global. Factores como la nacionalidad, la sociedad de nacimiento, o la ciudadanía no dependen de decisiones de las personas. Son moralmente tan arbitrarios como la raza, el género o la posición social de origen. Por consiguiente, no

⁴³ Freeman, Samuel, *Rawls*, Oxon, Routledge, 2007, p. 442; Meckled-García, Saladin, "On the Very Idea of Cosmopolitan Justice", *Journal of Political Philosophy*, vol. 16, 2008, pp. 245-271; Montero, Julio, "Do Affluent Countries Violate the Human Rights of the Global Poor?", *Global Justice: Theory, Practice, Rhetoric*, vol. 3, 2010, pp. 22-41.

⁴⁴ Caney, Simon, "Cosmopolitan Justice and Equalizing Opportunities" en Pogge, Thomas (ed.), *Global Justice*. Malden, Blackwell Publishing, 2003, pp. 124 y 125.

deberían incidir sobre las perspectivas de vida.⁴⁵ Esto es precisamente lo que demanda el principio de igualdad global de oportunidades. Como explica Darrell Moellendorf, según este principio, un niño criado en una zona rural de Mozambique debería tener las mismas chances estadísticas de convertirse en el gerente ejecutivo de un banco suizo que el hijo del actual gerente de ese banco.⁴⁶ De lo contrario habríamos creado un orden global comparable a las sociedades de castas o, como dice Simon Caney, un régimen global de *apartheid* liberal.

El principio de igualdad de oportunidades tiene importantes implicancias políticas pues exige que las instituciones procuren neutralizar las desventajas que podrían derivarse de las variables mencionadas. En el plano doméstico, esto puede conseguirse mediante políticas públicas que compensen las desigualdades de origen, incluyendo medidas de discriminación positiva. El principio de igualdad global de oportunidades es todavía más ambicioso. Según Moellendorf, la realización de dicho principio requeriría que se adoptaran programas de alcance mundial para que las desigualdades de origen no incidieran sobre las oportunidades de las personas de acceder a bienes como salud, ingreso, ocupación, tiempo libre, posiciones de poder o estatus, seguridad, vivienda, educación y libertades básicas.⁴⁷

Vale la pena notar que el principio de igualdad global de oportunidades puede defenderse sobre bases humanistas o relacionistas. Por ejemplo, para Moellendorf, la razón por la que todas las personas tienen derecho a gozar de oportunidades iguales es que mantienen ciertos vínculos de cooperación con el resto de la humanidad en la arena internacional (e.g relaciones de interacción económica).⁴⁸ En cambio, Pablo Gilabert, siguiendo una estrategia argumentativa contractualista, deriva el principio de igualdad global de oportunidades de consideraciones humanistas, en particular, de la idea de que todas las personas son moralmente iguales en virtud su sentido de la justicia y de su capacidad para formar, revisar y perseguir una concepción del bien.⁴⁹

En la bibliografía actual se han presentado diversas objeciones contra el principio de igualdad global de oportunidades. Las objeciones principales

⁴⁵ Caney, "Cosmopolitan Justice and Equalizing Opportunities", *op. cit.*, p. 124.

⁴⁶ Moellendorf, Darrell, *Cosmopolitan Justice*. Boulder, Westview Press, 2002, p. 4, y *Global Inequality Matters*. Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2009, p. 79.

⁴⁷ Moellendorf, *Global Inequality Matters*, *op. cit.*, p. 75.

⁴⁸ Moellendorf, *Cosmopolitan Justice*, *op. cit.*

⁴⁹ Gilabert, Pablo, *From Global Poverty to Global Equality*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 195 y ss.

señalan que no disponemos de ninguna métrica adecuada para determinar si el principio se cumple. ¿Cuándo podríamos decir, por ejemplo, que el niño nacido en Mozambique tiene las mismas oportunidades que el niño nacido en Suiza? Una opción sería responder que ambos niños tienen las mismas oportunidades cuando disponen de sets de oportunidades idénticos. Pero el problema con esta interpretación es que parece volver al principio de igualdad de oportunidades irrealizable en el mundo que conocemos. Pues para que se cumpla, el niño de Mozambique debería tener exactamente las mismas chances de convertirse en director del Banco suizo que el hijo del banquero suizo, cosa que solamente sería posible en un mundo de fronteras completamente abiertas en el que se hablara una única lengua mundial.⁵⁰

Otra opción sería responder que los dos niños tienen las mismas oportunidades cuando disponen de sets de oportunidades no idénticos sino equivalentes. Bajo esta interpretación, no sería necesario que el niño de Mozambique tuviera las mismas chances que el niño suizo de convertirse en director de ese banco. Bastaría con que tuviera las mismas chances de alcanzar una posición socialmente respetada, tal vez incluso en Mozambique. Pero ahora el problema es que no disponemos de presupuestos valorativos globalmente compartidos que nos permitan comparar dos sets de oportunidades alternativos. Supongamos que el niño de Mozambique tuviera las mismas chances de convertirse en curandero de su tribu que el niño suizo de convertirse en director del banco. ¿Podríamos decir que las oportunidades de ambos son equivalentes basándonos en que el puesto de curandero es sumamente valorado en Mozambique? Si respondemos que no, el principio de igualdad global de oportunidades corre el riesgo de volverse insensible a las diferencias culturales, y si respondemos que sí podría volverse peligrosamente vacío ya que sería compatible con una considerable desigualdad. Para muchos autores no hay salida de este dilema.⁵¹

3. *Suficientismo*

El último principio de igualdad para el plano global que queremos considerar es el principio suficientista. Para el suficientismo, tratar a las personas como iguales requiere que todo el mundo disponga de lo necesario para vivir una vida humana digna o decente. Este criterio es menos ambicioso

⁵⁰ Miller, *National Responsibility and Global Justice*, *op. cit.*, p. 65.

⁵¹ Boxill, Bernard, "Global Equality of Opportunity and National Integrity", *Social Philosophy and Policy*, vol. 5, 1987, pp. 143-168.

que los anteriores. De acuerdo con el suficientismo, las personas son tratadas como iguales si pueden cubrir sus necesidades básicas aunque su dotación de recursos o sus oportunidades sean ampliamente desiguales. Sin embargo, no deja de ser un criterio relativamente exigente, en especial cuando lo aplicamos al plano global. Pues cumplir con este canon requeriría cuantiosas transferencias de recursos destinados a brindar a la población mundial acceso a comida, vivienda digna y servicios básicos de salud y educación.

A. *Suficientismo humanista*

Si bien las concepciones suficientistas generalmente se articulan en torno a la idea de derechos humanos, hay distintas versiones del suficientismo. Un argumento interesante es desarrollado por Henry Shue en su célebre obra *Basic Rights*. De acuerdo con Shue, el derecho a la seguridad, el derecho a la libertad y el derecho a la subsistencia son derechos básicos. Los derechos básicos tienen cuatro características:

- (i) son derechos que resultan indispensables para gozar de cualquier otro derecho;
- (ii) no dependen de ninguna relación especial con otros;
- (iii) su satisfacción tiene prioridad sobre otros derechos;
- (iv) generan demandas sobre el resto de la humanidad.⁵²

Estos derechos se corresponden, a su vez, con tres clases de deberes: (i) deberes de no privar a las personas del goce del derecho; (ii) deberes de proteger a las personas contra quienes pretenden privarlas del goce del derecho; y (iii) deberes de asistir a los que se ven privados de gozar del derecho.⁵³ Por su parte, estos deberes se aplican a distintos tipos de agentes. Los deberes de clase (i) son de alcance universal: todo el mundo tiene un deber negativo de no privar a otros del goce de sus derechos básicos.⁵⁴ Los deberes de clase (ii) recaen, para Shue, principalmente sobre las instituciones políticas domésticas, las cuales deben proveer de protección a las personas contra ciertas amenazas estándar.⁵⁵ Finalmente, los deberes de clase (iii) recaen potencialmente sobre cualquier agente. Concretamente, esto quiere decir que todo el mundo tiene un deber

⁵² Shue, Henry, *Basic Rights: Subsistence, Affluence and US Foreign Policy*, Princeton, Princeton University Press, 1996, p. 18.

⁵³ El cuadro completo de deberes correspondientes a los derechos básicos puede verse en Shue, *Basic Rights, op. cit.*, p. 60.

⁵⁴ Shue, *Basic Rights, op. cit.*, p. 112.

⁵⁵ Shue, *Basic Rights, op. cit.*, p. 113.

de alcance transnacional de hacer su justa contribución para satisfacer los derechos básicos de los desposeídos, resignando la satisfacción de sus preferencias, su enriquecimiento cultural o el goce de sus derechos no básicos cuando sea necesario. Shue no concibe este deber como un deber meramente humanitario sino, por el contrario, como un deber de justicia, es decir, un deber que otros pueden obligarnos a cumplir coercitivamente si no lo cumplimos de modo voluntario.⁵⁶

Otra variante humanista de suficientismo puede encontrarse en los trabajos de Osvaldo Guariglia. De acuerdo con Guariglia todas las personas tienen un derecho moral a ver satisfechas sus necesidades básicas sin importar el país en que viven o las relaciones que mantienen con los demás. Si bien este derecho impone obligaciones inmediatas de carácter tanto negativo como positivo a las comunidades políticas domésticas, tiene, para Guariglia, claras implicancias normativas en el plano transnacional. Más concretamente, la tesis de Guariglia es que los países ricos deben contribuir a desarrollar la capacidad de los países pobres de satisfacer los derechos humanos básicos de su población. En su opinión, esto puede conseguirse principalmente adoptando regulaciones justas para el comercio internacional. Por regulaciones justas Guariglia no se refiere a reglas de intercambio completamente simétricas sino a reglas que tiendan a compensar las debilidades comparativas de los países más pobres mediante medidas especiales (e.g. permitiéndoles proteger temporariamente sus incipientes industrias). Cuando esto no baste para generar el desarrollo deseado, el comercio justo debe combinarse con un deber por parte de los países ricos de brindar asistencia económica, política y tecnológica a las sociedades más pobres.⁵⁷

Estas propuestas han generado críticas variadas. Por un lado, podríamos preguntarnos si el goce del derecho a la subsistencia basta para que las personas puedan vivir vidas humanas decentes. Esto depende, por supuesto, de lo que entendamos por una vida decente. Pero no sería descabellado pensar que se requiere bastante más que un derecho a la subsistencia para alcanzar ese estándar. Por el otro lado, podría pensarse que la demanda de brindar asistencia a cualquier ser humano con independencia de los vínculos que mantenga con nosotros, renunciando, de ser necesario, a la satisfacción de derechos no básicos, podría resultar demasiado demandante. Después de todo, los supuestos detentadores de los deberes de asistencia tienen

⁵⁶ Shue, *Basic Rights*, *op. cit.*, pp. 114-119.

⁵⁷ Guariglia, Osvaldo, *En camino de una justicia global*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 105-129 y “Enforcing Economic and Social Human Rights”, Pogge, Thomas (ed). *Freedom from Poverty as a Human Right*. Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 345-358.

derecho a vivir una vida distintivamente humana que les permita perseguir metas, planes y proyectos propios.⁵⁸

B. *Suficientismo relacionista*

Otra variante de suficientismo es la que propone Thomas Pogge en algunos de sus trabajos más recientes. La propuesta de Pogge es en cierto sentido más ambiciosa que las anteriores ya que no se restringe a derechos básicos sino que cubre todos los derechos humanos. Pero, en otro sentido, es más modesta ya que correlaciona a los derechos humanos con deberes negativos de naturaleza relacionista. De acuerdo con Pogge, los derechos humanos imponen deberes principalmente a quienes comparten con nosotros un mismo régimen institucional. Se trata del deber negativo de no contribuir a sostener un ordenamiento de esas instituciones (e.g. mediante el pago de impuestos) que previsiblemente generará déficits de derechos humanos que podrían evitarse mediante ordenamientos alternativos. Cuando incumplimos este deber negativo, adquirimos deberes positivos de compensar a las víctimas que podemos satisfacer mediante retribuciones directas o, preferentemente, emprendiendo acciones orientadas a reformar el régimen institucional.⁵⁹

Es importante notar que, a pesar de su naturaleza relacionista, el suficientismo de Pogge no es estatista ni nacionalista. Esto se debe a que, para Pogge, los DERECHOS HUMANOS imponen obligaciones no solamente a los que comparten con nosotros un régimen institucional doméstico sino también el régimen institucional global. De hecho, Pogge considera que los países ricos y sus ciudadanos violan los derechos humanos de la gente al imponer un régimen global como el actual que genera pobreza extrema de varias maneras. Por ejemplo, permitiendo a gobiernos autoritarios vender recursos naturales para mantenerse en el poder; adoptando un régimen de patentes para medicamentos que vuelve las drogas básicas inaccesibles para los pobres globales; sancionando reglas asimétricas de comercio internacional que obligan a los países pobres a abrir sus mercados al tiempo que permiten a los países ricos proteger a sus productores agropecuarios, generando costos descomunales para los más pobres.⁶⁰ Desde la perspectiva de Pogge, usted, nosotros y todos los que de una u otra manera contribuimos a sostener el orden

⁵⁸ Miller, *National Responsibility and Global Justice*, *op. cit.*, pp. 234 y 235.

⁵⁹ Pogge, *World Poverty and Human Rights*, *op. cit.*, p. 65.

⁶⁰ Pogge, *World Poverty and Human Rights*, *op. cit.*

actual participaríamos de una violación masiva de derechos humanos a menos que emprendiéramos acciones inmediatas para conseguir su reforma.

La propuesta de Pogge es probablemente uno de los aportes recientes más importantes en materia de filosofía política. Si bien ha generado una gran cantidad de adherentes, no está exenta de problemas. En primer lugar, como señala Eduardo Rivera López en un penetrante estudio, esta propuesta no se basa en un análisis riguroso de la literatura técnica de carácter económico sobre las causas de la pobreza y los medios para erradicarla, sino que presupone como verdadera una serie de tesis empíricas controvertidas que apuntalan sus tesis normativas.⁶¹ En segundo lugar, la tesis de que los países ricos violan los derechos humanos de los pobres del mundo parece apresurada. El hecho de que un agente contribuya mediante sus acciones a generar un estado de cosas que redunde en un déficit de derechos humanos, no basta para decir que ese agente ha violado derechos humanos. Por ejemplo, el hecho de que un medio de prensa difunda información que se puede prever que desencadenará una ola de represión contra la prensa libre no sería una razón suficiente para decir que ha violado los derechos humanos de las víctimas.⁶² En tercer lugar, podría dudarse de que la propuesta de Pogge pueda garantizar que todo el mundo disponga de lo necesario para vivir una vida decente. Incluso si aceptamos que el régimen global actual contribuye activamente a la generación de pobreza, las privaciones de algunos seres humanos podrían derivarse de otros factores centralmente domésticos (e.g. recursos naturales escasos, corrupción, decisiones macroeconómicas desacertadas, catástrofes naturales, mala suerte, etcétera). Por consiguiente, aun cuando el régimen global actual fuera drásticamente reformado en el sentido propuesto por Pogge, franjas importantes de la población global seguirían probablemente privadas de las condiciones para vivir una vida humana decente a menos que recibieran asistencia de los países ricos.⁶³

⁶¹ Rivera López, Eduardo, "Pobreza global y conocimiento empírico", *Revista Latinoamericana de Filosofía*, vol. XXXIII, 2007, pp. 315-332.

⁶² Miller, *National Responsibility and Global Justice*, *op. cit.*; Montero, *op. cit.*; Meckled-García, *op. cit.*

⁶³ Patten, Allan, "Should We Stop Thinking about Poverty in Terms of Helping the Poor?", *Ethics and International Affairs*, vol. 19, 2005, pp. 19-21; Gilbert, *From Global Poverty to Global Equality*, *op. cit.*; Montero, "Do Affluent Countries Violate the Human Rights of the Global Poor?", *op. cit.*; Alegre, "Extreme Poverty in a Wealthy World: What Justice Demands Today", *op. cit.*, p. 247.

4. *Suficientismo humanitarista*

Debemos considerar, por último, la variante humanitarista del suficientismo. Tal vez la versión más conocida de esta variedad de suficientismo sea la provista por Thomas Nagel.⁶⁴ De acuerdo con Nagel, todos tenemos deberes hacia las personas que, por vivir en condiciones de pobreza extrema, corren riesgo de morir prematuramente de desnutrición o enfermedades fácilmente curables. Sin embargo, Nagel considera que no se trata de deberes de justicia. Esto se debe a que, desde su perspectiva, los deberes positivos de justicia existen exclusivamente entre personas que comparten un régimen institucional no voluntario, que les demanda el cumplimiento de sus directivas, y que pretende actuar en su nombre. Es decir, un estado. Dado que no hay un estado global ni ninguna otra institución comprable, los deberes positivos que nos impone la pobreza más allá de las fronteras solamente podrían ser de naturaleza humanitaria: deberes de prioridad secundaria, que nadie podría obligarnos a cumplir y que no se corresponden con derechos por parte de los demás.

Los problemas de la propuesta humanitarista de Nagel han sido ampliamente señalados en la bibliografía sobre el tema. En primer lugar, si, como Nagel reconoce, la pobreza global representa un “desastre moral” que debemos atender de manera urgente, los deberes hacia los pobres del mundo podrían ser algo más demandantes que los deberes de asistencia humanitaria. En segundo lugar, del hecho de que los deberes hacia personas que no habitan nuestro mismo estado no sean comparables con los deberes hacia nuestros conciudadanos, no se sigue que nuestros deberes hacia los pobres globales solamente puedan ser de naturaleza humanitaria.⁶⁵ Finalmente, si bien no hay en el plano global ninguna entidad comparable al estado, el régimen global actual está compuesto por instituciones con capacidad para imponer regulaciones de diversa índole con una incidencia considerable sobre las perspectivas de vida de las personas de las que muchos estados no pueden retirarse sin altos costos. Para muchos autores, esto bien podría bastar para generar deberes de justicia respecto de los pobres del mundo.⁶⁶

⁶⁴ Nagel, “The problem of global justice”, *op. cit.*

⁶⁵ Gilabert, *From Global Poverty to Global Equality*, *op. cit.*, p. 50.

⁶⁶ Cohen, Joshua y Sabel, Charles, “Extra Republicam Nulla Justicia?”, *op. cit.*

IV. IGUALDAD ENTRE GENERACIONES

Hasta aquí hemos considerado las exigencias que el ideal de igualdad impone a los individuos en las relaciones con sus contemporáneos, sea que pertenezcan a una misma unidad política (justicia doméstica) o a unidades políticas distintas (justicia global). Sin embargo, nuestras decisiones no sólo afectan a nuestros contemporáneos sino también a personas que vivirán en el futuro (incluso a individuos que nacerán cuando todos los que actualmente vivimos hayamos muerto). Consideremos, por ejemplo, la explotación de recursos naturales no renovables. Si decidimos utilizar menos recursos naturales no renovables (lo que implicaría disminuir nuestros niveles actuales de consumo) ello, presumiblemente, beneficiará a las generaciones futuras. Si, por el contrario, no los conservamos, resultarán perjudicadas.⁶⁷

El hecho de que nuestras acciones pueden alterar las cargas y beneficios de las generaciones futuras parece constituir una razón *prima facie* para sostener que las consideraciones de justicia distributiva deben aplicarse no solo a las relaciones entre contemporáneos sino también a las relaciones entre generaciones. Específicamente, parece brindar apoyo a la tesis de que las cargas y beneficios deben ser distribuidos equitativamente a través de las generaciones.

Sin embargo, las relaciones entre quienes vivimos actualmente y quienes vivirán en el futuro presentan ciertos caracteres distintivos que dan lugar a una serie de dificultades filosóficas aún no del todo exploradas. No se trata de extender sin más el ámbito de validez de las teorías tradicionales; por el contrario, los problemas específicos de la justicia intergeneracional pueden llevarnos a repensar viejos problemas desde nuevas perspectivas y a modificar las tesis que sosteníamos en el marco intrageneracional. En este sentido, Rawls afirma que el problema de la justicia entre generaciones “hace sufrir a cualquier teoría ética un severo, si no imposible, examen”.⁶⁸

A continuación examinaremos una serie de problemas que se derivan de las características específicas de las relaciones intergeneracionales y que ponen en cuestión la posibilidad misma de que existan de relaciones de justicia entre generaciones.

⁶⁷ Véase, sin embargo, *infra*: C. El problema de la no-identidad.

⁶⁸ Rawls, *A Theory of Justice*, *op. cit.*, p. 251.

1. *Los problemas de la justicia intergeneracional*

A. *El problema de la no-existencia*

Una diferencia evidente pero no por eso menos problemática a nivel filosófico es el hecho de que las generaciones futuras, por definición, no existen actualmente. Esta circunstancia plantea una serie de desafíos para una teoría general de los derechos y las obligaciones. En primer lugar, la no-existencia parece excluir la posibilidad de atribuir derechos *presentes* a las personas futuras; en principio, tanto las teorías basadas en la voluntad como las basadas en el interés, acuerdan en que los derechos sólo pueden adscribirse a entidades actualmente existentes. Consecuentemente, si quiere mantenerse la idea de que tenemos obligaciones hacia las generaciones futuras, debe, o bien admitirse la posibilidad de adscribir derechos a entidades meramente posibles, o bien sostenerse la tesis de que existen obligaciones sin derechos correlativos. Podemos llamar a este problema, el problema de la no-existencia. Gosseries⁶⁹ sugiere una respuesta distinta a las anteriores, a saber, adscribir *derechos futuros a las personas futuras*. A su entender, esta idea puede hacer buena parte del trabajo que se espera de los derechos presentes y es una solución atractiva tanto para los teóricos del interés como para los teóricos de la voluntad. Sin embargo, no está exenta de problemas. Por lo pronto, implica renunciar al requisito de contemporaneidad entre el derecho y su correlativa obligación.

B. *El problema de la imposibilidad de la cooperación*

Una segunda característica distintiva de las relaciones intergeneracionales es la existencia de una asimetría de poder entre las generaciones presentes y las generaciones futuras. Nuestras acciones, como hemos visto, pueden beneficiar así como perjudicar a las generaciones futuras. Sin embargo, las acciones de las generaciones futuras no pueden ni perjudicar ni beneficiar a las generaciones pasadas. Esto implica que las generaciones presentes no pueden mejorar su situación cooperando con las generaciones futuras. Como señala Barry la asimetría de poder parece ser una característica moralmente irrelevante y, sin embargo, una variedad de tesis acerca de los fundamentos de la moral parecen implicar que la ausencia de relaciones de poder recíproco elimina la posibilidad de que existan obligaciones de justi-

⁶⁹ Gosseries, Axel, "On Future Generation's Future Rights", *The Journal of Political Philosophy*, vol. 16, núm. 4, 2008, pp. 446-474.

cia.⁷⁰ En este sentido, la imposibilidad de que ambas “partes” (quienes viven actualmente y quienes vivirán en el futuro) se beneficien de la mutua cooperación parece excluir la posibilidad de un contrato –al menos, si se asume el mutuo desinterés. Esta circunstancia, entonces, genera serias dificultades para la tradición contractualista y, en particular, para la teoría de Rawls. En efecto, la idea de una cooperación mutuamente ventajosa subyace a toda la empresa de la justicia como imparcialidad al punto de que la existencia de obligaciones de justicia está sujeta a la satisfacción de lo que Rawls denomina “circunstancias de la justicia” que no son sino “las condiciones normales bajo las cuales la cooperación humana es tanto posible como necesaria”⁷¹ y entre las que se encuentra, precisamente, la mutua vulnerabilidad. Sin embargo, como hemos señalado, esta circunstancia no se satisface entre generaciones. La conclusión que parece seguirse, entonces, es que no tenemos obligaciones de justicia para con las generaciones futuras.

Frente a este problema, que podemos denominar “el problema de la imposibilidad de la cooperación”, pueden seguirse diversas estrategias. Una primera alternativa es aceptar la conclusión y sostener que, aunque tenemos deberes morales para con las generaciones futuras, no constituyen, en sentido estricto, obligaciones de justicia.⁷² Una segunda alternativa es rechazar la doctrina humeana de las circunstancias de la justicia, negando que la cooperación mutuamente ventajosa (y sus precondiciones) constituyan una condición necesaria para la existencia de obligaciones de justicia.⁷³ Una tercera alternativa consiste en escapar al dilema introduciendo tesis o presupuestos adicionales que permitan fundar obligaciones intergeneracionales de justicia sin rechazar *in totum* la doctrina de las circunstancias de la justicia. Esta es la alternativa que sigue el propio Rawls. Como hemos visto, la principal estrategia argumentativa de Rawls es la de la posición original. Una aclaración relevante para el problema de la justicia entre generaciones es que Rawls rechaza la idea de interpretar a la posición original como una

⁷⁰ Barry, Brian, *Liberty and Justice*, Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 244. Barry se refiere explícitamente a Hobbes, Hume y Warnock, entre otros.

⁷¹ Rawls, *A Theory of Justice*, *op. cit.*, p. 152. Rawls afirma que, en este punto, sigue a Hume, aclarando que su exposición “no añade nada esencial a los análisis más completos hechos por él”. *Idem*, p. 153.

⁷² Heyd, David, “A Value or an Obligation? Rawls on Justice to Future Generations” en Gosseries, Axel y Meyer, Lukas H. (eds.), *Intergenerational Justice*. Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 167-188.

⁷³ Barry, Brian, “Circumstances of Justice and Future Generations” en Sikora, Richard y Barry, Brian (eds.), *Obligations to Future Generations*, Temple University Press, Philadelphia, 1978, pp. 204-248.

asamblea general en la que participan todos los individuos que existen y existirán, pues ello implicaría “llevar demasiado lejos los límites de la imaginación” y, consecuentemente, la posición original “dejaría de ser una guía natural de la intuición y carecería de sentido claro”.⁷⁴ Resulta entonces que Rawls no justifica las obligaciones de justicia entre generaciones (resumidas en la idea en un principio de ahorro justo) apelando a la idea de un contrato que aquéllas celebran *entre sí* sino en función de un acuerdo *intrageneracional*. Esta idea parece ofrecer una vía atractiva para sortear la objeción de las circunstancias de la justicia pero, a primera vista, parece inviable: ¿cómo es posible que de un acuerdo *intrageneracional* se deriven obligaciones *intergeneracionales*? ¿Por qué acordarían los individuos de una generación asumir obligaciones con las subsiguientes siendo que no pueden obtener ningún beneficio de ellas? (este era, después de todo, nuestro problema inicial).

El velo de la ignorancia, que impide a las partes conocer a qué generación pertenecen, es, por sí solo, insuficiente para resolver esta dificultad. Como señala el propio Rawls, “dado que las personas en la posición original saben que son contemporáneas... pueden favorecer a su generación rehusándose a hacer cualquier tipo de ahorro por sus sucesores”.⁷⁵ La solución que Rawls da a este problema ha variado con el tiempo. En su *Teoría de la Justicia* se centra en una modificación de la motivación de las partes en la Posición Original. En particular, supone que éstas son “cabezas de familia y que por lo tanto tienen un deseo de promover el bienestar al menos de sus descendientes más inmediatos”.⁷⁶ Esta suposición es altamente problemática por varias razones. En primer lugar, parece tratarse de una estipulación *ad hoc* cuya única justificación es que, a su vez, permite justificar obligaciones con las generaciones futuras (con lo que se cae en una argumentación circular).⁷⁷ En segundo lugar, la introducción de motivaciones adicionales en la PO resta fuerza a la argumentación. El propio Rawls, observa que “Una concepción de la justicia no debería suponer extensos vínculos de sentimientos naturales. Se trata de hacer la menor cantidad posible de suposiciones en la base de la teoría”.⁷⁸ En tercer lugar, como

⁷⁴ Rawls, *A Theory of Justice*, *op. cit.*, p. 165

⁷⁵ Rawls, *A Theory of Justice*, *op. cit.*, p. 327.

⁷⁶ Rawls, *A Theory of Justice*, *op. cit.*, p. 154.

⁷⁷ Cfr. Barry, *Liberty and Justice*, *op. cit.*, p. 253.

⁷⁸ Rawls, *A Theory of Justice*, *op. cit.*, p. 155.

señala English,⁷⁹ los argumentos que Rawls utiliza en contra de la asunción de cierto grado de benevolencia en la PO se aplican igualmente en este caso. En particular, resulta problemático determinar cuál es la fuerza relativa que ha de otorgarse a la preocupación de los partes en la PO por sus descendientes.

Posteriormente, en *Liberalismo Político*, Rawls abandona la estipulación motivacional. Aunque se trata de una “estipulación razonable” es, sostiene ahora, innecesaria. Es suficiente con establecer la condición adicional de que las partes deben querer que el principio que elijan sea seguido por todas las generaciones precedentes. Esta estipulación, aclara, “es congruente con el requisito de estricto cumplimiento y con la teoría ideal en general”.⁸⁰ Attas critica esta posición ya que el “estricto cumplimiento” solo se aplica a las partes en la posición original y no a todas las generaciones. Sugiere que el problema puede solucionarse introduciendo la restricción formal de universalidad. Esta restricción, arguye, garantiza en la posición original la mutualidad que está ausente en el mundo real.⁸¹

C. *El problema de la no-identidad*

Una tercera característica relevante que diferencia a las relaciones entre contemporáneos de las relaciones intergeneracionales es el hecho de que la existencia, número e identidad de las generaciones futuras depende de nuestras acciones. Esto es, nuestras acciones determinan no sólo *cuántas* personas vivirán en el futuro sino también *quiénes* serán esas personas. En efecto, es plausible suponer que nuestra identidad personal depende, entre otras cosas, de hechos relativos a nuestra concepción (cuándo y quiénes nos concibieron) que determinan nuestra estructura genética.⁸² El hecho que la identidad de las personas futuras dependa de nuestras acciones genera una serie de complejos problemas teóricos y éticos. Uno de ellos, que ha domi-

⁷⁹ English, Jane, “Justice between Generations”, *Philosophical Studies*, vol. 31, 1977, pp. 91-104.

⁸⁰ Rawls, John, *Liberalismo político*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 257. Véase Rawls, John, *La justicia como equidad: una reformulación*, Erin Kelly (ed.), Buenos Aires, Paidós, 2004, p. 213.

⁸¹ Attas, Daniel, “A Transgenerational Difference Principle” en Gosseries, Axel y Meyer, Lukas H. (eds.), *Intergenerational Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 189-218.

⁸² Kavka, asume que “la igualdad (*sameness*) de estructura genética es, a efectos prácticos, una condición necesaria de la identidad personal”. Kavka, Gregory, “The Paradox of Future Individuals”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 11, núm. 2, 1982, pp. 93-94. Parfit, por su parte, sostiene la tesis de la dependencia temporal: “Si una persona particular no hubiera sido concebida cuando de hecho fue concebida, es de hecho verdad que nunca habría existido” (Parfit, Derek, *Razones y Personas*, Madrid, Antonio Machado Libros, 2004).

nado en la reflexión sobre las generaciones futuras, es el llamado “problema de la no-identidad”. El problema puede plantearse en los siguientes términos. Supongamos que debemos decidir entre dos políticas, una de las cuales, A, tendrá un impacto negativo considerable sobre el bienestar o nivel de vida de personas futuras (aunque sus vidas serán, de todos modos, dignas de ser vividas). Sin embargo, la adopción de A también modificará las condiciones de concepción y, por lo tanto, distintas personas vivirán en el futuro a las que hubieran existido de haberse optado por la política alternativa, B, la que, aunque supone costos ligeramente mayores para quienes vivimos actualmente, no afectará negativamente el nivel de vida de las personas futuras. Ahora bien, enfrentados con esta decisión, y otras cosas siendo iguales, tenderíamos a creer que tenemos una razón moral para elegir B, a saber, que si eligiésemos A estaríamos causando un daño a las personas futuras. Sin embargo, esta creencia es problemática. Si adoptamos B, las personas que existen en A nunca hubiesen existido. Por lo tanto, nuestra elección *no es peor para ellas*. Ahora bien, si nuestra elección no es perjudicial para nadie ¿por qué es objetable moralmente?

Existen distintas alternativas frente a este problema. La primera es, simplemente, aceptar la conclusión: no tenemos obligaciones morales hacia las personas futuras.⁸³

Una segunda alternativa consiste en cuestionar la relevancia práctica del problema, procurando limitar sus alcances. Así, por ejemplo, Roberts⁸⁴ sostiene que a) varios cursos de acción pueden llevar a la concepción de una determinada persona y que, por tanto, b) deberíamos restringir el alcance del problema de la no-identidad a los casos en que habría sido *imposible* que concibiéramos a las mismas personas en los dos cursos de acción considerados.

Gosseries,⁸⁵ por su parte, señala otras dos vías para reducir el ámbito del problema. Por un lado, observa que el problema no surge en los supuestos en que las vidas de las personas futuras no son dignas de ser vividas pues entonces sí podría sostenerse que han sido perjudicadas. Por otro lado, construye un interesante argumento a partir del hecho de que las generaciones se superponen y de la idea de que hay ciertas obligaciones cuyo

⁸³ Schwartz, Thomas, “Obligations to Posterity” en *Obligations to Future Generations*, Sikora, Richard y Barry, Brian (eds.), Temple University Press, Philadelphia, 1978, pp. 3-13.

⁸⁴ Roberts, Melinda, *Child versus Childmaker: Future Persons and Present Duties in Ethics and the Law*. Lanham, MD, Rowman & Littlefield, 1998.

⁸⁵ Gosseries, Axel, “Intergenerational Justice” en LaFollete. Hugh (ed.), *The Oxford Handbook of Practical Ethics*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 459-483.

cumplimiento debe ser evaluado al final de nuestras vidas (*complete-life obligations*). En este sentido, sostiene que aunque sea cierto que, dadas las circunstancias de la no-identidad, nuestras acciones anteriores a la concepción no perjudican a las personas futuras, ello no puede utilizarse como excusa para no realizar acciones *después de la concepción* que tiendan al cumplimiento de nuestras *complete-life obligations*. Si esto es así, entonces nuestras *complete-life obligations* respecto a la siguiente generación escapan al problema de la no-identidad. Pero esto no es todo. Si somos capaces de fundar nuestras obligaciones respecto a las generaciones más remotas en las obligaciones que tenemos hacia la siguiente generación (por ejemplo, en base a la idea de que no deberíamos actuar de modo tal que la siguiente generación no sea capaz de cumplir sus propias obligaciones), entonces aquéllas también escaparían al problema de la no-identidad.

Una tercera estrategia consiste en desarrollar una noción alternativa de daño que permita eludir el problema de la no-identidad. En efecto, el problema surge porque nuestro concepto tradicional de daño presupone que la identidad es constante. Implica una comparación entre el estado actual de una persona y el estado contrafáctico en que esa *misma persona* se encontraría de no haber ocurrido la acción dañosa. En esta línea, Meyer y Roser⁸⁶ proponen una concepción de daño alternativa a la que denominan “noción umbral de daño”. De acuerdo con ella, una acción (u omisión) en el momento *t*1 daña a otra persona solo si el agente causa (o permite) mediante ella que exista una persona por debajo de un umbral de bienestar normativamente definido o que una persona existente caiga debajo de tal umbral; aún más, sólo si esta persona no hubiese caído en el estado dañoso si el agente no hubiera interactuado con ella; y aún más, sólo si el agente, no pudiendo evitar causar un daño en este sentido, no lo minimiza.

Una cuarta estrategia frente al problema de la no-identidad consiste en rechazar la tesis de que una acción es moralmente objetable solo si es perjudicial para alguien. Esta es la estrategia que persigue Parfit. Sostiene que para resolver el problema de la no-identidad debe recurrirse a un principio “que verse sobre la calidad y la cantidad de las vidas que se viven, pero que no verse sobre lo que es bueno o malo para las personas a las que afectan nuestros actos”.⁸⁷ Tentativamente propone el siguiente principio:

⁸⁶ Meyer, Lukas H. y Roser, Dominic, “Enough for the Future” en Gosseries, Axel y Meyer, Lukas H. (eds.), *Intergenerational Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 219-248; Meyer, Lukas H., “Intergenerational Justice”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, (Spring 2010 Edition), Edward N. Zalta (ed.), en <http://plato.stanford.edu/archives/spr2010/entries/justice-intergenerational/>.

⁸⁷ Parfit, *Razones y Personas*, *op. cit.*, p. 755.

Tesis de la Calidad del Mismo Número, o C: Si en cada uno de dos resultados posibles vieran siempre el mismo número de personas, sería peor si los que viven resultan menos favorecidos, o tienen una calidad de vida más baja, que los que hubieran vivido.⁸⁸

Parfit reconoce que este principio es insuficiente en la medida que sólo abarca casos en los que el número de personas no varía. Sin embargo, sostiene que necesitamos un principio o conjunto de principios de este tipo que incluyan decisiones de diferente número y que impliquen a C.

Sin embargo, rechazar la tesis de que una acción es moralmente objetable solo si es perjudicial para alguien no nos compromete necesariamente con la ética impersonal⁸⁹ que propugna Parfit. Puede, por ejemplo, sostenerse la siguiente tesis: una acción es moralmente objetable solo si a) es perjudicial para alguien o b) no satisface las expectativas legítimas de alguien o vulnera los derechos de alguien. El desafío de esta estrategia es mostrar el modo en que una acción puede fracasar en satisfacer las expectativas de alguien o vulnerar los derechos de alguien sin ser perjudicial para ese alguien y, además, hacerlo de un modo que responda a los casos del problema de la no-identidad.⁹⁰ Esta es la vía que siguen, entre otros, Kavka,⁹¹ Woodward,⁹² Smolkin,⁹³ Kumar⁹⁴ y Reiman.⁹⁵

2. Principios de justicia intergeneracional

En el apartado anterior, discutimos algunos problemas que ponen en cuestión la *posibilidad* misma de una teoría de la justicia intergeneracional y analizamos algunas de las formas en que puede hacerse frente a tales desaf-

⁸⁸ Parfit, *Razones y Personas*, *op. cit.*, p. 623.

⁸⁹ Una teoría impersonal rechaza lo que se conoce como “*person-affecting view*” o “*person-affecting restriction*”. La idea básica de este enfoque es que una acción o estado de cosas no puede ser malo si no es malo para alguien.

⁹⁰ Parfit no niega esta posibilidad. Sin embargo, argumenta que el problema de la no-identidad no puede resolverse apelando únicamente a los derechos de las personas y que, por lo tanto, necesitamos un principio tipo C. Parfit, *Razones y Personas*, *op. cit.*, pp. 628-633.

⁹¹ Kavka, “The Paradox of Future Individuals”, *op. cit.*

⁹² Woodward, James, “The Non-identity Problem”, *Ethics*, vol. 96, núm. 4, 1986, pp. 804-831.

⁹³ Smolkin, Doran, “Toward A Rights-Based Solution to the Non-identity Problem”, *Journal of Social Philosophy*, vol. 30, núm. 1, 1999, pp. 194-208.

⁹⁴ Kumar, Rahul, “Who Can Be Wronged?”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 31, núm. 2, 2003, pp. 99-118.

⁹⁵ Reiman, Jeffrey, “Being Fair to Future People: The Non-Identity Problem in the Original Position”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 35, núm. 1, 2007, pp. 69-92.

íos. En este apartado, asumiremos que tenemos obligaciones de justicia para con las generaciones futuras y nos centraremos en la cuestión de cuál es el contenido de tales obligaciones. Por supuesto, ambos conjuntos de problemas no son independientes: el modo en que respondamos a los desafíos escépticos presumiblemente afectará el contenido de los principios de justicia que defendamos. Así, por ejemplo, algunos autores sostienen que tales problemas tienen su raíz en los presupuestos básicos del marco liberal y que el comunitarismo está en mejores condiciones para dar cuenta de nuestras obligaciones con las generaciones futuras.⁹⁶

En lo que sigue, intentaremos analizar brevemente el modo en que diferentes teorías de la justicia abordan el problema de la justicia intergeneracional, aunque nuestra atención estará centrada principalmente en el liberalismo igualitario y, en particular, en la teoría de la justicia de Rawls.

A. *El enfoque utilitarista*

El UTILITARISMO enfrenta serios problemas en el ámbito intergeneracional. Por un lado, parece imponer severos sacrificios a la generación actual. En efecto, dada la naturaleza productiva del capital, si renunciamos al consumo de cierto capital ahora y, en lugar de ello, lo invertimos, es posible que arroje mayores beneficios en el futuro. Así, como señala Rawls, “la doctrina utilitarista nos lleva a exigir grandes sacrificios a las generaciones más pobres, en favor de las mayores ventajas de las generaciones posteriores que están mejor situadas”.⁹⁷ Una de las formas en que puede evitarse esta conclusión es apelando a una tasa de descuento social. La idea básica es que la importancia moral de los sucesos futuros, especialmente beneficios y pérdidas, disminuye a una tasa de n por ciento por año. Esta es una concepción común entre los economistas. Sin embargo, es una idea altamente controvertida, tanto por su justificación desde el punto de vista filosófico como por sus implicancias prácticas.⁹⁸ Ya Sidgwick arguyó en su contra,

⁹⁶ Para una defensa del comunitarismo en el contexto intergeneracional: De-Shalit, y Thompson, Janna, “Identity and Obligation in a Transgenerational Polity” en Gosseries, Axel y Meyer, Lukas H. (eds.), *Intergenerational Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 167-188.

⁹⁷ Rawls, *A Theory of Justice*, op. cit., p. 325

⁹⁸ Hay una vasta bibliografía sobre la tasa de descuento social. Véase, entre otros: Cowen, T. y Parfit, Derek, “Against the Social Discount Rate” en Laslett, P. y Fishkin, J. (eds.), *Justice Between Age Groups and Generations*, New Haven/London, Yale University Press, 1992, pp. 144-161; Portney, Paul R. y Weyant, John P., *Discounting and Intergenerational Equity. Resources for the Future*, Washington, 1999; Revesz, Richard L. “Environmental Regulation, Cost-Benefit Analysis, and the Discounting of Human Lives”, *Columbia Law Review*, vol. 99, 1999, pp. 941-1017; Weisbach, David y Sunstein, Cass R. “Climate Change and Discount-

sosteniendo que “el momento en que un hombre existe no puede afectar el valor de su felicidad desde un punto de vista universal; los intereses de la posteridad deben concernir a un utilitarista tanto como los intereses de sus contemporáneos”.⁹⁹ Por otro lado, esta idea lleva a una serie de consecuencias contraintuitivas que pueden agruparse bajo el rótulo común de “dictadura del presente”.¹⁰⁰ Un ejemplo clásico es el de Parfit.¹⁰¹ Supongamos que estamos considerando cómo deshacernos de un modo seguro de ciertos desechos nucleares. Si creemos en la tasa de descuento social, nos preocuparemos por la seguridad sólo en el futuro más próximo. No nos afectará el hecho de que haya desechos nucleares que permanecerán radioactivos durante miles de años. A una tasa de descuento del cinco por ciento, una muerte el año próximo cuenta como más de mil millones de muertes dentro de 500 años. Según este modo de pensar, entonces, las catástrofes en el futuro más lejano pueden considerarse ahora moralmente insignificantes.

Un segundo modo en que puede evitarse la conclusión de que la generación presente debe realizar grandes sacrificios por las generaciones futuras consiste en apelar al principio de utilidad marginal decreciente.¹⁰² En este sentido, puede argüirse que, dado que, presumiblemente, las generaciones futuras serán más ricas, la utilidad marginal de la conservación de recursos es menor. La idea de la utilidad marginal decreciente es frecuentemente utilizada para introducir preocupaciones por la distribución de recursos en términos agregativos. Sin embargo, no está claro que esta idea puede evitar la exigencia de graves sacrificios para las generaciones presentes, especialmente teniendo en cuenta el carácter indefinido del número de generaciones futuras, ni que pueda dar cuenta de la razón por la que esta exigencia nos parece injusta -creencia vinculada directamente con la distribución.

ing the Future: A Guide for the Perplexed”, *Reg-Markets Ctr. WorkingPaper*, núm. 08-19, 2008), en <http://ssrn.com/abstract=1223448>.

⁹⁹ Sidgwick, Henry, *The Methods of Ethics*, London, Macmillan, 1907, p. 414.

¹⁰⁰ Alvarez-Cuadrado y Van Long ofrecen la siguiente definición informal de dictadura del presente: “La dictadura del presente significa que cualquier modificación en los niveles de utilidad de las generaciones del futuro remoto es incapaz de revertir el ranking de bienestar de dos líneas temporales de utilidad” Alvarez-Cuadrado, Francisco y Van Long, Ngo, “A Mixed Bentham-Rawls Criterion for Intergenerational Equity: Theory and Implications”, *Journal of Environmental Economics and Management*, vol. 58, núm. 2, 2009, pp. 154–168.

¹⁰¹ Parfit, *Reasons and Persons*, *op. cit.*, p. 618.

¹⁰² El principio de utilidad marginal decreciente ha sido utilizado como justificación de la tasa de descuento social. Sin embargo, como señala Parfit, esto es un error. “La razón para descontar estos beneficios futuros no es que vayan más lejos en el futuro, sino que irán a personas más favorecidas. Aquí como en todas partes deberíamos decir lo que queremos decir. Y la correlación es otra vez imperfecta” Parfit, *Reasons and Persons*, *op. cit.*, p. 817.

B. *El enfoque libertario*

El libertarismo también enfrenta serias dificultades para dar cuenta de nuestras obligaciones con las generaciones futuras. En este sentido, Barry observa que si “cualquier intento por redistribuir recursos entre contemporáneos a efectos de obtener un estado de cosas deseado es ilegítimo, entonces, presumiblemente, y por las mismas razones, cualquier acción colectiva que pretenda distribuir recursos a través del tiempo ha de caer bajo la misma prohibición”.¹⁰³

Sin embargo, varios autores han intentado desarrollar una teoría libertaria de la justicia intergeneracional. Se pueden distinguir aquí dos enfoques generales. Un primer enfoque procura defender la idea de que el sistema de mercado y propiedad privada, sin interferencia gubernamental, defenderá mejor los intereses de las generaciones futuras que sistemas alternativos. El argumento,¹⁰⁴ expuesto sintéticamente, es que el valor de la propiedad incluye a sus valores futuros descontados. Un recurso es más valioso hoy si tendrá mayor valor para las generaciones futuras. Por lo tanto, existe un incentivo para que los propietarios preserven su valor. El gobierno, por su parte, puede no tener tales incentivos: las generaciones futuras no votan y, por ende, los políticos pueden no considerar sus intereses. Siguiendo estas líneas, los defensores del “ambientalismo de libre mercado” han argumentado que el sistema de propiedad privada es la mejor manera de proteger los recursos para las futuras generaciones.¹⁰⁵

Un segundo enfoque consiste en recurrir a la condición lockeana para justificar límites a los derechos de propiedad contemporáneos en beneficio de las generaciones futuras. En su *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Locke establece como restricción a la apropiación de recursos, que “suficiente y

¹⁰³ Barry, *Liberty and Justice*, op. cit., p. 246.

¹⁰⁴ Esta es una breve reconstrucción que realiza Solum, Lawrence B., “To Our Children's Children: The Problems of Intergenerational Ethics”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 35, 2001, pp. 163-223.

¹⁰⁵ Véase, por ejemplo, Epstein, Richard, “Justice Across Generations” en Laslett, P. y Fishkin, J. (eds.), *Justice Between Age Groups and Generations*, New Haven/London, Yale University Press, 1992, pp. 144-161; Anderson, Terry L. y Leal, Donald R., *Free Market Environmentalism*, New York, Palgrave, 2001. Para una evaluación crítica, Daly, Herman. “Free-market environmentalism: Turning a good servant into a bad master”, *Critical Review: A Journal of Politics and Society*, vol. 6, núm. 2-3, 1992, pp. 171-183; Menell, Peter S., “Institutional Fantasylands: From Scientific Management to Free Market Environmentalism” en *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 15, 1992; Wolf, Clark, “Markets, Justice, and the Interests of Future Generations”, *Ethics and the Environment*, vol. 1, núm. 2, 1996, pp. 153-175.

de tan buena calidad” sea dejado para los demás.¹⁰⁶ Si este “los demás” incluye a las generaciones futuras, entonces se abre la posibilidad de que existan restricciones a los derechos de propiedad contemporáneos para dejar “suficiente y de tan buena calidad para las generaciones futuras”. Así, por ejemplo, Arneson, aplicando la proviso al contexto intergeneracional, sostiene que “La legitimidad continuada de la propiedad privada desde el punto de vista de la propiedad de uno mismo depende de que cada generación sucesiva obtenga el equivalente a su parte per capita de tierra no mejorada ni degradada”.¹⁰⁷ Esta es la línea que siguen, entre otros, Elliot,¹⁰⁸ Arneson,¹⁰⁹ Wolf,¹¹⁰ Steiner y Vallentyne.¹¹¹

C. *La aproximación rawlsiana: el principio de ahorro justo*

Como hemos visto, el problema de la justicia entre generaciones lleva a Rawls a introducir ciertas modificaciones en la posición original con el objeto de salvar el problema de la imposibilidad de la cooperación, dotando a las partes de motivos para el ahorro. Ahora bien, supuesto que las partes tienen motivos para el ahorro, ¿cuál es el principio de ahorro que elegirían en la posición original? O, en otros términos, ¿cuál es el principio de ahorro justo? En *Teoría de la Justicia*, Rawls defiende un modelo de “dos etapas”. En una primera etapa, se exige una tasa de ahorro positiva. Sin embargo, la tasa no es necesariamente constante a lo largo del tiempo. Por el contrario, “cuando la situación es de pobreza y el ahorro difícil, se pen-

¹⁰⁶ “Aunque la tierra y todas las criaturas inferiores sean comunales a todos los hombres, sin embargo cada hombre una tiene 'propiedad' en su propia 'persona'. La 'labor' de su cuerpo y el 'trabajo' de sus manos, podríamos decir que son suyos por propiedad. Cualquiera cosa, entonces, que saque del estado en que la naturaleza la ha producido y dejado, modificándola por su labor y añadiéndole algo que le es propio, de tal forma se ha convertido en su propiedad [...] Por ser este 'trabajo' propiedad incuestionable del trabajador, ningún hombre excepto él tiene derecho a lo que una vez le agregó a la cosa, *al menos cuando queden bienes comunales suficientes, y de tan buena calidad, para los demás*”. Locke, John, *Segundo Ensayo sobre Gobierno Civil*, Buenos Aires, Losada, 2003, p. 23.

¹⁰⁷ Arneson, Richard, “Lockean Self-Ownership: Towards a Demolition”, *Political Studies*, vol. 39, 1991, pp. 53.

¹⁰⁸ Elliot, R., “Future Generations, Locke's Proviso and Libertarian Justice”, *Journal of Applied Philosophy*, vol. 3, 1986, pp. 217-227.

¹⁰⁹ Arneson, “Lockean Self-Ownership”, *op. cit.*

¹¹⁰ Wolf, Clark, “Contemporary Rights, Lockean Provisos and the Interests of Future Generations”, *Ethics*, vol. 105, 1995, pp. 791-818.

¹¹¹ Steiner, H. y Vallentyne, P., “Libertarian Theories of Intergenerational Justice” en Gosseries, Axel y Meyer, Lukas H. (eds.), *Intergenerational Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 50-76.

sará en una tasa de ahorro más bien baja, mientras que en una sociedad opulenta pueden especificarse mayores porcentajes de ahorro, dado que entrañan un sacrificio menor”.¹¹² En una segunda etapa, una vez que han sido establecidas instituciones justas y que las libertades básicas han sido efectivamente alcanzadas, la acumulación neta exigida cae a cero. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que “los principios justos de ahorro se aplican a lo que una sociedad debe ahorrar como principio de justicia: si sus miembros desean ahorrar por otras razones, esto ya es otro asunto”.¹¹³ Esto es, los principios de justicia establecen niveles mínimos de ahorro pero permiten un ahorro mayor.

Este enfoque suscita una serie de interrogantes. Un primer conjunto de problemas se refieren al argumento a partir de la posición original. Paden sostiene, en este sentido, que existe una cierta “inconsistencia interna” entre el argumento y su conclusión (el principio de ahorro justo). En efecto, si las partes ahorran motivadas por su propio interés o por el de sus descendientes, entonces ¿por qué el objetivo del ahorro es el establecimiento de instituciones justas? ¿por qué no exigir ahorrar más allá de este objetivo? La solución de Paden se basa en dos tesis: a) el principio de ahorro justo es, como señala el propio Rawls, “una interpretación, obtenida en la posición original, del deber natural, previamente aceptado, de sostener y fomentar las instituciones justas”, y b) las partes en la PO poseen un sentido de la justicia que constituye una fuente independiente de motivación que los llevará a adoptar el deber natural de justicia. Wall, por su parte, nota una inconsistencia similar. Sin embargo, su solución es radicalmente distinta: debemos rechazar el principio de ahorro justo de dos-niveles y sustituirlo por un principio que exija un proceso de acumulación indefinido.

Un segundo conjunto de problemas se refieren a las relaciones entre el principio de la diferencia y el principio de ahorro justo. Rawls sostiene, al comienzo de su exposición sobre el tema, que el principio de la diferencia no resulta aplicable en el marco de la justicia entre generaciones. En este sentido, argumenta que

No existe forma alguna para las generaciones posteriores de mejorar la situación menos afortunada de la primera generación. Por ello, el principio de la diferencia no es aplicable al problema de la justicia entre generaciones y parecería implicar, si algo, que no debe ahorrarse en absoluto. Por lo tanto, el problema del ahorro debe abordarse de otro modo.¹¹⁴

¹¹² Rawls, *A Theory of Justice*, *op. cit.*, p. 327.

¹¹³ Rawls, *A Theory of Justice*, *op. cit.*, p. 328.

¹¹⁴ Rawls, *A Theory of Justice*, *op. cit.*, p. 291.

En este pasaje, Rawls esboza dos líneas argumentales. Por un lado, afirma que la situación de la primera generación, que presumiblemente será la menos aventajada, no puede mejorarse. Una forma de interpretar este argumento es que, dada la imposibilidad de cooperación, no corresponde la aplicación de principios de justicia (ver *ut supra*). Sin embargo, esta interpretación debe rechazarse pues entonces el argumento no funcionaría solamente contra el principio de la diferencia sino contra cualquier principio de justicia y esta no es la intención de Rawls. Una segunda forma de interpretarlo es la siguiente: si la situación de quienes están peor no puede mejorarse, entonces el razonamiento maximin no puede aplicarse. Sin embargo, esto es manifiestamente falso pues, aunque no puede mejorarse, la situación de la primera generación puede empeorarse aún más. Este es el caso si se le exige una tasa de ahorro positiva. La segunda línea argumental parte, precisamente, de este hecho: dado que la primera generación es la más desaventajada y que ahorrar la perjudicaría, el principio de la diferencia conduce a que no se ahorre en absoluto. Aunque la afirmación sea correcta,¹¹⁵ este argumento no está exento de problemas. En efecto, no parece racional que, otras cosas siendo iguales, las partes utilicen un principio de toma de decisiones en el ámbito intrageneracional (i.e, el principio maximin) y otro distinto en el ámbito intergeneracional.

Las tensiones a nivel del razonamiento de las partes en la posición original parecen replicarse en los principios que adoptan en consecuencia. En efecto, el principio de ahorro justo obliga a ahorrar hasta tanto se establezcan las instituciones justas y se garanticen las libertades básicas. Pero, presumiblemente, esto perjudicará a quienes están peor. Rawls sostiene explícitamente que “En cualquier generación las expectativas de los menos aventajados han de ser maximizadas, sujetándolas a la condición de dejar de lado los ahorros que fuesen reconocidos. Así, la institución del principio de la diferencia viene limitada por el principio del ahorro”.¹¹⁶ ¿Qué justifica esta prioridad? Wall considera que se trata de una consecuencia directa del abandono del razonamiento maximin. En este sentido, sostiene que, una vez que se rechaza aquél, dos consideraciones entran en juego en la posición original: 1) Las partes saben que cuanto menor el nivel de desarrollo ahorrar más difícil es ahorrar 2) Las partes acordarían un programa de

¹¹⁵ Murrell argumenta que, con los presupuestos de *Teoría de la Justicia* (i.e., interés por el bienestar de nuestros descendientes inmediatos) las partes en la PO decidirían ahorrar. Murrell, Peter S., “The Use of Maximin Principle As a Criterion for Just Saving”, *The Scandinavian Journal of Economics*, vol. 82, 1980, pp. 15-24.

¹¹⁶ Rawls, *A Theory of Justice*, *op. cit.*, 331.

ahorros que impusiera pequeños costos a una generación si ha de resultar en grandes beneficios para una generación adyacente. Sin embargo, nada hay en estas consideraciones que conduzca al principio de dos-etapas que defiende Rawls. Por lo tanto, sostiene que la tesis de que la justicia nunca requiere ahorros más allá del nivel básico (esto es, en la segunda etapa) es falsa. Las partes en la posición original acordarán, en cambio, un principio que exige a las generaciones en niveles más bajos de desarrollo ahorrar menos y a tasas más bajas; pero que no prohíbe, y de hecho requiere, algo de ahorro por parte de las generaciones anteriores y menos aventajadas para el beneficio de generaciones posteriores y más aventajadas. Se trata de un principio de justicia distributiva que otorga mayor peso a las “demandas” de los miembros de las generaciones más desaventajadas; pero que, no obstante, requiere de ellas que ahorren para el beneficio de generaciones posteriores y más aventajadas. A este principio lo llama “principio de ahorro prioritarista”.¹¹⁷

Meyer sostiene que puede interpretarse la teoría de Rawls como una teoría suficientista de justicia intergeneracional.¹¹⁸ Como señalamos más arriba, Meyer sostiene que para solucionar el problema de la no-identidad debe recurrirse a una noción alternativa de daño, que denomina “noción umbral de daño”. Argumenta, además, que existen buenas razones para fijar el umbral en términos suficientistas. En este orden de cosas, sugiere que puede leerse a Rawls desde esta óptica (lo que, entre otra cosas, explicaría el apartamiento del razonamiento maximin). En particular, Rawls establecería el umbral relevante para juzgar las obligaciones de quienes actualmente vivimos con las generaciones futuras en función de “las condiciones necesarias para establecer y preservar una estructura básica justa a lo largo del tiempo”.

Gosseries adopta un enfoque totalmente distinto para justificar la prioridad del principio de ahorro justo sobre el principio de la diferencia.¹¹⁹ En

¹¹⁷ Para una descripción general del prioritarismo: Parfit, Derek, “Equality and Priority”, *Ratio*, vol. 10, pp. 202–21. Para una defensa del prioritarismo entre generaciones: Adler, Matthew D., “Future Generations: A Prioritarian View”, *Scholarship at Penn Law*. Paper 293, 2009, en http://lsr.nellco.org/upenn_wps/293.

¹¹⁸ Meyer, Lukas H., “Intergenerational Justice”. *op. cit.* Para una aproximación a la noción de suficientismo. Casal, Paula, “Why Sufficiency Is Not Enough”, *Ethics*, vol. 117, 2007, pp. 296–326. Para una defensa del suficientismo en el contexto intergeneracional: Meyer, Lukas H. “Intergenerational Justice”. *op. cit.*; Meyer, Lukas H. y Roser, Dominic. “Enough for the Future”, *op. cit.*; Rendall, M., “Non-Identity, Sufficiency and Exploitation”, *Journal of Political Philosophy*, vol. 19, 2011, pp. 229-247.

¹¹⁹ Para la posición de Gosseries sobre el tema, véase Gosseries, Axel, “What Do We Owe to Next Generation(s)”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 35, 2001, pp. 293-354;

primer lugar, considera que el argumento que Rawls esgrime explícitamente para abandonar el criterio maximin en el contexto intergeneracional “está lejos de ser robusto”. El desafío, entonces, consiste en ofrecer una justificación plausible de la etapa de acumulación a pesar de que perjudica a quienes están peor (tanto intra como intergeneracionalmente). En este orden de ideas, Gosseries sostiene que la etapa de acumulación está justificada en virtud de la prioridad de la libertad; argumenta que “la razón por la que una violación del principio igualitario es permisible en la fase de acumulación tiene que ver con el objetivo de establecer tan pronto como sea posible las instituciones capaces de proteger las libertades personales básicas y con la prioridad de este objetivo”³.¹²⁰ La interpretación de Gosseries tiene dos ventajas. En primer lugar, justifica el punto en el que Rawls fija el paso de una etapa a la otra. En segundo lugar, parece eliminar las tensiones entre el plano intra e intergeneracional, ya que las partes son conducidas al principio de ahorro justo y a los dos principios de justicia razonando del mismo modo. Sin embargo, Gosseries considera que, dada esta justificación, es necesaria una reforma del principio de ahorro justo rawlsiano. Como vimos, en la segunda etapa el principio rawlsiano no exige pero tampoco prohíbe el ahorro. Para Gosseries, en cambio, tanto el ahorro como el desahorro deben prohibirse una vez que se garantizaron efectivamente las libertades básicas. En efecto, satisfecho el objetivo de defender las libertades básicas, no parece haber ninguna justificación para apartarse del igualitarismo maximin.

V. BIBLIOGRAFÍA

1. *Bibliografía Seleccionada*

ADLER, Matthew D., “Future Generations: A Prioritarian View”, *Scholarship at Penn Law*. Paper 293, 2009, en: http://lsr.nellco.org/upenn_wps/293.

Gosseries, Axel, “Theories of Intergenerational Justice”, *S.A.P.I.E.N.S* (Online), vol. 1, núm. 1, 2008, en <http://sapiens.revues.org/165>; y, Gaspard, F. & Gosseries, Axel, “Are Generational Savings Unjust?”, *Politics, Philosophy & Economics*, vol. 6, núm. 2, 2007, pp. 193–217.

¹²⁰ Gosseries, “Theories of Intergenerational Justice”, *op. cit.*, p. 68.

- ALEGRE, Marcelo, "Extreme Poverty in a Wealthy World: What Justice Demands", Pogge, Thomas (ed.), *Freedom from Poverty as a Human Right*. Oxford, Oxford University Press, 2007.
- _____, *Igualdad, Derecho y Política*, México, Fontamara, 2010.
- ANDERSON, Elizabeth S., "What Is the Point of Equality?", *Ethics*, vol. 109, núm. 2, 1999.
- ARNESON, Richard, "Equality and Equal Opportunity for Welfare", *Philosophical Studies*, vol. 56, núm. 1, 1989.
- ATTAS, Daniel, "A Transgenerational Difference Principle" en Gosseries, Axel y Meyer, Lukas H. (eds.), *Intergenerational Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- BARRY, Brian, "Circumstances of Justice and Future Generations", *Obligations to Future Generations*, Sikora, Richard y Barry, Brian (eds.), Temple University Press, Philadelphia, 1978.
- _____, *Liberty and Justice*, Clarendon Press, Oxford, 1991.
- BEITZ, Charles, "Cosmopolitan Ideals and National Sentiment", *Journal of Philosophy*, vol. 80, 1983.
- _____, *Political Theory and International Relations*, Princeton, Princeton University Press, 1979
- BLAKE, Michael, "Distributive Justice, State Coercion and Autonomy", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 30, 2001.
- BOXILL, Bernard, "Global Equality of Opportunity and National Integrity", *Social Philosophy and Policy*, vol. 5, 1987.
- BUCHANAN, Allen, *Justice, Legitimacy and Self Determination*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- CANEY, Simon, "Cosmopolitan Justice and Equalizing Opportunities" en Pogge, Thomas (ed.), *Global Justice*, Malden, Blackwell Publishing, 2003.
- CASAL, Paula, "Why Sufficiency Is Not Enough", *Ethics*, vol. 117, 2007.
- COHEN, Joshua y SABEL, Charles, "Extra Republicam Nulla Justitia?", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 36, 2006.
- DE-SHALIT, y THOMPSON, Janna, "Identity and Obligation in a Transgenerational Polity" en Gosseries, Axel y Meyer, Lukas H. (eds.), *Intergenerational Justice*. Oxford University Press, Oxford, 2009.
- DWORKIN, Ronald, *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- _____, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2000.
- ELLIOT, R., "Future Generations, Locke's Proviso and Libertarian Justice", *Journal of Applied Philosophy*, vol. 3, 1986.

- EPSTEIN, Richard, "Justice Across Generations" en Laslett, P. y Fishkin, J. (eds.), *Justice Between Age Groups and Generations*, Yale University Press, New Haven/London, 1992.
- FREEMAN, Samuel, *Rawls*. Oxon, Routledge, 2007.
- GASPART, F. & GOSSERIES, Axel, "Are Generational Savings Unjust?", *Politics, Philosophy & Economics*, vol. 6, núm. 2, 2007.
- GILBERT, Pablo, *From Global Poverty to Global Equality*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- GOSSERIES, Axel, "Intergenerational Justice" en LaFollete, Hugh (ed.), *The Oxford Handbook of Practical Ethics*. Oxford University Press, Oxford, 2003.
- _____, "On Future Generation's Future Rights" en *The Journal of Political Philosophy*, vol. 16, núm. 4, 2008.
- _____, "Theories of Intergenerational Justice" en S.A.P.I.E.N.S (Online), vol. 1, núm. 1, 2008. URL: <http://sapiens.revues.org/165>.
- _____, "What Do We Owe to Next Generation(s)", *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 35, 2001.
- GUARIGLIA, Osvaldo, "Enforcing Economic and Social Human Rights" en Pogge, Thomas (ed). *Freedom from Poverty as a Human Right*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- _____, *En camino de una justicia global*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- HEYD, David. "A Value or an Obligation? Rawls on Justice to Future Generations" en Gosseries, Axel y Meyer, Lukas H. (eds.), *Intergenerational Justice*. Oxford University Press, Oxford, 2009.
- KAVKA, Gregory, "The Paradox of Future Individuals", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 11, núm. 2, 1982.
- KUMAR, Rahul, "Who Can Be Wronged?", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 31, núm. 2, 2003.
- KYMLICKA, Will, *Contemporary Political Philosophy*, 2a. Ed., Oxford University Press, USA, 2002.
- MECKLED-GARCÍA, Saladin, "On the Very Idea of Cosmopolitan Justice", *Journal of Political Philosophy*, vol. 16, 2008, pp. 245-271.
- MEYER, Lukas H, "Intergenerational Justice" en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2010. En <http://plato.stanford.edu/archives/spr2010/entries/justiceintergenerational/>.
- MEYER, Lukas H. y ROSER, Dominic, "Enough for the Future" en Gosseries, Axel y MEYER, Lukas H. (eds.), *Intergenerational Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

- MILLER, David, *National Responsibility and Global Justice*, Oxford University Press, 2007.
- MOELLENDORF, Darrell, *Cosmopolitan Justice*, Boulder, Westview Press, 2002.
- _____, *Global Inequality Matters*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2009.
- MONTERO, Julio, “Do Affluent Countries Violate the Human Rights of the Global Poor?”, *Global Justice: Theory, Practice, Rhetoric*, vol. 3, 2010.
- NAGEL, Thomas, “The Problem of Global Justice”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 33, 2005.
- _____, *Equality and Partiality*, Oxford University Press, New York, 1991.
- NOZICK, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*. Basic Books, New York, 1974.
- PARFIT, Derek, *Equality or Priority?*, Kansas, University of Kansas, 1995.
- _____, *Razones y Personas*, Madrid, Antonio Machado Libros, 2004.
- PATTEN, Allan, “Should We Stop Thinking about Poverty in Terms of Helping the Poor?”, *Ethics and International Affairs*, vol. 19, 2005.
- POGGE, Thomas, “Can the Capability Approach Be Justified?”, *Philosophical Topics*, vol. 30, núm. 2, 2002.
- _____, *Realizing Rawls*. Ithaca, Cornell University Press, 1989, tercera parte.
- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Revised Edition. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1999.
- _____, *The Law of Peoples with “The Idea of Public Reason Revisited”*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1999.
- REIMAN, Jeffrey, “Being Fair to Future People: The Non-Identity Problem in the Original Position”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 35, núm. 1, 2007.
- RIVERA LÓPEZ, Eduardo, “Pobreza global y conocimiento empírico”, *Revista Latinoamericana de Filosofía*, vol. XXXIII, 2007.
- SANGIOVANNI, Andrea, “Global Justice, Reciprocity and the State”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 35, 2007.
- SCHWARTZ, Thomas, “Obligations to Posterity” en Sikora, Richard y Barry, Brian (eds.), *Obligations to Future Generations*, Temple University Press, Philadelphia, 1978.
- SEN, Amartya, “Equality of What?”. The Tanner Lectures on Human Values, 1979 en Rawls, John, y McMurrin, Sterling M., *Liberty, Equality, and Law: Selected Tanner Lectures on Moral Philosophy*. University of Utah Press, Salt Lake City, 1987.
- SHUE, Henry, *Basic Rights: Subsistence, Affluence and US Foreign Policy*, Princeton, Princeton University Press, 1996.

- SMOLKIN, Doran, “Toward A Rights-Based Solution to the Non-identity Problem”, *Journal of Social Philosophy*, vol. 30, núm. 1, 1999.
- SOLUM, Lawrence B. “To Our Children's Children: The Problems of Intergenerational Ethics”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 35, 2001.
- STEINER, H. y VALLENTYNE, P., “Libertarian Theories of Intergenerational Justice” en Gosseries, Axel y Meyer, Lukas H. (eds.), *Intergenerational Justice*. Oxford University Press, Oxford, 2009.
- TEMKIN, Larry, *Inequality*, Oxford University Press, New York, 1993.
- WALDRON, Jeremy, “Basic Equality” (December 5, 2008) en *NYU School of Law, Public Law Research Paper*, núm. 08-61, en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1311816>.
- WOLF, Clark, “Markets, Justice, and the Interests of Future Generations”, *Ethics and the Environment*, vol. 1, núm. 2, 1996.
- _____, “Contemporary Rights, Lockean Provisos and the Interests of Future Generations”, *Ethics*, vol. 105, 1995.
- WOODWARD, James, “The Non-identity Problem”, *Ethics*, vol. 96, núm. 4, 1986.

2. Lecturas de Apoyo

- ABIZADEH, Arash, “Cooperation, Pervasive Impact and Coercion: On the Scope (not Site) of Distributive Justice”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 35, 2007.
- BARRY, Christian, VALENTINI, Laura, “Egalitarian Challenges to Global Egalitarianism: A Critique”, *Review of International Studies*, vol. 35, 2009.
- BEITZ, Charles, “International Liberalism and Distributive Justice: A Survey of Recent Thought”, *World Politics*, vol. 51, 1999.
- BLAKE, Michael, “International Justice”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. 2005, en <http://plato.stanford.edu/entries/international-justice/>.
- BUCHANAN, Allan, *Justice, Legitimacy and Self-Determination: Moral Foundations for International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- CANEY, Simon, *Justice Beyond Borders*, Oxford, Oxford University Press, 2005 (especialmente, capítulo 4).
- GARGARELLA, Roberto, *Las teorías de la Justicia después de Rawls*, Paidós, 1999.
- GILBERT, Pablo, *From Global Poverty to Global Equality*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

- GOSSERIES, Axel y MEYER, Lukas H. (eds.), *Intergenerational Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- GOSSERIES, Axel, “Theories of Intergenerational Justice”, *S.A.P.I.E.N.S* (Online), Vol. 1, núm. 1, 2008, en <http://sapiens.revues.org/165>.
- GUARIGLIA, Osvaldo, *En camino de una justicia global*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- KYMLICKA, Will, *Contemporary Political Philosophy*, 2a. Ed., Oxford, Oxford University Press, 2002.
- MEYER, Lukas H., “Intergenerational Justice”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2010, en <http://plato.stanford.edu/archives/spr2010/entries/justiceintergenerational/>.
- MILLER, David, *National Responsibility and Global Justice*. Oxford, Oxford University Press, 2007.
- MOELLENDORF, Darrell, *Global Inequality Matters*, Basingstock, Palgrave Macmillan, 2009.
- NINO, Carlos, *Ética y derechos humanos*, 2a. ed., Astrea, Buenos Aires, 1989,
- POGGE, Thomas (ed.), *Freedom from Poverty as a Human Right*. Oxford, Oxford University Press, 2007.
- POGGE, Thomas (ed.), *Global Justice*. Oxford, Blackwell Publishing, 2003.
- _____, *Human Rights and World Poverty*, Cambridge, Polity Press, 2002.
- SANGIOVANNI, Andrea, “Global Justice, Reciprocity and the State”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 35, 2007.
- SOLUM, Lawrence B., “To Our Children's Children: The Problems of Intergenerational Ethics”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 35, 2001.
- TAN, Kok-Chor, *Justice Without Borders: Cosmopolitanism, Nationalism and Patriotism*. Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- WOLF, Clark, “Intergenerational Justice” en Frey, R. G. y Welmann, Christopher H. (eds.), *A Companion to Applied Ethics*, Blackwell Publishing, Malden, MA, 2003.

CAPÍTULO 46

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

Rosa María RICOY CASAS*

SUMARIO. I. *El principio de igualdad.* II. *Igualdad formal o igualdad de trato.* III. *La discriminación por razón de sexo.* IV. *El principio de equiparación y el principio de diferenciación en España. El paso de una jurisprudencia constitucional de indiferenciación a la admisión de ciertas desigualdades.* V. *La distinción de las desigualdades. El test de razonabilidad o interdicción de la arbitrariedad. Las excepciones prohibidas y la confusión doctrinal con respecto a las medidas protectoras, y las excepciones permitidas del principio de igualdad a favor de la mujer. El principio de no discriminación como puente hacia la igualdad material.* VI. *Las dimensiones formal y material del principio de igualdad. las acciones positivas.* VII. *Bibliografía.*

I. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Tratar de dar cuenta de la significación y alcance de la igualdad en cualquier sistema constitucional supone *una tarea ardua e indócil que se resiste a ser cumplida plena y satisfactoriamente.*¹ Esta respuesta que por naturaleza parece deficitaria, resulta por ello *un proyecto realmente ambicioso.*² Muchos han sido los esfuerzos dirigidos a ese fin por parte de nuestra doctrina, especialmente en aras a encontrar un concepto con cierta unanimidad, pese a las paradojas a las que el mismo aboca.

“Todos somos iguales” es una frase no por repetida clara, pues la dificultad de establecer el significado descriptivo de la igualdad estriba sobre

*Profesora de la Universidad de Vigo y Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), España.

¹ Pérez-Luño, Antonio Enrique, “Sobre la igualdad en la Constitución española”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. IV, 1987, p.133; Pérez-Luño, Antonio Enrique, *Dimensiones de la igualdad*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, núm. 34, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 11 y 12.

² Durán y Lalaguna, Paloma, “Notas sobre la igualdad”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XI, 1994, p. 229.

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 2, pp. 1639-1676.

todo en su indeterminación, de modo que *decir que dos entes son iguales, sin otra determinación, nada significa en el lenguaje político, si no se especifica de qué entes se trata y respecto a qué cosa son iguales.*³ Ello se traduce en dos preguntas a las cuales, según Bobbio, ha de responderse: ¿Igualdad entre quiénes?, e ¿Igualdad en qué?

Para responder a la primera pregunta, ha de partirse de la idea de que la igualdad necesita de una pluralidad de entes entre los que se trata de establecer qué relación, en torno a algún rasgo en concreto, existe entre ellos. Ello, traducido en relación a los sujetos, supone entender la igualdad como *un valor para el hombre en cuanto ente genérico, es decir, en cuanto es un ente perteneciente a una determinada clase, justamente la humanidad.*⁴

La segunda pregunta, “¿igualdad en qué?”, va dirigida a discernir los rasgos, uno o varios, que se predicán de ese conjunto de entes diversos, en este caso referido a una o varias personas en cuanto a pertenecientes a una sociedad, o a la humanidad en general. De esta manera, *toda igualdad es siempre, por eso, relativa, pues sólo en relación con un determinado tertium comparationis puede ser afirmada o negada, y la fijación de ese tertium es una decisión libre, aunque no arbitraria, de quien juzga.*⁵ Así, toda igualdad es siempre relativa, al necesitar un determinado *tertium comparationis*, o lo que es lo mismo; debido a que su puesta en práctica demanda necesariamente más de un sujeto pasivo a diferencia por ejemplo de la libertad, la cual puede ser definida de modo independiente, pero la fijación de ese *tertium* es una decisión libre, pero no por ello arbitraria de quien juzga. Precisamente esa valoración es lo que la jurisprudencia constitucional denomina razonabilidad o interdicción de la arbitrariedad: para que exista violación del principio de igualdad es preciso que el tratamiento desigual *esté desprovisto de una justificación objetiva y razonable*, para no incurrir en una discriminación.

Debe señalarse no obstante, que hay quienes han considerado que para completar estas dos preguntas, sería necesario formular todavía una tercera: “¿Para qué o por qué se invoca la igualdad?” En esta última cuestión se encontraría, según algún autor, la razón última de la igualdad, pues *hay que saber por qué la consecución de la igualdad es algo deseable, esto es, por qué se presenta*

³ Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, Paidós, 2000, pp. 53 y 54.

⁴ *Ibidem*, p. 55.

⁵ Rubio Llorente, Francisco, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 31, 1991, pp. 12 y ss.

como algo valioso,⁶ aunque hoy en día, a pesar de su quebrantamiento, es unánime su invocación como derecho imprescindible.

Asimismo el concepto de igualdad convive entre aporías en las que se desenvuelve y a las que a veces conduce.⁷ Así, igualdad e identidad se confunden fácilmente, y lo mismo ocurre con los términos de igualdad y justicia. Con respecto a los primeros, ha de excluirse la confusión terminológica de la identidad con la igualdad porque ésta parte de la diversidad, esto es, parte de dos sujetos distintos, pero respecto a los cuales se hace abstracción de las diferencias para subrayar su igualdad en atención a una característica común.⁸ La identidad engloba sin embargo, un conjunto de caracteres o circunstancias que hacen que alguien o algo sea reconocido sin posibilidad de confusión, las cuales al ser comparadas, en este caso respecto a otro sujeto, ponen en evidencia el hecho de que entre los mismos no existe, al contrario que en el caso de la igualdad, diferencia alguna, y por lo tanto, son intercambiables.

Asimismo y en relación a los términos de igualdad y justicia, en muchas ocasiones el valor de la igualdad no se distingue del concepto de ésta, hasta el punto de que *la expresión “libertad y justicia” se usa con frecuencia como equivalente de la expresión “libertad e igualdad”*.⁹ Hay quien ha llegado a afirmar, que hoy en día, a menudo *cualquier actuación, comportamiento o situación que sean contrarios a las exigencias de la igualdad suelen suscitar una inmediata desaprobación, un inmediato rechazo por considerarlos injustos*,¹⁰ pese a que esta afirmación deba ser

⁶ Maritain, Jacques, “Introducción”, *Los derechos del Hombre. Estudios y comentarios en torno a la nueva Declaración Universal reunidos por la UNESCO*, F.C.E., Méjico-Buenos Aires, 1949, p. 15, citado por Segura Ortega, Manuel, “La igualdad como fundamento de los derechos humanos”, A.A.V.V., *El principio de igualdad en la Constitución Española*, XI Jornadas de Estudio del Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica, de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 579.

⁷ Valcárcel, Amelia, *El concepto de igualdad*, Madrid, Editorial Pablo Iglesias, 1994, p. VIII.

⁸ Prieto Sanchís, Luis, “Ley, principios, derechos”, *Cuadernos Bartolomé de las Casas* núm. 7, Dikynson, 1998, p. 83, y Pérez-Luño, “Sobre la igualdad en la Constitución Española”, *op. cit.*, p. 134.

⁹ Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, Paidós, 2000, p. 56. Sobre la relación de estos dos conceptos resulta interesante la obra: Vázquez, Rodolfo, *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la Filosofía del Derecho*, Trotta, Madrid, 2006. Esta idea no es reciente, pues ya los Pitagóricos concibieron la justicia como igualdad. Posteriormente Aristóteles recibió esta idea y le dio un considerable desarrollo hasta el punto de considerarse su doctrina de la justicia como la formulación clásica de la idea de la justicia como igualdad: “Parece que la justicia consiste en la igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es, en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales” Aristóteles, *Política*, Espasa Calpe, Madrid, 1985, libro II, 1280 a.

¹⁰ Fernández Ruiz-Gálvez, Encarnación, *Igualdad y Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 15 y 16. A este respecto podemos distinguir dos tipos de posiciones: de un lado la

matizada, tal vez por falta en parte de realismo, y de otro modo, porque en ocasiones precisamente es más justo el establecimiento de ciertas desigualdades en la búsqueda de una igualdad más real. Es necesario procurar las condiciones para que el derecho a la libertad sea un derecho igual para todos,¹¹ pues si, por ejemplo, uno no vive mínimamente bien, si uno no posee unas condiciones razonablemente favorables —culturales, sociales, o económicas—, la libertad no es posible, aunque formalmente sea atributo de todos, dirigiéndose también por ello las expectativas de igualdad y libertad al Estado: “hay libertades que obligan”.¹² Aunque no ha sido realmente una feminista activa, Virginia Woolf ya señaló la importancia de conectar la cuestión de los recursos con la de la libertad en su ensayo “una habitación propia”.¹³ En páginas posteriores será precisada la necesidad de diferenciar y aplicar en muchas ocasiones la “igualdad material”, y no meramente formal.

Sin embargo, pese a estas y muchas otras dificultades y confusiones terminológicas y a ser definido por estas razones como un *término excesivamente vago*,¹⁴ *de difícil delimitación*,¹⁵ *incompleto*,¹⁶ *polisémico*, *complejo o fluido*,¹⁷ la idea de

postura de quienes subrayan que la justicia como valor moral específico consiste precisamente en la igualdad: Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, trad. De G.R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968; postura que bien puede traducirse en la comprensión de la justicia como virtud particular consistente en la igualdad. De otro lado se encuentran quienes sostienen que la igualdad es uno de los fines o valores que integran, junto con otros, el contenido de la idea de justicia. Esta línea se puede considerar como la ya clásica concepción de la justicia como unión de libertad e igualdad: Peces-Barba, Gregorio, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 27, 117-119 y 141 y ss.; Peces-Barba, introducción a la obra: Bobbio, *Igualdad y libertad*, *op. cit.*; Ollero, Andrés, “Principio de igualdad y teoría del Derecho”, *Derechos Humanos y metodología jurídica*, CEC, Madrid, 1989, pp. 283 y 284; Ollero, “Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial,” CEC, Madrid, 1989, p. 14; Ollero, *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, CEC, Madrid, 1999, pp. 161 y 162.

¹¹ “La libertad cobra significado cuando existe efectivamente libertad igual, la misma libertad para todos y cada uno”, Sartori, Giovanni, *Teoría de la democracia*, Alianza, Madrid, 1988, p. 417.

¹² Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, México, FCE, 1995.

¹³ Wolf, Virginia, *Una habitación propia*, Barcelona, Seix Barral, 2001.

¹⁴ Guisán, Esperanza, “Igualdad, imparcialidad y bienestar en la ética contemporánea”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. IV, Madrid, 1987, p. 10.

¹⁵ Durán y Lalaguna, Paloma, “Notas sobre la igualdad”, *Anuario de Filosofía del Derecho* XI, 1994, p. 233.

¹⁶ Martínez, J. I., “El principio de igualdad y la producción de diferencias en el Derecho”, A.A.V.V., *El principio de igualdad en la constitución española*, *op. cit.*, p. 539 y ss.

¹⁷ Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 39.

igualdad es el motor y el fundamento de las sociedades democráticas actuales.¹⁸ Quizás por ello, nadie renuncia a su herencia ni al mantenimiento de la misma, hasta el punto de que algún autor ha señalado que *la igualdad deviene presupuesto para todo Estado democrático de Derecho*,¹⁹ una vez heredada en la tríada fundamental de la política moderna, la divisa de la Revolución francesa: *liberté, égalité, fraternité*.

En el mismo ordenamiento jurídico, como es el caso español, puede ocurrir que para unos, la igualdad sea un valor,²⁰ para otros un principio,²¹ un derecho fundamental,²² e incluso existen quienes consideran estas posiciones no contradictorias, y se muestran partidarios por reconocer la existencia de estas tres complementarias dimensiones de la igualdad.²³

En la mayoría de las Constituciones de los Estados considerados democráticos,²⁴ la igualdad se establece como un derecho fundamental,²⁵ y en

¹⁸ Valcárcel, *El concepto de igualdad*, op. cit., p. 8.

¹⁹ Rodríguez- Piñero, Miguel, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 19. En este mismo sentido Aparisi Miralles, Angela, “Discriminación y derecho a la igualdad. Las vías para el acceso al reconocimiento de la igualdad”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XII, 1995, p. 270.

²⁰ Entre otros autores, es entendida como un valor por Valcárcel, *El concepto de igualdad*, op. cit., p. 7.

²¹ Aunque no reduce su dimensión a principio, sí realiza un interesante análisis en torno a la polémica distinción entre valor y principio, el autor Pérez-Luño, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 292 y ss.; Pérez-Luño, “Sobre la igualdad en la Constitución Española”, op. cit., pp. 142 y 143.

²² Valdés Dal-Ré, Fernando, Prólogo a la obra *El principio de igualdad en la Constitución...*, op. cit., pp. 18 y 19.

²³ Para hablar sobre la triple dimensión de los valores constitucionales, véase Pérez-Luño, “Sobre la igualdad en la Constitución española”, op. cit., p. 141, Pérez-Luño; *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit., pp. 288 y 289; Peces-Barba, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 151 y 152; Santamaría Ibeas, José Javier, *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Burgos, Dykinson, 1997.

²⁴ Debe recordarse que a pesar de reconocerse la democracia como el mejor de los sistemas políticos, los debates alrededor del concepto, o lo que es lo mismo, las respuestas a la pregunta “¿qué es la democracia?” están bastante lejos de alcanzar la unanimidad. Un politólogo, Sartori, ha formulado la pregunta ¿cómo es que un “deber ser” se convierte en “ser”? respondida por Robert Dahl a través de dos conceptos: “democracia” (el ideal o los fines ideales) y “poliarquía” (los gobiernos democráticos reales). En este sentido, “poliarquía” es un sistema político en el que las instituciones necesarias para el funcionamiento de un proceso democrático que cumpla determinados requisitos esenciales (tales como la participación efectiva, la igualdad de voto, libertad de expresión, cargos electos, sistemas de partidos y sistemas electorales, etc.) existen por encima de un umbral determinado (son democracias imperfectas), y por lo tanto, debe ir perfeccionándose hasta acercarse al ideal democrático. Tres son principalmente los problemas o desafíos para su consecución: el orden económico, la diversidad cultural y la educación cívica.

muchas además, se considera un valor esencial del ordenamiento jurídico, como en el caso español, en donde *sirve de base y condiciona el alcance de numerosos preceptos constitucionales*.²⁶ Ello también puede constatarse en la cantidad de menciones a la igualdad que existen en la mayoría de las constituciones, *expresando un canon general de coherencia*.²⁷ y por lo tanto convirtiéndose en un *principio en sentido ontológico*²⁸ que, informando a la postre al ordenamiento jurídico en su conjunto, hace que nos situemos ante un *valor-guía no sólo de la ética jurídica, sino también política y social*.²⁹

No obstante, debe tenerse en cuenta que refleja una aspiración del grupo social que se concreta de diferente manera según el sistema político y el tipo de Constitución, pues *la igualdad no puede existir sin Estado, sin fronteras*,³⁰

²⁵ Algún autor ha señalado que la igualdad *aparece ineludiblemente asociada a la propia noción de derecho fundamental*: Valdés Dal-Ré, Fernando, Prólogo a la obra *El principio de igualdad en la Constitución Española*, *op. cit.*, pp. 18 y 19. Asimismo, se han manifestado a favor de su dimensión de derecho fundamental, entre otros: Cano Mata, Antonio, *El principio de igualdad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Madrid, Edersa, 1983, p. 8; Rodríguez- Piñero Bravo-Ferrer, Miguel y Fernández, María Fernanda, *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986; Pérez-Luño, “Sobre la igualdad en la Constitución española”, *op. cit.* Sin embargo, otros autores han entendido que la igualdad no es un derecho fundamental, entre quienes se encuentran aquellos que afirman que tan solo posee el carácter de principio: Basile, Silvio, “Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas”, Predieri, Alberto y García De Enterría, Eduardo (ed.), *La Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1980, p. 277; Gálvez, Javier, “Artículo 14”, Garrido Falla, Fernando, *Comentario a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, pp.182 y 183.

²⁶ Rodríguez-Piñero Miguel y Bravo-Ferrer, Prólogo a la obra: Ollero, Andrés, *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid, 1999, p. 13; Rodríguez- Piñero, *Igualdad y discriminación*, *op. cit.*, pp. 18 y 19 en donde se reitera sobre esta idea, señalando que el reconocimiento de la igualdad como valor constitucional la convierte en criterio general que inspira el ordenamiento en su conjunto y que sirve de criterio de interpretación e integración del ordenamiento y dentro de él también de la propia Constitución.

²⁷ Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 41.

²⁸ Valdés Dal-Ré, Fernando, Prólogo a la obra *El principio de igualdad en la Constitución Española*, A.A.V.V., *El principio de igualdad en la Constitución Española*, *op. cit.*, p. 19.

²⁹ Pérez-Luño, Antonio Enrique, “El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 1, 1981, p. 257.

³⁰ Rubio, Ana, “Igualdad y diferencia. ¿Dos principios jurídicos?”, *Derechos y Libertades*, núm. 4, 1995, p. 262. En este sentido: “mientras que en los sistemas jurídicos de la órbita anglosajona en los que la soberanía del Parlamento suele ser omnimoda, (...) el principio de igualdad se configura como principio eminentemente procesal, mientras que en aquellos sistemas herederos de la tradición romanista, (...) la igualdad suele configurarse como principio constitucional afectando, por tanto, no solo a la aplicación de la ley sino al contenido de la misma”, Moreno López, Angustias, “La igualdad en la titularidad de los derechos

no opera de modo idéntico en todos y cada uno de los ordenamientos, y dentro de ellos de manera diferente en cada período histórico, pues ha *ido tomando cuerpo de un modo progresivo*.³¹ Ello es debido a que la operatividad específica de este principio está en cada ordenamiento marcada por las reglas de funcionamiento que el propio sistema normativo, con la Constitución al frente, le señala, y *de igualdad, no es un valor extrajurídico que imponga sus contenidos en la práctica sin mediaciones legales o por encima de ellas*.³² De este modo, *con el término igualdad se alude a ideas, valores y sentimientos muy dispares, producto de concepciones del mundo, muchas veces, antagónicas*,³³ pues otras tantas han sido las tendencias políticas ideológicas que, enarbolando la bandera en pos de la igualdad, se han mostrado acérrimas defensoras de la misma.

Siguiendo a Pérez-Luño, los derechos fundamentales³⁴ constituyen la principal garantía con la que cuentan los ciudadanos de un Estado de De-

humanos en la normativa internacional”, *Anuario del Seminario Permanente sobre Derechos Humanos*, Univ. de Jaén, 1993/1994, pp. 57 y 58. En el mismo sentido Bobbio señala que el hecho de que en todos los contextos en los que la igualdad se invoca, la igualdad de que se trata es siempre una igualdad determinada o *secundum quid*, que recibe su contenido axiológicamente relevante justo de ese *quid* que especifica su significado; Bobbio, *Igualdad y libertad*, *op. cit.*, p. 68.

³¹ Laporta, Francisco, “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, *Sistema*, julio 1985, núm. 67, p. 5. Sobre la importancia de la historia para el estudio de los derechos y para la propia existencia de los mismos ha insistido de modo especial Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales (I)*, Teoría General, Eudema, Madrid, 1991, p. 244; Peces-Barba Martínez, “Sobre el puesto de la historia en el concepto de los Derechos Fundamentales”, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Eudema Universidad, Madrid, 1988, pp. 227 y ss.

³² García Amado, Juan Antonio, “Problemas metodológicos del principio constitucional de igualdad”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 4, 1997, p.120.

³³ Pérez-Luño, *El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales*, *op. cit.*, pp. 255 y ss.

³⁴ El término “derechos fundamentales”, *droits fondamentaux*, tiene su génesis en el movimiento revolucionario que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en Francia. Quizás ello se explica a razón de que *se da un estrecho nexo de interdependencia, genético y funcional, entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales*. Su propia amplitud y la autenticidad de su recepción dependen de su interrelación con éste, de modo que *cuanto más intensa se revela la operatividad de este modelo de Estado, mayor es el nivel de tutela de los derechos fundamentales*: Pérez-Luño, Antonio Enrique, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 19 -26.

Ha de señalarse que los términos “DERECHOS HUMANOS” y “DERECHOS FUNDAMENTALES” son utilizados en numerosas ocasiones y de forma errónea, como sinónimos. Se podría reservar el término “derechos fundamentales” para designar aquellos derechos que han sido positivados por el ordenamiento jurídico, generalmente en la Constitución, y que gozan de garantías reforzadas para su cumplimiento. Como “derechos humanos” se pueden entender los derechos naturales positivados en las declaraciones, convenciones, que constituyen exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de la persona y que todavía

recho de que el sistema jurídico y político en su conjunto se oriente hacia el respeto y promoción de la persona humana; en su estricta dimensión individual, Estado liberal de Derecho, o conjugando ésta con la exigencia de solidaridad corolario del componente social y colectivo de la vida humana, Estado social de Derecho³⁵.

En todo caso, sea cual fuere la modalidad de Estado, el catálogo de derechos y libertades que la Constitución incorpora es la expresión de la reserva de Poder que se hace la sociedad a sí misma y en la que no puede entrar el legislador ordinario. Están por encima de la democracia, fuera del pluralismo y del debate político porque son exigencia de la dignidad de cada ser humano. De esta manera, la propia Constitución puede regularlos, concretarlos o desarrollarlos, pero en ningún caso desconocerlos, limitarlos o vaciarlos. De ahí también, la especial protección de la que se les dota a los derechos fundamentales entre los que, como hemos reiterado, se encuentra la igualdad.

Pero, en relación con lo anterior, y siguiendo a Prieto Sanchís, cualesquiera que sean los concretos medios de tutela previstos por cada ordenamiento, cuando el sistema de derechos fundamentales no ofrece al titular la posibilidad de obtener su satisfacción frente a los sujetos obligados, no cabe hablar en rigor de una verdadera existencia jurídica de DERECHOS³⁶ y, por ello, es necesario ofrecer una especial protección que garantice la efectividad de los mismos. Más allá del ámbito de la fundamentación y argumentación, el problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de justificarlos como el de protegerlos. Es un problema no filosófico, sino político.³⁷ Lamentablemente, Prieto Sanchís, afirma que los derechos humanos se han erigido hoy en un concepto tan difundido como difuso. Seguramente ello explica por qué los derechos humanos se han

no han sido reconocidas por el ordenamiento jurídico, pero que en su mayoría deberían serlo, y por ello, devendrían una especie de categoría previa de los derechos fundamentales: Estas definiciones, coincidente con las de Pérez-Luño, no las comparte el profesor Peces-Barba, a quien le parece que de este modo reserva el término “derechos humanos” para la moralidad y “derechos fundamentales” para la juridicidad. Dos dimensiones que sin embargo él integra en la propia noción de derechos fundamentales, según el cual *expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica*: Peces-Barba Martínez, *Curso de Derechos Fundamentales (I)*, *Teoría General*, *op. cit.*, p. 37.

³⁵ Pérez-Luño, *Los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 20. Para más abundamiento sobre este tema, también véase Prieto Sanchís, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.

³⁶ Prieto Sanchís, Luis, “El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución Española”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 2, 1983, p. 370.

³⁷ Bobbio, Norberto, *El Tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, p. 61.

convertido en uno de los terrenos más fértiles de la demagogia política.³⁸ Al ser tan amplio, conceptualmente hablando, su campo de extensión, tienden a perder especificidad, y aumenta como consecuencia su grado de indeterminación. Y es que los Derechos Humanos constituyen una cierta realidad polivalente,³⁹ o, según Pérez-Luño, un “paradigma de equivocidad”.⁴⁰ En este sentido, y en relación con el ejercicio del poder político y su aviesa utilización, comparto con Blázquez-Ruiz en que asistimos a una manifiesta y progresiva devaluación de la fuerza significativa de los derechos humanos, así como de su carácter vinculante.⁴¹

Es una práctica habitual en los sistemas democráticos, su reconocimiento ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, la posibilidad de acudir a la Institución del Defensor del Pueblo, o la reserva de ley, en muchas ocasiones orgánica o de mayoría absoluta. Pero, sean cuales sean los ámbitos en los que repetidamente se insiste sobre la salvaguardia que debe dársele al derecho de igualdad y a los mecanismos para hacerlo efectivo, ha de precisarse la especial protección que en general, las Constituciones, han establecido para erradicar la discriminación producida por razón de sexo. Como sostuvo el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en 1978 en la sentencia *Defrenne III*, el mandato contenido en la Constitución para la eliminación de toda discriminación por razón de sexo, es un auténtico derecho fundamental garantizado por el Derecho Comunitario.⁴²

Como desarrollaremos posteriormente, la vulneración del principio de igualdad en virtud de esta causa, por razón de sexo, se ha configurado como un motivo especialmente odioso e histórico por el que se sigue discriminando, y por ello, se exige un control más estricto en su utilización, por entender que el sexo es un motivo especialmente “sospechoso” cuando es utilizado para establecer una diferenciación. Es lo que ha venido a configurarse como la “doctrina de la clasificación sospechosa” cuyo principal objeto es el de eliminar este tipo de desigualdad o situación discriminatoria incompatible con la dignidad humana.⁴³

³⁸ Prieto Sanchís, *Estudios sobre derechos fundamentales*, op. cit., p. 19.

³⁹ De Castro Cid, Benito, *El reconocimiento de los derechos humanos*, Madrid, 1989, p. 13.

⁴⁰ Pérez-Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit., 1984, p. 25.

⁴¹ Blázquez-Ruiz, Francisco Javier, *Igualdad, libertad y dignidad*, Universidad Pública de Navarra, Navarra, 2003, p.14.

⁴² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 15 de junio de 1978, caso *Defrenne III*.

⁴³ Sobre esta cuestión: Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, pp. 51-54.

II. LA IGUALDAD FORMAL O IGUALDAD DE TRATO

La igualdad formal o igualdad de trato supone no realizar ningún tipo de distinción entre los individuos ante la ley, de tal modo que dicha igualdad se presenta *erga omnes* y dotada de las suficientes notas de generalidad y abstracción como para dirigirse a un genérico *homo iuridicus*,⁴⁴ o lo que es lo mismo; que los ciudadanos han de ser tratados de forma idéntica tanto en relación al contenido de la ley (garantizando que las leyes sean iguales para todos y no se contenga en las mismas distinción alguna desterrando con ello cualquier tipo de privilegio), como en su aplicación (fundamentalmente por los órganos jurisdiccionales); igualdad en la ley e igualdad en la aplicación de la ley. De este modo, nadie puede ser tratado de manera diferente por ningún motivo.

Esta última afirmación respecto a la dimensión de la igualdad en la aplicación de la ley ha de ser sin embargo matizada, pues si bien es cierto que en sus orígenes el órgano de aplicación no debía de realizar más distinciones que las presentes en la norma que aplicaba, de modo que la interpretación y aplicación del Derecho resultaba *una tarea puramente mecánica consistente en la subsunción del caso concreto en la norma general*,⁴⁵ identificándose en la práctica con el principio de legalidad, en la actualidad esta concepción de la aplicación de la ley ha sido superada. Ya no se entiende como una mera operación lógico-deductiva, sino como una actividad compleja en la que el intérprete goza a menudo de un amplio margen de apreciación.⁴⁶ No obstante, este nuevo significado no supone la eliminación del anterior, no lo sustituye sino que lo amplía.

El juez tiene el deber de proyectar las normas generales y abstractas a supuestos de hecho concretos, de modo que el paso de lo general a lo particular se haga mediante un pronunciamiento que esté motivado, debe in-

⁴⁴ Peces-Barba Martínez, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general, op. cit.*, p. 284; *Los valores superiores, op. cit.*, p. 152. Este abstracto “*homo iuridicus*” es el hombre y el ciudadano, o en su caso, cuando el supuesto de hecho de la norma se acote porque no todos pueden estar en la situación de que se trata, si son compradores o padres de familia, que abarque a todos los que se encuentran en esa situación, y regule la consecuencia jurídica de manera igual.

⁴⁵ Fernández Ruiz-Gálvez, María Encarnación, *Igualdad y Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 2003, p. 61.

⁴⁶ Sobre las insuficiencias de la “teoría clásica” de la INTERPRETACIÓN y aplicación del derecho, entre otros; Ollero, Ana, *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, Edersa, Madrid, 1982; Ollero, *¿Tiene razón el Derecho? Entre método científico y voluntad política*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1996.

interpretar la norma siendo fiel a los dictados de la misma. No obstante, el precepto normativo no siempre se muestra con suficiente claridad; en unos casos porque el carácter general de la letra de la Ley deriva en multitud de sentidos de entre los cuales el órgano judicial tiene que elegir uno para el supuesto de hecho que se le ha planteado; en otras ocasiones, porque la misma se muestra insuficiente para resolver el caso planteado, o incluso, puede ocurrir que no exista precepto normativo aplicable al caso concreto, de modo que el órgano judicial se convierte en intérprete inmediato de la Constitución.⁴⁷

El ideal de única respuesta correcta, era el sostenido por el positivismo más primitivo, aunque paradójicamente, esta tesis fue rechazada por los herederos naturales del positivismo como Kelsen, Hart o Bobbio. Si la aplicación de la ley fuese una operación mecánica, tal y como la entendió el positivismo decimonónico, la igualdad en la aplicación de la ley coincidiría sin más con el principio de legalidad, y la aplicación de la misma sería contravenirlo.⁴⁸ En la actualidad, se rechaza la idea de que el conjunto de reglas que componen el Derecho sean siempre capaces de ofrecer una y sólo una respuesta para cada caso y que la misma sea la elegida por todos los intérpretes.⁴⁹

La historicidad es inseparable de la tarea jurídica de hacer justicia, es decir, una de las tareas del Derecho ha de ser la de ir evolucionando en consonancia con la sociedad y el momento histórico en el que es aplicado, aunque es cierto que la ciencia llega siempre tarde respecto de los procesos evolutivos sociales, de forma que jamás ha conseguido captar el presente. Para que ello sea posible, el juez, en el proceso de interpretación, ostenta cierto margen de apreciación cuando se halla en la necesidad de elegir entre diferentes opciones para resolver, en lo que se conoce como “dar un salto sin la red que proporcionan las leyes”.

Ha de tenerse en cuenta, no obstante, que la dinámica constitucional y el Estado de Derecho no alcanzan su plenitud cuando los jueces desarrollan un protagonismo excesivo,⁵⁰ y por ello tampoco ha de confundirse la dis-

⁴⁷ Zoco Zabala, Cristina, *Igualdad en la aplicación de las normas y motivación de sentencias (artículos 14 y 24.1 CE)*. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2002)*, Barcelona, Bosch, 2003, p.70.

⁴⁸ Esta es la tesis de Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, México, Porrúa, 1995, pp. 153 y 154.

⁴⁹ Gascón Abellán, Marina, “Igualdad y respeto al precedente”, *Derechos y Libertades*, t. II, año I. (véase, NORMA JURÍDICA).

⁵⁰ Pereira Menaut, Antonio Carlos y Tirapu Martínez, Daniel, “Observaciones sobre la Jurisprudencia Constitucional en materia de igualdad y carácter social del Estado de Derecho”, en A.A.V.V., *El principio de igualdad en Constitución Española*, *op. cit.*, vol. I, p. 972.

crecionalidad aquí permitida con la arbitrariedad, entendiéndolo por arbitraria, aquella resolución no fundada en razones jurídicamente permitidas o que se apoye en alguna de las causas de discriminación prohibidas por la Constitución. De este modo, es posible que el juzgador establezca una diferencia de trato, pero para ello *tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, y que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados.*

III. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO. DISCRIMINACIÓN DIRECTA E INDIRECTA

Cuando la desigualdad jurídica de trato se base en criterios tales como el sexo, la raza, la religión, opinión, etc., la igualdad se transforma en un juicio muy riguroso y por ello, no es aplicable la doctrina de la clasificación razonable que señalábamos anteriormente, sino la denominada “doctrina de la clasificación sospechosa”. Según Rey Martínez, existe una presunción de inconstitucionalidad contra las leyes que empleen esos rasgos definitorios aludidos (doctrina de la clasificación sospechosa —*suspect classification*—) y, en consecuencia, los tribunales deben examinarlas con un juicio más estricto (*strict scrutiny*).

Esta doctrina americana sigue todavía vigente en la jurisprudencia constitucional de los EEUU, desde su primera aplicación en *Korematsu vs. United States* en 1944. La Corte Suprema utiliza tres estándares de revisión al enjuiciar la constitucionalidad de una clasificación normativa: el “*rational relationship test*”, el “*strict scrutiny test*” y el “*intermediate test*”. El racional *relationship test* tan sólo exige la racionalidad de la relación entre los medios y los fines perseguidos por la norma. El *strict scrutiny test* es un análisis más cerrado debido a que considera las clasificaciones legislativas que afectan a derechos fundamentales o sugieren prejuicios contra ciertas razas u otras minorías. Requerirá que el autor de la norma demuestre que persigue un fin primordial con un valor tan grande como para justificar una limitación de valores constitucionales fundamentales. Finalmente, el *intermediate test* es una forma intermedia de revisión consistente en insistir en que los objetivos perseguidos por una clasificación son “importantes” y requerir que las reglas empleadas por el autor de la clasificación estén sustancialmente dirigidas a la consecución de los objetivos invocados para defender aquellas reglas. También enfocar la diferencia desde el prisma del grupo en situación de desventaja por sí mismo, rehusar suplir la diferencia cuestionada con un

criterio dibujado en la imaginación judicial, limitar el uso de ideas adicionales posteriores para justificar la regla discriminatoria, y requerir que el esquema legal sea alterado tanto como lo permita la refutación en casos individuales.⁵¹

Asimismo, *de todos los criterios de discriminación que podríamos enumerar, la raza y el sexo presentan perfiles específicos. Solo respecto de ellos puede establecerse un modelo antidiscriminatorio completo de tres niveles (prohibición de discriminación directa e indirecta y licitud de la discriminación inversa).*⁵² El prejuicio que está en el origen de estas discriminaciones junto a la realizada respecto a los minusválidos, es especialmente odioso dado que son inmodificables por dicho sujeto; no dependen de su libre elección, de su mérito y trayectoria individual; son transparentes, su pertenencia no se puede ocultar, produciendo una cierta estigmatización social que a su vez es inmutable, al no poder salir de dicho grupo y permanecer incólumes dichas concepciones sociales.

Como afirma la mayoría de la doctrina, entre los que destaco a Barrére Unzueta, el “Derecho Antidiscriminatorio” (traducción de la expresión inglesa “*Anti-discrimination Law*”), se origina en los Estados Unidos de Norteamérica tras la finalización de la segunda guerra mundial, con el fin de afrontar las revueltas protagonizadas fundamentalmente por las personas de raza negra. Sin embargo, aunque éste sea el motivo o factor que le da origen, a partir de los años sesenta la cobertura del Derecho antidiscriminatorio irá más allá, incluyendo también el sexo, la religión, etcétera.⁵³

Una vez introducidos los conceptos de discriminación, discriminación por razón de sexo, y la diferencia entre sexo y género, debe tenerse en cuenta la clasificación que se ha establecido entre las discriminaciones que se presentan de forma directa, o indirecta. La primera se refiere a toda aquella conducta que, de forma irrazonable y de manera clara, explícita, apreciable de manera evidente se contraviene el mandato de igualdad. Referido al sexo, será aquella norma o acto jurídico-público en la que se dispense un trato diferente y perjudicial en función de la pertenencia a uno u otro sexo. Lo que se busca con la misma, es establecer un principio general, el de exigir un trato jurídico indiferenciado para varones y mujeres, no prohibiendo por ello, como hemos visto, las

⁵¹ Rey Martínez, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, op. cit., pp. 51-54.

⁵² *Ibidem*, p. 60.

⁵³ Barrére Unzueta, María Angeles, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 34 y 35.

diferencias establecidas de manera objetiva y razonable.⁵⁴ Como ejemplo de esta modalidad discriminatoria, podemos señalar, en primer lugar, las cláusulas de celibato, es decir, las normas como las realizadas por la reglamentación de trabajo de la Compañía Telefónica Nacional de España, que suspendía el contrato de trabajo para el personal femenino por causa de matrimonio, el despido a causa de embarazo de la trabajadora, ciertas disposiciones con las que se ha excluido a la mujer de ciertos trabajos como las Fuerzas Armadas, la minería, el toreo, etcétera.

Frente a éstas se encuentran también, las denominadas discriminaciones indirectas que se producen cuando se realiza una acción que aparentemente no constituye discriminación alguna, pero que sin embargo a causa de la misma, se obtienen resultados que desfavorecen a algunos individuos por el hecho de pertenecer a un sexo, practicar una religión, etcétera. Se las denomina frecuentemente “sibilinas” porque son en muchas ocasiones difíciles de detectar, y las constituyen por ejemplo la configuración de ciertas categorías profesionales como tradicionalmente femeninas, o la necesidad de acreditar ciertas cualificaciones o certificados para que las mismas sean contratadas en ciertos niveles que provocan como resultado la masiva contratación de hombres dado que son éstos los que en su mayoría los poseen, y sin que debiera haber sido un requisito exigido, al no tener una razonable justificación su requerimiento para el trabajo a desempeñar y por el que se ofertaba dicho puesto de trabajo. Asimismo, indemnizaciones sobre despidos improcedentes que perjudicaban a quienes hubieran estado empleados menos de dos años, igualmente con una incidencia desigual, o la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial (la mayoría trabajadoras) de un plan de pensiones se considera contraria al artículo 141 del Tratado de la Comunidad Europea.

El propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha apuntado los medios para conocer cuándo nos encontramos ante una discriminación oculta:

Para determinar si una medida adoptada por un Estado miembro afecta de modo diferente a hombres y mujeres hasta tal punto de equivaler a una discriminación indirecta en el sentido del art 119 del Tratado, el Juez nacional debe comprobar

⁵⁴ “Existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga” (en este caso referido a un motivo concreto, el sexo).

si los datos estadísticos disponibles muestran que un porcentaje considerablemente menor de trabajadores femeninos que masculinos reúne el requisito impuesto por dicha medida. Sin concurre esta circunstancia, existe discriminación indirecta basada en el sexo, a menos que dicha medida esté justificada por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo.

El Tribunal precisa que a iguales conclusiones podría llegarse “si los datos estadísticos mostraran una diferencia (numérica) menos importante, pero persistente y relativamente constante durante un largo período de tiempo entre los trabajadores masculinos y trabajadores femeninos”, correspondiendo en cualquier caso al juez nacional la apreciación de los datos.

IV. EL PRINCIPIO DE EQUIPARACIÓN Y EL PRINCIPIO DE DIFERENCIACIÓN EN ESPAÑA. EL PASO DE UNA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL DE INDIFERENCIACIÓN A LA ADMISIÓN DE CIERTAS DESIGUALDADES.

La jurisprudencia que hasta hoy han dictado numerosos tribunales españoles en esta materia, pueden clasificarse en dos grupos: las que responden a discriminaciones directas o indirectas que limitaban o prohibían a las mujeres la realización de ciertas actividades sí permitidas o exigidas a los varones similarmente situados (jurisprudencia equiparadora) y las que se enfrentan a posibles discriminaciones que, en el ámbito laboral y de la seguridad social, otorgaban a las mujeres ciertas ventajas o beneficios de cuyo goce estaban excluidos sus compañeros varones (jurisprudencia compensadora).⁵⁵

Para erradicar estas discriminaciones o diferenciaciones prohibidas constitucionalmente, el TC comenzó a sentar a través de sus resoluciones, lo que se ha denominado como *jurisprudencia equiparadora* y mediante la cual se ha conseguido la parificación o el reconocimiento de igual

⁵⁵ Para algún autor, el principio de igualdad es un Derecho que tiene una dimensión subjetivo-individual (las reglas de la prohibición de las discriminaciones directas e indirectas, y por lo tanto en relación con esta jurisprudencia equiparadora), y otra objetivo-institucional (el principio de las acciones positivas a favor de la igualdad de oportunidades de las mujeres, más de acorde con la jurisprudencia compensadora señalada). Sobre estas cuestiones: Rey Martínez, Fernando, “Principales problemas jurídico-constitucionales que afectan a las mujeres en las relaciones de trabajo”, A.A.V.V., *Mujer y Constitución en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 431-434; Rey Martínez, *El derecho fundamental a no ser discriminado...*, *op. cit.*, sobre todo pp. 63 y ss.

trato de la mujer en muchos ámbitos laborales de los que hasta entonces era discriminada por el mero hecho de ser mujer, como en el caso del reconocimiento del acceso a las hasta entonces vedadas para la mujer, Fuerzas Armadas. Este tipo de jurisprudencia se limitaba a equiparar a las mujeres respecto de los derechos atribuidos a los varones que se encontraban en las mismas situaciones. Es decir, la discriminación (directa o indirecta) se produce por el mero hecho de que el acto o la norma discutidos se adoptan teniendo en cuenta el sexo como criterio de clasificación o diferenciación, en ámbitos de la vida social donde esta clasificación ha de excluirse por considerarse como expresión de un profundo prejuicio y, en consecuencia, como “sospechosa” de discriminación. El resultado global de esta jurisprudencia equiparadora, ha sido el de la igualación o parificación de las mujeres con los varones en determinados ámbitos de los que estaban excluidas. La pertenencia a una raza, a un sexo, a una religión, a una clase social no implica *per se* la posibilidad de ser diferenciados por el ordenamiento jurídico. De ahí que aquí la igualdad se manifieste, equiparando a las personas que se distinguen por esas condiciones y no diferenciando por las mismas razones. Como señala Ferrajoli, es la indiferencia jurídica de la diferencia⁵⁶, y en este sentido, equiparar al hombre y a la mujer en los casos señalados parece una obvia necesidad, pues no existen diferencias entre ambos que justifiquen lo contrario. Así, es sólo posteriormente cuando el Tribunal Constitucional comienza a comprender que la mujer se encuentra en la sociedad en una posición de inferioridad y que estas medidas equiparadoras no eran suficientes, cuando comienza a introducir en su jurisprudencia la idea de que no toda desigualdad está constitucionalmente prohibida. Me refiero a la jurisprudencia que hemos dado en llamar *compensadora*, la cual planteó en sus inicios, numerosos cuestionamientos.

Al tomar en consideración como punto de partida el dato fáctico de desventaja de las mujeres en el ámbito laboral y legitimar, en consecuencia, una diferencia jurídica de trato, esto es, un derecho desigual favorable a la mujer (no “tendencialmente idéntico” entre hombres y mujeres como en la jurisprudencia de equiparación), se presenta el problema de identificar el criterio o criterios que permitan distinguir válidamente las medidas paternalistas (aparentemente protectoras, pero en realidad discriminatorias en cuanto limitadoras de la carrera profesional de las mujeres en igualdad de condiciones que sus compañeros varones)

⁵⁶ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 74.

de aquellas otras de genuina acción positiva para el fomento de la igualdad de oportunidades del colectivo femenino.

Este test, criterio o estándar judicial de las medidas paternalistas (ilegítimas) versus las acciones positivas (legítimas e incluso especialmente exigidas por el constituyente) ha sido acuñado por el Tribunal Constitucional español en su sentencia 128/1987, de 16 de julio, la cual podría denominarse por ello el “*leading-case*” de estas cuestiones. Antes de esta sentencia, podemos hablar de una etapa de aproximación “indiferente” respecto del sexo (*sex-blind*), pues no distinguía entre el principio de igualdad y prohibición de discriminación, de modo que su método de análisis consistía, simplemente, en enjuiciar la razonabilidad de la medida diferenciadora de trato entre hombres y mujeres. En la mencionada sentencia, el actor, un varón que no obtuvo éxito en su pretensión, había recurrido en amparo ante el Tribunal Constitucional por entender que era discriminatorio el distinto régimen de prestaciones en concepto de guardería otorgado por su empleador, el Insalud (Instituto de Salud español). Se basaba en el hecho de que todas las trabajadoras con hijos menores de seis años, e independientemente de su estado civil, tenían derecho a percibir una prestación por guardería. Este derecho se atribuía únicamente a los trabajadores con hijos menores de seis años que fueran viudos.

El Insalud alega en defensa de la medida diferenciadora dos argumentos principales: 1.) que esta ayuda por guardería es una concesión graciable que carece de naturaleza retributiva y que, por ello, depende sólo de la discrecionalidad de los órganos directivos, y 2.) es diferente la situación de hecho de las trabajadoras casadas y con hijos menores a su cargo que la de los trabajadores en las mismas circunstancias. Por lo tanto, el trato diferenciado no es discriminatorio a partir de la existencia de una efectiva diversidad de situaciones. El Tribunal Constitucional rechaza ambos argumentos. El primero, porque la ayuda por guardería ha pasado a formar parte en el presente del conjunto de derechos y obligaciones que gravitan sobre el contrato de trabajo y que poseen relevancia económica, y, además, porque aunque la dirección de una empresa no está vinculada por un principio absoluto de identidad de trato, ello no excluye la prohibición (sobre todo, si el empleador es público) de distinciones basadas en factores que, como el sexo, el ordenamiento cataloga como discriminatorias.

Es el segundo de los argumentos aportados por el Insalud el que va a dar pie al Tribunal Constitucional para analizar hasta qué punto son aceptables, en el marco de la Constitución, las diferencias de trato que tomen en cuenta el sexo de los afectados como elemento diferenciador,

basándose, principalmente en que *la actuación de los poderes públicos para remediar la situación de determinados grupos sociales definidos, entre otras características, por el sexo y colocados en posiciones de innegable desventaja en el ámbito laboral, por razones que resultan de tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad y difícilmente eliminables, no puede considerarse vulneradora del principio de igualdad, aún cuando establezca para ellas un trato más favorable, pues se trata de dar tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas*. Se acuña así, a la vez que se asegura su legitimidad constitucional, el concepto de la acción positiva para la igualdad de oportunidades de las mujeres.

En este sentido, a diferencia del principio genérico de igualdad que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, la prohibición de discriminación entre los sexos implica un juicio de irrazonabilidad de diferenciación establecido ya *ex constitutione* que impone como fin y generalmente como medio la parificación, de modo que la distinción entre los sexos sólo puede ser utilizada excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica de trato entre los varones y las mujeres también en materia de empleo.

No obstante el carácter bidireccional de la regla de parificación entre los sexos, no cabe desconocer que han sido las mujeres el grupo víctima de tratos discriminatorios, por lo que la interdicción de la discriminación implica también, en conexión además con el art. 9.2 de la Constitución Española, la posibilidad de medidas que traten de asegurar la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres. La consecución del objetivo igualatorio entre hombres y mujeres permite el establecimiento de un “derecho desigual igualatorio”, es decir, la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres, para asegurar el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de la mujer. Así se justifican constitucionalmente medidas en favor de la mujer que estén destinadas a remover obstáculos que de hecho impidan a la realización de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el trabajo, y en la medida en que esos obstáculos puedan ser removidos efectivamente a través de ventajas o medidas de apoyo hacia la mujer que aseguren esa igualdad real de oportunidades y no puedan operar de hecho en perjuicio de la mujer.

V. LA DISTINCIÓN DE LAS DESIGUALDADES. EL TEST DE LA RAZONABILIDAD O INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD. LAS EXCEPCIONES PROHIBIDAS Y LA CONFUSIÓN DOCTRINAL CON RESPECTO A LAS MEDIDAS PROTECTORAS, Y LAS EXCEPCIONES PERMITIDAS DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD A FAVOR DE LA MUJER. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN COMO PUENTE HACIA LA IGUALDAD MATERIAL

Es posible por lo tanto, admitir ciertas desigualdades que no hacen sino conseguir una mayor cuota de igualdad que, de otra manera, sólo con la mera indiferenciación jurídica de las mismas, no podría ser alcanzada. El problema se centrará entonces en calibrar qué desigualdades podrán ser permitidas para este fin y que no tengan como resultado una discriminación. Pues bien, será la diferencia de trato constitucionalmente admisible la que tenga como consecuencia una mera diferenciación, y sin embargo la que no lo sea, consistirá en una discriminación. Por ello, no cualquier desigualdad puede establecerse para legitimar la consecución de una igualdad más completa, sino que habrá de realizarse una distinción de las desigualdades. Para ello, se exige que la misma se base en causas objetivas y razonables; es decir; que exista una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida con dicha diferenciación.

Ha de advertirse no obstante, otras tantas medidas que se fueron estableciendo y admitiendo jurisprudencialmente con un fin que podríamos denominar como falsamente protector. Ello ha ocurrido con todas aquellas medidas que nacieron buscando su legitimidad en la idea de que era necesario proteger a la mujer, basándose en estereotipos que sitúan a la mujer como un ser inferior psicofísicamente. Dada a esta inferioridad, justificaban este tipo de medidas para paliar las dificultades inherentes a su sexo, a la hora de realizar determinadas funciones o el desempeño de ciertos trabajos, victimizándolas y configurándolas como un ser de segunda clase.

Estas medidas falsamente protectoras no son admisibles, han de ser erradicadas, y no deben ser confundidas con las acciones positivas a pesar de que existan elementos comunes que las configuran. Constituyen límites aparentemente ventajosos pero que suponen una traba para el acceso de la mujer en el acceso al mercado de trabajo, y es que aunque se trate de actividades de especial dureza que exijan determinadas aptitudes de fortaleza, las mismas han de ser exigibles por igual al hombre y a la mujer, aunque

finalmente sea un mayor número de hombres el que elijan este tipo de trabajos o que reúnan estas condiciones.

No obstante, hay que diferenciar entre este tipo de excepciones prohibidas o medidas “falsamente protectoras” de las excepciones permitidas del principio de igualdad a favor de la mujer. Y es que, como ya ha sido manifestado anteriormente, la referencia al sexo en el art. 14 de Constitución Española implica también la decisión constitucional de acabar con una histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer también en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo, por lo que son constitucionalmente legítimas aquellas medidas que tienden a compensar una desigualdad real de partida, de modo que el precepto constitucional que prohíbe la discriminación por razón de sexo ha de ser interpretado sistemáticamente con otros preceptos constitucionales, en particular con el artículo 9.2 de la Constitución Española que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la igualdad de las mujeres en relación con los hombres sea real y efectiva. Por eso,

no puede reputarse discriminatoria y constitucionalmente prohibida —antes al contrario— la acción de favorecimiento siquiera temporal, que aquellos poderes (públicos) emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente desprotegidos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial.

De este modo, la prohibición de la discriminación por razón de sexo admite la existencia de medidas singulares en favor de la mujer, que traten de corregir una situación desigual de partida, como son las medidas de acción positivas o similares, pero, al mismo tiempo, exige la eliminación, en principio, de las normas protectoras del trabajo femenino, y que pueden suponer en sí mismas un obstáculo para el acceso real de la mujer al empleo en igualdad de condiciones de trabajo con los varones. Ha de valorarse, en consecuencia, si la norma convencional es una norma “protectora”, que responde a una consideración no igual de la mujer como trabajadora y que, por ello, sería constitucionalmente ilegítima o, al contrario, es una medida tendente a compensar una desigualdad de partida y que trata de lograr una igualdad efectiva de acceso y de mantenimiento del empleo de la mujer en relación con el varón. El principio de igualdad no se agota en la interdicción de determinados criterios de diferenciación, sino que exige sobre todo que no se establezcan diferenciaciones que carezcan de una justificación razonable, objetiva y congruente con la finalidad de la norma.

Una última observación debe realizarse respecto a los comentarios de autores que sostienen que el principio de no discriminación puede entenderse como un puente entre la igualdad formal y la igualdad material.⁵⁷ En este sentido, se entiende que la igualdad formal o ante la ley garantizada por el artículo 14 de la Constitución no es un límite, sino un presupuesto —necesario, pero no suficiente— de la igualdad real y efectiva del artículo 9.2 de la Constitución, esto es, un mínimo negativo e indeclinable a partir del cual puede operar una política positiva de remoción de obstáculos y creación de las condiciones necesarias para ir consiguiendo una mayor igualdad entre los ciudadanos. Mientras que la exigencia de la igualdad formal se ciñe meramente a la igualdad de trato, el principio de no discriminación no puede desconocer su relación, en muchas ocasiones, con situaciones objetivas de desigualdad económica, social o cultural, y por ella considerada como puente entre ambas dimensiones. Esta postura no es ajena a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en cuyas sentencias ha interpretado de modo conexo el artículo 14 y el 9.2 de la Constitución Española, sosteniendo que el principio de no discriminación establece la necesidad de remover obstáculos que impidan la igualdad real del colectivo discriminado. Incluso nos lleva a sostener que tales diferencias de trato no sólo estarán justificadas con apoyo en los preceptos citados, sino que, en muchos casos, adquirirán el carácter de mandato directo del principio de no discriminación.

VI. LAS DIMENSIONES FORMAL Y MATERIAL DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD. LAS ACCIONES POSITIVAS

La igualdad formal o igualdad de trato ha sido la preeminente en la tradición liberal. En realidad, la igualdad era el único sinónimo atribuido a dicho término y sólo comenzaría a cobrar una especial relevancia con la reivindicación de los revolucionarios burgueses. Sin embargo, en ese momento, el principio de igualdad quedaba subsumido en el principio de legalidad, de modo tal que habían de considerarse iguales tan sólo aquellos a quienes la Ley considerara como tales, y diferentes aquellos otros a quienes

⁵⁷ Rodríguez Piñero y Fernández López, *Igualdad y discriminación*, *op. cit.*, pp. 76 y 77. En el mismo sentido: Aparisi Miralles, *Discriminación y derecho a la igualdad. Las vías para el acceso al reconocimiento de la igualdad*, *op. cit.* Aparisi Miralles, Angela, “Discriminación y derecho a la igualdad. Las vías para el acceso al reconocimiento de la igualdad”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XII, 1995, p. 292.

la Ley diferenciara, siendo por ello una igualdad artificial, formal, que rápidamente se desvela instrumento insuficiente para generar cambios sociales.

El verdadero cambio de orientación comenzará a gestarse especialmente a partir de la Segunda Guerra Mundial y ya no sólo con la creciente importancia que cobra el denominado Estado de Bienestar y las políticas que comienzan a considerar la necesidad de los derechos sociales, sino porque también se tradujo este cambio de orientación en añadir a la vieja interpretación de la igualdad un nuevo concepto: el de la igualdad material.

Su necesidad se vio más que justificada al existir hasta entonces una *clara discordancia entre las conquistas normativas y la realidad, constatándose a su vez que el legislador ordinario no se ha mostrado demasiado explícito en cuanto al desarrollo del principio constitucional de igualdad*.⁵⁸ El principio de igualdad de trato por sí solo, aporta respuestas deficitarias mediante las que, incluso individuos con la misma capacidad y talento pueden tener, en la práctica, desiguales oportunidades porque la realidad social o económica los coloca en estas posiciones desventajosas. Es decir, *la fórmula de la igualdad formal es la fórmula para ofrecer una imagen mitificada de la realidad, no para transformarla*.⁵⁹

Además de hacer efectiva la igualdad de trato, es necesaria una igualdad que vaya más allá de la mera igualdad jurídica, complementándose así, para hacerla efectiva, con este aspecto material de la misma. Ésta consiste en que “los poderes públicos promuevan las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. El reconocimiento de esta esfera de la igualdad con la atribución a los poderes públicos del deber de hacer real y efectivo el disfrute de la igualdad, supone superar el más limitado ámbito de actuación de una igualdad meramente formal y propugnando un significado del principio de igualdad acorde con la definición de los Estados democráticos y sociales de derecho.

La principal razón de ser de la igualdad material estriba en que la aplicación de iguales derechos e iguales condiciones a los que tienen desiguales

⁵⁸ Azcárate-Askasua Albéniz, Ana Carmen, *Mujer y discriminación del Tribunal de Justicia de las Comunidades al Tribunal Constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública, Euskadi, 1997, p. 11; Durán y Laguna, Paloma, “Notas sobre la igualdad”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XI, 1994, p. 236.

⁵⁹ Rubio, Ana, “Igualdad y diferencia. ¿Dos principios jurídicos?”, *Derechos y Libertades*, núm. 4, 1995.

condiciones de partida, acaba favoreciendo al grupo socialmente aventajado.⁶⁰ Es más, debido a la desigualdad fáctica de las personas; esa infinita diversidad que es el ser humano, la igualdad de iure deja siempre que existan algunas desigualdades de hecho y a menudo, hasta las refuerza;⁶¹ es lo que Alexy denomina la paradoja de la igualdad: la igualdad de iure refuerza a veces la desigualdad de hecho al mismo tiempo que para crear igualdad de hecho hay que aceptar la igualdad de iure.

No por ello ha de cuestionarse la validez de la igualdad como punto de partida, la cual se preocupa de que no exista ninguna circunstancia legal que, por ejemplo, entorpezca el ingreso en un puesto social valioso. De lo que se trata, es de resaltar los impedimentos que frenan su auténtica realización y que asiduamente la desvirtúan porque hay circunstancias que, aun no siendo legales pero sí indirectamente amparadas por la ley, son determinantes de tales discriminaciones.

Precisamente entra aquí en juego como instrumento corrector la igualdad como resultado, como punto de llegada, es decir; no en su inicio, sino en su término. Llena esas lagunas de la igualdad como punto de partida al ser aquella que justifica la distribución desigual de ciertos bienes, (por ejemplo a través de baremos de ingreso más favorables en un puesto social valioso) no en razón a capacidades naturales, sino atendiendo a desigualdades sociales.

Solo a través de las mismas será posible el fin directamente perseguido: la eliminación de la discriminación, y mediatamente y sobre todo, la consecución de mayores cuotas de igualdad real. De esta manera se orientan en parte a corregir los defectos por ejemplo de los sistemas de selección en el trabajo en los que se pueden introducir, aunque sea inconscientemente, prejuicios y prácticas aparentemente neutras pero que merman las posibilidades de los miembros de los colectivos tradicionalmente marginados como las mujeres, de conseguir el bien al que aspiran. Es lo que ocurre en los fenómenos de discriminación indirecta sobre los que volveremos en páginas posteriores.

Y para ello, la igualdad jurídica ni está necesariamente en contraste contradictorio con la igualdad real ni es por fuerza un obstáculo para reali-

⁶⁰ Rodríguez Piñero, Miguel, “Acción positiva, igualdad de oportunidades e igualdad en los resultados”, *Relaciones Laborales*, vol. VII, 1996, p.10.

⁶¹ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 404 citando a Konrad Hesse, “Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht”, *Anstalt des öffentlichen Rechts*, vol. 77, 1951/52, pp. 167-224. Pérez-Luño atribuye sin embargo esta cita a Frosini. Así, véase; Pérez-Luño, “Sobre la igualdad en la Constitución española”, *op. cit.* p. 136 citando a Frosini, Vittorio, “Paradosso dell’eguaglianza”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1976, p. 542.

zarla. Así, desde el punto de vista del Derecho Constitucional, no es posible renunciar ni a la igualdad de iure ni a la igualdad de facto.⁶² Habría que partir de una visión omnicompreensiva (formal-material) y dinámica de la igualdad como un valor o principio unitario que presenta dos vertientes; la igualdad formal o política y de otro lado la igualdad sustancial o social pero que *no son incompatibles, sino complementarias entre sí*.⁶³

Hacemos de nuevo hincapié en la necesidad de que el legislador no trate a todos los individuos de la misma manera, sino que sea capaz de tratar de forma diferente aquellas situaciones que son distintas en la vida real. *Debería sostenerse una concepción amplia del principio de igualdad ante la ley*⁶⁴ y no meramente formal, que englobe aquellos supuestos en que es preciso aplicar un tratamiento legal diferenciado a ciertos sujetos que se encuentran en una situación social efectivamente distinta, sin serle por tanto indiferente la situación real en que se encuentran los ciudadanos a la hora de crear y aplicar la ley. Esto no ha de significar sin embargo, que de ello se haga derivar la posibilidad de un derecho subjetivo a recibir un trato diferente y favorable en determinadas circunstancias, y la determinación de los casos en que ello es posible le corresponde al legislador con ciertos límites como la justificación o la razonabilidad.

Inspiradas en la igualdad material, se han adoptado medidas de igualdad de oportunidades y la discriminación positiva. Las medidas de igualdad de oportunidades pueden definirse como *el cauce natural a través del cual se aplica el principio de igualdad en un determinado contexto y momento, y responden a la idea de que cada persona tenga las mismas oportunidades que el resto a la hora de obtener los bienes escasos que necesita para realizar su propio plan de vida*.⁶⁵

⁶² Rey Martínez, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, op. cit., 1995, p. 55.

⁶³ Fernández Ruiz-Galvez, María Encarnación, “Igualdad, diferencia y desigualdad. A propósito de la crítica neoliberal de la igualdad”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. X, 1993, p. 68.

⁶⁴ Carmona Cuenca, Encarnación, “El principio de igualdad material en la Jurisprudencia del Tribunal constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 84, 1994, p.280. En este sentido, Otero Parga ha afirmado que “afortunadamente, la igualdad ante la ley no sólo debe permitir, sino también posibilitar las diferencias fruto de la libertad, no de la imposición o de la necesidad”: Otero Parga, Milagros María, *A seguridad no Direito*, Fundac. Alfredo Brañas, Colecc. Dereito, núm. 15, 2003, p. 7.

⁶⁵ Sierra Hernaiz, Eliza, *Acción positiva y empleo de la mujer*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1999, p18. Nada parecen tener que ver, pues, con el concepto de igualdad de oportunidades que Jeremy Bentham equiparaba al de igualdad ya que, en virtud de la misma, *la acción legislativa debía limitarse a la demolición de obstáculos pero siempre y cuando ello no alterara el reparto de la propiedad, pues en ningún caso admitía la existencia de unos derechos, innatos o*

De este modo, dichas medidas se instrumentarían de cara a erradicar ciertas conductas y comportamientos que sitúan a grupos de personas en posiciones de objetiva desventaja y manifiesta desigualdad, como ocurre con más de la mitad de la humanidad, las mujeres, y que se han convertido en barreras que les impiden disfrutar de una verdadera igualdad en sus relaciones sociales. Es decir, supondría *la posibilidad de que cada miembro de la sociedad, sea cual fuere su nacimiento, ocupación o posición social, posea iguales oportunidades (no meramente formales) para desarrollar plenamente su capacidad natural en el plano físico e intelectual,*⁶⁶ y no atendiendo a cuestiones como el sexo para negar dicha posibilidad.

Es por ello que se definen también *como no discriminación de ningún individuo en el ejercicio y desarrollo de sus aptitudes,*⁶⁷ imponiendo la ausencia de barreras legales en el acceso a todas las esferas de la vida social. Y es que, la plena ciudadanía de hombres y mujeres supone igualdad de oportunidades para participar en los puestos de trabajo, los procesos de producción y distribución de bienes, la cultura y cualquier faceta de la organización social, pero especialmente en todos los niveles de toma de decisión de la vida pública. En palabras de Bobbio, el principio de igualdad de oportunidades elevado a principio general apunta a situar a todos los miembros de una determinada sociedad en las condiciones de participación en la competición de la vida, o en la conquista de lo que es vitalmente más significativo, partiendo de posiciones iguales,⁶⁸ de modo que son medidas-exigencia de la razón humana destinadas a lograr este déficit de estabilidad política, crecimiento económico con equidad social y por ende, tanto en sentido sustancial como político-formal, asegurar igualdad de oportunidades representa una de las condiciones esenciales de supervivencia de la propia democracia.⁶⁹

Sin embargo, estas medidas se han considerado insuficientes para erradicar tales discriminaciones, pues dependen en gran parte de medios finan-

adquiridos, iguales para todos. Además, en caso de conflicto, habría de ceder siempre ante la seguridad, al considerarla principio supremo: Escamilla Castillo, Manuel, "Utilitarismo e igualdad. El principio de igualdad en la teoría de Jeremy Bentham", *Anuario de Filosofía del Derecho*, pp. 185 y ss. Para Bobbio, este principio de igualdad de oportunidades es *la aplicación de la regla de justicia a una situación en la cual haya personas en competición entre sí para la consecución de un objetivo único, es decir, de un objetivo que no puede ser alcanzado más que por uno de los concurrentes:* Bobbio, *Igualdad y Libertad*, *op. cit.*, p. 77.

⁶⁶ Pérez-Luño, *Dimensiones de la igualdad material*, *op. cit.*, p. 274.

⁶⁷ Alarcón Cabrera, Carlos, "Reflexiones sobre la igualdad material", *Anuario Filosofía del Derecho*, vol. IV, 1987, p. 31.

⁶⁸ Bobbio, *Igualdad y libertad*, *op. cit.*, p. 78.

⁶⁹ Pastori, Giorgio, *Funciones y derechos sociales entre Estado y sociedad*, Documentación Administrativa, núm. 248/249, 1997, p. 198.

cieros y de los programas políticos existentes. De este modo, el debate actual se centra en la aplicación de determinadas medidas tales como las acciones positivas y específicamente una de sus vertientes; la discriminación positiva. Han sido introducidas en Europa principalmente a partir de la década de los noventa a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea,⁷⁰ y no exenta su inicial aplicación de polémica, como puede deducirse de la numerosa doctrina existente al respecto.

Las acciones positivas, a diferencia de las medidas de igualdad de oportunidades, no dependen tanto de medios financieros, ni de los programas políticos, ni se dirige a paliar discriminaciones determinadas por rasgos individuales por ejemplo de tipo económico o de minusvalías, sino que por su propia naturaleza, dichos rasgos no reflejan ninguna inferioridad, como el ser mujer. Se dirigen a colectivos, y en su mayoría se trata de “grupos históricamente discriminados o infrarrepresentados”, y por el mero hecho de pertenecer al grupo, cualquier daño a uno de sus miembros se distribuye al colectivo entero, es decir; son por ello indirectamente discriminados. Tienen como finalidad compensar esa desigualdad y la consecución, entre otras, de la paridad de sexos, instrumentándose para ello con carácter temporal y evitar así que se conviertan en privilegios, por lo que, una vez conseguido el objetivo para el que han sido creadas, las mismas cesarán en su aplicación.

Han recibido tal denominación de la traducción del concepto de la “*affirmative action*” del Derecho Estadounidense allí utilizadas desde la década de los años sesenta para paliar, principalmente, las discriminaciones de tipo racial y sexual, que es en donde la mayoría de autores como Sierra Hernández,⁷¹ sitúan su origen. Otros, sin embargo, señalan como precedente, los artículos 15.4 y 16.4 de la Constitución de la República India de 1950, en donde se contenía el mandato de reservar puestos en la Administración del Estado, aunque con poco éxito, a los miembros de una casta secularmente marginada; “los intocables”, que se conocía como “reservation policy” (política de reservas).⁷²

⁷⁰ Para algún autor, ya desde los años setenta el Tribunal de Luxemburgo ha venido adoptando una *concepción ampliadora de los principios de igualdad de trato y de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres*; Quintanilla Navarro, Beatriz, “La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de octubre de 1995 sobre el caso «Kalanke versus Glissmann»», *Actualidad laboral*, núm. 5, 1996, p. 154.

⁷¹ Sierra Hernández, *Acción positiva y empleo de la mujer*, *op. cit.*, pp. 33 y ss.

⁷² Giménez Gluck, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 15.

Precisamente una modalidad específica de acciones positivas la constituye la discriminación positiva o inversa, que generalmente adopta la forma de cuotas y de tratos preferentes. Se reservan mínimos garantizados de plazas o puestos en donde exista concurrencia competitiva, asignándose esos porcentajes o atribuyendo una mejor puntuación a quienes se pretende favorecer con las mismas. Es decir, se concede prioridad (en este caso a las mujeres; a las candidatas), en caso de igualdad de cualificación y méritos, para la contratación, promoción y nombramiento en determinados puestos, mientras las mujeres sigan estando infrarrepresentadas en los mismos. La razón principal estriba en que, prescindiendo del análisis de los “obstáculos o impedimentos previos” que tiene la mujer a la hora de acceder a determinados puestos de trabajo, de manera sistemática se viene produciendo que ante la misma cualificación y méritos, la aspirante mujer tiene una probabilidad de obtenerlo muy inferior respecto al candidato varón con el que concurre al mismo puesto. Parafraseando a Rodríguez-Piñero, no es que tenga menos suerte, sino que “*los dados están trucados*”,⁷³ es decir; la desigualdad que se produce en la mayoría de los casos, tiene lugar en el momento de producirse el resultado consistente en la consecución de un puesto determinado, y precisamente *ese carácter sistemático, el que no sea un único caso, legitima la acción positiva para influir sobre el resultado*.⁷⁴

El propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea es consciente de este hecho, de modo que en alguna de sus sentencias⁷⁵ lo ha puesto de manifiesto, afirmando que, incluso en caso de igual capacitación, existe la tendencia a promover preferiblemente a los candidatos masculinos en perjuicio de las candidatas femeninas, debido particularmente a determinados prejuicios e ideas estereotipadas sobre el papel y las capacidades de la mujer en la vida activa, y al temor, por ejemplo, a que las mujeres interrumpan más frecuentemente su carrera, a que, debido a las tareas del hogar y familiares, organicen su jornada laboral de forma menos flexible, o a que se ausenten más a menudo debido a embarazos, partos y períodos de lactancia.

La primera referencia jurisprudencial en el ámbito de la Comunidad Europea y en torno a las acciones positivas (en concreto sobre la discriminación positiva), (pues en el ámbito legislativo ya existían referencias anteriores, como una Recomendación del Consejo del año 1984), ha sido una sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea del año 1995,

⁷³ Rodríguez Piñero Bravo-Ferrer, Miguel, “Acción positiva, igualdad de oportunidades e igualdad en los resultados”, *Relaciones Laborales*, vol. VII, 1996, p.12.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 11 de noviembre de 1997, Caso Marschall., apartado 29.

más conocida como “caso *Kalanke*”⁷⁶ (nombre del demandante en el procedimiento principal). Se trataba de una decisión prejudicial interpuesta por un Tribunal alemán sobre la interpretación del artículo 2o., apartados 1 y 4, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

La norma objeto de debate en esta Sentencia, era el artículo 4o. de la Ley del Estado Alemán de Bremen relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la función pública⁷⁷ en la que se establecía una preferencia en la contratación de mujeres, de tal manera que, a igualdad de méritos y capacitación, las candidatas femeninas serían preferidas frente a los varones en sectores en los que las mujeres se encontrasen infrarrepresentadas. El caso que dio lugar a esta sentencia, se derivó de lo producido en la última fase de un procedimiento de selección para cubrir un puesto de jefe de sección del Servicio de Parques y Jardines de la ciudad de Bremen, en el que debía optarse entre dos candidatos; un varón (Eckhard Kalanke) y una mujer (Heike Glissmann), sobre los que el órgano administrativo que tenía que realizar dicha selección, consideró que tenían la misma capacitación.

El Tribunal entendió que la mencionada normativa que establece que, en una promoción, las mujeres que tienen la misma capacitación que sus competidores masculinos, gozan automáticamente de preferencia en sectores en los que estén infrarrepresentadas, entraña una discriminación por razón de sexo y, por consiguiente, es una violación del principio de igualdad de trato del artículo 2.1 de la Directiva 76/207. También, por no con-

⁷⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 17 de octubre de 1995, Caso Kalanke. Sobre la misma existe numerosa doctrina entre la que destaco: Rey Martínez, Fernando, “La discriminación positiva de mujeres (comentario a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de 17 de octubre de 1995, asunto Kalanke”, *op. cit.*; Fernández Avilés, José Antonio, “La discriminación positiva en el ámbito comunitario (Notas a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 17 de octubre de 1995)”, *Actualidad Laboral*, núm. 44, 1995; Quintanilla Navarro, “La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de octubre de 1995 sobre el caso “Kalanke versus Glissmann”, *op. cit.*; Atienza, Manuel, “Un comentario al caso Kalanke”, *Doxa*, vol. 19, 1996; Ballester Pastor, María Amparo, “La STJ de Luxemburgo de 17 de octubre de 1995: entre la acción afirmativa y el varón discriminado”, *Tribunal Social*, núm. 58, 1995; Rivero Ortega, Ricardo, “Algunas reflexiones sobre la igualdad de derechos de mujeres y hombres en el ámbito comunitario. Comentario a la Sentencia Kalanke del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 90, 1996.

⁷⁷ Ley de Land de Bremen del 20 de noviembre de 1990.

siderarla compatible con la dicción del artículo 2.4 de la misma, pese a contener éste la posibilidad de utilizar “medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres” entre otros, para los fines aquí señalados, y pese a que éste tampoco había establecido el tipo de medios que han de utilizarse para su consecución. De la lectura de dicho pronunciamiento, puede observarse que el Tribunal Europeo, a través de una fundamentación criticada por amplios sectores de la doctrina especializada en esta materia, no consigue ni siquiera desdoblarse conceptualmente los términos acciones positivas de la discriminación inversa, considerándolas en ocasiones como sinónimos, o incluso considerando las primeras como excepción a la igualdad de trato.

Por ello, esta sentencia dio lugar a algunas dudas y creó una enorme incertidumbre sobre la legitimidad o no de las cuotas y otras formas de acciones positivas, que tuvo como resultado la elaboración de una Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas al Parlamento y al Consejo sobre la interpretación de esta sentencia.⁷⁸ En la misma, la Comisión consideró que en ella, el Tribunal solo condenó el sistema automático e incondicional en la adjudicación de cuotas, lo que se conoce como cuotas rígidas, considerándolas además incompatibles con el art. 2.4 de la Directiva 76/207/CEE. Sin embargo, permitía la aplicación de estas medidas a igualdad de calificación, de aptitud y de prestaciones profesionales, y por lo tanto, a menos que motivos referentes a la persona de un candidato inclinasen la balanza a su favor, lo que sí devendría, según la misma, compatible con dicha Directiva.

Por las señaladas dudas que produjo la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en esta sentencia, la sentencia *Marschall*,⁷⁹ dos

⁷⁸ COM (96) 88 final, de 27 de marzo, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la interpretación de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 17 de octubre de 1995 en el asunto C-450/93, Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen.

⁷⁹ La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 11 de noviembre de 1997, Caso *Marschall*. En relación a la misma: Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel, “Igualdad de oportunidades y prioridad de la mujer en los ascensos en la sentencia *Marschall* del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”, *Relaciones Laborales*, núm. 24, vol. II, 1997; Martín Vida, María Angeles, “Medidas de tratamiento preferente a favor de las mujeres en el ámbito comunitario. Reflexiones al hilo de la sentencia *Marschall*”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 53, 1998; Ballester Pastor, María Amparo, “Reserva de puestos de trabajo, acción afirmativa y discriminación inversa (un análisis conceptual y de legalidad tras la Sentencia *Marschall*)”, *Relaciones Laborales*, núm. 18, 1998; López Anadón, Pedro, “La discriminación positiva femenina (Comentarios sobre la discriminación positiva femenina surgidos a raíz de la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 11 de noviem-

años después y acogiendo la tesis de la Comisión, realiza una extensa confirmación y por otra parte rectificación de los argumentos aducidos en la sentencia Kalanke. Lo que entiende que resulta incompatible con la Directiva, no son ni las medidas de acción positiva que afecten a los resultados, ni siquiera las consistentes en un sistema de cuotas, sino la forma rígida, automática y cerrada de ese régimen de cuotas, es decir, admite los sistemas flexibles que pueden ser lícitos aunque afecten al resultado.

Esta sentencia *Marschall* también fue el resultado de una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal de lo contencioso-administrativo alemán, y en relación a la interpretación que habría que dársele a los apartados 1 y 4 del artículo 2o. de la precitada Directiva. Concretamente, la cuestión se suscitó con ocasión de un litigio entre el señor Marschall y el Land Nordrhein-Westfalen. El señor Marschall había presentado su candidatura para la promoción a una plaza en un centro escolar, pero después de presentada dicha solicitud, se le informa de que la misma se le iba a conceder a otra candidata, eso sí, que poseía igual capacitación que él, al existir infrarrepresentación de mujeres en ese puesto en el momento en que se publicó la vacante y a razón de la Ley de la función Pública de dicho Land que contenía en su artículo 25.5, una discriminación normativa de carácter positivo a favor de las mujeres cuando se diesen dichos criterios.

El Tribunal al que acude, plantea la presente cuestión prejudicial por entender que la resolución a dicho litigio dependía de la compatibilidad de la citada disposición legal del Land, con los apartados primero y cuarto del

bre de 1997, caso Marschall contra Nordrhein-Westfalen”, *AJA*, núm. 323, 1997/ Rodríguez Paniagua, José María: Igualdad de oportunidades y prioridad de la mujer en los ascensos en la Sentencia Marschall del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm.24, 1997; Sierra Hernaiz, Elisa, “La Sentencia Marschall: ¿un avance de la acción positiva en el Derecho Comunitario? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 11 de noviembre de 1997, asunto C-409/95”, *Actualidad laboral*, núm. 22, 1998; Vogel-Polsky, Eliane, “A propósito de la Sentencia Marschall. El estatuto de las acciones positivas en Derecho Comunitario”, *Relaciones Laborales*, núm. 9, 1999; González Jiménez, Jesús, “La discriminación positiva hacia la mujer respecto al acceso al empleo: La Sentencia Marschall del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 11 de noviembre de 1997”, *GJ de la CEB-133*, 1998; Brage Camazano, Joaquín, *Discriminación positiva e favor de la mujer en el Derecho Comunitario (en torno a la Sentencia del 11 de noviembre de 1997 del Tribunal de justicia de las Comunidades Europeas)*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Colombia, 2001; Millán Moro, Lucía, “Igualdad de trato entre hombres y mujeres respecto a la promoción profesional en la jurisprudencia comunitaria: igualdad formal versus igualdad sustancial (comentario a las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 17 de octubre de 1995, as. C-450/93, Kalanke, y de 11 de noviembre de 1997, as. C-409/95”, Marschall, *op. cit.*.

artículo 2o. de la Directiva 76/207, y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea sostuvo, en lo que constituyó una importante aclaración matizadora a la doctrina de la sentencia Kalanke, su compatibilidad. El argumento se centró en entender que, la normativa alemana objeto del litigio, contenía una “cláusula de apertura” en virtud de la cual había de aplicarse siempre la discriminación positiva a favor de la mujer, salvo que concurriese en la persona del candidato masculino motivos desde el punto de vista de su aptitud o competencia, prestaciones que, tenidos en cuenta de manera objetiva y no discriminatoria respecto a las mujeres, inclinasen la balanza a su favor, aunque de ser así, sobre dicha cuestión debería decidir la jurisdicción nacional, en este caso alemana. De este modo, es admisible en el marco del derecho antidiscriminatorio comunitario una preferencia, legalmente establecida, a favor de una mujer que concurra con un varón de igual capacitación profesional para el acceso a un puesto de trabajo o para su promoción laboral, en un sector en que las mujeres estén infrarrepresentadas y con las matizaciones señaladas.

Comparto con algún autor la idea de que muchos interpretan erróneamente que detrás de estas políticas activas de promoción a favor de la mujer, se aporte cobijo a la vieja filosofía del adagio “las señoras primero”, ocultándose tras la misma una cierta condescendencia del hombre sobre la mujer por considerarla como sexo débil.⁸⁰ Y es que, en modo alguno se trata de un paternalismo de ese estilo ni de otros, sino que con estas medidas se trata de contrarrestar o compensar una desigualdad real en ciertos sectores. Otra cuestión bien distinta será si uno está de acuerdo, o no, con la instauración de este tipo de medidas cuya generalización es progresiva. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha continuado resolviendo en este sentido, entendiéndolo que, para que un modelo de acción positiva a favor de las mujeres sea compatible con el Derecho comunitario, se exige que no conceda de modo automático e incondicional preferencia a las candidatas femeninas que tengan una cualificación equivalente a la de sus competidores masculinos y que se incluya una “cláusula de apertura” que posibilite que las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva. En esta línea, se ha pronunciado de nuevo el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea recientemente,⁸¹ a través de las sentencias *Badeck*⁸² y *Anderson*.⁸³

⁸⁰ Brage Camazano, “Discriminación positiva a favor de la mujer en el derecho comunitario. (En torno a la sentencia del 11 de noviembre de 1997 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas)”, *op. cit.*, p. 12.

⁸¹ Sobre las mismas: Martín Vida, María Angeles, *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 86-101.

En el primer caso señalado, el litigio versaba sobre un proceso de selección con motivo de la publicación de una plaza vacante para proveer un puesto de profesor de ciencias de la Hidrosfera, para la cual se tenía en cuenta que existía un Reglamento mediante el cual podría aplicarse la discriminación positiva. El Tribunal se pronunció de forma favorable a la compatibilidad con la Directiva 76/207 de cinco modelos distintos de acción positiva a favor de las mujeres, contenidos en la Ley del Land de Hesse sobre la Igualdad de derechos entre Mujeres y Hombres y para la Eliminación de la Discriminación de las Mujeres en la Administración Pública, de diciembre de 1993.

En el caso *Anderson*, el Tribunal rechazó un modelo de acción positiva diseñado en Suecia para incrementar la presencia de mujeres como docentes en las instituciones de enseñanza superior del país escandinavo. En este caso, se cuestionaba un modelo de promoción preferente similar en principio a los ya analizados por el Tribunal en la Sentencias *Kalanke* y *Marshall*, pero con una característica que lo diferenciaba notablemente de ellos: una mujer con una cualificación inferior a la del candidato varón había llegado a ser preferida, en aplicación de la normativa cuestionada, como profesora de Ciencias de la Hidrosfera en la Universidad de Gotemburgo (Suecia), en el marco de la política de la Universidad que aspiraba a incrementar el escaso número de mujeres docentes (si bien siempre se le demandaba la posesión de una cualificación mínima para desempeñar el puesto de que se tratase).

El más reciente pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en materia de acciones positivas, ha sido el caso *Lommers*.⁸⁴ En éste, el objeto de litigio no era la existencia de una normativa de promoción preferente a favor de las mujeres, ni se reservaba un número determinado de plazas o se establecían unos objetivos numéricos para garantizar directamente su presencia en los distintos niveles de responsabilidad dentro de la Administración Pública. Lo que se analiza en esta sentencia, es una medida orientada a facilitar a las funcionarias, la conciliación entre sus obligaciones profesionales y familiares, como medio indirecto para garantizar su igualdad de oportunidades en el trabajo y corregir su infrarrepresentación.

⁸² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 28 de marzo de 2000, Caso *Badeck*.

⁸³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 6 de julio de 2000, Caso *Anderson*.

⁸⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea 19 marzo de 2002, Caso *Lommers*.

tación entre el personal del Ministerio que establecía la medida. En concreto, se ponía a disposición de su personal femenino un determinado número de plazas de guardería que en parte subvencionaba dicho Ministerio, quedando el resto por sufragarse por las propias funcionarias beneficiadas, el personal femenino de dicho Ministerio donde existía una considerable infrarrepresentación femenina, y esta reserva se ofrecía en exclusiva a las mujeres, *salvo en caso de urgencia*, en el que le correspondería apreciar al Director. En lo único en que insiste el Tribunal de Luxemburgo, es en la necesidad de poder aplicar la cláusula de apertura a los funcionarios masculinos que educan solos a sus hijos.

Precisamente por esta última apreciación es por la que me ha parecido necesaria la inclusión de estas cuestiones de igualdad material en este trabajo, al poder plantearse si en el caso de las ayudas económicas para guardería concedidas sólo a mujeres para facilitar su acceso al trabajo, así como otras medidas de similar talante como los cursos de educación específicos para el colectivo femenino, puede estarse discriminando a su vez al hombre con hijos a su cargo, al no otorgársele dichas medidas. De ser así, se trataría de una discriminación directa unida al sexo, pero además, de arbitrarse de un modo neutral “para todo padre o madre”, quizás se podría formular la idea de que estamos ante una discriminación indirecta no en razón de sexo, sino en función de los ciudadanos progenitores que después de una separación o divorcio ostentan el cuidado de los hijos, por ser en su mayoría mujeres. Sin embargo, como este tipo de medidas suelen encuadrarse en el aspecto material de la igualdad cuya problemática no constituye el objeto de este trabajo, y dado que dichas eventuales discriminaciones constituyen casos circunstanciales, a diferencia de las inferidas a la mujer, sólo he querido realizar un tratamiento colateral de esta idea.

Pues bien, sumadas estas cuestiones a las preguntas que se suscitaron en la mencionada sentencia *Badeck*, cabe preguntarse si las cuotas tienen sentido y si causan discriminación indirecta, concretamente una discriminación formal contra los hombres, como ya habíamos introducido en el capítulo anterior. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea es consciente en que en cierto modo se enfrenta el derecho a la igualdad de los varones en su modalidad formal, y el derecho sustancial de la mujer a la igualdad. En este caso, concluye, la igualdad formal precede a la sustancial. Cuando se refiere a la igualdad de los resultados, siempre se debe respetar la igualdad formal, sin embargo en la igualdad en el punto de partida, la igualdad sustancial puede priorizarse sobre la igualdad formal y sería legítima una discrimina-

ción directa.⁸⁵ Para finalizar, como ejemplos de cuotas podríamos señalar las cuotas electorales, las reservadas para minusválidos para fomentar su contratación por empresas y en relación a plazas de convocatorias públicas, etc.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN CABRERA, Carlos, “Reflexiones sobre la igualdad material”, *Anuario Filosofía del Derecho*, vol. IV, 1987.
- APARISI MIRALLES, Angela, “Discriminación y derecho a la igualdad. Las vías para el acceso al reconocimiento de la igualdad”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XII, 1995.
- ATIENZA, Manuel, “Un comentario al caso Kalanke”, *Doxa*, vol. 19, 1996.
- AZCÁRATE-ASKASUA ALBÉNIZ, Ana Carmen, *Mujer y discriminación del Tribunal de Justicia de las Comunidades al Tribunal Constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública, Euskadi, 1997.
- BALLESTER PASTOR, María Amparo, “La STJ de Luxemburgo de 17 de octubre de 1995: entre la acción afirmativa y el varón discriminado”, *Tribunal Social*, núm. 58, 1995.
- , “Reserva de puestos de trabajo, acción afirmativa y discriminación inversa (un análisis conceptual y de legalidad tras la Sentencia Marschall)”, *Relaciones Laborales*, núm. 18, 1998.
- BARRÉRE UNZUETA, María Angeles, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Madrid, Civitas, 1997.
- BASILE, Silvio, “Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas”, en Predieri, Alberto y García De Enterría, Eduardo (ed.), *La Constitución española de 1978*, Madrid, Civitas, 1980.
- BLÁZQUEZ-RUIZ, Francisco Javier, *Igualdad, libertad y dignidad*, Universidad Pública de Navarra, Navarra, 2003.
- BOBBIO, Norberto, *El Tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.
- , *Igualdad y libertad*, Paidós, 2000.
- BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *Discriminación positiva e favor de la mujer en el Derecho Comunitario (en torno a la Sentencia del 11 de noviembre de 1997 del Tribunal de justicia de las Comunidades Europeas)*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Colombia, 2001.

⁸⁵ Estas cuestiones han sido tratadas por Elósegui Itxaso, María, *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

- CANO MATA, Antonio, *El principio de igualdad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Madrid, Edersa, 1983.
- CARMONA CUENCA, Encarnación, “El principio de igualdad material en la Jurisprudencia del Tribunal constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 84, 1994.
- DE CASTRO CID, Benito, *El reconocimiento de los derechos humanos*, Madrid, 1989.
- DURÁN Y LALAGUNA, Paloma, “Notas sobre la igualdad”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XI, 1994.
- ELÓSEGUI ITXASO, María, *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio, “La discriminación positiva en el ámbito comunitario (Notas a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 17 de octubre de 1995)”, *Actualidad Laboral*, núm. 44, 1995.
- FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, María Encarnación, *Igualdad y Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 2003.
- , “Igualdad, diferencia y desigualdad. A propósito de la crítica neoliberal de la igualdad”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, T. X, 1993.
- , *Igualdad y Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.
- FROSINI, Vittorio, “Paradosso dell’eguaglianza”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1976.
- GÁLVEZ, Javier. “Artículo 14”, Garrido Falla, Fernando, *Comentario a la Constitución*, Madrid, Civitas, 1980.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Problemas metodológicos del principio constitucional de igualdad”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 4, 1997.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Igualdad y respeto al precedente”, *Derechos y Libertades*, vol. II, año I.
- GIMÉNEZ GLUCK, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- GUISÁN, Esperanza, “Igualdad, imparcialidad y bienestar en la ética contemporánea”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. IV, Madrid, 1987.
- HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, trad. De G.R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, México, Porrúa, 1995.

- LAPORTA, Francisco, “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, *Sistema*, núm. 67. julio, 1985.
- LÓPEZ ANADÓN, Pedro, “La discriminación positiva femenina (Comentarios sobre la discriminación positiva femenina surgidos a raíz de la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 11 de noviembre de 1997, caso Marschall contra Nordrhein-Westfalen”, *AJA*, núm. 323, 1997.
- MARITAIN, Jacques, “Introducción”, *Los derechos del Hombre. Estudios y comentarios en torno a la nueva Declaración Universal reunidos por la UNESCO*, F.C.E., Méjico-Buenos Aires, 1949.
- MARTÍN VIDA, María Angeles, “Medidas de tratamiento preferente a favor de las mujeres en el ámbito comunitario. Reflexiones al hilo de la sentencia Marschall”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 53, 1998.
- _____, *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 86-101.
- OLLERO, Ana, *¿Tiene razón el Derecho? Entre método científico y voluntad política*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1996.
- _____, *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, Madrid, Edersa, 1982.
- OLLERO, Andrés, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, CEC, 1989,
- _____, “Principio de igualdad y teoría del Derecho”, *Derechos Humanos y metodología jurídica*, Madrid, CEC, 1989,.
- _____, *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Madrid, CEC, 1999.
- OTERO PARGA, Milagros María, *A seguridade no Dereito*, Fundac. Alfredo Brañas, Colecc. Dereito, núm. 15, 2003.
- PASTORI, Giorgio, *Funciones y derechos sociales entre Estado y sociedad*, Documentación Administrativa, núm. 248/249, 1997.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984.
- _____, “Sobre el puesto de la historia en el concepto de los Derechos Fundamentales”, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Eudema Universidad, Madrid, 1988.
- _____, *Curso de Derechos Fundamentales (I)*, Teoría General, Eudema, Madrid, 1991.
- PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique, “El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 1, 1981.

- _____, “Sobre la igualdad en la Constitución española”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. IV, 1987.
- _____, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1986.
- _____, *Dimensiones de la igualdad*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, núm. 34, Madrid, Dykinson, 2005.
- _____, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1991.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución Española”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 2, 1983.
- _____, “Ley, principios, derechos”, *Cuadernos Bartolomé de las Casas* núm. 7, Dykinson, 1998.
- _____, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990.
- QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz, “La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de octubre de 1995 sobre el caso «Kalanke versus Glissmann»”, *Actualidad laboral*, núm. 5, 1996, p. 154.
- RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, México, FCE, 1995.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, “Principales problemas jurídico-constitucionales que afectan a las mujeres en las relaciones de trabajo”, A.A.V.V, *Mujer y Constitución en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- _____, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo, “Algunas reflexiones sobre la igualdad de derechos de mujeres y hombres en el ámbito comunitario. Comentario a la Sentencia Kalanke del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 90, 1996.
- RODRÍGUEZ PANIAGIUA, José María, “Igualdad de oportunidades y prioridad de la mujer en los ascensos en la Sentencia Marschall del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 24, 1997.
- RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel, “Acción positiva, igualdad de oportunidades e igualación en los resultados”, *Relaciones Laborales*, vol. VII, 1996.
- _____, *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986.
- _____, “Igualdad de oportunidades y prioridad de la mujer en los ascensos en la sentencia Marschall del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”, *Relaciones Laborales*, núm. 24, vol. II, 1997.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, et al., *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986.

- RUBIO LLORENTE, Francisco, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 31, 1991.
- RUBIO, Ana, “Igualdad y diferencia. ¿Dos principios jurídicos?”, *Derechos y Libertades*, núm. 4, 1995.
- SANTAMARÍA IBEAS, José Javier, *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Burgos, Dykinson, 1997.
- SARTORI, Giovanni, *Teoría de la democracia*, Madrid, Alianza, 1988.
- SEGURA ORTEGA, Manuel, “La igualdad como fundamento de los derechos humanos”, A.A.V.V., *El principio de igualdad en la Constitución Española*, XI Jornadas de Estudio del Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica, de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- SIERRA HERNAIZ, Elisa, “La Sentencia Marschall: ¿un avance de la acción positiva en el Derecho Comunitario? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 11 de noviembre de 1997, asunto C-409/95”, *Actualidad Laboral*, núm. 22, 1998.
- , *Acción positiva y empleo de la mujer*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1999.
- VALCÁRCEL, Amelia, *El concepto de igualdad*, Madrid, Editorial Pablo Iglesias, 1994.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid, Trotta, 2006.
- VOGEL-POLSKY, Eliane, “A propósito de la Sentencia Marschall. El estatuto de las acciones positivas en Derecho Comunitario”, *Relaciones Laborales*, núm. 9, 1999.
- WOLF, Virginia, *Una habitación propia*, Barcelona, Seix Barral, 2001.
- ZOCO ZABALA, Cristina, *Igualdad en la aplicación de las normas y motivación de sentencias (artículos 14 y 24.1 CE). Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2002)*, Barcelona, Bosch, 2003.

CAPÍTULO 47

DERECHOS SOCIALES

Rodolfo ARANGO RIVADENEIRA*

SUMARIO: I. *Historia*. II. *Concepto*. III. *Estructura*. IV. *Fundamento*.
V. *Exigibilidad*. VI. *Bibliografía*.

Los derechos sociales tienen una larga y abigarrada historia. Producto de revoluciones y luchas políticas, han sido reconocidos a grupos o colectividades, como la clase trabajadora, en forma de derechos laborales y a la seguridad social, o a individuos en estado de necesidad, en forma de un derecho a la subsistencia. En el siglo XX fueron incluso identificados por algunos con “derechos socialistas”, ajenos al orden constitucional burgués.¹ Esta polifacética historia aconseja tener a la vista las diversas concepciones asociadas a los derechos sociales (I). Un análisis adecuado de los mismos exige, además, distinguir otros cuatro aspectos: su concepto (II), su estructura (III), su fundamento (IV) y su exigibilidad (V).

I. HISTORIA

Los derechos sociales han cambiado de significación con el paso del tiempo. En el pasado les fue negado su carácter de DERECHOS, siendo su objeto considerado como una mera aspiración. Hoy en día se reconoce a los derechos sociales fundamentales carácter de derechos subjetivos, siendo su objeto prestaciones positivas fácticas del Estado, entre ellas la alimentación, la salud, la educación, el trabajo, la vivienda y la seguridad social.

* Profesor Titular, Departamento de Filosofía, la Universidad de los Andes, Colombia.

¹ Schmitt, Carl, *Teoría de la constitución*, Madrid, Editorial Revista de derecho privado, 1934, pp. 189-197. Sostiene Schmitt: “A su vez, tienen distinta estructura los derechos, esencialmente socialistas, del individuo a prestaciones positivas del Estado” (*ibidem*, p. 196).

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 2, pp. 1677-1711.

En el siglo XVIII la ayuda o el apoyo a pobres, niños o ancianos expósitos era asunto librado a la familia o la beneficencia pública y privada en forma de deberes jurídicos o morales. En el siglo XIX los derechos sociales se identificaron con demandas que, mediante luchas políticas y sociales, podían lograr el status de derechos legales de grupos particulares, como en el caso de los trabajadores asalariados. En el siglo XX les fue dado el carácter de fines u objetivos sociales para cuya realización se requiere de normas jurídicas que impongan obligaciones positivas a las autoridades públicas, lo cual excluía la posibilidad individual de hacerlos exigibles directamente ante los jueces. Hoy en día los derechos sociales son entendidos por una amplia corriente doctrinaria² como

² De la amplia literatura sobre el tema ver, entre otros: Nino, Carlos S., "On Social Rights", Aarnio, A. et al. (eds.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit*, Berlin, 1993, pp. 295-299; Lima Lopes, José Reinaldo de, "Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de direito", Faria, José E. (ed.), *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, San Pablo, 1994; Gomes Canotilho, José Joaquín, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 1997; Arango, Rodolfo, "Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos", *Pensamiento Jurídico*, núm. 8, Bogotá, 1997, pp. 63-72; Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999; Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1999; Baldasarre, Antonio, *Los derechos sociales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001; Pisarello, Gerardo, "Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación compleja de la relaciones entre política y derecho", Carbonell, Miguel, Cruz Parcerro, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, 2001; Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002; Melish, Tara, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la presentación de casos*, New Haven/Quito, 2003; Sepúlveda, Magdalena et al., *Human Rights Reference Handbook*, Costa Rica, 2004; Ari Melo, Cláudio, *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, 2004; Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005; Queiroz, C., *Direitos fundamentais sociais*, Coimbra, 2006; Courtis, Christian, *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, 2006; Escobar Roca, Guillermo, *Protección de la salud*, Madrid, Trama, 2006; Gargarella, Roberto et al. (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: an Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot, 2006; García, Mauricio, "El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia", Uprimny, Rodrigo, Rodríguez, César y García, Mauricio (eds.), *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, 2006, pp. 201-233; Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007; Sarlet, Ingo, *A Eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre, Livreria do Advogado, 7a. ed., 2007; Gargarella, Roberto, "¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?", Arango, Rodolfo (ed.), *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2007, pp. 377-408; Chacón Mata, Ana María, *Derechos económicos, sociales y culturales. Indicadores y justiciaabilidad*, Bilbao, 2007; Alexy, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, 2007; Pereira De Souza Neto, C.

verdaderos derechos humanos y fundamentales a nivel internacional³ y en diversas constituciones nacionales.⁴ Esta concepción y su fundamento filosófico son relativamente nuevos.

Autores como Immanuel Kant o León Duguit incluían la ayuda a personas necesitadas en la esfera de los deberes. El primero consideraba que la beneficencia o ayuda a los necesitados eran un deber moral,⁵ mientras el segundo les reconocía carácter jurídico,⁶ más no la condición de derechos subjetivos que pudieran ser exigidos por la persona ante los jueces. Los pobres o desvalidos deberían ser ayudados por iniciativa individual o por la beneficencia pública, para lo cual se otorga a la propiedad una función social.

Al entendimiento de las prestaciones positivas del Estado como meros deberes, morales o jurídicos, se opone la tradición revolucionaria iniciada por Maximiliano Robespierre.⁷ Este fue el primero en erigir la fraternidad – a la par con la libertad y la igualdad – en principio universal, del cual emanan derechos del individuo frente a su comunidad política. En 1790 se constituye en París el Comité contra la Mendicidad, el cual formula un primer derecho social a la asistencia pública en caso de necesidad: “todo hombre tiene derecho a la subsistencia”.⁸ A ojos de los jacobinos, el alivio de la pobreza es un deber de la sociedad. Pero, como lo señala Carlos M. Herrera, mientras los derechos imprescriptibles del hombre son erigidos en fundamento de la Constitución, los derechos

y Sarmiento, Daniel (coords.), *Direitos sociais*, Río de Janeiro, 2008; Langford, Malcolm (ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008; Herrera, Carlos Miguel, *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009; Courtis, Christian y Ávila Santamaría, Ramiro (eds.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009; Carbonell, Miguel, “La eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas”, Courtis, Christian y Ávila Santamaría, Ramiro (eds.), *op. cit.*, pp. 55-87; Escobar Roca, Guillermo (director), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

³ Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), en especial artículos 22 a 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).

⁴ Brasil, Colombia, Venezuela, Ecuador, Bolivia, Argentina.

⁵ Kant, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, Madrid, Técnos, 3a. ed., 2002, pp. 322 y ss.

⁶ Duguit, Leon, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, París, 1901, citado por Carlos Miguel Herrera, *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 95 ss.

⁷ Robespierre, Maximiliano, “Extractos de ‘Sobre la subsistencia’”, en *idem*, *Virtud y terror* (Introducción a cargo de Slavoj Žižek), Madrid, Akal, 2007, pp. 131 y 134.

⁸ Herrera, Carlos M., *op. cit.*, nota 6, p. 21.

sociales pasan a garantizar el equilibrio social y son asociados desde su origen a una condición objetiva, la pobreza.⁹

Para contener el comunismo y “quitarle la gasolina a la revolución”, se expidieron las leyes de pobres en tiempos de Otto von Bismark.¹⁰ Mediante la ayuda a los pobres y la asistencia social las personas necesitadas recibían del Estado prusiano prestaciones determinadas en la ley. Esta establecía obligaciones de beneficencia a la administración con miras a controlar problemas de orden público. La cuestión social era asunto policivo. Lo mismo sucedió en Italia con las leyes de gobiernos conservadores.¹¹ En sus inicios el surgimiento del Estado social no trajo aparejado el reconocimiento de derechos sociales que pudieran ser exigibles antes los tribunales. La necesidad de controlar a una población explotada por la revolución industrial y empobrecida por las duras condiciones de vida impuestas por el capitalismo voraz, explica la asignación de prestaciones positivas por parte del Estado durante el siglo XIX.

Con el cambio de siglo las cosas dieron un giro gracias al avance de la conciencia jurídica socialista¹² y la positivización de las demandas sociales. Las constituciones mexicana (1917) y de Weimar (1919) incluyeron en sus catálogos de derechos multiplicidad de derechos sociales. No obstante, la ampliación del lenguaje de los derechos para abarcar una nueva generación de derechos que vendría a complementar a los derechos liberales de corte individualista, no fue suficiente para alcanzar el reconocimiento de derechos con rango constitucional. Si bien las revoluciones de principios del siglo XX dieron un apreciable empuje al desarrollo del derecho laboral, comunitario, solidario y de seguridad

⁹ Bernard considera en 1792 que el derecho a la subsistencia es un axioma que faltó en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, por lo cual defiende la consagración constitucional del derecho a la subsistencia en las modalidades de garantizar el trabajo al hombre apto y de garantizar el socorro gratuito al imposibilitado para trabajar. Por su parte, Maximiliano Robespierre en su Discurso sobre la subsistencia (1792) otorga a la subsistencia carácter de derecho imprescriptible del hombre, lo cual implica la limitación necesaria de la propiedad privada. En la misma dirección, la Constitución jacobina de 1793 establece en su artículo 2 que los principales derechos del hombre se reducen a dos: procurar la conservación de la existencia y de la libertad (véase Herrera, Carlos M., *op. cit.*, nota 6, pp. 22 ss.).

¹⁰ Bayertz, Kurt, “Begriff und Problem der Solidarität”, Bayertz, Kurt (ed.), *Solidarität. Begriff und Problem*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1998, pp. 11-53, aquí p. 36.

¹¹ Baldasarre, Antonio, *Los derechos sociales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 24.

¹² Ver Herrera, Carlos M., *Derecho y socialismo en el pensamiento jurídico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

social, los derechos sociales no obtuvieron un estatus de derechos fundamentales a la par con los derechos de libertad. Esto en buena medida por la deficiente institucionalización de mecanismos judiciales para la protección constitucional de los derechos fundamentales. Los derechos sociales continuaron siendo objeto de la política legislativa y su conquista fruto de las luchas políticas.

La consagración legislativa de los derechos sociales en la primera mitad del siglo XX tuvo como efecto su no constitucionalización en la segunda postguerra mundial. Ya asegurados a nivel legal, no existió en la conciencia de los constituyentes alemanes y españoles la necesidad de reconocerles carácter de derechos fundamentales en los textos constitucionales. La Ley Fundamental de Bonn y la Constitución española de 1978 no otorgaron tal estatus a los derechos sociales, siguiendo la tradición liberal de reconocer universalidad y fundamentalidad sólo a los derechos de libertad o de defensa.¹³ Los derechos sociales adoptaron en el constitucionalismo de la postguerra la forma de normas objetivas, directivas o disposiciones dirigidas al legislador para el aseguramiento de finalidades u objetivos sociales.¹⁴ No obstante, a nivel del derecho inter-nacional tal desarrollo no pareció suficiente. La Declaración Universal de los Derechos Humanos sí incluyó en su articulado derechos sociales a la salud, a la educación, a la vivienda, al trabajo y a la seguridad social.

La controversia ideológica entre liberales y socialistas de la primera mitad del siglo XX se trasladó a la Organización de Naciones Unidas (ONU) en los años sesenta. Ante la necesidad de adoptar instrumentos internacionales para dotar a los DERECHOS HUMANOS de eficacia jurídica frente a los Estados, se debatió en el seno de la ONU la conveniencia de expedir un solo pacto o, por el contrario, dos pactos de derechos humanos con distintos alcances jurídicos. Los socialistas salieron perdedores en la controversia jurídico-política. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoció plena eficacia a los derechos liberales, los cuales pueden ser invocados directamente ante los jueces en caso

¹³ Al respecto sostenía Carl Schmitt en su *Teoría de la Constitución*: “Para tener un concepto utilizable por la Ciencia es preciso dejar afirmado que en el Estado burgués de derecho son derechos fundamentales sólo aquellos que pueden valer como anteriores y superiores al Estado, aquellos que el Estado, no es que otorgue con arreglo a sus leyes, sino que reconoce y protege como dados antes que él (...). Estos derechos fundamentales no son pues, según su sustancia, bienes jurídicos, sino esferas de la Libertad, de las que resultan derechos, y precisamente derechos de defensa”, *op. cit.*, nota 1, p. 189.

¹⁴ Böckenförde, Ernst W., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1992, pp. 153, 155.

de violación por parte de las autoridades estatales. No sucedió lo mismo con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, donde la protección de estos derechos se hizo depender del nivel de desarrollo de cada sociedad, dentro de la reserva de lo posible, no siendo judicializables, salvo en casos de retrocesos injustificados en el nivel de aseguramiento ya alcanzado. El reconocimiento y la garantía diferenciados entre uno y otro grupo de derechos reforzaron la idea de que los derechos sociales no son verdaderos derechos sino aspiraciones o metas políticas colectivas cuya satisfacción depende de los recursos materiales disponibles en cada sociedad.

La anterior concepción de los derechos sociales fue activamente disputada a nivel nacional e internacional en las postrimerías del siglo XX. Numerosas constitucionales latinoamericanas y de Europa del Este luego de la caída de los regímenes militares y de la disolución de la Unión Soviética, otorgan a los derechos sociales un estatus jurídico equivalente a los derechos de libertad.¹⁵ Sucesivas reformas constitucionales en Latinoamérica –Brasil (1988), Colombia (1991), Perú (1993), Argentina (1994), Venezuela (1999), Ecuador (2008), Bolivia (2009)– y en Europa Oriental reconocen implícitamente derechos sociales fundamentales. Por su parte, la Declaración y Programa de Acción de Viena (1993)¹⁶ exhorta por una interpretación de los derechos humanos según los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia.

A la luz de su evolución histórica, los derechos sociales han quedado atrapados en una doble significación: para algunos se trata de verdaderos derechos universales –por ejemplo el derecho a un mínimo social (vital, existencial)– con la misma importancia que los derechos fundamentales de defensa; para otros, sus titulares pueden ser los nacionales que por su situación objetiva de necesidad son protegidos por la comunidad política particular mediante disposiciones generalmente de ley. En el primer caso los derechos sociales son universales; en el segundo los titulares de prestaciones legales son los miembros de la sociedad nacional, lo que excluye a los extraños o a los que pueden satisfacer ellos mismos sus necesidades. El divergente sentido y alcance reconocido a los derechos sociales exige profundizar en el estudio de su concepto, fundamento y exigibilidad.

¹⁵ Véase nota 2.

¹⁶ [http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.Sp](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.Sp) (última consulta, 20 de enero de 2013).

II. CONCEPTO

Los derechos sociales son derechos subjetivos (1) de prestación positiva fáctica del Estado (2).

1. *Los derechos sociales son verdaderos derechos subjetivos*

Los derechos sociales participan del mismo destino de su género próximo, los derechos subjetivos. Los derechos subjetivos son producto de un proceso de creciente abstracción y desontologización del pensamiento jurídico. Inicialmente concebidos de manera sustancial y iusnaturalista¹⁷ como ámbitos de autodeterminación en el que el sujeto se desata de las obligaciones asociativas,¹⁸ con el paso del tiempo se ha arribado a un concepto formal que permite entenderlos como posiciones normativas de sujetos jurídicos.¹⁹ Como derechos subjetivos pueden, a su vez, adoptar la modalidad de derechos morales, humanos, fundamentales o legales, dependiendo de las decisiones políticas y de doctrina jurídica imperante en cada sistema jurídico.

Según el actual entendimiento, los derechos sociales no son meras aspiraciones políticas que usurpan indebidamente el ropaje de los derechos subjetivos, como sostuviera Maurice Cranston al ridiculizar el derecho humano a vacaciones pagadas en cabeza del trabajador.²⁰ No existe un cielo de los conceptos jurídicos donde esté predeterminado ontológicamente qué puede contar como un derecho subjetivo y qué no. El lenguaje y la institucionalidad de los derechos son creación humana y dependen de los usos y prácticas jurídicas.²¹ Su eficaz funcionamiento requiere de la capacidad de idear instituciones y procedimientos que permitan hacer realidad tal constructo conceptual.

¹⁷ Locke, John, *Segundo tratado de gobierno civil*, Madrid, Alianza, 2004, p. 102.

¹⁸ Hobbes, Thomas, *El Leviatán*, Madrid, Alianza, 1989.

¹⁹ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

²⁰ Cranston, Maurice, *What are Human Rights?*, London, Bodley Head, 1962; Cranston, Maurice, "Human Rights, Real and Supposed", Raphael, D.D. (ed.), *Political Theory and The Rights of Man*, London, Macmillan, 1967.

²¹ Un buen planteamiento en este enfoque constructivista lo ofrece John Searle en su libro *Making the Social World: The Structure of Human Civilization*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

A. *Proceso de abstracción y desontologización: paso de libertad a relación*

Los derechos subjetivos son posiciones o relaciones normativas para las cuales es posible dar razones validas y suficientes, cuyo no reconocimiento injustificado ocasiona un daño inminente a la persona.²² Gracias a que aceptamos el lenguaje y la práctica relacional de los derechos nos es posible hacer exigencias mutuas que respaldamos institucionalmente con el fin de asegurar su cumplimiento. A este concepto de derechos subjetivos hemos arribado luego de un progresivo abandono de concepciones de derecho natural según las cuales las personas tendrían derechos o libertades anteriores al Estado y por voluntad de Dios o por el mero hecho de existir, como si del hecho de *ser* pudiese derivarse *deber ser* alguno.

Tener una posición normativa es estar en relación con otros, relación respaldada institucionalmente. La afirmación de que se tiene una determinada posición normativa frente a otros presupone la posibilidad de justificar la vinculación de otros sujetos a dicha posición. Un trasfondo normativo, fruto de la interacción y las experiencias humanas, es una realidad innegable, aún si tal realidad ha sido socialmente construida.²³ Las razones esgrimidas para apuntalar o justificar una determinada posición normativa, para ser efectivas, deben cumplir con criterios de validez del sistema normativo vigente y ser suficientes para vencer a las razones o argumentos contrarios que niegan una tal relación. El anterior andamiaje discursivo ha sido instituido socialmente con una intencionalidad: la de evitar el daño (*nemin laderè*), principio de conducta que procura la paz y la convivencia plena de significado. El carácter ideal de tal construcción exige, además, un reconocimiento de las relaciones normativas en la práctica, primordialmente por vía de procedimientos institucionales llamados a coordinar diversos niveles de corresponsabilidad entre personas y grupos sociales. La efectividad del reconocimiento de posiciones o relaciones normativas entre sujetos de derechos depende de un adecuado y efectivo acople o entrelazamiento de los diversos niveles de protección de tales posiciones o relaciones.²⁴ El discurso y la práctica de los derechos requieren de un equilibrio entre responsabilidad individual o grupal y subsidiariedad, entre esfuerzo personal y apoyo de

²² Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, 2a. ed., Legis, 2012, pp. 304 y ss.

²³ Searle, John. *La construcción de la realidad social*, Barcelona, Paidós, 1997.

²⁴ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002; Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.

terceros, así como la intervención efectiva de los diferentes niveles de protección según el nivel de riesgo y daño presente en cada ocasión. La inminencia del daño y la urgencia de la situación exigen la inversión en el orden de exigibilidad de las posiciones normativas (véase *infra* V. Exigibilidad).

B. *Derechos morales, humanos, fundamentales o legales*

En el plano más abstracto y universal, los derechos subjetivos son exigencias que nos hacemos mutuamente en la medida que queremos comprendernos y relacionarnos como sujetos morales.²⁵ Tratar a los otros como sujetos morales supone respetarlos como fines en sí mismos, no como meros medios para determinados fines o propósitos individuales o colectivos. Los derechos morales, así entendidos, parten de una moral mínima: la moral del mutuo respeto como personas libres, iguales e interdependientes. Esta concepción de los derechos subjetivos supera concepciones históricas con pesadas hipotecas metafísicas, como por ejemplo la concepción de los “derechos naturales”. Los derechos subjetivos, para ser universales, no requieren ser creados por Dios, la Naturaleza o el orden cósmico. Basta aceptar que la concepción moral de los derechos presupone no excluir de la titularidad de los derechos a ningún sujeto susceptible de sufrimiento.

La restricción del discurso de los derechos subjetivos a los miembros de la especie *homo sapiens sapiens* se justifica en el argumento ulterior (poco convincente) de ser esta la única especie, hasta ahora descubierta, capaz de comunicarse y llegar a un entendimiento recíproco o reflexivo sin necesidad de acudir a la fuerza. Los derechos humanos son derechos subjetivos a los que se suma una pretensión de universalidad.²⁶ La comunidad humana es destinataria y portadora de los derechos humanos, en cabeza de cada uno de sus miembros, individual o grupalmente considerados. Lo anterior no obsta para desarrollar una teoría de derechos de las especies donde la atribución de posiciones normativas dignas de protección no se base en el carácter comunicativo del ser sino en su capacidad para sentir dolor o sufrimiento, lo que extiende la protección de los derechos subjetivos a las especies sensibles, en particular los animales.

Los derechos fundamentales son derechos subjetivos con alto grado de importancia.²⁷ La fundamentalidad de los derechos subjetivos es concebida

²⁵ Tugendhat, Ernt, *Lecciones sobre ética*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 333 y ss.

²⁶ Arango, Rodolfo, *op. cit.*, nota 22, p. 93; Robert Alexy añade otras cuatro características a la definición de derechos humanos: individualidad, moralidad, abstracción y prioridad.

²⁷ Arango, Rodolfo, *op. cit.*, nota 22, p. 32.

diferencialmente según la cultura jurídica. Algunas tradiciones adoptan un criterio formal que hace coincidir los derechos fundamentales con los establecidos como tales en un texto constitucional. Por su parte, otras tradiciones jurídicas adoptan un criterio material de fundamentalidad: fundamentales son todos los derechos subjetivos cuya alta importancia puede ser justificada mediante argumentos *ius*constitucionales. La segunda alternativa otorga un mayor juego al reconocimiento interpretativo de derechos fundamentales, lo cual hace al sistema jurídico correspondiente más flexible ante el cambio de circunstancias pero menos óptimo en cuanto a la certeza jurídica.

En la tradición legalista de los siglos XVIII y XIX los derechos subjetivos eran asegurados principalmente por vía de su consagración en la Ley. Los derechos legales son derechos subjetivos adoptados por el legislador democrático como garantías de rango infraconstitucional. Tal nivel de garantía era suficiente en sociedades democráticas funcionalmente diferenciadas pero poco complejas. La especialización del trabajo administrativo y legislativo permitió el desarrollo de amplias regulaciones codificadas sobre los más diversos ámbitos de la vida social, en particular la provisión de servicios y el aseguramiento de prestaciones sociales. En el decir de Niklas Luhmann, en sociedades capitalistas modernas la certeza del derecho se ganaba en el input de la codificación de normas generales e impersonales destinadas a estabilizar las expectativas de comportamiento *ex ante*. El legalismo, no obstante, sería incapaz de responder a la aceleración del tiempo en el capitalismo avanzado. Fue necesario que los jueces adaptaran concepciones materiales del orden jurídico y lo interpretaran en forma amplia y sensible a las transformaciones sociales para llenar los vacíos de ley frente a realidades constantemente cambiantes. Ello explica por qué la emergencia del derecho jurisprudencial, de la constitucionalización del derecho ordinario y de la argumentación jurídica para dotar de certeza a las decisiones tomadas *ex post facto* y con pretensiones de servir de precedentes para casos futuros similares.²⁸

El proceso de constitucionalización del derecho, con la adopción de extensas y sustanciosas cartas de derechos de aplicación directa y la creación de tribunales especializados para la defensa de dichos derechos fundamentales, caracteriza la evolución actual de la práctica de los derechos. El reconocimiento creciente de los derechos sociales como verdaderos derechos

²⁸ Luhmann, Niklas, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

humanos y fundamentales es una clara expresión de dicho proceso, siendo la experiencia latinoamericana digna de mención a este respecto.²⁹

2. *Los derechos sociales son derechos de prestación positiva fáctica del Estado*

En relación con su diferencia específica, los derechos sociales son derechos subjetivos de prestación positiva fáctica del Estado. A diferencia de los derechos negativos o de abstención, los derechos prestacionales tienen como objeto un hacer positivo de la parte obligada. Tal concepción ha sido disputada válidamente por Abramovich y Courtis, para quienes todo derecho presenta dimensiones tanto negativas como positivas.³⁰ No obstante, para efectos doctrinales es importante enfatizar que, tratándose de derechos sociales, la prestación positiva sobresale respecto de la dimensión negativa y presenta especiales problemas metodológicos que deben ser expresamente abordados y resueltos para asegurar su realización práctica (véase *infra* V. Exigibilidad).

A. *Derechos de prestaciones positivas fácticas*

Las prestaciones pueden ser, a su vez, de carácter normativo o fáctico.³¹ En el primer caso se trata de derecho de organización o procedimiento, como por ejemplo el debido proceso o el derecho de petición. Por su parte, los derechos a prestaciones positivas fácticas no requieren de la expedición de una normatividad que enmarque el hacer positivo del obligado. El derecho a recibir alimento, salud, educación o trabajo tiene como contraprestación las acciones de proveer bienes o servicios más o menos intensivos en un marco normativo que posibilite su satisfacción. Importante aquí es anotar que, por lo general, los derechos abstractos de prestaciones positivas fácticas no tienen como destinatarios de las obligaciones correlativas a personas particulares. Esto porque la posibilidad de exigir el cumplimiento de prestaciones positivas fácticas en forma aleatoria a particulares, por el mero hecho de estar necesitado, impone cargas arbitrarias, desiguales y desproporcionadas a personas no necesariamente vinculadas con la persona nece-

²⁹ Arango, Rodolfo, “Constitucionalismo social latinoamericano”, Armin von Bogdandy *et al.*, (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización: Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* México, UNAM/Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, y otros, 2010, pp. 3-24. en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/6.pdf>, última consulta el 20 de enero de 2013.

³⁰ Abramovich, Victor y Courtis, Christian, *op. cit.*, nota 24, pp. 79 ss.

³¹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 19, pp. 419 ss.

sitada. El efecto de una exigibilidad general de derechos sociales frente a cualquier persona sería la eliminación de la libertad y de la igualdad para aquellos aleatoriamente escogidos para satisfacer la prestación. Lógicamente están excluidos, en consecuencia, los derechos sociales humanos y fundamentales dirigidos a personas particulares. Sólo el legislador democrático está constitucionalmente autorizado para crear obligaciones legales positivas a favor de personas o grupos en cabeza de determinadas personas naturales o jurídicas.

B. *Derechos a prestaciones positivas fácticas del Estado*

Lo anterior no significa que los derechos sociales humanos y fundamentales no tengan destinatario alguno mientras el legislador no precise obligaciones positivas en cabeza de sujetos particulares. La incorporación del principio de solidaridad en el orden jurídico, en concordancia con los principios de dignidad, de subsidiariedad o de urgencia, hace del Estado la agencia colectiva por excelencia para satisfacer las prestaciones positivas fácticas objeto de los derechos sociales. Esto por razones de tipo económico, práctico y normativo.

A diferencia de lo sostenido por Ernst Forsthoff, el Estado social de derecho no sólo puede ser un Estado administrativo de derecho.³² La industrialización y tecnificación de la vida humana, como lo recuerda el mismo Forsthoff, ha eliminado el ámbito de reproducción autónoma de la vida. El individuo está inserto en estructuras y sistemas que él mismo no puede controlar, de las cuales depende para la satisfacción de sus necesidades. Las personas individualmente consideradas ya no están, como antes en el mundo pastoril o preindustrial, en capacidad de asegurarse la provisión de los bienes y servicios materiales necesarios para su subsistencia. Corresponde por ello al Estado, como eficaz instrumento de intervención y regulación de la vida social, satisfacer las prestaciones sociales a quienes, por sus propios medios, no pueden acceder al goce efectivo de los derechos sociales. Para tal fin no es indispensable —contrario a lo pensado por el administrativista alemán alumno de Carl Schmitt— la intervención pormenorizada y previa del legislador democrático. El reconocimiento de derechos sociales fundamentales en cabeza de personas o grupos es posible por vía judicial consti-

³² Forsthoff, Ernst, “Problemas constitucionales del Estado social”, Abendroth, W., Forsthoff, E., Doehring, K. (eds.), *El Estado Social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 43 ss.

tucional, sin que ello signifique el quebrantamiento de los principios republicanos de separación de poderes y de representación democrática.

La tesis Schmittiana-Forsthoffiana de los derechos sociales reducidos al ámbito legal y administrativo está atada a una concepción de los derechos sociales como derechos de grupos particulares. El objeto de estos derechos sería exclusivamente las conquistas sociales de las revoluciones o reivindicaciones de las clases proletarias dispuestas a eliminar la propiedad privada y las libertades burguesas. El carácter antagónico y conflicto de esta visión del derecho disuena respecto del rol de garante asumido por el Estado social y democrático de derecho en el constitucionalismo contemporáneo.³³ Un ejemplo del papel interventor del Estado para garantizar los derechos sociales fundamentales mínimos en caso de fallas o insuficiencias de los sistemas burocrático y económico se encuentra en la jurisprudencia constitucional comparada relativa al derecho al mínimo existencial o vital.

A principios de los años cincuenta, una mujer viuda y con dos niños pequeños, solicitó ayuda del Estado alemán ante su carencia de empleo y alimentación en los difíciles tiempos de la postguerra. Los jueces administrativos denegaron la solicitud por carecer la interesada de la posibilidad de demandar tales prestaciones positivas del Estado. Las leyes de pobres, precedentes del imperio prusiano, según la interpretación judicial, obligaban a las autoridades públicas a asistir a los necesitados más no reconocían un derecho subjetivo en cabeza de la persona concernida para exigir del Estado las prestaciones necesarias para subsistir dignamente. En una decisión que marcó un hito en la jurisprudencia alemana, el tribunal superior administrativo revocó dicha decisión y reconoció un derecho fundamental al mínimo existencial a la viuda y los nietos huérfanos.³⁴ Los magistrados interpretaron la ley a la luz de la Ley Fundamental de Bonn, en particular de los principios de dignidad y Estado social de derecho. Consideraron que no reconocer el derecho subjetivo a prestaciones positivas fácticas a la demandante llevaba al absurdo de privarla de la asistencia del Estado pese a su situación de necesidad, siendo ello contrario al lugar prevalente que ocupa la persona humana en el nuevo orden constitucional.

En igual sentido, la Corte Constitucional colombiana reconoció en 1992 un derecho fundamental innominado al mínimo vital a un anciano sin

³³ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999; Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1999; Carbonell, Miguel, “La eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas”, Courtis, Christian y Ávila Santamaría, Ramiro (eds.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 55-87.

³⁴ BVerwGE 1, 159 (Decisión del Tribunal Superior Administrativo Alemán (1953)).

ingresos y ordenó al Estado resolver en 48 horas sobre su solicitud de reconocimiento de una pensión. Los magistrados consideraron que a la luz de los derechos y principios constitucionales toda persona tiene un derecho a la subsistencia que implica el aseguramiento de las condiciones materiales mínimas que le permitan llevar una existencia digna.³⁵ Con posterioridad a las decisiones antes citadas, los jueces constitucionales alemanes y los colombianos han reconocido el derecho fundamental al mínimo existencial o vital, mínimo material que prohíbe, entre otras, la imposición de tributos por parte del legislador que desconozcan una cota mínima que asegura los recursos materiales necesarios para una existencia digna (*Untermassverbot*).³⁶ Bien se puede afirmar que el derecho fundamental al mínimo existencial o vital equivale a los derechos sociales fundamentales mínimos.³⁷

III. ESTRUCTURA

Los derechos sociales, al igual de los demás derechos, tienen una estructura triádica³⁸ o de tres elementos: titular del derecho (1), sujetos obligados (2) y objeto del derecho o prestación (3).

1. *Titularidad*

Si bien la titularidad de un derecho subjetivo puede ser individual o colectiva, en el caso de los derechos sociales humanos y fundamentales el titular del derecho es la persona natural o individuo. Esto porque el directo destinatario de la alimentación, la salud, la educación, la vivienda, el trabajo o la seguridad social es la persona humana. Es el individuo quien sufre de hambre, enfermedad, desempleo, falta de techo o de protección social en la vejez. El derecho moderno reconoce un valor intrínseco a la persona humana cuyos derechos básicos no deben ser desconocidos en virtud de fines generales o de derechos colectivos, si es que se pretende impedir la

³⁵ Sentencia T-533 de 1993.

³⁶ Clérico, Laura, “Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatidad”, Clérico, L., Sieckmann, J., Oliver Lalana, D. (eds.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011, pp. 177-198.

³⁷ Arango, R. y Lemaitre, J., *Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2002.

³⁸ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 19, p. 186.

instrumentalización del individuo propia de épocas feudales y de servilismo en las que primaba la dominación de unos por otros. Concepciones colectivas de la salud, la educación, la vivienda, etcétera, presuponen la existencia de derechos culturales, humanos o fundamentales. Si bien pueden perfectamente reconocerse derechos culturales colectivos con el contenido o las prestaciones típicas de los derechos sociales —como por ejemplo la salud o la vivienda según la concepción de mundo de una comunidad étnica determinada—, en tal caso técnicamente es más adecuado hablar de derechos culturales y no de derechos sociales colectivos. La adecuada conceptualización y categorización de los derechos contribuye a su óptima protección. También pueden presentarse conflictos entre derechos sociales (individuales) y derechos culturales (colectivos). En principio, el conflicto debería ser resuelto dando prioridad a los primeros sobre los segundos, dado el valor intrínseco reconocido a la persona humana en el ámbito constitucional.

2. *Obligados*

Los derechos sociales pueden tener diversos y múltiples obligados. Su determinación corresponde al legislador en caso de derechos sociales legales; al constituyente en el caso de los derechos sociales fundamentales; a los Estados y jueces constitucionales o internacionales en el caso de los derechos sociales humanos. Los obligados a satisfacerlos en estos dos últimos eventos pueden ser determinados según una cadena u orden de precedencia.

En Estados de derecho contemporáneos que garantizan los derechos sociales a nivel legal, los obligados pueden ser personas particulares —como el empleador en el caso de la salud o la seguridad social— o el Estado. El menor que exige alimentos; el o la joven que busca un cupo de estudio; el trabajador que demanda el pago de su salario o prestaciones sociales; la familia que pretende el reconocimiento de vivienda o salud, tienen como contrapartes obligados bien a familiares, a empleadores o al Estado. Cuando el legislador democrático ha desarrollado dichas garantías es posible obligar por vía administrativa y de la justicia ordinaria el cumplimiento de las respectivas prestaciones.

En sociedades con sistemas jurídicos incipientes o no suficientemente desarrollados, también denominadas sociedades no bien ordenadas,³⁹ por existir un abismo entre los principios constitucionales y la legislación correspondiente, los obligados a satisfacer derechos sociales suelen no estar legislativamente determinados. En estos casos surge la pregunta de si los

³⁹ Arango, Rodolfo, *op. cit.*, nota 29, pp. 5 ss.

derechos sociales son meros enunciados o aspiraciones políticas, no auténticos derechos fundamentales o humanos. La jurisprudencia constitucional de los mencionados sistemas jurídicos incipientes de las sociedades no bien ordenadas ha reconocido, no obstante, la posibilidad de establecer racional y objetivamente los obligados a cumplir con las prestaciones positivas fácticas en cada caso. Los principios de subsidiariedad y solidaridad, así como el criterio de urgencia, juegan un papel central en dicha determinación.

Según el principio de subsidiariedad, los primeros llamados a satisfacer los derechos sociales son su propio titular o sus allegados; en caso de vacío legal o de imposibilidad fáctica, corresponde hacerlo al Estado o a la comunidad internacional.⁴⁰ Por su parte, el principio de solidaridad (ver *infra* IV.3) garantiza que ante la imposibilidad jurídica o material de cumplir por parte de los primeramente obligados, según el orden de precedencia en el sistema de protección multinivel de los derechos humanos, sea el Estado nacional el obligado a garantizar el pleno goce de los derechos sociales.

Un criterio determinante para la asignación de las respectivas responsabilidades está dado por la urgencia de la situación. No es razonable en un Estado constitucional basado en la dignidad humana y el respeto de los derechos humanos y fundamentales no reconocer a personas pobres o desamparadas una exigencia suficientemente justificada, cuyo no reconocimiento le ocasionaría un daño inminente, con el simple argumento de que el legislador no ha establecido quién o quiénes son los posibles obligados. En caso de urgencia, situación en la que el contenido de las prestaciones es determinable contra-fácticamente (véase *infra* V. 2. Exigibilidad jurídica), opera una inversión en el orden de obligados a satisfacer los derechos sociales.

3. Prestación

Como fuese enunciado arriba al referirnos al concepto de los derechos sociales (ver *supra* II. 2.) el objeto del derecho son —prioritariamente— prestaciones fácticas positivas. Si bien parte de la doctrina incluye obligaciones de no hacer o abstención en el contenido de los derechos sociales,⁴¹ el énfasis en las obligaciones positivas se justifica por requerir para su determina-

⁴⁰ Véase Protocolo Facultativo del PIDESC en proceso de ratificación, en <http://www.escri-net.org/docs/i/431812> (consultado el día 20.01.2013).

⁴¹ Abramovich, Victor y Courtis, Christian, *op. cit.*, nota 24, pp. 65 ss.

ción de métodos más complejos a los tradicionalmente utilizados por los jueces (véase *infra* V. 2. Exigibilidad jurídica).

IV. FUNDAMENTO

El debate en torno al fundamento de los derechos sociales es amplio y extenso.⁴² Cuatro opciones han sido exploradas en los últimos tiempos en la literatura filosófica y jurídica: la dignidad, la libertad, la igualdad y la solidaridad.

1. *Dignidad*

La dignidad humana ha sido invocada repetidamente en la doctrina y la jurisprudencia como fundamento de los derechos sociales. El concepto de dignidad humana es indeterminado. Comúnmente se asocia a la tradición estoica y cristiana que reconoce un igual estatus a todos los seres humanos como parte de una comunidad universal. Modernamente se ha asociado a la prohibición de degradar al ser humano a la condición de cosa, medio o instrumento para determinados fines. La dignidad humana es empleada a expresar el valor intrínseco de los seres humanos y evitar su instrumentalización, límite de la acción moral expresado en la segunda formulación del imperativo categórico kantiano, a saber, el deber de tratar a la persona siempre también como un fin y no meramente como un medio. Por su parte, la jurisprudencia constitucional, en particular la alemana, vincula la dignidad humana con la imagen de la persona en el orden constitucional. El núcleo intangible del ser humano no sólo incluiría la prohibición de degradar su valor intrínseco, sino también el deber de proveer las prestaciones materiales necesarias para una existencia digna. Tales prestaciones abarcarían, entre otras garantías fisiológicas y de inserción sociocultural de la persona como ser social.⁴³

Contra la dignidad como fundamento de los derechos humanos, y en particular de los derechos sociales, se ha esgrimido que su contenido no está definido en los textos constitucionales, lo que conduce a su utilización

⁴² Sobre el tema vale la pena consultar el libro *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, publicado bajo la dirección de Guillermo Escobar Roca, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pp. 306 ss. Se trata de un estudio amplio sobre derechos sociales en derecho comparado, con la participación de numerosos tratadistas iberoamericanos.

⁴³ Escobar, Guillermo, *op. cit.*, nota 42, pp. 313 y 315.

indiscriminada y sin control. Se trataría de un “concepto plastilina” cuya arbitraria expansión atentaría contra otros derechos principios fundamentales, por ejemplo, el principio democrático y el derecho de propiedad. No obstante, la doctrina tiende a admitir que la dignidad humana justificaría, en relación con los derechos sociales, la protección de los derechos sociales fundamentales mínimos.⁴⁴

2. *Libertad*

La tradición analítica demo-liberal ha intentado fundamentar los derechos sociales fundamentales en la idea de una libertad fáctica, en contraste con concepciones libertarias como las de Robert Nozick o James Buchanan que niegan tal posibilidad. Para Alexy, derechos básicos a la alimentación, a la salud básica, a la educación, la vivienda digna, al trabajo y a la seguridad social deben ser asegurados para garantizar libertad efectiva a la persona. No basta defender una idea abstracta de libertad asociada a la posibilidad de optar o elegir. Por su parte, la necesidad fáctica de asegurar al individuo su condición de ciudadano que pueda efectivamente tomar parte en el proceso democrático lleva a John Rawls a incluir el mínimo social, necesario para ser un ciudadano pleno, en el primer principio de la justicia y en los contenidos constitucionales esenciales que aseguran iguales libertades básicas para todos.⁴⁵ En ninguno de los dos casos se considera que el reconocimiento de derechos sociales conlleve el desconocimiento del principio democrático ni del derecho de propiedad. Por el contrario, dadas las condiciones reales de desigualdad social, la compensación constitucional para asegurar la libertad real de todos parece un imperativo defendible con buenos argumentos.

La debilidad de este intento de fundamentación ha sido señalada por Ernst Tugendhat en su crítica a la fundamentación de los derechos sociales por parte de Alexy a partir de la autonomía individual. Para Tugendhat el error consiste en pretender fundamentar los derechos socia-

⁴⁴ Young, Katherine G., “The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content”, *The Yale Journal of International Law* 33 (2008), pp. 113-175.

⁴⁵ Rawls, John, *Liberalismo político*, Barcelona, Cátedra, 1996, pp. 262 y ss. Sobre la evolución del pensamiento de Rawls en relación con los derechos sociales véase Arango, Rodolfo. “John Rawls y los derechos constitucionales”, Botero, Juan José (ed.), *Con Rawls y contra Rawls*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2005, pp. 141-156.

les en la autonomía individual.⁴⁶ La tradición liberal se equivoca cuando presenta el derecho fundamental a la vida como un derecho de libertad. Este derecho es un derecho positivo o de prestación, no un derecho negativo o de abstención. El bebé, cuando nace, depende enteramente de la madre para su subsistencia. Los derechos sociales, al igual que el derecho a la vida, no presuponen o tiene la libertad como su fundamento. Según este filósofo alemán, es la dignidad humana el valor que subyacería al reconocimiento de los derechos sociales.⁴⁷

3. Igualdad

La tradición democrática igualitaria, representada por autores como John Rawls, Ronald Dworkin o Philip van Parijs o José García Añón, funda los derechos sociales en el principio de IGUALDAD. El aseguramiento de estos derechos se muestra indispensable en el proceso de inclusión democrática y social de persona y grupos que por sus condiciones personales no se encuentran en capacidad de autodeterminarse sin la garantía de medidas positivas para el efecto.⁴⁸

En forma similar a lo que sucede con la distinción entre libertad formal y libertad fáctica, quienes fundamentan los derechos sociales en el principio de igualdad lo hacen a partir de la distinción entre igualdad formal e igualdad material. La primera modalidad asegura simplemente la igualdad ante y bajo la ley, esto es, prohíbe la discriminación legislativa de quienes deben ser tratados de la misma manera. La igualdad material, por su parte, supone la igualación de condiciones materiales mínimas –por vía del reconocimiento de derechos sociales– de forma que la persona, atendiendo a sus capacidades reales y sus funcionamientos en la sociedad concreta,⁴⁹ pueda participar plenamente en la vida social, política y cultural de su comunidad. Los derechos sociales serían

⁴⁶ Tugendhat, Ernst, *op. cit.*, nota 25, p. 346.

⁴⁷ Tugendhat, Ernst, *op. cit.*, nota 25, p. 348.

⁴⁸ En esta dirección afirma José García Añón: “Los derechos sociales se fundamentan en la idea de la igualdad sustancial como uno de los valores o aspectos de la justicia necesarios para la protección de la dignidad de la persona”. Véase García Añón, José, “Derechos sociales e igualdad”, Abramovich, V., Añón, M. J. y Courtis, Ch. (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de Uso*, México, Fontamara, 2003, pp. 79-102.

⁴⁹ Sen, Amartya, *Desarrollo y libertad*, Bogotá, Planeta, 2000; Sen, Amartya, *El derecho a no tener hambre*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002; Nussbaum, Martha, *Capacidades como titulaciones fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

así la condición material necesaria que debe ser asegurada para garantizar la igualdad real y efectiva.

A este enfoque también le han surgido objeciones, a la par de lo que sucede con el fundamento de la libertad. La principal reserva consiste en sostener que los derechos sociales son vistos como un mero medio para la obtención de igualdad material o real, lo que instrumentaliza o condiciona los derechos sociales a la consecución de la igualdad y, de cualquier forma, no asegura más que la participación en el proceso político, no el goce efectivo de la porción de riqueza colectiva que corresponde a cada persona por el hecho de vivir e interactuar en una comunidad de destino.

4. *Solidaridad*

Más prometedor que la dignidad, la libertad y la igualdad parece ser la solidaridad con miras a fundamentar los derechos sociales, aun cuando además de desvirtuar las objeciones en contra de estos últimos es necesario justificar la solidaridad como un concepto que no es superfluo ni oscuro. Las razones a favor de la solidaridad son múltiples: jurídicas, políticas y económicas.

La solidaridad tiene origen en el derecho romano. Se refiere a la responsabilidad que asume cada uno de los miembros de un grupo por las obligaciones de todos, así como a la responsabilidad del grupo frente a las obligaciones de sus miembros individualmente considerados. La naturaleza jurídica del concepto de solidaridad permite deslindar la responsabilidad por las obligaciones de su contenido moral, con lo cual se realza el papel crucial del derecho en la coordinación de la acción individual y colectiva. La solidaridad jurídica no se limita a los miembros de una familia o clase; ella puede ser el resultado de una convención o acuerdo de voluntades, tácito o expreso, entre extraños dispuestos a reconocer la existencia de vínculos que limitan el ámbito de sus posibilidades de acción para favorecer proyectos colectivos mayores. Las características del concepto jurídico de la solidaridad hacen de este un especial candidato para fundar el reconocimiento de derechos sociales humanos y fundamentales. Esto porque si entendemos los derechos subjetivos como relaciones recíprocas cuyo reconocimiento busca prevenir o remediar potenciales daños y los derechos sociales como las prestaciones fácticas positivas a favor toda persona requerida de apoyo colectivo,

la solidaridad puede ser vista como la fuente misma de los derechos sociales.

Con el paso del tiempo la solidaridad ha incluido contenidos morales en su significación.⁵⁰ Ella se asocia por muchos al comportamiento caritativo hacia la persona en estado de necesidad. La parábola del buen samaritano vino a teñir de moralidad lo que en principio era un concepto ajeno a convicciones religiosas. Consecuencia negativa de esta evolución es el estrechamiento del alcance de la solidaridad a grupos particulares. Convicciones valorativas no universalistas restringen el concepto a grupos cerrados principalmente vinculados por factores de origen o procedencia, con la necesaria exclusión de otros no incluidos en el grupo de referencia. Esta acepción recortada de la solidaridad, cuando se asocia a los derechos sociales, termina por limitar el alcance de tales derechos a los miembros de una determinada clase social o grupo humano, lo que no se justifica ante el fenómeno universal de la interdependencia global.

Fue en el siglo XVIII que el concepto de solidaridad migró al ámbito de lo político. El saint-simoniano P. Leroux lo introdujo al discurso político como elemento constitutivo de la sociedad y principio de progreso de la humanidad.⁵¹ Un jacobino como Robespierre, vinculará la fraternidad como concepto afín al de la solidaridad, al reconocimiento de un derecho a la subsistencia, el cual fue incluido como enunciado político jurídico en la Constitución francesa de 1793.

A las razones de tipo jurídico y político se suman razones de tipo económico para justificar la fundamentación de los derechos sociales humanos y fundamentales a partir de la solidaridad. En la era de la interdependencia económica mundial⁵² resulta anacrónico limitar el alcance de los derechos positivos o de prestación a los nacionales o, dentro de éstos, a ciertos sectores o clases de la sociedad. Esto porque en un mundo crecientemente interconectado y materialmente integrado, donde el hacer o dejar de hacer en una esquina del mundo repercute inevitablemente sobre personas o poblaciones lejanas, los derechos positivos recíprocos entre unos y otros tienden a aumentar y multiplicarse. El punto de partida del liberalismo, el individuo autónomo, racional e irreductible en sus preferencias, viene siendo corregido por el énfasis en nuestro ser relacional e interdependiente que, sin negar las libertades

⁵⁰ Arango, Rodolfo. *Democracia social. Un proyecto pendiente*, México, Fontamara, 2012, pp. 169 ss., 187 ss.

⁵¹ Lucas, Javier de, *El concepto de solidaridad*, México, Fontamara, 2a. ed., 1998, p. 14.

⁵² Shue, Henry, *Basic Rights*, Princeton, Princeton University Press, 1980.

individuales, integra los derechos de libertad y sociales en un todo universal, integral e indivisible.

V. EXIGIBILIDAD

Los derechos sociales presentan grandes desafíos en cuanto a su exigibilidad. Esto porque las dificultades conceptuales, estructurales y de fundamentación de los derechos sociales conllevan no pocas veces la negación de su realización práctica. Esto vale especialmente en materia de derechos sociales humanos y fundamentales que plantean exigencias complejas para su ejecución, lo que no sucede con los derechos sociales legales cuyas obligaciones positivas han sido determinadas por el legislador. Con respecto a los derechos sociales humanos y fundamentales –alimentación, salud, educación, vivienda, seguridad social y trabajo– es necesario distinguir dos tipos diversos de exigibilidad: política y jurídica, también denominada justiciabilidad.

1. *Exigibilidad política*

El reconocimiento de derechos sociales, humanos y fundamentales, ha sido una lenta pero segura conquista del último siglo, a la par con el discurso y la práctica de los derechos en general. Bien podría afirmarse que la lucha por la exigibilidad de los derechos sociales ha sido una por desideologizar su entendimiento y universalizar su reconocimiento efectivo. Luego de la identificación de los derechos sociales con reivindicaciones sectoriales o grupales, especialmente de la clase trabajadora, a principios del siglo XX, un siglo después los derechos sociales hacen parte constitutiva no solo de constituciones políticas de países socialistas o que han adoptado el modelo de Estado social de derecho, sino de las declaraciones y las convenciones o pactos internacionales de derechos humanos. Este es el fruto de exigencias o demandas colectivas así como de la movilización popular en defensa del pleno reconocimiento de los derechos humanos en su integridad.

La experiencia de acciones coordinadas de teóricos, activistas de derechos humanos, jueces y tribunales sensibles a los desarrollos del constitucionalismo y del derecho internacional de los derechos humanos, ha llevado a la convicción de que sin la movilización activa de las organizaciones sociales y de las asociaciones cívicas, los avances políticos para la garantía y

el goce efectivo de los derechos sociales no habrían sido posibles.⁵³ La exigibilidad política exige por ello un constante trabajo de apreciación de experiencias comparadas, lobby político, desarrollo doctrinal, decisiones macroeconómicas, acuerdos o convenios internacionales y litigio internacional en pos de la plena vigencia de los derechos sociales como verdaderos derechos humanos y fundamentales.

Un ejemplo claro de exigibilidad política lo constituyen los informes alternativos presentados por la sociedad civil al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU en el monitoreo del cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por los Estados parte del PIDESC. La participación de los organizaciones civiles en los procesos de formulación, diseño y seguimiento de las políticas públicas en la materia permiten exigir la asunción de responsabilidad política a los Estados ante la comunidad internacional por las acciones y omisiones públicas que desconocen los estándares de protección y garantía internacionales.

2. *Exigibilidad jurídica o justiciabilidad*

La exigibilidad jurídica o justiciabilidad de los derechos sociales es quizás el más difícil desafío que plantean los derechos sociales humanos y fundamentales en la actualidad. La complejidad de los problemas conceptuales, interpretativos e institucionales no ha sido del todo resuelta, ni en la teoría ni en la práctica. La situación más que desanimar a sus defensores eleva un reto de gran atractivo e importancia: la posibilidad de realizar efectivamente un mínimo de justicia que asegure la estabilidad de las sociedades que buscan asegurar la paz por vía del derecho, en particular mediante el modelo de Estado social, constitucional y democrático y los sistemas de protección nacional, regional y universal de los derechos humanos.

En la literatura especializada son claramente discernibles dos estrategias complementarias para avanzar en la justiciabilidad de los derechos sociales. La primera toma como pie de apoyo el derecho internacional de derechos humanos,⁵⁴ en particular las garantías que suponen principios como los de

⁵³ Abramovich, Víctor, “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo”, *Revista de la CEPAL* núm. 88, abril de 2006, pp. 36-50.

⁵⁴ Vasak, Karel (ed.), *The international dimensions of human rights*, revisado y editado para la edición inglesa por Philip Alston, Connecticut, Greenwood Press, 1982; Buergenthal, Thomas, *International Human Rights*, Minnesota, West Publishing, 1988; Cançado Trindade, Antônio Augusto, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*, São Paulo, Saraiva, 1991; Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002; Melish, Tara, *La protección de los derechos econó-*

progresividad y prohibición de retroceso o regresividad,⁵⁵ control de convencionalidad⁵⁶ e interdependencia, integralidad e indivisibilidad de los derechos humanos.⁵⁷ La segunda estrategia se basa en el constitucionalismo social⁵⁸ y los avances interpretativos⁵⁹ en sistemas de derecho propios de economías emergentes como las de los países de Latinoamérica⁶⁰ y de la antigua cortina de hierro, así como de Suráfrica.⁶¹ Ambas estrategias convergen en la práctica –como se ve en la doctrina del bloque de constitucionalidad en Colombia o de la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos a la Constitución en Argentina o México– y repotencian las posibilidades de responder satisfactoriamente a las objeciones elevadas en contra de los derechos sociales como verdaderos derechos humanos y fundamentales.⁶²

Tres objeciones han sido elevadas contra la justiciabilidad de los derechos sociales humanos y fundamentales: una cognitiva, una metodológica y una funcional. De la posibilidad de desvirtuar los argumentos que las sustentan depende la defensabilidad de los derechos sociales entendidos como derechos subjetivos exigibles directamente ante los jueces constitucionales e internacionales ante vacíos de ley o imposibilidad fáctica de un Estado.

micos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la presentación de casos, New Haven/Quito, 2003; Sepúlveda, Magdalena *et al.*, *Human Rights Reference Handbook*, Costa Rica, 2004; Piovesan, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, Sao Paulo, Saraiva, 13a ed., 2012.

⁵⁵ Courtis, Christian, *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, CEDAL/CELS, 2006.

⁵⁶ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2012.

⁵⁷ Sepúlveda, Magdalena, *op. cit.*, nota 54.

⁵⁸ Pisarello, Gerardo, “Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático”, *Boletín Mexicano de Derechos Comparado*, vol. 92, mayo-agosto de 1998, pp. 439-356; Arango, Rodolfo, *op. cit.*, nota 29.

⁵⁹ Prieto Sanchís, Luis, Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22, Madrid, 1995, pp. 9-57; Uprimny, Rodrigo, García Villegas, Mauricio y Rodríguez, César, *¿Justicia para todos?: sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Norma, 2006.

⁶⁰ Gargarella, Roberto, *et al.*, (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: an Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot, 2006.

⁶¹ Langford, Malcolm (ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008; Gauri, Varun, Brinks, Daniel M. (eds.), *Courting Social Justice. Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

⁶² Carbonell, Miguel, *et al.*, (comp.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, 2001.

La objeción cognitiva sostiene que no es posible conocer cuándo se vulnera un derecho social humano o fundamental, puesto que el grado de indeterminación de sus componentes impide saber quién viola el derecho —por ejemplo la familia, el Estado o la comunidad internacional—, o cuándo se viola el derecho —por ejemplo en cuanto a la calidad o cantidad de la alimentación que requiere quien carece de alimentos para subsistir dignamente (véase *supra* III. Estructura). Según esto, la violación de derechos fundamentales de libertad por la acción del Estado sí es claramente conocible y verificable, no siendo este el caso para la violación de derechos sociales por omisión. Esto porque sería imposible saber qué falta de actuación y qué agente omisivo conllevan el quebrantamiento del ordenamiento jurídico constitucional o internacional. Como dice la máxima de Saliceto, “de nada, nada se sigue”. Según el anterior enfoque, los derechos de libertad son anteriores al Estado y para su goce efectivo se requeriría simplemente que el Estado no interfiera en la órbita protegida por ellos, siendo el costo para su protección cero, lo cual no sería el caso para los derechos sociales, cuyo reconocimiento supone la existencia del Estado y por lo mismo, cuestan mucho.⁶³ En definitiva, según la objeción epistémica, no es posible establecer empíricamente la violación de un derecho social humano o fundamental.

La objeción metodológica se relaciona estrechamente con la anterior y se refiere a la presunta inexistencia de procedimientos objetivos y criterios racionales para decidir sobre la violación de los derechos sociales humanos y fundamentales. En contraste con los derechos de libertad que sí contarían con métodos para establecer su vulneración —como por ejemplo la dogmática de ámbito de protección, afectación, limitación o violación según el principio de proporcionalidad—, para los detractores de los derechos sociales humanos y fundamentales, los derechos sociales carecerían de instrumentos para reconstruir racional y objetivamente las decisiones correctas a adoptar sin desconocer derechos de terceros (como la propiedad) o el principio democrático.

La objeción funcional remite a la idea de que si los jueces garantizaran judicialmente derechos sociales humanos y fundamentales se desconocería el Estado democrático de derecho y se abriría la puerta a un Estado judicial, caracterizado por la arbitrariedad en el reconocimiento de prestaciones positivas a unos y a su negación a otros. Esto porque sumada la indeterminación de estos derechos y a la inexistencia de métodos para su control, la justicia *cadi*, casuista o selectiva, haría volar por los aires los

⁶³ La tesis según la cual la satisfacción de los derechos liberales no cuesta mientras la de los derechos sociales sí ha sido desvirtuada por Holmes, Stephen y Sunstein, Cass, *El costo de los derechos*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.

principios de libertad, propiedad e igualdad tan caros a la tradición democrática de derecho.

A las anteriores objeciones es posible responder mediante varias vías como las señaladas arriba. Primero, mediante una adecuada conceptualización y estructuración de los derechos sociales; segundo, reconociendo la progresiva internacionalización del derecho constitucional de los diferentes países; tercero, gracias a la constitucionalización del derecho ordinario e internacional; cuarto, atendiendo a la interpretación integral y progresiva de los derechos humanos y fundamentales; quinto, no desestimando el desarrollo de una frondosa y extensa doctrina internacional y comparada en materia de derechos sociales.

Invalidada históricamente la fundamentación onto-teológica de los derechos humanos, bien como dados por Dios o como sustancias anteriores y superiores al Estado, resulta necesario reconocer que todo derecho es una relación establecida por los seres humanos que supone de actuaciones positivas y negativas para su efectiva realización, en especial en un mundo interdependiente. Incluso los derechos de defensa o abstención implican costos económicos para ser garantizados en la práctica, por lo que no es aceptable afirmar que basta abstenerse de interferir en las esferas de libertad para garantizar tales derechos. Tampoco los derechos clásicos de libertad o defensa presentan una prioridad epistémica respecto de los derechos sociales en la evaluación de su violación. La institucionalización de jueces para asegurar unos y otros derechos exige conocimientos para verificar si las interacciones humanas violan por acción u omisión los derechos fundamentales y humanos cualquiera sea el contenido de sus prestaciones.

La objeción epistémica falla al partir de un concepto mecánico de omisión, de forma que si no se presenta una causa eficiente no se generaría violación alguna de un derecho. Como bien lo anotó Carlos Santiago Nino hace tiempo,⁶⁴ el concepto de omisión en el ámbito jurídico no es fáctico sino normativo. Cognitivamente es posible determinar cuándo una omisión de una conducta debida genera un riesgo o un daño atribuible a actores determinados mediante métodos y argumentos institucionalizados. Las doctrinas de imputación objetiva (en el derecho penal) y de la responsabilidad por ocupar una posición de agente son clara muestra de que sí es posible sacar conclusiones normativas a partir de omisiones de acciones determinables y esperables. Esto es de especial importancia en el caso de los derechos sociales fundamentales. La posibilidad de conocer, por ejemplo,

⁶⁴ Nino, Carlos S., *op. cit.*, nota 2.

cuándo se vulnera el derecho a la salud de un menor de edad que no accede al servicio por su condición de pobreza pese a sufrir de un quebranto de salud verificable, es incontestable. Esto vale también para los demás derechos sociales o a prestaciones positivas fácticas de gran importancia. La existencia de una amplia doctrina internacional –observaciones generales– emanada de órganos internacionales como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU confirma que el conocimiento en el incumplimiento de estándares universales en la materia no es algo aleatorio e imposible.

Lo dicho abre la puerta a la solución del problema metodológico. En la jurisprudencia constitucional e internacional de las últimas décadas se ha desarrollado una metodología crecientemente sofisticada para el establecimiento de violaciones de derechos. En ella el principio de proporcionalidad y el método de la ponderación –en contraste con la subsunción– juegan un papel fundamental.⁶⁵ En el caso de los derechos sociales humanos y fundamentales la metodología para establecer cuándo una omisión o acción defectuosa o insuficiente está todavía en construcción.⁶⁶ No obstante, una argumentación contra-fáctica y consecuencialista permite confirmar cuándo la no acción pese a las circunstancias de urgencia (caso extremo) lleva, *prima facie*, a la consumación de un riesgo o daño para el titular del derecho a una prestación fáctica positiva del Estado.⁶⁷ La multiplicidad de posibles obligados, en este caso el Estado nacional o la comunidad internacional, activan los principios de subsidiariedad y solidaridad, de forma que la persona no quede abandonada a su suerte por el mero hecho de no poder ayudarse a sí misma. Volviendo al ejemplo del derecho a la salud, la probabilidad de sufrir un daño irreversible según el nivel de la ciencia alcanzado en cada momento es objetivamente determinable según las circunstancias fácticas del caso, en particular cuando de no intervenir a tiempo se genera una consecuencia inconstitucional, como cuando quien requiere un medicamento vital no accede a él por su limitada capacidad económica. Por otra parte, la determinación del obligado en cada caso depende también de la inminencia del daño. Si particulares obligados por ley a asistir al

⁶⁵ Alexy, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009; Bernal, Carlos, *La proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003; Clérico, María Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009.

⁶⁶ Clérico, María Laura, “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, Carbonell, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 125-174.

⁶⁷ Arango, Rodolfo, *op. cit.*, nota 22, p. 155 ss.

enfermo fallan en su deber positivo de auxilio y apoyo, corresponderá al Estado ocupar la posición de garante para asegurar que el titular del derecho a la salud no quede expuesto a un daño por la omisión del primeramente obligado. La fundamentalidad de los derechos constitucionales y humanos puede ser alegada y sustentada argumentativamente, sin que la ausencia de un texto normativo de rango superior sea un buen argumento para denegar las prestaciones positivas fácticas cuando ellas son objetivamente requeridas.

En cuanto a la objeción funcional, sin duda se requiere trazar una clara línea entre las funciones legislativas y las funciones judiciales para evitar la quiebra de principios fundamentales del Estado constitucional y democrático de derecho. La doctrina nacional e internacional⁶⁸ y el derecho constitucional comparado⁶⁹ han reconstruido los ámbitos competenciales en el caso del reconocimiento judicial de los derechos sociales,⁷⁰ y modalidades interpretativas como el llamado estado de cosas inconstitucionales en materia de prisiones, población objeto de desplazamiento forzado, sistema de salud o sistema pensional, entre otras. Las medidas judiciales adoptadas para proteger derechos sociales fundamentales y humanos pueden ser altamente complejas y diversas dada la variedad de derechos en juego. La jurisprudencia constitucional adopta en este caso, atendiendo al principio de que los Estados sólo están obligados hasta el límite de lo posible, decisiones con diversos efectos: sentencias interpretativas, diferidas, condicionadas. Incluso en el caso de los estados de cosas inconstitucionales, la jurisprudencia constitucional ha dictado órdenes generales y estructurales para exigir el cumplimiento de actuaciones complejas y coordinadas de varias instituciones estatales requeridas para la satisfacción de un derecho social. En cualquier caso, es de advertir, el legislador e incluso el constituyente secundario podrían interve-

⁶⁸ Young, Katherine G., *op. cit.*, nota 44.

⁶⁹ Bogdandy, Armin v., Landa, César y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *¿La integración suramericana a través del derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Madrid, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009; Bogdandy, Armin v., Piovesan, Flavia y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010; Bogdandy, Armin v., Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *La Justicia Constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, Max Planck Institut für Ausländisches Öffentliches Rechts und Völkerrecht/Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto De Investigaciones Jurídicas/Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010.

⁷⁰ Michelman, Frank, "Welfare Rights and Constitutional Democracy", *Washington University Law Quarterly* 3, 1979, pp. 659-693; Rawls, John, *Liberalismo político*, Barcelona, Crítica, 1996, pp. 271-272.

nir para modificar, corregir o derogar lo dispuesto por los jueces constitucionales o internacionales, debiendo, claro está, asumir la carga de la argumentación para separarse de las órdenes judiciales proferidas. El gran desafío del siglo XXI para el constitucionalismo global será la consolidación de una doctrina constitucional e internacional para desarrolle la protección óptima y efectiva de los derechos sociales.

VI. BIBLIOGRAFÍA

1. *Bibliografía citada*

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.
- ABRAMOVICH, Victor, Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo, *Revista de la CEPAL*, núm. 88, abril de 2006.
- ALEXY, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- _____, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ARANGO, Rodolfo y LEMAITRE, Julieta, *Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2002.
- ARANGO, Rodolfo, “John Rawls y los derechos constitucionales”, Botero, Juan José (ed.), *Con Rawls y contra Rawls*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2005.
- _____, “Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos”, *Pensamiento Jurídico*, núm. 8, Bogotá, 1997.
- _____, Arango, Rodolfo, “Constitucionalismo social latinoamericano” en Armin von Bogdandy *at al.*, (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización: Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, UNAM/Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2010. en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/6.pdf>, consultado el 20 de enero de 2013.
- _____, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, 2a. ed., Bogotá, Legis, 2012 [2005].
- _____, *Democracia social. Un proyecto pendiente*, México, Fontamara, 2012.
- ARI MELO, Cláudio, *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, 2004.

- BALDASARRE, Antonio, *Los derechos sociales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- BAYERTZ, Kurt, “Begriff und Problem der Solidarität”, Bayertz, Kurt (ed.), *Solidarität. Begriff und Problem*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1998.
- BERNAL, Carlos, *La proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst W., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1992.
- BOGDANDY, Armin v., et al.,(coords.), *La Justicia Constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, Max Planck Institut für Ausländisches Öffentliches Rechts und Völkerrecht/Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto De Investigaciones Jurídicas/Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010.
- BOGDANDY, Armin v., et al., (eds.),*La integración suramericana a través del derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Madrid, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- BOGDANDY, Armin v., et al.,(eds.), *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.
- BUERGENTHAL, Thomas, *International Human Rights*, Minnesota, West Publishing, 1988.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*, São Paulo, Sarai-va, 1991.
- CARBONELL, Miguel, “La eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas”, Courtis, Christian y Ávila Santamaría, Ramiro (eds.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- CARBONELL, Miguel, et al.,(comp.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, 2001.
- CHACÓN MATA, Ana María, *Derechos económicos, sociales y culturales. Indicadores y justiciabilidad*, Bilbao, 2007.
- CLÉRICO, Laura, “Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad” en: Clérico, L., Sieckmann, J., Oliver Lalana, D. (eds.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011.
- , “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, Carbonell, Miguel (ed.), *El*

- principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- _____, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009.
- COURTIS, Christian y ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro (eds.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- COURTIS, Christian, *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, CEDAL/CELS, 2006.
- CRANSTON, Maurice, "Human Rights, Real and Supposed", Raphael, D. D. (ed.), *Political Theory and The Rights of Man*, London, Macmillan, 1967.
- CRANSTON, Maurice, *What are Human Rights?* London, Bodley Head, 1962.
- DUGUIT, Leon, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, París, 1901.
- ESCOBAR ROCA, Guillermo, *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2012.
- _____, *Protección de la salud*, Madrid, Trama, 2006
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2012.
- FORSTHOFF, Ernst, "Problemas constitucionales del Estado social", Abendroth, W., FORSTHOFF, E., DOEHRING, K. (eds.), *El Estado Social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.
- GARCÍA AÑON, José, "Derechos sociales e igualdad", Abramovich, V., Añon, M.J. y Courtis, Ch. (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de Uso*, México, Fontamara, 2003.
- GARCÍA, Mauricio, "El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia", Uprimny, Rodrigo, Rodríguez, César y García, Mauricio (eds.), *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, 2006.
- GARGARELLA, Roberto *et al.*, (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: an Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot, 2006.
- GARGARELLA, Roberto, "¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?", Arango, Rodolfo (ed.), *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2007.

- GAURI, Varun y BRINKS, Daniel M. (eds.), *Courting Social Justice. Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquín, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 1997.
- HERRERA, Carlos Miguel, *Derecho y socialismo en el pensamiento jurídico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- _____, *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.
- HOBBS, Thomas, *El Leviatán*, Madrid, Alianza, 1989.
- HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass, *El costo de los derechos*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.
- KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, Madrid, Técnos, 3a. ed., 2002.
- LANGFORD, Malcolm (ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- LIMA LOPES, José Reinaldo de, “Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de direito”, Faria, José E. (ed.), *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, San Pablo, 1994.
- LOCKE, John, *Segundo tratado de gobierno civil*, Madrid, Alianza, 2004.
- LUCAS, Javier de, *El concepto de solidaridad*, México, Fontamara, 2a. ed., 1998.
- LUHMANN, Niklas, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- MELISH, Tara, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la presentación de casos*, New Haven/Quito, 2003.
- MICHELMAN, Frank, “Welfare Rights and Constitutional Democracy”, *Washington University Law Quarterly*, vol. 3, 1979.
- NINO, Carlos S., “On Social Rights”, Aarnio, A. et al., (eds.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit*, Berlin, 1993.
- NUSSBAUM, Martha, *Capacidades como titulaciones fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- PEREIRA DE SOUZA NETO, C. y SARMIENTO, Daniel (coords.), *Direitos sociais*, Río de Janeiro, 2008.
- PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, Sao Paulo, Saraiva, 13a ed., 2012.

- PISARELLO, Gerardo, “Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación compleja de la relaciones entre política y derecho”, Carbonell, Miguel, Cruz Parceró, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (comp.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, 2001.
- _____, “Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático”, *Boletín Mexicano de Derechos Comparado*, vol. 92, mayo-agosto de 1998, pp. 439-356. en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/92/art/art7.htm>.
- _____, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”¹, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22, Madrid, 1995.
- QUEIROZ, C., *Direitos fundamentais sociais*, Coimbra, 2006.
- RAWLS, John, *Liberalismo político*, Barcelona, Cátedra, 1996.
- ROBESPIERRE, Maximiliano, “Extractos de ‘Sobre la subsistencia’”, en *idem*, *Virtud y terror* (introducción a cargo de Slavoj Žižek), Madrid, Akal, 2007.
- SARLET, Ingo, *A Eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre, Livreria do Advogado, 7a ed., 2007.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la constitución*, Madrid, Editorial Revista de derecho privado, 1934.
- SEARLE, John, *Making the Social World: The Structure of Human Civilization*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- _____, *La construcción de la realidad social*, Barcelona, Paidós, 1997.
- SEN, Amartya, *Desarrollo y libertad*, Bogotá, Planeta, 2000.
- _____, *El derecho a no tener hambre*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- SEPÚLVEDA, Magdalena, *et al.*, *Human Rights Reference Handbook*, Costa Rica, 2004.
- SHUE, Henry, *Basic Rights*, Princeton, Princeton University Press, 1980.
- TUGENDHAT, Ernst, *Lecciones sobre ética*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- UPRIMNY, Rodrigo, García Villegas, Mauricio y Rodríguez, César, *¿Justicia para todos?: sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Norma, 2006.
- VASAK, Karel (ed.), *The international dimensions of human rights*, Connecticut, Greenwood Press, 1982.

- YOUNG, Katherine G., “The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content”, *The Yale Journal of International Law*, vol. 33, 2008.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1999.

2. Bibliografía recomendada

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.
- ALEXY, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- ARANGO, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, 2a. ed., Bogotá, Legis, 2012 [2005].
- CARBONELL, Miguel, CRUZ PARCERO, Juan Antonio y VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, 2001.
- CHAPMAN, A. y RUSSELL, S. (eds.), *Core obligations: building a framework for economic, social and cultural rights*, Mortsel, 2002.
- COURTIS, Christian (ed.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, 2006.
- COURTIS, Christian y ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro (eds.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- CRAVEN, M. C. R., *The international covenant on economic, social and cultural rights: a perspective on its development*, Oxford, 1995.
- EIDE, A., KRAUSE C. y ROSAS, A. (eds.), *Economic, social and cultural rights: a textbook*, 2a. ed., Dordrecht, 2001.
- ESCOBAR ROCA, Guillermo, *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2012.
- GARGARELLA, Roberto, et al., (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: an Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot, 2006.
- GAURI, Varun y BRINKS, Daniel M. (eds.), *Courting Social Justice. Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- HERRERA, Carlos Miguel, *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.
- HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass, *El costo de los derechos*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.

- LANGFORD, Malcolm (ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- LAPORTA, Francisco, “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”, Betegón, Jerónimo, et al., (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, 2004.
- MELISH, Tara, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la presentación de casos*, New Haven/Quito 2003.
- MICHELMAN, Frank, “Welfare Rights and Constitutional Democracy”, *Washington University Law Quarterly*, vol. 3, 1979.
- PECES-BARBA, Guillermo, “Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto”, *Revista Derechos y Libertades*, año III, núm. 6, Madrid, 1998.
- PEREIRA DE SOUZA, C. y SARMIENTO, D. (coords.), *Direitos sociais*, Río de Janeiro, 2008.
- PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22, Madrid, 1995.
- SUNSTEIN, Cass R., “Social and Economic Rights? Lessons from South Africa”, *U. of Chicago Public Law Working Paper No. 12*, Chicago, 2001.
- TUSHNET, Mark, *Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton & Oxford, Princeton University Press, 2008.

CONTRIBUYENTES

Josep AGUILÓ REGLA es Catedrático de Filosofía de la Universidad de Alicante, España. Se especializa en filosofía del derecho y teoría de la argumentación jurídica. Entre sus obras de destacan *Teoría general de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico)* (2012[2000]), *La Constitución del Estado constitucional* (2004), y, *Sobre derecho y argumentación* (2008)[josep.aguil@ua.es]

Marcelo ALEGRE es profesor regular de Teoría General y Filosofía del Derecho en la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Ha publicado varios libros como autor o editor en el área de la filosofía del derecho, la filosofía política y el derecho constitucional. Publicaciones recientes incluyen su ensayo “What Justice Demands Today”, es autor de *Igualdad, Derecho y Política* (2010), y editó con Roberto Gargarella *El Derecho a la Igualdad* (2012[2007]) y *Homenaje a Carlos Nino* (2008). [alegre.marcelo@gmail.com].

Rodolfo ARANGO RIVADENEIRA es profesor de filosofía en la Universidad de los Andes, Colombia. Se especializa en filosofía práctica (política, moral y del derecho) moderna y contemporánea. Es autor de *Democracia social. Un proyecto pendiente* (2012); *El concepto de derechos sociales fundamentales* (2da edición, 2012); *Derechos humanos como límite a la democracia. Análisis de la Ley de Justicia y Paz* (2008). [raran-go@uniandes.edu.co]

Manuel ATIENZA es Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Alicante, España. Es autor de muchos libros y artículos que versan sobre ámbitos muy diversos de su disciplina como la teoría de los enunciados jurídicos, el marxismo jurídico, la bioética, la teoría y la técnica de la legislación, la ética judicial o la argumentación. En este último campo ha llevado a cabo una intensa actividad investigadora, entre cuyos resultados se destacan *Las razones del derecho*, (2003); *Bases teóricas de la argumentación jurídica* (con Aulius Aarnio y Francisco Laporta, 2009) y *Curso de argumentación jurídica* (2013) [Manuel.Atiienza@ua.es].

Carlos BERNAL PULIDO es Profesor de la Universidad Externado de Colombia y Associate Professor Macquarie Law School. Se especializa en filosofía del derecho, derecho constitucional, teoría de la argumentación jurídica y responsabilidad civil. Es autor de *El derecho de los derechos* (2006); *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales* (2003) y editor (con Jorge Fabra) de *La filosofía de la responsabilidad civil*. [carlos.bernal-pulido@mq.edu.au, carlos.bernal@uexternado.edu.co].

Hernán G. BOUVIER es investigador de CONICET y docente de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Se especializa en teoría del derecho, ética y derecho penal. Entre sus obras se cuenta *Particularismo y Derecho. Un abordaje pospositivista en el ámbito práctico* (2012) y múltiples artículos en filosofía práctica y teoría del derecho. [hernanbouvier@gmail.com].

Bruno CELANO es Profesor de Filosofía del Derecho, en la Universidad Palermo, Italia. Sus publicaciones incluyen los libros *La teoría del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica* (1999), *Dos estudios sobre la costumbre*, (Fontamara, México 2000), *Derecho, justicia, razones. Ensayos 2000-2007* (2009), *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni* (2010), y numerosos ensayos en filosofía práctica y filosofía del derecho [celano@unipa.it].

JUAN ANTONIO CRUZ PARCERO es Investigador en el Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Se especializa en teoría de la argumentación y teoría jurídica contemporáneas. Es autor del libro *El concepto de derecho subjetivo* (Fontamara, México, 1999) y de *El lenguaje de los derechos* (Trotta, Madrid, 2007). Ha sido director de la revista *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* (2006-2012) y forma parte del Colegio de Bioética A.C. [cruz-parc@servidor.unam.mx].

Juan Bautista ETCHEVERRY es Profesor de la Universidad Austral de Argentina. Sus trabajos de investigación se han ocupado del positivismo jurídico anglosajón contemporáneo, de temas de teoría de la interpretación y aplicación vinculados a la objetividad del Derecho y de los límites de la discrecionalidad y la arbitrariedad de la decisiones jurídicas. Actualmente también trabaja cuestiones vinculadas a la justicia transicional. Entre sus publicaciones se destacan *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente* (2007) y *Ley, moral y razón: Estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis* (2013) [jbetcheverry@austral.edu.ar]

Jorge Luis FABRA ZAMORA es Doctorando en Filosofía, McMaster University, Canadá e Investigador Externo de la Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco-Cartagena. Se especializa en filosofía del derecho, filosofía de la responsabilidad civil y filosofía del derecho constitucional. Ha editado *Filosofía de la Responsabilidad Civil* (con Carlos Bernal, 2013) y “50th Anniversary Hart's Concept of Law” (con Imer Flores, Revista *Problema*, vol. 5, 2013). [jorgefabraz@gmail.com, fabrajl@mcmaster.ca]

Anthony HONORÉ es Emeritus Regius Professor of Civil Law at All Souls, Oxford University, Inglaterra. Sus intereses se encuentra en la historia jurídica romana, especialmente los juristas romanos, el derecho de fiducias de Sudáfrica y otras jurisdicciones civiles, y la filosofía del derecho, en especial los temas de responsabilidad y derecho compado. Ha escrito de dieciséis libros y más de cien artículos [tony.honore@all-souls.ox.ac.uk]-

Juan Francisco IOSA es Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina y profesor de teoría de la Argumentación Jurídica e investigador de la Universidad Empresarial siglo 21 de Cordoba, Argentina. Se especializa en Filosofía del Derecho, Ética y Filosofía Política. Ha trabajado sobre

sobre el conflicto entre autoridad y autonomía. Actualmente está abocado a la construcción de una teoría unificada de la autonomía. Es autor de “Reconsiderando el Argumento de las Razones Auxiliares” (2012), “La Estructura del Conflicto entre Autoridad y Autonomía” (2011) y “Wolff, entre autoridad y autonomía. Un análisis de la concepción voluntarista de la autonomía como autolegislación y de la tesis de la incompatibilidad conceptual entre autoridad y autonomía” (2010). [juanfiosa@gmail.com, juaniosa@arnet.com.ar]

Maris KOPCKE es Fellow and Tutor in Law, Worcester College & Lecturer in Law, Brasenose College, Oxford University, Inglaterra. Se especializa en teoría del derecho y derecho penal. Entre sus publicaciones recientes se destacan *Legal Validity* (proximamente), 'Legal Validity: Law's Craftsmanship of Rights' in Gregoire Webber, Paul Yowell (eds), *Legislated Rights* (2014) y 'Finnis on Legal and Moral Obligation' (2013). [maris.kopcke@univ.ox.ac.uk].

Pablo DE LARRANAGA MONJARAZ es Profesor de tiempo completo del Instituto Técnico Autónomo de México. Se especializa en temas relacionados con la responsabilidad, derecho y regulación, constitucionalismo, derecho y globalización, y, derecho y teoría social. Entre sus libros se destacan *Regulación. Técnica jurídica y razonamiento económico* (2009), *La constitucionalización del derecho a la información: contexto, consecuencias y retos* (2008) y *El concepto de responsabilidad en la teoría del derecho contemporánea* (2004) [larranaga@itam.mx].

Isabel LIFANTE VIDAL es Profesora Titular de Filosofía de Derecho en la Universidad de Alicante, España. Se especializa en teoría del derecho y teoría de la argumentación jurídica. Se destacan sus trabajos sobre teoría de la interpretación jurídica, en particular, *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea* (1999) e *Interpretación Jurídica y Teoría del Derecho* (editora, 2010) [isabel.lifante@ua.es].

David MARTÍNEZ ZORRILLA es Profesor Agregado de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la Universitat Oberta de Catalunya, España. Entre sus principales líneas de investigación se encuentran los conflictos normativos y la ponderación, los dilemas morales, el pluralismo valorativo y la incomparabilidad, la lógica de los sistemas normativos, la argumentación y en general los temas de la teoría general del Derecho y de la filosofía moral. Entre sus publicaciones destaca el libro *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa* (2007), así como múltiples artículos científicos publicados en revistas especializadas españolas e internacionales, como *Law & Philosophy*, *Ratio Juris* o la *Revista Española de Derecho Constitucional*. [dmartinezz@uoc.edu]

Julio MONTERO es Investigador Asistente del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de Argentina y docente de ética y filosofía del derecho en la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Ha publicado trabajos sobre derechos humanos, justicia global y democracia deliberativa en libros y revistas académicas

tanto en español como en inglés, entre las cuales se destacan "Do Affluent Countries Violate the Human Rights of the Global Poor" (2010); "Global Poverty, Human Rights and Correlative Duties" (2009) y "Global Poverty, Whose Duties? Some Problems with the Contribution Principle" (2008). [jmnormadia@gmail.com]

Ezequiel MONTI es docente de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Es autor de "El dilema del individuo hobbesiano en el estado de naturaleza" (2009) y "Democracia deliberativa y derechos sociales: ¿Qué deben hacer los jueces?" (2011). [ezemonti@gmail.com].

Nicola MUFFATO es Investigador de la Università degli Studi di Trieste, Italia. Su investigación se concentra en filosofía del derecho, en especial, semántica del lenguaje normativo, epistemología jurídica y meta-ética. Es autor de *La Semantica delle norme* (2007) y *Norme e discorsi su norme* (2010). [nicola.muffato@udg.edu]

Rosa María RICOY CASAS es Profesora del Área de Ciencia Política y de Administración de la Universidad de Vigo, España y Profesora de Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Ha adelantado investigaciones en teoría jurídica feminista, derechos fundamentales y protección de datos. Es autora de "¿Qué igualdad?. El principio de igualdad formal y no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento jurídico español, y las políticas públicas para su erradicación" (2010) [rricoy@uvigo.es]

Jan SIECKMANN es Profesor de Derecho Público en la Facultad de Derecho de la Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, Alemania. Ha publicado sobre teoría de los sistemas jurídicos, teoría de las normas, argumentación normativa, derechos humanos y derecho constitucional. Entre sus publicaciones se destacan, *El modelo de los principios del derecho* (2006), *Recht als normatives System. Die Prinzipientheorie des Rechts* (2009) y *The Logic of Autonomy. Law, Morality and Autonomous Reasoning* (2012). [jansieckmann@yahoo.de].

Jorge Luis RODRÍGUEZ es Profesor adjunto de Teoría General del Derecho e investigador de la Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina e Investigador de la Universidad de Girona, España. Autor de *Lógica de los sistemas jurídicos* (2002) y coautor de *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas* (2003), *Estudios sobre interpretación y dinámica de los sistemas constitucionales* (2005) y *Jerarquías normativas y dinámica jurídica* (2011). [jorgerodriguez64@yahoo.com]

Verónica RODRÍGUEZ-BLANCO es Profesora Asociada (Senior Lecturer) en la Universidad de Birmingham, Reino Unido. Se especializa en filosofía del derecho, en particular, las áreas de metodología del derecho, la objetividad jurídica y el carácter normativo del derecho. Ha publicado en prestigiosas revistas arbitradas (*Oxford Journal of Legal Studies*, *Legal Theory*, *Ratio Juris*, *Canadian Journal of Law and Jurispru-*

dence and Archives für Rechts- und Sozialphilosophie). Es autora *Meta-ethics, Moral Objectivity and Law* (2004) y *Law and Authority Under the Guise of the Good* (2014), además, de editora de *Practical Normativity: Essays on Reasons and Intentions in Law and Practical Reason* (con G. Pavlakos, 2014). [v.rodriiguez-blanco@bham.ac.uk]

Hugo O. SELEME es Catedrático de Ética de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, e Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas (CONICET). Sus áreas de investigación son las teorías de la justicia distributiva y de la legitimidad. Actualmente se encuentra investigando sobre asuntos vinculados a los criterios de legitimidad aplicables al derecho global. Entre sus publicaciones destacan los libros *Neutralidad y Justicia* (2004) y *Las Fronteras de la Justicia Distributiva* (2011). Ha publicado trabajos en revistas especializadas de Canadá, Australia, España, Italia, Argentina, Brasil, México y Perú. [hugoseleme@gmail.com]

Juan VEGA GÓMEZ es Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y se dedica a la filosofía del derecho y teoría del derecho, concretamente problemas tradicionales dentro de la línea analítica, e.g., relaciones derecho y moral, interpretación jurídica, normatividad, metodología de la filosofía del derecho. Entre sus publicaciones recientes se destacan "The Hart-Fuller Debate" (2013), "García Máynez y la Diferencia entre Normas Jurídicas y Normas Morales: Un Análisis Crítico" (2013) y "Retroactive Application of Laws and the Rule of Law" (2012). [jvegagom@unam.mx].

Josep VILAJOSANA es Catedrático de Filosofía del derecho en la Universidad Pompeu Fabra, España. Se especializa en e filosofía del derecho, teoría jurídica y técnicas de la argumentación jurídica. Entre sus obras se destacan *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas* (2010); *Problemas de Filosofía del derecho* (2008), *Identificación y justificación del derecho* (2007) [josep.vilajosana@upf.edu].