

ÍNDICE GENERAL

<i>Presentación en sociedad</i> , por RICARDO A. GUIBOURG	7
<i>Hacer derecho, conocer derecho</i> , por ROBERTO J. VERNENGO	9
<i>Por un derecho torcido</i> , por PAULA VITURRO	17
<i>Tipos de reglas y el concepto de obligación jurídica</i> , por PABLO MARTÍN PEROT	27
<i>El carácter práctico de los deberes jurídicos</i> , por MARÍA CRISTINA REDONDO	51
<i>Validez y justificación. Las justificaciones últimas</i> , por RICARDO VÍCTOR GUARINONI	71
<i>Contractualismo y relativismo moral</i> , por EDUARDO BARBAROSCH	87
<i>Justicia plena: titularidad y merecimiento</i> , por ARIEL ÁLVAREZ GARDIOL	95
<i>Cognitivismo débil, pretensión de corrección, injusticia y principios en el razonamiento judicial.</i> <i>Una visión crítica</i> , por JUAN CIANCIARDO	105
<i>Una fundamentación de la democracia</i> , por ULISES SCHMILL O.	139
<i>Sobre el porvenir de los derechos humanos</i> , por EDUARDO BARCESAT	181
<i>Los derechos humanos y el pluralismo jurídico</i> , por JULIO RAÚL MÉNDEZ	187
<i>Sobre el problema de la tolerancia</i> , por PAOLO COMANDUCCI	199
<i>La libertad</i> , por ROLANDO CHIRICO	213
ÍNDICE SUMARIO	231

PRESENTACIÓN EN SOCIEDAD

La Asociación Argentina de Filosofía del Derecho fue creada durante el recordado Congreso Internacional de Filosofía del Derecho celebrado en La Plata en octubre de 1982. Fueron sus promotores los doctores Juan Carlos Smith, Ariel Álvarez Gardiol, Eugenio Bulygin y Pablo López Ruf y desde el primer momento fue concebida como “...una asociación civil, de carácter científico, independiente de toda escuela, doctrina o ideología política, social, filosófica o religiosa” (art. 1º de sus Estatutos).

El doctor Juan C. Smith, fallecido en 2001, presidió la Asociación desde su fundación hasta 1998. En ese período se publicaron 67 números del Boletín A. A. F. D., en el que se incluían algunos trabajos presentados en las Jornadas anuales. A partir de 1998, el Consejo Directivo decidió limitar el contenido del Boletín a las informaciones internas de la Asociación y, en cambio, reservar el material de doctrina para el sumario que habría de publicarse en adelante.

Este volumen es, pues, el resultado de un largo anhelo: el de expresar la actividad de la Asociación y la de sus socios, amigos e invitados entregando a la comunidad el fruto de las reflexiones que nos unen.

El verbo que acabo de usar adquiere, en una comunidad como la nuestra, un significado en cierto modo paradójico que es preciso destacar.

Es sabido que el pensamiento iusfilosófico ha sido empleado muchas veces entre nosotros como grito de guerra, como estandarte en torno al cual se reúnen los soldados de un bando para dar batalla al adversario. De esas batallas no tuvo la culpa la filosofía, a la que se atribuye el reposado propósito de buscar los últimos presupuestos, como quiera que cada uno los entienda. Pero el hombre, cuando se siente empeñado en una lucha visceralmente sentida, echa mano de cualquier medio para llevarla a cabo; y así, al compás de los conflictos políticos y de los consiguientes cataclismos universitarios, la filosofía del derecho tuvo sus muertos, sus exiliados, sus desplazados y sus agraviados.

Hoy el mundo vive renovados conflictos: los que específicamente afectaron a nuestra comunidad iusfilosófica se han aquietado para volver poco a poco al cauce intelectual del que nunca debieron salir. Y, aunque no faltan quienes aún alimentan los agravios pretéritos, se ha instalado un nuevo clima en el que es posible debatir las ideas en un marco civilizado. De este clima da fe la actividad de la Asociación, que periódicamente convoca a representantes de todas las tendencias filosóficas para escuchar y debatir sus ideas.

No se trata, por cierto, de que nos hayamos puesto de acuerdo. El pensamiento es tensión constante y en la paz completa sólo puede encontrar el aniquilamiento. Pero esa tensión, expresada en los límites del debate académico, contribuye a la comprensión mutua entre aquellos mismos que siguen líneas diferentes y permite a cada uno perfeccionar sus propias ideas en lugar de dispararlas en una espiral incontrolada; ponerse en el lugar del otro para criticarle (o acaso tomar de él) algún enfoque específico y, punto éste de realismo insoslayable, discutir con el adversario de carne y hueso en vez de lanzar diatribas contra una caricatura que atribuya al otro rasgos diabólicos, intenciones aviesas o cierto grado de pura y simple estulticia.

Esa persistente tarea de fomentar el debate en un marco de pluralismo y de respeto mutuo ha sido siempre la misión de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. Su presidente fundador, el profesor Smith, la llevó a cabo en los tiempos más difíciles. Hoy ella sigue convocando a todos los cultores de la filosofía del derecho y de las disciplinas afines para que el contacto mantenido y acrecentado en condiciones tan duras siga rindiendo su fruto, que no es otro que facilitar el diálogo en la diversidad, la convivencia en el desacuerdo y la construcción de un pensamiento más lealmente intersubjetivo mediante el aporte de cada uno, propuesto en libertad y confianza.

Quieran todos aquellos que ejercen el pensamiento hacer de este Anuario un instrumento periódico de su noble actividad.

Buenos Aires, octubre de 2001.

RICARDO A. GUIBOURG
Presidente A. A. F. D.

HACER DERECHO, CONOCER DERECHO

por ROBERTO J. VERNENGO¹

Se atribuye a personajes prestigiosos la tarea de hacer derecho, de inventar y establecer el derecho de algún grupo humano. Entre ellos, se destacan, tradicionalmente, los dioses o algún dios local interesante; los padres de la patria o, luego, un soberano que tiende a disolverse para convertirse, a la postre, en el pueblo soberano. Para contrarrestar ese descenso en el prestigio social de las figuras constituyentes del derecho de una sociedad o país, comienzan a destacarse figuras algo más abstractas: el legislador racional que sabe de qué se trata cuando hace derecho; luego, éste queda reducido a una mera voluntad del legislador que puede inclusive ser una voluntad arbitraria. O, convertirse en la voluntad o en el espíritu del pueblo, entidades de difícil trato y difícil acceso. Luego, ya en siglos recientes, se acepta que el derecho lo hacen personajes menos resonantes: legisladores de carne y hueso, que lejos de ser divinos o racionales, son políticos, una profesión que desde Grecia hasta la fecha tiende desprestigiarse. Y hasta se propugna que hacemos derecho todos, todos los simples seres humanos en sus tratos cotidianos. Los dioses y los legisladores racionales, por definición, no sólo hacen el derecho que quieren, sino que saben lo que hacen: hacen derecho conociéndolo, actividades que los humanos distinguimos pero que, en esas altas esferas, suelen confundirse. De todos modos, el derecho, inclusive algún derecho que se considere natural, tiene que ser confeccionado, pues la naturaleza invocada es el resultado de alguna acción creadora, generalmente atribuida a alguna

¹ Universidad de Buenos Aires.

ROBERTO J. VERNENGO

divinidad. Los procesos que hoy entendemos como enteramente naturales, desde el Big Bang (que escribo con mayúsculas pues parece que fue muy importante), hasta la evolución y las combinaciones infinitas de los genes, no son tenidos como productores de derecho. Nos interesa indagar, pues, un poco sobre qué requisitos es menester satisfacer para poder hacer derecho.

Pero, ante todo: ¿es necesario, acaso, que toda sociedad tenga un derecho, su derecho propio o un derecho compartido con otras? En concreto, los antropólogos y los sociólogos no dan respuesta satisfactoria al respecto, pues la respuesta que intenten dependerá enteramente de qué entiendan por derecho ellos, los científicos sociales, al margen de la concepción que sobre materia tan discutible puedan tener las sociedades interrogadas. De alguna manera, para saber cómo se hace derecho, cómo se conoce el derecho y para aceptar que quepa encontrar algo así como derecho, tenemos que adoptar la posición prescindente del observador externo. Para los miembros de una sociedad estas preguntas son o vanas, para todos aquellos que nunca han tenido noticia de una cosa tan extraña como el derecho, así como tampoco las han tenido, por ejemplo, de los quarks; o son francamente tendenciosas o comprometedoras: cómo preguntar por el derecho a quien pasa su vida rebelándose contra la fuerza de un Estado que considera tiránico o lamentándose de que la sociedad en que vive le imponga reglas que contrarían sus preferencias más profundas. Pero hay más: es claro que es una contingencia histórica que ciertas sociedades cuenten con derecho, en el sentido de que en sus lenguajes reconozcan y designen este abstracto objeto. Cabe sostener, recordando tesis caras a los neokantianos, que mal puede afirmarse nada de objetivo sobre un cierto derecho mientras no se haya desarrollado un conocimiento científico –con todo el relativismo que hoy adjudicamos a semejante conocimiento– sobre el tema. Y, por cierto, la mayor parte de las culturas conocidas, históricas y aún actuales se han abstenido de desarrollar tal especialidad. Claro está que no hay necesidad alguna de creer que algo así como el derecho existe, sea entre nosotros o en general. Sobre todo si “existir” quiere decir, con alguna presunción ontológica, corriente para los lenguajes naturales que practicamos, que hay un objeto que “es” atemporalmente: ayer, hoy, mañana, *in aeternum*, habría algo

que es el ser derecho, el Ser del derecho, mientras los módicos derechos positivos que manejamos se reducen a ser derecho sin pretensión de único y de mayúsculas. Pero si hay derecho, porque podemos formular algunos enunciados verdaderos sobre el derecho en que nos toca vivir, cabe preguntarse cómo el conocimiento del derecho hace frente a una serie de dificultades epistemológicas que se filtran tan pronto echamos mano de algunas nociones corrientes para pensar cosas jurídicas.

La libertad negativa es asunto fácil de encarar cuando queremos hacer derecho: basta no hacer nada, como si nuestra libertad, por muy negativa que se la considere, fuera el legado de la desidia legislativa de las generaciones pasadas. A veces, sin embargo, esa libertad se nos ha incrementado con las ínfulas derogatorias de algún legislador iconoclasta. El problema reside en que, cuando queremos regular la conducta de los otros, para incitarlos a estimular sus libertades positivas mediante el ejercicio de las obligaciones de hacer y de omitir que consideramos interesante imponerles porque se ajustan a nuestras preferencias, tenemos problemas, pues mis específicas preferencias no coinciden íntegramente con las preferencias, conocidas o no, de otros. Claro que ante la acción que sea, en la situación que sea, siempre cabe, desde nuestro particularísimo punto de vista, una alternativa exhaustiva: inducirla o reducirla, declararla obligatoria o declararla prohibida. Pero cabe también, como se apuntó, que nos abstengamos de regularla. Por lo tanto, las opciones alternativas que se ofrecen a nuestras preferencias aparecen sólo cuando se ha resuelto intervenir en la motivación de la conducta ajena. Esta decisión primaria determina, desde el punto de vista del decisor (vale decir: del legislador), el ámbito de la libertad política de cada cual: sacar dinero, de cualquier origen, a una plaza extranjera podía bien ser una acción en la que no reparábamos y, por tanto, que considerábamos jurídicamente indiferente, ajena al terreno de la acción política del Estado. Pero las cosas cambian: hoy aquella acción ayer indiferente es tema de la preocupación reguladora del Estado, que dice hacerse cargo de la preocupación social por el lavado de dinero, por la extracción de divisas, por la evasión de capitales, etcétera, acciones todas que, en eras más ingenuas, no preocupaban mayormente a los estadistas, ni a los políticos y administradores. Poco dicen al respecto, para los creyentes, normas de ins-

ROBERTO J. VERNENGO

piración divina, pues la circulación de capitales es asunto que no pareciera ocupar demasiado la mente de quienes regirían el universo desde un más allá sin problemas económicos.

Pero esa decisión primaria –cuál es el ámbito y la extensión de la libertad de los ciudadanos, vistos, si se quiere, como libertades negativas inferibles de la inexistencia de normas reguladoras que prohíban o prescriban las acciones en cuestión– es, sin embargo, el rasgo primario de todo contrato social. Qué acciones de los otros aceptamos y decidimos dejar más allá de nuestras propias decisiones, para que esos otros dispongan libremente de ellas, es establecer los ámbitos esenciales de todo contrato social, de las reglas que aceptamos para convivir. Quizás no renunciemos a formular críticas o juicios morales sobre aquellas acciones que, con todo, consideramos ajenas a nuestras preferencias reguladoras. Pero, tan pronto ese campo dejado al arbitrio individual comienza a ser restringido, aparecen regulaciones limitativas de las facultades de los órganos comunitarios: los derechos individuales son “reconocidos” como entidades jurídicas particulares, pero cuyo ejercicio queda en manos de los interesados; sólo los órganos comunitarios o estatales deben garantizarlos, tanto impidiendo que sean desconocidos por terceros, como absteniéndose de intervenir en esa esfera reservada a los ciudadanos como personas particulares. Pero es difícil establecer las fronteras entre un territorio o coto (como alguien lo llamó) donde somos libres y donde el Estado no ingresa, cuando en el territorio así delimitado topamos con acciones en que tanto los órganos del Estado como los restantes ciudadanos se consideran autorizados a intervenir, efectiva o simbólicamente, invocando algún otro código normativo no estrictamente jurídico, como las morales o las religiones que cada cual prefiere. La guerra actualmente en curso, donde terroristas y represores del terrorismo llevan a cabo actos de pura barbarie, como me parece, invocando recomendaciones divinas o la necesidad de extirpar entidades abstractas, como el mal con mayúscula o ciertos demonios, pone de relieve que los límites en que podemos hacer derecho, crear normas que obliguen y prohíban, quedan por el momento sin una definición precisa.

Ahora bien, en términos de las lógicas canónicas normativas, la caracterización de una acción como facultativa –es decir, como no

obligatoria y no prohibida— suscita dificultades para su aplicación al discurso jurídico-político corriente. Suena raro que un órgano legislador resuelva declarar, de pronto y sin razón, libre o facultativa una acción cualquiera; más bien, no atiende a ella por considerarla socialmente irrelevante y políticamente indiferente. Pero puede que le interese intervenir, en cuanto para que la acción pase a ser libre debe derogar normas existentes. A veces, la libertad reinante con respecto de ciertas acciones se convierte en sospechosa: hace más de un siglo, algunos pensaban que imponer la obligación de vacunarse frente a ciertas epidemias significaba una intervención injustificada del Estado. Otros pensaban, y muchos siguen pensando, que imponer a los ciudadanos del Estado la obligación de votar en elecciones políticas, cuando se reitera que se trata de un acto expresivo directamente de la libre voluntad de los ciudadanos en un régimen democrático, es inconsistente con la democracia que se proclama. La cuestión reaparece cuando debemos pensar en acciones que consideramos facultades de un órgano, pero que deseamos regular en forma limitada: la competencia judicial o contractual, las autorizaciones administrativas, etcétera. La teoría del derecho, ya en Kelsen pero también en la literatura más reciente², ha tenido problemas con un operador normativo, el utilizado para los actos facultativos o libres, que no puede establecerse como primitivo, pero cuya definición a partir de los tradicionales, la obligación y la prohibición, lleva a paradojas semejantes a las que tuvo que enfrentar Lukasiewicz frente a la noción de contingencia, que ciertamente formaba y forma parte del repertorio conceptual de los científicos de la naturaleza, pero que, desde Aristóteles, introduce paradojas en el desarrollo sistemático de una teoría. De ahí las propuestas de modificar las lógicas invocadas, en el caso del lógico polaco y, desde entonces, en muchos otros pensadores³.

² Cf., entre otros, las sutiles elucubraciones al respecto de R. A. Guibourg, en *Pensar en las normas* (Eudeba, Buenos Aires, 1999, ps. 141 y ss.), que los administrativistas, supongo, recorrerán con alguna sorpresa.

³ Cf., por ejemplo, para mencionar un autor no tachado de formalista, a J. Elster y su viejo libro sobre *Logic and society: contradictions and possible worlds* (J. Wiley, Londres, 1978, Cap. 4), donde se echa mano de lógicas plurivalentes y de la noción de mundos posibles, para denunciar las paradojas que un tratamiento tradicional conjuntista de estos problemas suscita.

ROBERTO J. VERNENGO

Pero el mero hecho de recurrir a la noción de norma⁴ para empezar a pensar qué puede ser derecho y cómo se lo hace –pues hacer derecho, para esta concepción, es, en definitiva, hacer normas, promulgar normas, introducir y eliminar normas de un conjunto que, globalmente, denominaríamos derecho– nos lleva a ciertos problemas en que la lógica y sus variados avatares tienen la voz principal. La cuestión se hace más ardua aún cuando se nos dice que no cabe partir de un concepto, el de norma, tan problemático cuando nos movemos en el terreno de un lenguaje natural, sino del concepto, mucho más alejado de los usos de los lenguajes corrientes, de un orden jurídico. El derecho no puede, por cierto, identificarse con norma alguna, entre otras cosas porque son discutibles los criterios de identificación de una norma, sino que derecho –como el derecho argentino que nos preocupa, que nos interesa examinar, explicar, discutir– debiera pensarse como un conjunto normativo cuya composición puede parecernos arbitraria o de límites imprecisos: ¿las normas derogadas, las normas caídas en desuso, son aún hoy integrantes del orden jurídico que nos interesa identificar?; ¿las normas aparentemente contradictorias con otras normas aceptadas del conjunto forman parte del mismo orden que consideramos derecho argentino?; ¿esas normas que a veces tomamos en cuenta y otras desdénamos, como las de los tratados de integración o las de declaraciones internacionales, generalmente incompatibles con normas internas reconocidas, son también derecho argentino?

A los juristas se nos llena la boca con la referencia a la unidad de un orden jurídico, invocación que nos permite hablar tranquilamente de este o aquel derecho (el derecho argentino, entre ellos), pero lo cierto es que, a nivel de la literatura jurídica corriente, la identificación

⁴ Cf., para referirse a un autor prestigioso y reconocido, N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, en sus múltiples ediciones: “el enfoque que aquí se sigue para el estudio del derecho es el normativo. Con esto entiendo que el mejor modo para acercarse a la experiencia jurídica es aprehender los rasgos característicos y considerar el derecho como un sistema de normas, o reglas de conducta. Partimos, por tanto, de una afirmación general de este tipo: la experiencia jurídica es una experiencia normativa” (cito la traducción de E. Rozo). Estas declaraciones son comunes a la mayor parte de las teorías del derecho de inspiración continental europea, derivada de la dogmática jurídica del siglo XIX. No valen generalmente para la jurisprudencia anglosajona, donde la noción de norma es oscura.

precisa de tal supuesto orden unitario es por demás esquemática: siempre podemos reducir o extender el dominio de lo que consideramos derecho argentino. Y ello sucede porque los juristas, por lo común, aceptan inclusive en sus conceptos definitorios del campo normativo que pretenden estudiar, nociones ambiguas, cuando no contradictorias: los derechos humanos, solemnemente proclamados y luego minuciosamente divididos en categorías entre sí no compatibles (¿qué hay de común entre los derechos de tercera generación y los derechos más simples consagrados desde la Revolución francesa?), ¿dónde los situamos?: ¿son derechos subjetivos promulgados por contingentes legisladores políticos; son derechos provenientes de instancias no humanas; son derechos jurídicos no promulgados por legislador humano alguno, pero que se nos imponen de alguna manera a partir de unos borrosos derechos morales, anteriores y fundantes de los derechos jurídicos?

La teoría del derecho ha inventado una serie de triquiñuelas destinadas a superar, entre tanto, estas dificultades: reglas o metarreglas de reconocimiento, normas fundantes no positivas, protolegisladores o protojueces míticos, como un *Urrichter* divino. El hecho es que, tanto entre juristas como entre juristas y meros ciudadanos, cabe que no haya acuerdo sobre cuál sea el derecho al que debemos atenernos, salvo que se decida respetar la autoridad de facto que parezca conveniente y resignarse al derecho del más fuerte. Pero estos fundamentos últimos son criterios fácticos contingentes: a partir de ellos, podemos, sí, hacer historia social y, con algún afán explicativo quizás, sociología. Pero aun si aceptamos, en principio, la existencia de un derecho que, sin mayor precisión respetamos y reconocemos, como el indefinido derecho argentino que permanentemente criticamos pero que no nos decidimos a cambiar (quizás porque no sabemos cómo se hace derecho), nuestro grado de aceptación suele ser limitado: admitimos que debemos obedecer al derecho argentino *grosso modo*, pero nos resistimos a acatar tal o cual ley, o normas que infringen nuestros intereses o que contrarían nuestras preferencias. Pareciera que los ciudadanos y los juristas respetuosos del derecho dispusieran de una gama de sistemas jurídicos normativos alternativos que, en cada situación que se nos presenta, podemos invocar al albur. El discurso político que nos abruma

ROBERTO J. VERNENGO

cotidianamente, agregado al discurso generalmente incoherente de los medios, suele ser especialmente revelador de esos consensos incompletos en que nos movemos: simultáneamente, se reclama el respeto al derecho *tout court* y al estado de derecho donde el derecho reinaría, mientras verbalmente nos rebelamos contra partes de ese prestigioso derecho invocado. En un sistema político más o menos normal, ello no pasa de ser más que el juego cotidiano de la democracia, donde los conflictos son considerados elementos aceptados de la vida social. Pero cuando la democracia, como sistema de creación de derecho, no se encuentra suficientemente consensuada, ¿cómo entender a quien, en un acto reglado como es una elección interna de cualquier tipo, proclama que su actuación, de ser electo, va a consistir en cuestionar la validez de todo el orden normativo dentro del cual actúa? No podemos sustentar de consuno el ser guardianes del orden y destructores del orden establecido, por lo menos, mientras creamos que lo que decimos es algo más que meras palabras y que lo que hacemos es asunto que no se queda en meras palabras.

De ahí que hacer derecho, conociendo de antemano el derecho existente, o conocer derecho, cuando el derecho que reconocemos es un terreno resbaladizo, parezcan tareas heroicas, mucho más interesantes y quizás más importantes para pensar con rigor que las labores rutinarias de algún Hércules judicial propuesto por escritores de moda. Éstas no son más que algunas notas dispersas para una charla sobre cómo hacer derecho, tarea que a los juristas y a los teóricos del derecho interesa en algún grado.

POR UN DERECHO TORCIDO

por PAULA VITURRO

Si se violenta el conocimiento tal como está dado y respetado, si se genera temor y desequilibrio en la confianza de lo concentrado, no es para provocar. Es por repulsa a la anestesia y a la inexorable carrera descendente hacia el coma teórico.

ENRIQUE MARI, *El banquete de Platón, el eros, el vino, los discursos*

En los modernos departamentos de estudios culturales de las lejanas universidades norteamericanas –en los que ser moderno en realidad pasaría, entre otras cosas, por ser posmoderno y/o posestructuralista¹– los ánimos están alterados.

¹ Entrar en la discusión acerca de cómo son entendidos estos conceptos en el ámbito académico norteamericano a raíz de la amplia acogida que recibieron los trabajos de Michel Foucault y Jacques Derrida excedería ampliamente las dimensiones del presente artículo, por ello remito al lector a ciertos trabajos que pueden resultarle útiles a tal fin. En principio no se puede obviar la obra de Frederic Jameson, en especial *El postmodernismo o la lógica del capitalismo avanzado*, Paidós, Barcelona, 1991 (e. o. 1984), ya que para muchos de estos autores constituye un punto de partida (véase por ejemplo Donna J. Haraway, *Ciencia, cyborgs y mujeres. La reinención de la naturaleza*, Cátedra, Madrid, 1995). Un claro relato de la forma en que se introdujeron las ideas posmodernistas y posestructuralistas en el campo de las ciencias sociales en general y en el ámbito de la historia en particular es el que realizan Joyce Appleby, Lyn Hunt y Margret Jacob, en el Cap. 6 de *La verdad sobre la historia*, Andrés Bello, Barcelona, 1998, ps. 188-225. Una crítica de la forma en que suelen ser confundidos el posmodernismo y el posestructuralismo y otras corrientes del pensamiento francés se encuentra en Judith Butler, *Fundamentos contingentes: el feminismo y la cuestión del "posmodernismo"*, Centro de Documentación sobre la Mujer, Buenos Aires, 2000.

PAULA VITURRO

Ciertos vientos llegados del nordeste (sobre todo desde Francia) cruzados con algunos otros fuertes vientos locales, desataron un *bra-instorming* huracanado que a través de los textos² promete disipar las esencias con que se perfumaron “los sujetos”, “la naturaleza”, “las identidades”, “el género”, “los cuerpos”, “el sexo”, “la raza”, etcétera, dejando a más de uno a la intemperie epistemológica.

Llegados a este punto cabe advertir que no podemos atribuir el surgimiento de estos estudios culturales, exclusivamente a la influencia del mundo intelectual francés, sino que debemos tener presente que en buena medida aparecieron como una reacción contra el contexto político antidemocrático reinante en los Estados Unidos luego de diez años de reaganismo³.

² Véase por ejemplo *Manifiesto para cyborgs* en HARAWAY, ob. cit., ps. 251-312, y GROSZ, Elizabeth, *Sexual signatures: feminism after the death of the author y Ontology and equivocation: Derrida's politics of sexual difference*, en *Space, time and perversion. Essays on the politics of bodies*, Routledge, New York, 1995, ps. 9-24 y 59-82, respectivamente.

³ Al respecto señala David Halperin, *San Foucault. Para una hagiografía gay*, Cuadernos del Litoral, Ediciones de la *École lacanienne de psychanalyse*, Córdoba, 2000, ps. 11-12: “Este período había estado caracterizado por una transferencia masiva de las riquezas hacia las clases más acomodadas de Norteamérica, por el desmantelamiento de la asistencia social (*Velfare State*) a raíz de un considerable aumento de los gastos militares y un florecimiento del militarismo, y por un desplazamiento muy evidente hacia la derecha de las clases medias. A lo largo de los ochenta los reaganistas se habían apoderado cada vez más de los puestos en el sistema judicial, las asambleas de cada Estado, las administraciones gubernamentales y los medios de comunicación populares. El resultado fue lo que se llamó la ‘Revolución reaganista’, una tentativa de reedificar la sociedad americana y sus valores morales. La revolución reaganista promovió un monoculturalismo radical que consideraba peligrosa y no norteamericana la diversidad social y cultural y que buscaba aglutinar a los americanos alrededor de un modelo simple y único de la identidad nacional, definido por la familia nuclear heterosexual, la religión, la patria, la autonomía individual, el pasado europeo y la lengua inglesa. Ese programa político desembocó, a finales de los años ochenta y comienzos de los noventa, en lo que desde entonces se conoce como la ‘Guerra de las culturas’. Esta guerra tomó la forma de un verdadero asalto lanzado por los reaganistas contra el feminismo, la libertad sexual, el divorcio, el aborto, la utilización de drogas, las familias no tradicionales (‘las madres solteras asistidas’), la homosexualidad, el multiculturalismo, la ecología, la separación de la Iglesia y del Estado. A finales de los años ochenta, los reaganistas habían ganado ampliamente. La única excepción, el único sector que no habían logrado vencer totalmente era la universidad, en la que las corrientes intelectuales denunciadas como

El ojo de la tormenta rápidamente se instaló en los *Gender Studies* desatando los deseos y provocando una crisis paradigmática, de la que surgió exultante y provocadora la *Queer theory*. En 1990, se publicaron con apenas meses de diferencia dos de sus textos claves: *Gender trouble* de Judith Butler⁴ y *Epistemology of the closet* de Eve Kosofsky Sedgwick⁵, los cuales vinieron a confirmar que la tormenta recién estaba comenzando.

Como era previsible las reacciones no se hicieron esperar, por ejemplo Camille Paglia atribuyó la “decadencia de la vida intelectual en América” a la combinación de la “epidemia de la teoría francesa” con la corrección política y los estudios de minorías. Para ella, tal decadencia tendría su origen en los departamentos de estudios de mujeres, de gays y lesbianas, o de estudios negros, y en “los departamentos de Literatura aquejados de foucaultismo”. Por ello lamenta tanto que Susan Sontag se haya dedicado al “preciosismo y la irrelevancia francesas [...] (ya que) ella podría haber puesto de manifiesto hasta qué punto Hélène Cixous, Luce Irigaray y la legión de admiradoras surgida en América son intelectuales empalagosas y de tercera clase”⁶.

En medio de este contexto, no es de extrañar que tal como señalara Leo Bersani,

Para el observador interesado pero teóricamente no iniciado del escenario cultural de la actualidad, tal vez represente algo así como una conmoción epistemológica enterarse de que según Monique Wittig, “sería incorrecto decir que las lesbianas se relacionan, hacen el amor y viven con mujeres”, o, según Judith Butler, que lo único que aquéllas tienen en común es el conocimiento de cómo funciona la

‘pensamiento 68’ continuaban siendo dominantes”. En el mismo sentido se expresa Linda Kauffman en la introducción de *American feminist thought at century’s end: a reader*, Routledge, Cambridge, ps. XV y ss.

⁴ BUTLER, Judith, *Gender trouble: feminism and the subversion of identity*, Routledge, New York, 1990 (fue recientemente traducido al español como *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*, Paidós, UNAM, PUEG, México, 2001).

⁵ KOSOFSKY SEDGWICK, Eve, *Epistemology of the closet*, University of California Press, Berkeley, 1990 (fue traducido al español como *Epistemología del armario*, La Tempestad, Barcelona, 1998).

⁶ Conf. *Vamps & tramps*, Valdemar, Madrid, 2001. La conexión de Paglia con la derecha es desarrollada y criticada por HALPERIN, ob. cit., p. 13; otra crítica en el mismo sentido puede verse en LLAMAS, Ricardo y VIDARTE, Francisco Javier, *Homografías*, Espasa, Madrid, 1999, Cap. 13.

PAULA VITURRO

homofobia contra las mujeres; o, de acuerdo con Michael Warner, que la cualidad de *queer* (*queerness*) se caracteriza por una resuelta “resistencia a los regímenes de lo normal”⁷.

Tal conmoción, agregaría por mi parte, será aún mayor si nuestro interesado observador proviene del ámbito del derecho en el que todo parece tan racional, tan ordenado⁸, tan universalmente obvio, y en el que hasta las preferencias valorativas se siguen postulando como correctas, naturalmente. Esto último, dicho en otros términos, implica tanto como afirmar que los tribunales tendrán en todos los casos que se les presenten, una única solución aplicable. Dicha postura, que tronca con el realismo moral y la tradición iusnaturalista supone que a todo sistema jurídico le corresponde un mundo posible absolutamente determinado y susceptible de otorgar una sola calificación deóntica para cada acción. En palabras de Ronald Dworkin:

si toda teoría que determina que el contenido del Derecho depende, a veces, de la respuesta correcta a alguna cuestión moral, es una teoría iusnaturalista, entonces soy culpable de iusnaturalismo. No me interesa si esta cruda caracterización es históricamente correcta, o si consigue distinguir el iusnaturalismo de las teorías del Derecho positivistas. Mi interés actual es el siguiente: supongamos que eso es iusnaturalismo; ¿qué hay de malo en ello?⁹

Frente al interrogante que nos formula Dworkin viene a mi mente otra pregunta formulada esta vez por Gore Vidal, quien al recordar cierta preocupación de H. L. A. Hart con respecto a la relación entre el derecho y la moral, planteaba: “¿Es moralmente lícito imponer una moralidad propiamente dicha?”¹⁰

⁷ *Homos*, Manantial, Buenos Aires, 1998, p. 16.

⁸ Con relación a la idea del orden en la imaginación jurídica y política moderna, véase HESPANHA, A. M., *Las categorías del político y de lo jurídico en la época moderna*, en *Ius fugit*, 3-4 (1994-1995), ps. 63-100 y MARÍ, Enrique, *Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden*, en *Papeles de Filosofía*, Biblos, Buenos Aires, 1993, ps. 219-248.

⁹ *Retorno al derecho “natural”*, en AA. VV., *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, Ariel, Barcelona, 1990, ps. 22-45.

¹⁰ VIDAL, Gore, *El sexo y la ley*, en *Sexualmente hablando*, Modadori, Barcelona, 2001, p. 13, remite a HART, H. L., *Law, liberty and morality*, Stanford University Press, Stanford, 1963.

Algún espíritu democrático pero distraído y/o poco al tanto de las cosas que solemos leer y hacer los abogados tanto en el plano de la teoría como de la dogmática, tal vez se sorprenda al comprobar que la respuesta negativa no es tan popular como era de esperar en estos tiempos que corren. Seguramente no es éste el caso de las travestis de la Ciudad de Buenos Aires, a quienes la justicia contravencional se encarga diariamente de recordarles que su condición de tal es más que razón suficiente como para configurar el escándalo en la vía pública requerido por el tipo del famoso artículo 71 (santa razón frente a la cual se deben ceder hasta las garantías constitucionales, obviamente).

Muchos son los que colaboran en la noble tarea de señalar el recto camino, aun quienes públicamente parecen estar de acuerdo con Hart y Vidal. Un claro ejemplo lo constituye el voto del doctor Dalla Via, en un reciente fallo en el que se hizo lugar a la acción sumaria promovida por un transexual, tendiente a obtener la modificación en su partida de nacimiento de su sexo femenino por el masculino¹¹.

Luego de evocar “la ley 23.592 contra todo tipo de discriminación” (que, valga recordarlo, prohíbe expresamente los actos de impedir, obstruir, restringir, menoscabar arbitrariamente el ejercicio igualitario de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución por razones de raza, religión, nacionalidad o posición política, ideología, opinión gremial, sexo, posición económica o social y caracteres físicos), y de aludir a los tratados de derechos humanos consagrados en la Constitución Nacional que hicieron avanzar a esta última “en la consagración de un concepto de igualdad en el sentido progresivo, que no solamente contemple la mera igualdad formal o igualdad ante la ley, sino que resulta comprensiva de una ‘igualdad real de oportunidades’ (arts. 37, 75, incs. 19, 6, 23, Const. Nac.) que manda al Estado

¹¹ Publicado en el Suplemento de Derecho Constitucional de *La Ley* del 19-10-2001, ps. 1-13. Se aceptó la rectificación de la partida de nacimiento sólo mediante nota marginal a fin de que quede constancia del sexo de nacimiento. Los señores jueces se sintieron en la obligación de proteger el interés social frente a “eventuales fraudes o abuso de la buena fe”. Para un análisis más interesante del tema véase HALBERSTAM, Judith, *F2M: The Making of Female Masculinity*, en PRICE, Janet y SHILDRICK, Margrit (eds.), *Feminist theory and the body*, Routledge, New York, 1999, ps. 125-134; y ABBATE, Florencia, *Él, ella, ¿ella? Apuntes sobre transexualidad masculina*, Perfil Libros, Buenos Aires, 1998.

PAULA VITURRO

a remover los obstáculos para una efectiva realización de los derechos más allá de su mera enunciación de su texto legal” viene una sorpresa. Remitiéndose a Fernández Sessarego, afirma que:

en el caso de los transexuales, que encierra un profundo drama humano en el cual el propio cuerpo, su morfología exterior, les impidió vivir de acuerdo con su elección no existe otra alternativa que *agotadas todas las otras posibilidades que brinda la ciencia*, ayudarlos a ser como “*decidieron ser*”. Es decir, colaborar con ellos en superar la disociación cuerpo-psyque, favoreciendo sus *tendencias naturales*, su irrenunciable vocación a vivir un determinado sexo¹².

Por lo tanto, al parecer sólo tendremos derecho al cambio de sexo cuando no quede ninguna otra opción preferible tras el fracaso de los bien intencionados intentos de normalización. Si inevitablemente se llegara a ese punto, lo importante será no dejar lugar a dudas: si el derecho se reconoce no será tanto por respeto a una “elección personal”, sino por respeto a los designios de la naturaleza motor de nuestras acciones y, consecuentemente, única razón por la cual un derecho amerita ser reconocido como irrenunciable (previo sufrimiento de un tormento, claro está). Por si a alguien le quedara alguna duda, el señor juez vuelve a recurrir a Fernández Sessarego y agrega:

a diferencia de los homosexuales o los travestis, el transexual es un ser atormentado, que no puede oponerse a una fuerza irresistible, incontrolada, superior a su voluntad.

En una nota al fallo el doctor Bidart Campos también hace su aporte, cuando al apelar a la ironía señala que:

a los iusnaturalismos severamente ortodoxos les queda pendiente explicar, con elemental sentido común y jurídico, qué hay de “natural” y de “no natural” en situaciones como la expuesta, cuando no se da una mínima coincidencia entre el sexo morfológico y el sexo psicológico. No se trata, evidentemente, de un capricho o una elección de la *víctima de tal disparidad sexual*¹³.

¹² El destacado es mío.

¹³ El destacado es mío. Por lo menos no volvió a afirmar que “Para que haya inmoralidad no es menester que las conductas –sexuales o no– sean delitos del Código Penal; el concubinato y la homosexualidad no lo son” (conf. *Poder de policía de*

El comentario del doctor Bidart Campos nos remite nuevamente a la teoría del derecho, ámbito en el cual creo que debemos replantearnos (aunque más no sea de vez en cuando), el carácter de las teorías con las que luego argumentamos en el campo de la dogmática.

Que la racionalidad y la abstracción no nos dieron los resultados que de ellas se esperaban sobre todo cuando de lidiar con prejuicios se trata es algo que las mujeres sabemos bien, ya que la experiencia del feminismo es un buen ejemplo de esto. Aun en aquellos países en los que las mujeres lograron la consagración de aquellos derechos que en el ámbito argentino aún no podemos ni nombrar, como por ejemplo el aborto, subsiste cierta desesperanza. Esto se ve claramente por ejemplo en un diálogo que Alessandra Bocchetti sostiene con Luisa Muraro, en el que analizan las consecuencias del *Sottosopra verde*¹⁴ y señalan la persistente extrañeza de las mujeres frente al poder.

Desde otra tradición como la norteamericana, también parecemos acorraladas. Por un lado están quienes siguen apostando a una teoría de la justicia que por medio de la abstracción¹⁵ permita que la “valoración equivalente de las diferencias sexuales (se sitúe) en una posición previa a que comience a funcionar una teoría procedimentalista de la justicia”, de forma tal de poder atribuirle legítimamente el carácter de universal¹⁶. Por otro lado, encontramos a quienes siguiendo las ideas del segundo feminismo, y en gran parte gracias al trabajo de Catherine MacKinnon, se pueden enorgullecer de haber desarrollado un análisis

moralidad en materia de espectáculos y de publicaciones en la Capital Federal, Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1980).

¹⁴ BOCCHETTI, Alessandra, *Lo que quiere una mujer*, Cátedra, Madrid, 1999, ps. 118 y ss. *Sottosopra verde* es un número de la publicación *Sottosopra* que apareció en 1983, firmada por el Colectivo núm. 4 de las mujeres de la Librería de Milán, con el título *Más mujeres que hombres*. Existe una traducción castellana de Simone Kuoni y Soffia Malagón, publicada en la revista mejicana *Debate Feminista*, año 1, vol. 2, septiembre de 1990, ps. 145-158, con el título *Más que hombres, mujeres*. En él, un grupo de mujeres se preguntaba de dónde viene esa sensación de bloqueo y de malestar que da forma a lo que se puede entender como fracaso, aun cuando una pueda reconocer que no está discriminada, que trabaja y vive como quiere.

¹⁵ CORNELL, Drucilla, *En el corazón de la libertad*, Cátedra, Madrid, 2001, p. 114: “yo sostengo por el contrario, que la teoría igualitaria feminista no ha sido lo suficientemente abstracta”.

¹⁶ Ob. cit., ps. 59-60.

PAULA VITURRO

comprendido de los modos en que la opresión de la mujer por parte del hombre se logra a través del sexo¹⁷. Los aportes teóricos de MacKinnon son lo suficientemente importantes como para no ser desechados tan rápidamente; no obstante ello, sus consecuencias en el plano de la dogmática no resultaron liberadoras. Las reformas legales impulsadas por esta autora a fin de que las mujeres dejen de ser tomadas como objetos sexuales son un claro ejemplo de ello¹⁸. Partiendo de esta premisa “*sex felling good may mean that one is enjoying one’s subordination; it would not be the first time*”¹⁹, no es de extrañar que no quedara ningún espacio para la consagración del placer femenino.

Coincido con David Halperin cuando señala que siempre es interesante encontrarse en la situación de no poder avanzar en la escritura, y que en ocasiones el callejón sin salida puede ser un indicio de un problema real, el signo de que uno ha tropezado con algo de una significación más amplia que las propias limitaciones, una estructura social mayor o una ley irreductible del discurso cultural²⁰. Por ello, considero que quienes estamos interesados en la teoría del derecho tal vez podríamos, en este momento, dejarnos tentar por los planteos *queer*, aunque más no sea para sacudir durante un rato nuestras convenciones, y sobre todo nuestros prejuicios²¹.

No promete certezas ni justificaciones, ni identidades estables, ni géneros y sexos definidos, ni la revolución, pero seguramente no será igual nuestra concepción de los ámbitos público y privado, o de la

¹⁷ Confr. MACKINNON, Catharine, *Feminism unmodified. Discourses on life and law*, Harvard University Press, Cambridge, 1987, y *Towards a feminist theory of the State*, Harvard University Press, Cambridge, 1989.

¹⁸ Parte del proyecto de ley antipornografía que redactó junto a Andrea Dworkin, y que posteriormente fue sancionado por varios estados norteamericanos puede ser consultado en OSBORNE, Raquel, *La construcción sexual de la realidad*, Cátedra, Madrid, 1993, p. 303.

¹⁹ *Feminism unmodified...* cit., p. 218. Críticas a los trabajos de Catharine MacKinnon y Andrea Dworkin (con quien suele escribir) abundan, una de las más interesantes es la que realiza Linda Kauffman en *Malas y perversos. Fantasías en la cultura y el arte contemporáneos*, Cátedra/Universitat de València, Madrid, 2000.

²⁰ HALPERIN, San Foucault. *Para una hagiografía gay* cit., p. 29.

²¹ Las feministas más interesantes del panorama actual ya lo han hecho, véase por ejemplo AA. VV., *Feminism meets queer theory*, Indiana University Press, Bloomington, 1997.

racionalidad de los procedimientos de toma de decisión judicial, luego de leer a Sedgwick. Tal vez hasta podamos ilusionarnos con la posibilidad de reivindicar derechos sobre nuestros cuerpos y sexos pagando un precio un poco más bajo que el del tormento, luego de leer a Butler²². Seguramente las discusiones en torno a los problemas que presenta la representación política se profundizarán, para desesperación de todos, aun de la propia Butler; y probablemente (todo hay que decirlo) la construcción cultural pronto nos muestre que ella también tiene sus límites.

Está por verse quiénes se animarán a acceder a la tentación de abandonar por un rato las certezas de su *moral point of view*, para enfrentarse a los habitantes de lo abyecto. Es un riesgo, sobre todo si tenemos en cuenta que si bien no pertenecen al ámbito del derecho, parecen comprender muy bien a qué se refería Enrique Marí cuando decía:

c. El discurso jurídico producto-final descarta el discurso político, pero sólo se comprende por lo que descarta.

Generalizando el punto c, podríamos decir: el discurso jurídico debe comprenderse y evaluarse no sólo por lo que descarta de sí, sino por lo que atestigua con esa exclusión. Es evidente que esto le otorga una atmósfera extravagante de clandestinidad. Pero los juristas saben que en el límite esto es así: el discurso jurídico es, en gran medida, un discurso clandestino (“*On a beau dire ce qu’on voit, ce qu’on voit ne loge pas dans ce qu’on dit*”, M. Foucault)²³.

²² Los trabajos de Katharine M. Franke nos permiten hacernos alguna ilusión al respecto, véase por ejemplo *What’s wrong with sexual harassment?*, 49 *Stanford Law Review* 691, abril, 1997; *The central mistake of sex discrimination law: the disaggregation of sex from gender*, 144 *University of Pennsylvania Law Review* 1, noviembre, 1995; *Rose vs. Park West Bank: Do clothes really make the man?*, amicus curiae brief of now legal defense and education fund and equal rights advocates in support of plaintiff, appellant and in support of reversal, en “Lucas Rosa vs. Park West Bank and Trust Company”, *Michigan Journal of Gender and Law*, vol. 7:141.

²³ MARÍ, Enrique, *Moi, Pierre Rivière... y el mito de la uniformidad semántica en las ciencias sociales*, en *Papeles de Filosofía*, Biblos, Buenos Aires, 1993, ps. 249-290.

TIPOS DE REGLAS Y EL CONCEPTO DE OBLIGACIÓN JURÍDICA

por PABLO MARTÍN PEROT*

...Su método de razonamiento fundamenta siempre el derecho por el hecho. Se podría utilizar una forma más consecuente de razonar, pero menos favorable para los tiranos.

J. J. ROUSSEAU, *El contrato social* (1762)

Resumen

El presente trabajo se propone explorar la relación que media entre el concepto de obligación jurídica y los diferentes tipos de reglas que conforman los sistemas jurídicos. Dicha relación resulta de particular importancia para distinguir dos sentidos que, según von Wright, puede asumir la expresión “deber”, un sentido técnico y uno prescriptivo. Se intentará demostrar que esta distinción puede resultar muy fructífera para la discusión de temas actualmente en debate en la filosofía del

* Quiero agradecer a la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho por haber reconocido al presente trabajo con el premio “A. A. F. D. al Joven Investigador” en sus XIV Jornadas de Investigación; a los profesores Paolo Comanducci y Pablo Navarro por sus sugerencias y críticas; y a los miembros del grupo de investigación “Explicación y comprensión” de la Facultad de Derecho de Mar del Plata, en especial a su director Jorge L. Rodríguez, por sus precisas colaboraciones y por su constante predisposición para discutir las ideas que dieron origen a este trabajo. Esta investigación ha sido realizada con el apoyo de la Fundación Antorchas.

PABLO MARTÍN PEROT

derecho. En primer lugar, porque posibilita conjugar la tesis de que los sistemas jurídicos están integrados por diferentes tipos de normas con la tesis de la separación conceptual entre derecho y moral. En segundo lugar, porque permite plantear de un modo más amplio el problema del carácter práctico o normativo del derecho y evaluar la consistencia de la respuesta a dicho problema con las tesis centrales del positivismo jurídico.

1. Introducción

En el siglo veinte la teoría del derecho ha recibido la influencia decisiva de dos grandes filósofos que delinearon las bases teóricas del positivismo jurídico: Hans Kelsen y H. L. A. Hart. Uno de los aportes más importantes del primero es el haber remarcado la necesidad de purificar la ciencia jurídica. Para ello, Kelsen parte de la distinción entre hecho y valor, y entre descripción y prescripción, para poder precisar el objeto y el método de la ciencia jurídica y, de esta manera, plantear una distinción tajante entre derecho y moral. Por otro lado, la obra *El concepto de derecho* de Hart constituyó un significativo aporte en la caracterización del derecho dentro de la teoría positivista. Este aporte puede marcarse, al menos, en los siguientes puntos: primero, por haber destacado la conveniencia de caracterizar al derecho como un conjunto de diferentes tipos de reglas; segundo, por haber postulado que dar cuenta del carácter práctico o normativo del derecho constituye una de las tareas centrales de la filosofía jurídica. El mérito de Hart respecto de estas dos cuestiones se revela en el hecho de que ellas se han impuesto como temas centrales de discusión en la filosofía del derecho contemporánea.

Sin embargo, la tarea de construir una teoría del derecho coherente con las bases teóricas delineadas por Kelsen y Hart no es en absoluto sencilla. Juan Carlos Bayón ha sido uno de los autores que con mayor claridad ha planteado esta dificultad al considerar el problema del carácter práctico del derecho¹. De las diferentes formas en las que dicho autor interpreta que puede entenderse el alcance de tal problema, interesa aquí aquella que lo considera como una dificultad interna del

¹ Cf. Bayón 1991:17/40.

positivismo para conciliar dos de sus tesis centrales. Éstas son: la tesis de las *fuentes sociales* del derecho y la tesis de la *falibilidad moral* del derecho, que constituyen dos manifestaciones de la idea general de la separación conceptual entre derecho y moral. Con arreglo a la primera, la existencia y el contenido del derecho es una cuestión de hechos sociales complejos independiente de consideraciones morales. De conformidad con la segunda, que una norma forme parte del derecho no implica que tenga que haber razones morales para actuar de acuerdo con ella. En este contexto, el problema de la normatividad del derecho consistiría en explicar cómo es posible que enunciados descriptivos de determinados hechos sociales complejos o normas que no poseen un carácter moral concluyente puedan ser utilizadas como premisas de razonamientos prácticos para justificar acciones y decisiones. Este problema puede advertirse cuando se intenta ofrecer una caracterización satisfactoria de la noción de “obligación jurídica” o de “deber jurídico”² que respete las tesis mencionadas por Bayón y, a su vez, dé cuenta de genuinos juicios prácticos y de razonamientos jurídicos justificatorios³.

Esta forma de plantear el problema resulta esclarecedora porque marca la tensión que existe entre postular la separación conceptual entre derecho y moral y la intención de dar cuenta del carácter práctico del derecho. Sin embargo, oscurece la relación entre el problema de la normatividad del derecho con otra de las tesis centrales del pensamiento positivista contemporáneo, a saber: que el derecho está conformado por un conjunto de diferentes tipos de reglas. Aceptar esta tesis trae aparejada la necesidad de explicar la relevancia de los diferentes tipos de reglas en la estructura de los razonamientos prácticos. Y esta necesidad se manifiesta, nuevamente, en la caracterización de la noción de “deber jurídico”.

De acuerdo con este planteo, entonces, puede afirmarse que una caracterización adecuada de la noción de “obligación jurídica”, dentro de la teoría positivista, debe conjugar coherentemente los siguientes postulados:

1. La distinción conceptual entre derecho y moral.

² En el presente trabajo las nociones de “deber jurídico” y de “obligación jurídica” se toman como sinónimas.

³ Cf. Bayón 1996:325/326.

PABLO MARTÍN PEROT

2. La diversidad de reglas que conforman los sistemas jurídicos.
3. El carácter práctico o normativo del derecho.

Como se dijo, Hart ha sido uno de los autores que más énfasis ha puesto en remarcar la importancia de concebir al derecho como un conjunto de diferentes tipos de reglas. Sin embargo, no ha tenido éxito en la tarea de construir herramientas conceptuales adecuadas para dar cuenta de ello. Esto se debe, fundamentalmente, a que su distinción entre reglas primarias y secundarias no resulta clara, ya que utiliza distintos criterios para discriminar entre las dos categorías conceptuales. Aguiló Regla ha señalado con acierto cuáles son estos criterios:

- (i) Las reglas primarias son las que imponen deberes y las reglas secundarias son las que confieren poderes;
- (ii) las reglas primarias regulan acciones que implican movimientos o cambios físicos y las secundarias prevén actos que conducen a cambios normativos, y
- (iii) las reglas primarias se refieren a las acciones que los individuos deben hacer o no hacer, las secundarias se refieren a las reglas del primer tipo.

La falta de claridad de la distinción entre reglas primarias y secundarias, según el autor citado, proviene de que podemos encontrarnos con enunciados jurídicos concretos que según un criterio serán reglas primarias y según otro serán reglas secundarias. Ello, naturalmente, convierte en inconsistente la clasificación⁴.

En este contexto, el presente trabajo no constituye un intento por brindar una caracterización de la noción de “deber jurídico” que dé cuenta de las tres tesis mencionadas. Simplemente, se propone explorar la relación que media entre el concepto de “obligación jurídica” y los diferentes tipos de reglas que conviven en el derecho. Para ello, se presentará la distinción de los núcleos significativos de la expresión “norma” que propone von Wright, como la herramienta conceptual adecuada para, por un lado, dar cuenta de los diferentes tipos de normas jurídicas y, por el otro, brindar una caracterización de “deber jurídico” coherente con el postulado 1 (es decir, la distinción conceptual entre derecho y moral). Para evaluar su utilidad, se comparará esta clasifi-

⁴ Cf. Aguiló Regla 1990.

cación de las normas con las que proponen John Searle y Frederick Schauer. Por último, se intentará fundamentar la importancia de tener en cuenta la tesis de que el derecho está conformado por un conjunto de reglas de diferente tipo para el tratamiento del problema de la normatividad del derecho.

2. Los núcleos significativos primarios de la expresión “norma” y la noción de obligación

En el libro *Norma y acción* von Wright desarrolla los diferentes núcleos significativos que posee la expresión “norma”. Para ello parte de los siguientes presupuestos:

- a) El límite del campo de significado del término “norma” se encuentra en el discurso descriptivo;
- b) la distinción entre el discurso prescriptivo y el discurso normativo, que se fundamenta en que existen casos de normas que no se corresponden con el uso prescriptivo del lenguaje⁵.

Como consecuencia del primer presupuesto, se excluye a las leyes de la naturaleza de la denotación de la expresión “norma” ya que son enunciados descriptivos. A partir del segundo presupuesto, von Wright elabora la clasificación de los diferentes núcleos significativos de la expresión “norma”, sosteniendo que hay elementos que forman parte del discurso normativo pero quedan fuera del discurso prescriptivo. Para el filósofo finlandés, las “reglas” o “normas determinativas” y las “directrices” o “normas técnicas” son especies de normas que no se corresponden con el uso prescriptivo del lenguaje; mientras que las “prescripciones” o “regulaciones” son el único núcleo significativo primario de la expresión “norma” que queda comprendido dentro del discurso prescriptivo.

⁵ “Podría pensarse que el atributo ‘prescriptivo’ nos da la clave para una caracterización general de las normas. Se dice a menudo que el discurso normativo es el discurso prescriptivo. Al discurso prescriptivo se opone entonces el discurso descriptivo y a veces el valorativo. Sin embargo, será demasiado restrictivo identificar el significado de ‘normativo’ con el de ‘prescriptivo’ y el de ‘norma’ con el de ‘prescripción’. Además, ‘prescriptivo’ y ‘prescripción’ son palabras con un significado vago y que necesitan una mayor precisión para ser útiles. Como veremos enseguida hay cosas que estaríamos dispuestos a llamar, sin la menor duda, normas; pero para las cuales los atributos ‘prescriptivo’ y ‘descriptivo’ serían igualmente inapropiados” (Von Wright 1963:2).

PABLO MARTÍN PEROT

Como es bien sabido, las *reglas*⁶ o *normas determinativas* son, para von Wright, aquella especie de normas que se caracterizan por definir o determinar una cierta actividad humana. El ejemplo típico de reglas determinativas es el de las reglas que determinan cómo jugar un cierto juego. Aquí las normas sirven para establecer los “movimientos” admitidos y, de esta manera, definen al juego mismo y a la actividad de jugarlo. Las reglas de la gramática de un lenguaje natural y las reglas de la lógica pueden ser incluidas dentro de este tipo principal de normas.

Las *directrices* o *normas técnicas*, en cambio, establecen los medios que han de usarse para lograr determinados fines. Von Wright considera que la formulación típica de las normas técnicas se efectúa a través de oraciones que tienen la siguiente estructura: a) poseen una formulación condicional del tipo “si quieres *x*, entonces debes hacer *y*”; b) en el antecedente se menciona el fin a alcanzar (representado por la letra *x*), el cual está supeditado a la voluntad del destinatario de la norma, y c) en el consecuente se enuncia la acción que tiene o no tiene que hacerse para lograr tal fin (representada por la letra *y*).

Las directrices o normas técnicas deben diferenciarse de las *proposiciones anankásticas*. Las proposiciones anankásticas son enunciados descriptivos que afirman que determinada acción es condición necesaria para lograr determinado fin. Entre ellas y las directrices habría una relación de presuposición, dado que al enunciar una norma técnica se presupondría la verdad de una proposición anankástica. De la verdad de este enunciado descriptivo depende la eficacia de la norma técnica que lo presupone.

Por otro lado, las *prescripciones* o *regulaciones* son normas que tienen su fuente en la voluntad de quien las formula (autoridad normativa) y pretenden influir directamente sobre la conducta de los agentes a quienes van dirigidas (sujetos normativos), para que estos últimos se comporten del modo pretendido por la autoridad. Las órdenes militares, los mandatos o permisiones dados por los padres a los hijos y las reglas de tránsito son ejemplos característicos de este tipo de

⁶ La expresión “regla” en von Wright se utiliza para hacer referencia a una especie de normas, las normas determinativas. En lo que sigue del trabajo, salvo aclaración en contrario, se utilizará tal expresión como sinónimo del término “norma”, es decir como género y no como especie.

normas. En opinión de von Wright, la posibilidad misma del dictado de una prescripción supone la existencia de cierta relación de superioridad de la autoridad sobre el sujeto normativo, que puede asentarse en la fuerza, en el ascendiente moral o en una relación institucional de superioridad jerárquica. A fin de hacer conocer al sujeto su voluntad, la autoridad normativa promulga sus prescripciones, esto es, las formula en un lenguaje. Y para que su voluntad sea eficaz, generalmente la autoridad añade una amenaza de castigo o sanción. De todos modos, siguiendo el análisis del profesor finlandés, la sanción no es un componente necesario de toda prescripción, dado que su ausencia no afecta su existencia sino en todo caso su eficacia.

A partir de esta clasificación es posible retomar el análisis de la relación entre el concepto de “obligación” y los diferentes tipos de normas. Resulta complejo precisar cuál es la posición del filósofo finlandés en este punto, porque pueden encontrarse en sus obras ciertas diferencias al respecto.

En *Norma y acción* parece sostener que de los tres tipos de normas se pueden derivar obligaciones. Por ejemplo, cuando analiza cuáles son los componentes de las prescripciones, sostiene que el carácter (*obligatorio, prohibido, permitido o facultativo*) forma parte de lo que llama “núcleo normativo”, que constituye la estructura lógica que las prescripciones tienen en común con los restantes tipos de normas⁷. Es decir, que tanto las reglas determinativas como las directrices poseen un carácter; por lo tanto de tales normas podrían derivarse obligaciones. También sostiene, reforzando esta idea, que las reglas de los juegos, desde el punto de vista de la actividad de jugar, establecen qué movimientos están permitidos, cuáles están prohibidos y cuáles resultan obligatorios⁸.

En cambio, en *Explicación y comprensión* adopta una postura aparentemente diversa. Allí sostiene que es importante diferenciar las nor-

⁷ “El carácter, el contenido y la condición de aplicación constituyen aquello que propongo llamar *núcleo normativo*. El núcleo normativo es la estructura lógica que las prescripciones tienen en común con otros tipos de normas. Sin embargo, pueden existir diferencias específicas entre los núcleos de las normas de diferente tipo...” (Von Wright 1963:58).

⁸ Von Wright 1963:5.

PABLO MARTÍN PEROT

mas que regulan (ordenan, permiten, prohíben) y las reglas que definen diversas prácticas e instituciones sociales. La razón que daría fundamento a esta distinción es que las segundas, en contraste con las primeras, a nadie obligan⁹.

Esta diferencia es importante, pero también en cierto sentido es sólo aparente.

Es importante porque, si se sigue la interpretación que parece surgir de *Norma y acción*, su clasificación caería en una inconsecuencia grave. Por un lado se plantea una diferenciación tajante dentro del discurso normativo entre el uso prescriptivo y el uso no prescriptivo y, por otro, se sostiene que de normas determinativas y directrices pueden derivarse obligaciones. Dicho problema puede plantearse como un dilema: o bien de normas determinativas y directrices pueden derivarse obligaciones, pero entonces no hay una distinción tajante entre las normas que corresponden al uso prescriptivo del lenguaje y las que no se corresponden con él; o bien se mantiene tal distinción, pero entonces no pueden derivarse obligaciones de normas que no configuren casos del uso prescriptivo del lenguaje¹⁰.

Sin embargo, la diferencia sólo sería aparente porque el concepto de obligación es utilizado de manera ambigua. Cuando se advierte tal ambigüedad, el dilema y la inconsistencia se disuelven. Resulta perfectamente consistente afirmar una tajante distinción entre uso prescriptivo y no prescriptivo dentro del discurso normativo y, a su vez, sostener que de normas determinativas y de directrices pueden derivarse obligaciones. Ello, claro está, siempre que “obligación” adquiera un

⁹ “...Las reglas para contraer matrimonio a nadie obligan por sí mismas a nada; pero la regla, si la hubiera, que prohíbe a las personas solteras establecer un hogar les obliga a abstenerse de hacerlo hasta que no ‘hayan realizado el acto’ de contraer matrimonio. No cabe sancionar a la gente por no casarse (salvo que exista una ley que haga obligatorio el matrimonio); pero puede ser penada, estando soltera, por hacer aquello que sólo se permite a los casados –o, estando casada, por faltar a las obligaciones propias de su estado–” (Von Wright 1971:178).

¹⁰ El dilema planteado adquiere sentido si se parte del supuesto que será analizado en las siguientes páginas: que el uso de la expresión “obligación” es característico del uso prescriptivo del lenguaje. Así, resultaría problemático diferenciar tajantemente entre uso prescriptivo y no prescriptivo del lenguaje y, a la vez, sostener que de directrices y normas determinativas pueden derivarse obligaciones.

significado diverso en estos casos. En *Norma* y *acción* se utiliza este término en un sentido más amplio, mientras que en *Explicación* y *comprensión* se reserva el concepto “obligación” sólo para los deberes que surgen de prescripciones. Quizás la razón de la utilización ambigua de dicha expresión por von Wright se encuentre en la tensión entre dos pretensiones: por un lado, intentar recoger el uso que de la expresión se hace en contextos normativos, y por otro, remarcar la heterogeneidad del campo de significado así reconstruido. Por ello, algunas veces utiliza la expresión para hacer referencia a la totalidad de este heterogéneo campo de significado, mientras que otras reserva el término en cuestión para referirse sólo a una parte de él.

Esta ambigüedad es sugerida por el propio autor en diferentes pasajes de *Norma y acción*¹¹, y es puesta de manifiesto expresamente en su artículo *Ser y deber ser*:

Pienso que aquí nos vemos confrontados con otro “deber ser”, tan común como el deber ser deóntico o normativo de las normas morales o jurídicas. Lo llamaré deber ser *técnico* [...] El deber ser técnico no debe ser confundido con el deber ser de las normas genuinas. Hay una fuerte tendencia a hacerlo. Ella se basa en que en ambos casos se usa la misma expresión “deber ser” (o “tener que”). Sería pedante y contrario a la práctica lingüística sensata reservar la expresión “deber ser” para la obligación impuesta por las normas y “tener que” para las necesidades prácticas enunciadas en los imperativos hipotéticos... (Von Wright 1985:102).

Los deberes técnicos difieren de los deberes prescriptivos impuestos por las prescripciones o regulaciones. La diferencia entre ambos es que los deberes técnicos señalan necesidades prácticas. Una necesidad

¹¹ “Diremos entonces que las leyes de la lógica prescriben cómo debemos y cómo podemos (*may*) y no debemos (*must not*) pensar. Quizás podríamos decirlo, pero si se reflexiona un poco es obvio que las leyes de la lógica prescriben (*ordenan*, permiten y prohíben) *en un sentido diferente* de las leyes del Estado” (Von Wright 1963:3; el destacado me pertenece). También en el texto citado en la nota 7, donde sostiene que el carácter forma parte del núcleo normativo, aclara que “pueden existir diferencias específicas entre los núcleos de las normas de diferente tipo”. Creo que una de las diferencias significativas que se puede señalar es que expresiones como “obligatorio”, “prohibido” y “permitido” varían su significado cuando son utilizados por diferentes tipos de normas.

PABLO MARTÍN PEROT

práctica implica que se tiene que realizar determinada acción si se quiere lograr determinado objetivo, pero no se está obligado (en sentido prescriptivo) a ello. Esto es así porque, como se explicó, en una norma técnica el objetivo a alcanzar está supeditado a la voluntad del destinatario de la norma y, por ello, también lo está de manera indirecta la conducta que es considerada el medio idóneo para alcanzarlo. Por esta razón es que en las normas técnicas se puede intercambiar la palabra “deber” por “tener que” o “necesitar que”, sin que varíe su significado.

Si se compara esta clasificación con la que propone Hart entre reglas primarias y secundarias, se puede señalar una ventaja significativa a favor de la propuesta por von Wright, a saber: permitiría apreciar la ambigüedad del término “obligación”, de manera que el significado del enunciado que afirma que un sujeto está obligado varía en relación con el tipo de norma del cual se deduce tal obligación. Afirmar que un sujeto está obligado por una regla determinativa significa que dicho sujeto *tiene que* realizar cierta conducta para mantenerse dentro de la actividad enmarcada por dichas normas. Y la consecuencia de incumplir tal regla es que su conducta quedará marginada de la actividad que la norma determina. Por otro lado, decir que un sujeto está obligado por una directriz significa que *tiene que* realizar cierta conducta si desea alcanzar determinado fin. No cumplir con esta obligación, en caso de que la norma técnica se apoye en una proposición anankástica verdadera, trae aparejada la imposibilidad de alcanzar el fin perseguido. Y, por último, decir que un sujeto está obligado por una prescripción significa que una autoridad normativa prescribió que cierta clase de sujetos *debe* comportarse de determinada manera. El incumplimiento de ese deber suele acarrear como consecuencia la imposición de una sanción, cuando la autoridad normativa así lo ha establecido.

A esta altura conviene hacer una aclaración. De lo dicho con anterioridad puede derivarse una conclusión exagerada que, por respeto a la navaja de Occam, conviene morigerar. Como los tipos de normas que presenta von Wright son tres, podría pensarse que también son tres los sentidos que adquieren los términos “obligación” o “deber” (un sentido en relación con cada tipo de norma). Esto es exagerado

y, en realidad, el filósofo finlandés sólo hace referencia a dos sentidos: el deber normativo o prescriptivo que se deduce de prescripciones, y el deber técnico que se deriva de normas técnicas o directrices. Pero si en cierto sentido es posible afirmar que pueden derivarse obligaciones de reglas determinativas, entonces: ¿a qué clase pertenecen tales obligaciones? Una respuesta posible a esta pregunta, que parece coherente con los desarrollos de von Wright, sería que de normas determinativas podrían derivarse, también, deberes técnicos.

La plausibilidad de esta conclusión puede aclararse de la siguiente manera: siendo la estructura típica de las normas técnicas “si quieres x , entonces debes (o mejor ‘tienes que’) hacer y ”, se puede formular una directriz colocando como finalidad (en lugar de x) el realizar cierta actividad definida o enmarcada por reglas y como deber (en lugar de y) alguna de las conductas cuya realización es necesaria para participar de la actividad que está enmarcada por dichas normas. La posibilidad de construir una regla técnica como la mencionada supone la existencia previa de la regla determinativa (por lo que sería erróneo identificarlas), y además implica que los deberes impuestos por la directriz y por la norma determinativa son del mismo tipo. Piénsese en el caso de un abogado que le explica a su cliente cómo debe confeccionar un testamento; el abogado podría formular la siguiente directriz: “si quiere hacer un testamento, entonces tiene que hacer firmar por dos testigos el documento donde conste la disposición de sus bienes para el caso de su muerte”. La proposición anankástica que está presupuesta en esta directriz sería la siguiente: “hacer que dos testigos firmen el documento es condición necesaria para confeccionar un testamento”. La verdad de este enunciado descriptivo depende de la existencia de una regla determinativa que establezca que los testamentos deben ser firmados por dos testigos. Si tal regla no existe, entonces la proposición anankástica sería falsa, y la norma técnica no sería eficaz. Por ello, una directriz de este tipo presupone, no sólo la proposición anankástica, sino también la regla determinativa que hace verdadero al enunciado anankástico. Por otro lado, los deberes impuestos por ambas normas son de la misma clase porque ambos expresan la misma necesidad práctica: que dos testigos firmen el documento para, en el caso de la directriz alcanzar el fin deseado (realizar un testamento), y en el caso

PABLO MARTÍN PEROT

de la norma determinativa que la conducta de escribir la disposición de bienes para después de la muerte quede enmarcada dentro de la actividad que definen tales normas (la actividad de confeccionar un testamento). Normas técnicas de este tipo pueden formularse (y de hecho se formulan) en relación con diversas actividades definidas por reglas. Por ejemplo, cuando alguien se propone enseñar a otra persona determinado lenguaje o las reglas del cálculo lógico o matemático, puede no sólo describir las reglas que constituyen tales actividades sino también enunciar directrices para lograr tal finalidad. Identificar este tipo de directrices con las reglas determinativas que presuponen es erróneo, así como también resultaría equívoco considerar que los deberes que ambas imponen son de naturaleza diversa¹².

A partir de lo expuesto se puede concluir que, si es posible afirmar que de normas determinativas pueden deducirse deberes, entonces éstos serían de la misma clase que los que se derivan de reglas técnicas; es decir, deberes técnicos y no deberes prescriptivos que sólo pueden derivarse de prescripciones. Para profundizar el análisis de estas distinciones conceptuales y para mostrar su relevancia, resulta conveniente comparar la clasificación de las normas que propone von Wright con la propuesta por John Searle, por un lado, y con la propuesta por Frederick Schauer, por el otro.

2.1. *Reglas constitutivas*

John Searle en su libro *Actos de habla* traza una distinción entre dos tipos de reglas o normas, las reglas constitutivas y las reglas regulativas, que parece semejante a la postulada por von Wright entre reglas determinativas y prescripciones.

Para Searle, las *reglas constitutivas* son aquellas que crean la po-

¹² La idea de distinguir entre la regla determinativa y la norma técnica que puede formularse a partir de ella fue tomada de una crítica de Jorge Rodríguez a la concepción de Atienza y Ruiz Manero de las reglas de competencia: "Aunque en términos generales las afirmaciones de Atienza y Ruiz Manero parecen bastante atinadas, sostener que las normas de competencia pueden ser usadas como reglas 'técnico-institucionales' resulta desafortunado. Si se quiere decir que a partir de las reglas de competencia concebidas como reglas conceptuales 'pueden formularse' reglas técnicas, ello sería correcto. Pero que las propias normas de competencia 'puedan ser usadas como' reglas técnicas no es admisible..." (Rodríguez 1999:Cap. I).

sibilidad misma de realizar una conducta de cierto tipo. Ellas no sólo regulan, sino que también crean o definen una nueva forma de conducta, la cual no podría siquiera existir con independencia de la regla constitutiva. La actividad de jugar un juego determinado no sólo estaría regulada por las reglas de ese juego, sino que estaría constituida por ellas porque tales reglas crean la posibilidad misma de jugarlo, constituyen la actividad de jugarlo. En cambio, las *reglas regulativas* norman conductas cuya existencia es independiente de la regla. Es decir, gobiernan comportamientos previamente existentes, comportamientos que pueden ser definidos sin hacer referencia a la regla y, por ende, resultan lógicamente previos a ellas. Por ejemplo, “no matarás” sería una regla regulativa porque la existencia de la acción de matar es independiente de dicha regla. En otras palabras, se puede definir tal acción sin hacer referencia a la norma. En cambio, la acción de enrocar es definida o constituida por la regla que regula este movimiento del ajedrez, por lo que no se puede concebir la existencia de dicho movimiento con independencia de la regla del ajedrez que define o constituye el enroque.

Las reglas regulativas, para este autor, toman característicamente la forma de (o pueden parafrasearse como) imperativos de la forma “haz *x*” o “si *y*, haz *x*”; mientras que dentro de los sistemas de reglas constitutivas, algunas tendrán esa forma, y otras tendrán la siguiente: “*x* cuenta como *y*” o “*x* cuenta como *y* en el contexto *C*”. Esto último, según el autor, no constituye el criterio formal para distinguir entre reglas regulativas y reglas constitutivas. Pero cuando la regla puede ser parafraseada de la manera “*x* cuenta como *y*” o “*x* cuenta como *y* en el contexto *C*”, y cuando el término *y* es la especificación de una conducta o comportamiento, la regla ha de ser, con toda probabilidad, constitutiva.

Searle introduce la distinción entre estos tipos de reglas para esclarecer el significado de una de las hipótesis centrales de su libro, a saber: hablar un lenguaje es realizar actos de acuerdo con reglas. La forma que toma esta hipótesis a partir de tal distinción es que la estructura semántica de un lenguaje es la realización convencional de un conjunto de reglas constitutivas subyacentes, y que los actos de habla son actos realizados característicamente de acuerdo con esos

PABLO MARTÍN PEROT

conjuntos de reglas constitutivas. Esta manera de concebir al lenguaje permite, según Searle, explicar de manera adecuada por qué de la descripción del hecho de que una persona prometió la realización de cierto acto, y de la existencia de una regla constitutiva que sostiene que la realización de tal promesa cuenta como la asunción de una obligación, se puede concluir que dicha persona *debe* (o está obligada a) realizar la conducta prometida.

La mencionada distinción también es utilizada para introducir el concepto de “hecho institucional”. La idea de Searle consiste en diferenciar la realidad natural de la realidad social o institucional y, por ello, puede ser considerado como un constructivista social ya que considera que la realidad social es generada, de algún modo, por el consenso acerca de su naturaleza¹³. Para este autor, la realidad social existe gracias a que los individuos aceptan determinadas reglas constitutivas que permiten interpretar que ciertos hechos naturales (“hechos brutos” en la terminología del autor) dan origen a un hecho institucional o social o, lo que es lo mismo, que dichas reglas constitutivas otorgan a ciertos hechos naturales un significado social o institucional.

Hasta aquí, la clasificación que brinda Searle parece coincidir con la de von Wright. Dos son las razones que fundamentan tal coincidencia. En primer lugar, para caracterizar a las reglas constitutivas, Searle brinda los mismos ejemplos que utiliza von Wright para caracterizar a las reglas determinativas o definitivas. Es decir que para Searle, tanto las reglas de los juegos como las reglas de la gramática y las del cálculo lógico y matemático son casos típicos de reglas constitutivas. Es más, hasta se podría decir que la caracterización de Searle de las reglas constitutivas brinda un criterio simple para identificar a una regla como definitiva: el de evaluar si la existencia de la conducta

¹³ Paolo Comanducci ha efectuado un detallado análisis del constructivismo social en Searle. Para incluir a dicho autor dentro de la categoría de los constructivistas sociales cita la siguiente caracterización de esta corriente: “...social reality is somehow generated by the way we *think* or *talk* about it, by our *consensus* about its nature, by the way we *explain* it to each other, and by the *concepts* we use to grasp it. Social facts are thought to be a product of the very cognition, the very intellectual processes through which they are cognised, explained and classified, in so far as this cognition is a shared, collective one...” (cf. Comanducci 1999:102).

que regula la norma puede concebirse o no con independencia de ella. En segundo lugar, Searle también excluye del discurso prescriptivo a las reglas constitutivas, cuando sostiene que las reglas regulativas son imperativas (pertenecen al discurso prescriptivo), mientras que las reglas constitutivas son no-imperativas (no pertenecen al discurso prescriptivo).

Pero la diferencia significativa que media entre las dos clasificaciones radica en que Searle no advierte la ambigüedad, señalada por von Wright, del concepto de “obligación” o “deber”. El no advertir esta diferencia hace que Searle considere que de los dos tipos de reglas que distingue pueden derivarse el mismo tipo de deberes u obligaciones. De manera que de reglas constitutivas no-imperativas podrían derivarse obligaciones o deberes prescriptivos.

La importancia de esta diferencia se relaciona con la posibilidad de derivar una prescripción de un conjunto de premisas no prescriptivas, lo que supone dejar de lado la distinción tajante entre prescripción y descripción, que es uno de los fundamentos para postular la separación conceptual entre derecho y moral. Searle ha desarrollado de manera detallada la posibilidad de efectuar tal inferencia en su famoso artículo *Cómo derivar “debe” de “es”*, publicado originalmente en el año 1964 y que fuera incluido con algunas modificaciones en *Actos de habla*. El argumento presentado por Searle es el siguiente:

- a. Juan emitió las palabras: “Por la presente prometo pagarte a ti, Pérez, veinte pesos”.
- b. Juan prometió pagar a Pérez veinte pesos.
- c. Juan se colocó a sí mismo (asumió) la obligación de pagar a Pérez veinte pesos.
- d. Juan está bajo la obligación de pagar a Pérez veinte pesos.
- e. Juan debe pagar a Pérez veinte pesos.

Searle considera que, si bien la relación que media entre cualquier enunciado de la lista recién transcrita y su sucesor no es de implicación, los enunciados adicionales que se requieren para que esa relación sea de implicación no son, en ningún caso, enunciados evaluativos o prescriptivos. En particular, sostiene que uno de estos enunciados sería la regla que constituye la institución de la promesa. En

PABLO MARTÍN PEROT

este esquema, prometer es una institución social que está definida a partir de un conjunto de reglas constitutivas. Estas reglas establecen que, bajo determinadas condiciones, pronunciar las palabras “prometo *x*” implica (“cuenta como” en la terminología del autor) colocarse bajo la obligación de realizar la conducta *x*. Más aún, señala también que todo el argumento descansa en la apelación a dicha regla:

... Toda la demostración descansa en una apelación a la regla constitutiva de que hacer una promesa es asumir una obligación, y esta regla es una regla de significado de la palabra *descriptiva* “promesa”. Podemos sustituir la antigua afirmación “Ningún conjunto de enunciados descriptivos puede implicar una conclusión evaluativa sin añadir al menos una premisa evaluativa” por “Ningún conjunto de enunciados sobre hechos brutos puede implicar una conclusión sobre hechos institucionales sin añadir al menos una regla constitutiva”. No sé con seguridad si esto último es verdad, pero me siento inclinado a pensar que lo es, y esto es al menos consistente con la derivación anterior (Searle 1969:188).

Varios caminos pueden tomarse para intentar responder a un argumento de este tipo¹⁴. Entre ellos, el que von Wright prefiere es el que considera que la conclusión de tal argumento no implica un deber prescriptivo, sino un deber técnico; y, por lo tanto, el argumento que presenta Searle no constituye un ejemplo de derivación de una conclusión prescriptiva a partir de un conjunto de premisas no prescriptivas. Para llegar a esta conclusión el filósofo finlandés brinda la siguiente explicación, en el artículo *Ser y deber ser* ya mencionado:

... Del hecho de que exista una institución de la promesa, es decir, una norma con el efecto de que las promesas dadas deben ser cumplidas,

¹⁴ Von Wright señala otras dos posibles formas de desvirtuar el argumento de Searle que serían las siguientes: 1) puede decirse que en dicho argumento está implícita una premisa normativa como la siguiente: “deben cumplirse las promesas” o, lo que es lo mismo, “está prohibido no realizar la conducta prometida”; en este supuesto la conclusión sería prescriptiva, pero se derivaría de un conjunto de premisas que contienen un enunciado prescriptivo; 2) también puede tomarse a la conclusión como un enunciado que describe el hecho de que Juan se encuentra obligado, de acuerdo con determinado sistema de normas. Sin embargo, para el filósofo finlandés tomar cualquiera de estos caminos es concederle demasiado a Searle, ya que su argumento es mucho más interesante. Por ello, brinda la respuesta que se transcribe en el texto.

y del hecho de que una persona haya dado una promesa, se sigue lógicamente que deben hacer cierta cosa [...] Sin embargo, su obligación no es hacer la cosa en cuestión *simpliciter*, sino que su obligación, lo que debe hacer, es o bien no prometer o bien, una vez ha prometido, cumplir su palabra. Al haber prometido se ha creado para sí misma la necesidad práctica de hacer lo prometido a fin de cumplir su obligación. Esto es verdad, es un hecho, no una norma. Pero, ¿no *debe* entonces cumplir su promesa, en el sentido normativo de “deber ser”? Si duda hacer la cosa que ha prometido, algún otro puede instarlo a que lo haga diciéndole “las promesas deben ser cumplidas”. Éste es un uso prescriptivo de lenguaje. O el destinatario de la promesa, quién está interesado en obtener para sí la cosa prometida pero quizás no se preocupa mucho por los deberes morales, puede decir “debes hacer lo que me prometiste”. Ésta es también una actividad prescriptiva. Tal actividad puede llevarse a cabo después que una promesa ha sido dada. Pero que ello suceda o no es contingente. En ningún momento hay algo que pueda ser llamado deducción o derivación de un deber ser a partir de un ser, es decir, una norma a partir de algún hecho (Von Wright 1985:102/103).

Si bien la conclusión de von Wright es correcta, la explicación que brinda para llegar a ella puede ser objetada porque su manera de reconstruir el argumento de Searle distorsiona uno de sus elementos centrales. Von Wright, tomando en cuenta la finalidad de su trabajo, lo resumió de la siguiente manera:

Primera premisa: *A* promete hacer *p*.

Segunda premisa: Al prometer hacer *p*, *A* se ha colocado bajo la obligación de hacer *p*.

Conclusión: *A* debe hacer *p*.

El profesor finlandés considera que la sustitución por el original no altera el significado de las conclusiones a las que arriba. Si bien esto es cierto, esta manera de resumir el argumento resulta inconveniente porque oscurece el hecho de que la conclusión se deriva tomando como premisa una regla determinativa o constitutiva¹⁵. Si se le da

¹⁵ Podría pensarse que la segunda premisa del resumen que propone von Wright es, o al menos presupone, la regla constitutiva de las promesas. Pero, de todos modos, ello no resulta demasiado claro. Una reconstrucción del argumento que parece más

PABLO MARTÍN PEROT

relevancia a este punto, entonces el camino para llegar a la conclusión a la que arriba von Wright debe ser otro.

Una de las maneras de fundamentar que la conclusión constituye un deber técnico y no un deber prescriptivo sería considerar que la aceptación de una regla constitutiva genera una necesidad práctica. La aceptación de las reglas de determinado juego, por ejemplo, generan la necesidad práctica de realizar las conductas necesarias para quedar incluido dentro de la actividad que determinan tales reglas. Éste parecería ser el sentido que habría que darle a las expresiones de von Wright cuando sostiene que las reglas de los juegos, desde el punto de vista de la actividad de jugar, establecen qué movimientos están permitidos, cuáles están prohibidos y cuáles resultan obligatorios. Decir aquí que un movimiento resulta obligatorio significa que la realización de tal movimiento resulta necesaria para que la conducta quede encuadrada en la actividad de jugar dicho juego. También éste parece ser el alcance que hay que otorgarle a la afirmación del filósofo finlandés cuando sostiene que puede decirse que las leyes de la lógica prescriben cómo debemos pensar, pero que resulta obvio que las leyes de la lógica prescriben en un sentido diferente a las leyes del Estado. En el caso de las promesas, entonces, la aceptación de la regla que sostiene “pronunciar las palabras ‘prometo *x*’ cuenta como colocarse bajo la obligación de realizar *x*”, implicaría la necesidad práctica de cumplir lo prometido; y no, como pretende Searle, la obligación prescriptiva de hacerlo.

2.2. Reglas indicativas

Para ahondar en la distinción que media entre las normas técnicas y las prescripciones parece pertinente, además, comparar el análisis de von Wright con las ideas que Frederick Schauer desarrolla en su

acorde con la idea de que la inferencia descansa en la apelación a una regla constitutiva, sería la siguiente:

1. Bajo las condiciones *C*, pronunciar las palabras “prometo *x*” cuenta como colocarse bajo la obligación de realizar *x*.
2. En las condiciones *C*, Juan pronunció las palabras: “Prometo pagarte a ti, Pérez, veinte pesos”.
3. Juan debe (está obligado a) pagarle veinte pesos a Pérez.

libro *Playing by the rules*. Este autor clasifica a las *normas prescriptivas* en dos subclases: las *reglas imperativas* o *regulativas* y las *reglas indicativas* o *instrucciones*. Para diferenciar entre ambos tipos de reglas pone énfasis en la distinta presión o fuerza que ellas ejercen sobre la conducta. A su juicio, las reglas imperativas ejercen presión normativa debido a su *status* como reglas, mientras que las instrucciones sólo ejercen presión debido a su utilidad indicativa en una ocasión dada¹⁶.

Ello es así porque, para Schauer, lo que identifica a las reglas indicativas es que son optativas en un doble sentido. En un primer sentido, son optativas porque sólo se aplican si un agente desea lograr el éxito en determinada tarea. En otras palabras, las instrucciones son hipotéticas pues contienen una cláusula condicional, explícita o implícita, que limita la aplicación de la regla a aquellos casos en los que se busque el éxito en alguna actividad. La existencia de esta cláusula condicional hace, según Schauer, que sus destinatarios piensen que existe una opción genuina entre participar o no en la tarea designada.

En un segundo sentido, son optativas porque su fuerza para motivar la conducta emerge de que se producirá el resultado deseado si se cumple con lo que la regla prescribe. Pero si se considera que siguiendo la instrucción no se alcanzará el objetivo, entonces la presión que ejerce tal regla se evapora. Esto sería así, según Schauer, porque se la considera como *reglas indicativas*, que proveen directivas útiles para los casos habituales, pero respecto de las cuales ni siquiera cuando se desee alcanzar un objetivo se considera que ejercen presión normativa alguna en cuanto reglas si se estima que, a pesar de realizar el deber que impone la norma, no se logrará el objetivo deseado.

Si se observa la caracterización que brinda Schauer de las reglas indicativas, pueden encontrarse dos coincidencias y una diferencia, todas igualmente significativas, con la caracterización de las normas técnicas que postula von Wright.

Las dos coincidencias están relacionadas con los sentidos en que Schauer considera que las instrucciones son optativas. El primer sentido coincide con la idea de von Wright al sostener que en el antecedente

¹⁶ Cf. Schauer 1991:3 y ss.

PABLO MARTÍN PEROT

de las normas técnicas el objetivo deseado queda supeditado a la voluntad del destinatario de la norma. Decir, como lo hace Schauer, que las reglas indicativas son optativas porque sólo se aplican si un agente desea lograr el éxito en determinada tarea significa lo mismo que afirmar que la aplicación de la norma técnica queda supeditada a que el destinatario de la norma quiera alcanzar determinado objetivo.

El segundo sentido en que Schauer considera optativas las reglas indicativas coincide con lo que von Wright sostiene al decir que las reglas técnicas serán eficaces sólo si la proposición anankástica que presuponen es verdadera. Por ello, la eficacia de la directriz desaparece o, lo que es lo mismo, su fuerza para motivar la conducta se evapora, cuando la proposición anankástica presupuesta es falsa. En conclusión, decir que una norma técnica no resulta eficaz por el hecho de que la proposición anankástica que presupone es falsa significa lo mismo que afirmar, siguiendo a Schauer, que la fuerza de una regla indicativa desaparece si su destinatario estima que siguiendo sus pautas no logrará el objetivo deseado.

La importante diferencia que se puede señalar entre las dos caracterizaciones es que Schauer considera a las instrucciones como una subclase dentro de las reglas prescriptivas, mientras que von Wright, como se analizó, sostiene que las normas técnicas no se corresponden con el uso prescriptivo del lenguaje. Esta diferencia parece surgir de la distinta manera en que ambos autores definen la palabra “prescriptivo”. El sentido que otorga Schauer a tal expresión es más amplio que el que utiliza von Wright, porque incluye dentro de su denotación a las reglas indicativas que, como vimos, son optativas. Para el filósofo finlandés, en cambio, el hecho de que las directrices estén supeditadas a la voluntad del agente hace que se excluya a este tipo de normas de la denotación de la palabra “prescriptivo”. Por ello von Wright considera que las directrices imponen deberes de naturaleza diferente a los deberes impuestos por las prescripciones, deberes que, como ya fue analizado, denomina “técnicos”. En este sentido, puede afirmarse que la clasificación del filósofo finlandés es más precisa porque posibilita la distinción entre diferentes clases de deberes, a partir del tipo de norma del cual se derivan.

3. Diferentes tipos de reglas y la normatividad del derecho

Si se acepta la tesis que concibe al derecho como un conjunto de reglas de diferente tipo, se requieren herramientas conceptuales adecuadas que den cuenta de ello. Las distinciones que efectúa von Wright parecen cumplir satisfactoriamente tal función. Las ventajas de los estudios del filósofo finlandés se observan, al menos, al momento de caracterizar la noción de “deber jurídico”, ya que permiten apreciar la ambigüedad con la que se utilizan las nociones de “obligación” y “deber” en diferentes contextos normativos. Más específicamente, en el ámbito jurídico la distinción entre deberes prescriptivos y deberes técnicos puede ser utilizada, como ya se ha mostrado, para descartar argumentos que pueden poner en tela de juicio la distinción tajante entre descripción y prescripción, que es uno de los fundamentos que permiten distinguir el derecho que es del que debe ser, es decir, para postular la separación conceptual entre derecho y moral.

Ahora bien, si se considera que la tesis de la separación conceptual y la que concibe al derecho como un conjunto de diferentes tipos de reglas forman parte de las bases teóricas sobre las que se asienta la filosofía positivista contemporánea, entonces una teoría positivista que intente dar cuenta del carácter práctico o normativo del derecho tiene que ser consistente con tales tesis. Como se señaló en la introducción, el planteo que ofrece Bayón sólo es claro respecto de la relación entre la tesis de la separación conceptual y el problema de la normatividad, oscureciendo la relación entre esta última cuestión y la tesis de los diferentes tipos de reglas. Después de destacar varios puntos de vista respecto de las diversas especies de normas, Bayón señala que sólo se va a ocupar de las reglas “regulativas” o “que imponen deberes”. A su criterio, lo que justifica que los restantes tipos de normas queden excluidos de su análisis es que las reglas regulativas juegan un papel central respecto de las demás en lo que concierne al derecho. Esto quedaría demostrado por el hecho de que, así como son perfectamente concebibles sistemas normativos de los que no formen parte reglas de cualquiera de los demás tipos, resultaría francamente difícil entender la idea de un “sistema normativo” que no incluyera ninguna regla regulativa. Sin embargo, y sin entrar a cuestionar el papel central de

PABLO MARTÍN PEROT

las reglas regulativas, esto constituye una deficiencia en su planteo, ya que una de las hipótesis centrales en el pensamiento de Bayón es que las normas jurídicas pueden ser analizadas como estructuras complejas de razones para la acción. Entonces, parece necesario que se consideren los diferentes tipos de reglas a dichos efectos¹⁷.

La importancia de este tipo de omisiones no es menor debido a la relevancia que posee, para la filosofía jurídica contemporánea, la tesis de que el derecho es un conjunto de diferentes tipos de normas. Esto puede ser entendido al menos de dos maneras: una fuerte y otra débil. Para la versión fuerte, la tesis de los diferentes tipos de reglas se relaciona directamente con aquella que postula la separación conceptual entre derecho y moral. Según esta posición, no sería posible identificar a un conjunto de normas como jurídicas, a fin de diferenciar el derecho de otros sistemas normativos socialmente relevantes, sin hacer referencia a normas no prescriptivas. La concepción de Bulygin que interpreta a la regla de reconocimiento como una regla conceptual –determinativa en términos de von Wright– parece encuadrar dentro de esta postura¹⁸. Por ello, desde este punto de vista, la distinción entre diferentes tipos de reglas constituye una condición necesaria para poder postular la separación entre el derecho y la moral. Por otro lado, para la versión débil, si bien la tesis de los diferentes tipos de reglas no se relaciona directamente con la tesis de la separación entre derecho y moral, sí es relevante porque resulta necesaria para brindar una caracterización adecuada de los sistemas jurídicos. Esto encontraría su fundamento en el hecho de que existen determinadas normas jurídicas cuya caracterización quedaría desdibujada si son concebidas como cierto tipo de prescripciones. Por ejemplo, las posiciones que entienden a las reglas de competencia y a las reglas que confieren potestades, en cierta relación con reglas conceptuales o determinativas.

Entonces, suponiendo que las teorías que pretenden dar cuenta de la normatividad del derecho superen el problema que considera Bayón –esto es, hacer compatible el carácter práctico del derecho con la idea de la separación conceptual entre derecho y moral–, aún quedaría pen-

¹⁷ Cf. Bayón 1991:243 y ss.

¹⁸ Cf. Bulygin 1976 y 1991.

diente de respuesta la cuestión relativa a cuál es la relevancia que poseen los diferentes tipos de normas en la estructura de los razonamientos prácticos. O, lo que es lo mismo, cuál es la relevancia de los diferentes tipos de deberes en los razonamientos jurídicos justificatorios de acciones y decisiones.

Referencias

- AGUILÓ REGLA, J., *Sobre "definiciones y normas"*, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 8:273-282, 1990.
- BAYÓN MOHINO, J., *Deber jurídico*, en *Derecho y Justicia. Enciclopedia Ibero Americana de Filosofía* 11:313-331, 1996.
- *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- BULYGIN, E., *Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos*, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 10:257-279, 1991.
- *Sobre la regla de reconocimiento*, en BACQUÉ, J. y otros (eds.), *Derecho, filosofía y lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Astrea, Buenos Aires, 1976, 31-39.
- COMANDUCCI, P., *Kelsen vs. Searle: a tale of two constructivists*, 1999, en *Analisi e diritto*, 1999:101-115.
- DWORKIN, R., *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1988, título original: *Law's empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986, trad. de C. Ferrari.
- HART, H., *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, título original: *The concept of law*, Oxford University Press, Oxford, 1961, trad. de G. Carrió.
- KELSEN, H., *Teoría general del derecho y del Estado*, UNAM, México, 1949, título original: *General theory of law and State*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1945, trad. de E. García Máynez.
- *Teoría pura del derecho*, 2ª ed., UNAM, México, 1979, título original: *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960, trad. de R. Vernengo.
- RODRÍGUEZ, J., *Sistemas jurídicos y derrotabilidad del derecho*, tesis doctoral inédita, 1999.
- RUIZ MANERO, J., *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

PABLO MARTÍN PEROT

- SCHAUER, F., *Playing by the rules. A philosophical examination of rule based decision making in law and in life*, Oxford University Press, Oxford, 1991.
- SEARLE, J., *Actos de habla*, Planeta-Agostini, Barcelona, 1994, título original: *Speech acts. An essay in the philosophy of language*, Cambridge University Press, Cambridge, 1969, trad. de L. Valdés Villanueva.
- VON WRIGHT, G., *Explicación y comprensión*, Alianza Editorial, Madrid, 1979, título original: *Explanatian and understanding*, Cornell University Press, 1971, trad. de Luis Vega Reñón.
- *Norma y acción. Una investigación lógica*, 1963a, título original: *Norm and action. A logical inquiry*, Routledge & Kegan Paul, London, trad. de E. Bulygin y E. Garzón Valdés, versión mimeografiada inédita.
- *Norms, truth and logic*, en *Practical reason. Philosophical papers*, vol. I, Oxford, Basil Blackwell:130-209, 1983.
- *Ser y deber ser*, en AARNIO, Aulis; GARZÓN VALDÉS, Ernesto y UUSITALO, Jyrki (comps.), *La normatividad del derecho*, 1997, ps. 87-110, título original: *Is and ought*, en BULYGIN, E. et al (comps.), *Man law and modern forms of life*, D. Reidel Publishing Company, 1985, ps. 263-281.
- *The varieties of goodness*, Routledge & Kegan Paul, London, 1963b.

EL CARÁCTER PRÁCTICO DE LOS DEBERES JURÍDICOS*

por MARÍA CRISTINA REDONDO¹

Introducción

Hay diversas formas en las que un modelo teórico puede ser puesto en tela de juicio. Una de ellas consiste en mostrar que su implementación no permite captar aquello que interesa respecto de un problema, o que lo hace de un modo notoriamente defectuoso. Ésta es una de las críticas que se le formulan al modelo positivista cuando se trata de explicar el carácter práctico del derecho, es decir, su capacidad para determinar la conducta de los ciudadanos y jueces a los que se dirige.

Un reflejo de la distinción positivista entre lo que el derecho es y lo que debe ser es la separación nítida entre los problemas de identificación del derecho, y los problemas relativos al deber de aplicación u obediencia de sus normas. Conforme a algunas propuestas positivistas, el primero es un problema al que la teoría jurídica debe brindar una respuesta; pero el segundo es un problema práctico que no puede ser resuelto por la teoría general del derecho. La respuesta a la cuestión sobre si se debe aplicar u obedecer el derecho depende, contingentemente, de lo que requiera cada sistema jurídico, y de si su contenido está o no en conflicto con alguna consideración moral aplicable a la

* Este trabajo ha sido realizado gracias al apoyo del CONICET, Fundación Antorchas, y la Fundación Caja de Madrid.

¹ CONICET.

MARÍA CRISTINA REDONDO

situación particular. En otras palabras, el derecho no tiene por sí mismo carácter práctico, dicha cualidad depende de la corrección moral de su contenido. Desde esta perspectiva, que exista un derecho no equivale a que exista un *deber* de hacer lo que él establece, i. e. de obedecerlo o de aplicarlo.

Conforme a algunos de sus críticos, la separación que el positivismo propone entre el problema de identificación del derecho, por un lado, y el relativo al deber de aplicación u obediencia, por otro, es viable²; pero pone en evidencia que el modelo teórico del positivismo no logra explicar el carácter práctico del derecho. En efecto, desde esta posición se subraya que uno de los objetivos fundamentales de cualquier teoría jurídica consiste en dar una explicación de la normatividad de las disposiciones del derecho, es decir, de su carácter de razón capaz de determinar la acción de los agentes. No captar correctamente este rasgo, o pasarlo por alto, equivale a no explicar por qué el derecho es una institución con relevancia práctica. En este sentido, sea o no definitorio del derecho, lo importante es saber de qué modo y bajo qué condiciones éste establece genuinos deberes de actuar, i. e. razones para hacer lo que nos requiere. La falla del positivismo consiste, o bien en que se desinteresa de la explicación de este rasgo práctico fundamental, o bien en que al hacerlo debe abandonar una de sus premisas básicas, y reconocer que la capacidad práctica del derecho sólo se explica a través de su relación con la moral³.

Esta última crítica se sostiene en la idea según la cual, sólo las

² Conforme a otro tipo de crítica, esta separación no es posible. La imposibilidad se basa en que la pregunta por la identificación del derecho está necesariamente unida a la pregunta acerca de cómo debemos actuar desde un punto de vista moral. Identificar el derecho es un proceso constructivo en el que se proyectan nuestras convicciones acerca de cómo comportarnos correctamente. Cf. DWORKIN, *Law's empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986, Cap. II; también NINO, Carlos S., *Derecho, moral y política*, Ariel, Barcelona, 1994, Cap. III.

³ En esta crítica coinciden, inclusive, algunos autores que mantendrían una teoría positivista para identificar el derecho. Por ejemplo, ella se encuentra en los primeros trabajos de Carlos Nino y, en la literatura española, en numerosos trabajos de Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero, Juan Carlos Bayón, etc. Desde esta perspectiva, las normas jurídicas no bastan para justificar la decisión judicial, ya que ellas no constituyen razones operativas.

razones morales constituyen “genuinas” razones para la acción, i. e. son las únicas generadoras de un auténtico deber de actuar. Consecuentemente, sólo en virtud del apoyo en razones morales el derecho puede ser normativo y tener carácter práctico⁴.

La normatividad del derecho

La idea de normatividad es notoriamente ambigua. Se suele sostener que lo que confiere carácter normativo a un enunciado es el *uso* de dicho enunciado *con la intención* de guiar o dirigir la conducta de otro agente. Por ejemplo, si admitimos que todas las disposiciones de lo que conocemos como el antiguo derecho romano fueron establecidas con esta intención, podemos afirmar que el derecho romano aún hoy es normativo. Bajo este concepto, el predicado “normativo” atribuido a un enunciado significa que ha sido emitido *con el propósito* de obligar, prohibir o permitir algo, y es independiente de la efectiva relevancia práctica que tenga el enunciado del que se predica. Esto explica por qué no es ésta la noción de normatividad que interesa en la discusión actual, especialmente preocupada por el problema de la relevancia práctica del derecho.

Por lo general, en la discusión sobre la normatividad del derecho el interés no se dirige a la mera identificación de enunciados formulados *con la intención* de obligar, prohibir o permitir conductas. Que un enunciado contenga estos términos deónticos, y/o que se use *con la intención* de guiar conducta, no garantiza que dicho enunciado adquiera relevancia práctica, i. e. dé efectivamente lugar a un deber de aplicación y obediencia por parte de los jueces y ciudadanos. Según esta perspectiva, la teoría del derecho tiene que explicar bajo qué condiciones surgen estos deberes. Es decir, bajo qué condiciones las disposiciones jurídicas logran constituir razones para la acción que requieren. La noción de razón para la acción puede entenderse de distintas maneras, en cualquier caso, conforme a esta segunda perspectiva, el concepto

⁴ En opinión de Joseph Raz, algunas de las estrategias que explican la normatividad del derecho basándose en su relación con las razones morales son compatibles con el positivismo. Cf. RAZ, Joseph, *Authority, law and morality*, en *Ethics in the public domain. Essays in the morality of law and politics*, Clarendon Press, Oxford, 1994, ps. 210-237.

MARÍA CRISTINA REDONDO

de normatividad está internamente vinculado con dicha noción. En este sentido, es claro que las disposiciones del antiguo derecho romano, en general, hoy carecen de normatividad.

Por último, me interesa destacar que, aun entre quienes vinculan la noción de normatividad con la de razón para la acción, existe una discusión interna que, a menudo, se plantea como un interrogante acerca de cuándo un enunciado o consideración es “genuinamente” normativo. Así, se afirma que un enunciado no es “genuinamente” normativo si constituye sólo una razón ordinaria que se suma, como una más, a las restantes razones existentes para hacer o dejar de hacer algo. Conforme a una de las propuestas más sobresalientes en esta discusión, lo que caracteriza a las normas es que ellas constituyen un tipo especial de razón que, a la vez que provee una razón para la acción, es excluyente de otras razones ordinariamente aplicables. En este trabajo no me referiré a esta específica discusión⁵.

Frente a la objeción señalada en la introducción, el desafío del positivismo consiste en mostrar que las tesis y distinciones que él propone no obstan a la explicación del referido carácter práctico del derecho. En otros términos, dada la admisión unánime de que el sentido de normatividad sobre el que interesa discutir es el vinculado con la capacidad del derecho para determinar la acción constituyendo razones, el positivismo, si acepta los términos de la discusión, debe mostrar que este rasgo puede explicarse sin dificultad dentro de su esquema teórico. Si el positivismo no logra dar cuenta del carácter práctico del

⁵ Sin embargo, cabe destacar que se trata de un tema fundamental en relación a la discusión en desarrollo. Dado que el derecho regula conductas, primordialmente, a través de reglas es preciso explicar en qué se diferencian las reglas de las restantes razones ordinarias. A su vez, es también preciso enfrentar la acusación de irracionalidad que pesa sobre las acciones y decisiones cuya razón es el seguimiento de una regla. Al respecto existe una extensa bibliografía. Véase, por ejemplo, RAZ, Joseph, *Practical reason and norms*, 1ª ed., Hutchinson & Sons Ltd., London, 1975; SCHAUER, Frederick, *Playing by the rules: A philosophical examination of rule-based decision-making in law and life*, Clarendon Press, 1991; POSTEMA, Gerald J., *Positivism, I presume? ... Comments on Schauer's "Rules and the rule of law"*, en *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 14, N3, 1991, ps. 797-822; BAYÓN, Juan Carlos, *Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas*, en *Doxa*, Alicante, 1996, ps. 143-162; GOLDMAN, Alan H., *Rules in the law*, en *Law and Philosophy*, 16, 1997, ps. 581-602; SHAFER-LANDAU, Russ, *Moral rules*, en *Ethics*, 107, 1997, ps. 584-611.

derecho con independencia de la moral, debe reconocer que su propuesta de separar estos dos fenómenos normativos le impide captar este aspecto esencial del derecho.

Deberes jurídicos y aplicabilidad

Un modo aparentemente plausible de identificar deberes jurídicos es el que se apoya sobre el concepto de aplicabilidad. Conforme a este punto de vista, la verdad de los enunciados de deber jurídico depende, no de las normas que pertenecen al sistema de referencia, sino de aquellas que deben aplicarse. Es posible que una norma pertenezca a un sistema jurídico y, sin embargo, no deba ser aplicada. En este sentido, no impone el deber de actuar conforme a ella. A la inversa, puede suceder que una norma no pertenezca al sistema y, sin embargo, los jueces tengan el deber de aplicarla. En este caso, y en relación a ese sistema, es verdadero el enunciado según el cual el destinatario debe hacer lo que la norma dice⁶.

Una reflexión preliminar: Si para analizar el deber impuesto por las normas jurídicas se recurre a la idea de *aplicabilidad*, se debe advertir que dicha expresión es ambigua y que, a su vez, puede ser usada tanto descriptiva como normativamente. La distinción de diversos sentidos de aplicabilidad ha dado lugar a una amplia discusión, a la que no me referiré aquí, pero de la que se puede extraer como conclusión lo siguiente: la afirmación de que una norma es aplicable hace referencia, al menos, a dos cosas distintas:

- 1) Informa que un caso, o un conjunto de casos, cae bajo el alcance de una norma,
- 2) informa que una norma debe aplicarse a un caso o a un conjunto de casos.

Adviértase que el primer sentido de aplicabilidad depende del cri-

⁶ Conf. BULYGIN, *Time and validity*, en *Deontic logic, computational linguistics and legal information systems*, vol. II, 65-81, Martino, A. (ed.), North Holland Publishing Company, Dordrecht, 1982. También, MORESO, José Juan y NAVARRO, Pablo, *Applicability and effectiveness of legal norms*, en *Law and Philosophy*, 16, 1997, ps. 201-219. Estos autores distinguen entre aplicabilidad interna y externa. Dos sentidos que, en ciertos aspectos, son similares a los que propongo más adelante, pero que se distinguen de ellos en varias notas importantes. No es oportuno detenerme aquí en estas semejanzas y diferencias.

MARÍA CRISTINA REDONDO

terio de individualización de normas que se use, y del contenido concreto que se les atribuya. Este concepto de aplicabilidad es inherente a toda norma, porque una norma siempre regula un conjunto de casos individuales a los que, en este primer sentido, es aplicable. En contraste, es discutible si el segundo sentido de aplicabilidad es o no necesario a toda norma. Por ejemplo, desde un punto de vista kelseniano, las normas que existen son también aplicables en este segundo sentido. Sin embargo, muchos autores han criticado esta concepción de Kelsen calificándola como pseudo positivista⁷ o positivista ideológica⁸. Más adelante volveré brevemente sobre esta apreciación.

Cabe destacar que la aplicabilidad de una norma, en cualquiera de los dos sentidos, es siempre relativa a un caso⁹. Teniendo esto presente, un juicio positivo de aplicabilidad en el primer sentido equivale a afirmar que el caso cae bajo el alcance de la norma. En cambio, un juicio positivo de aplicabilidad en el segundo sentido, seguramente no equivale, pero aún es discutible que implique que el caso cae bajo el alcance de la norma. Por ejemplo, el deber de aplicar por analogía una norma a un caso no regulado, pero similar al previsto por ella, muestra que una norma podría ser aplicable –en el segundo sentido, i. e. deber aplicarse– en un caso en el que no es aplicable –en el primer sentido, i. e. no incluido dentro de su alcance¹⁰–.

Como se puede observar, el primer sentido de aplicabilidad es sumamente importante, sin embargo, en el presente contexto sólo es relevante el concepto de aplicabilidad que da apoyo al juicio de deber de aplicar una norma. En lo que sigue de este trabajo me referiré sólo a este sentido de aplicabilidad.

⁷ ROSS, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, trad. de Genaro Carrió y O. Paschero, Centro Editor, Buenos Aires, 1969, p. 25.

⁸ BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, trad. de Ernesto Garzón, Fontamara, México, 1991.

⁹ Cf. BULYGIN, ob. cit., p. 66. Este autor se refiere sólo a la noción de aplicabilidad entendida como el deber de aplicar una norma.

¹⁰ Estos dos sentidos de aplicabilidad son muy importantes porque en ellos se apoyan dos sentidos correlativos en los que una razón puede ser derrotada. Éstos, a su vez, permiten mostrar las diferencias existentes entre una regla y una razón ordinaria. El presente tema está vinculado con los problemas mencionados en la nota 4 y que, por razones de extensión, no trataré en esta oportunidad.

Normas aplicables en virtud de otra norma.

Normas aplicables en virtud de una práctica

Decir que una norma N1 es aplicable, en sentido descriptivo, equivale a informar que otra norma N2 prescribe que N1 debe aplicarse. Si la aplicabilidad de una norma N1 depende del deber impuesto por otra norma N2, es preciso que N2 también sea aplicable; de lo contrario ella no impondría ningún deber. Para juzgar si N2 es aplicable debemos consultar si existe otra norma N3 que así lo establezca y que, a su vez, también sea aplicable. Analizado de esta forma, el juicio sobre la aplicabilidad de una norma –al igual que el análisis usual de la validez basada en la legalidad de la creación– supone una cadena que culmina en una norma respecto de la cual ya no existe otra que prescriba su aplicación. En este punto, la aplicabilidad de las normas, o bien supone un regreso al infinito, o bien exige reconocer que las últimas normas, si son aplicables, lo son en un sentido diferente¹¹.

Dentro de la teoría positivista se han ofrecido diversas respuestas a esta pregunta por el deber de aplicación de las últimas normas del sistema¹². Por ejemplo, conforme a Herbert Hart y Joseph Raz, el deber de aplicación de una norma N1 generalmente depende de otra norma N2 que establece el deber de aplicarla, pero puede también no depender de *otra* norma. Esto último es lo que sucede con las últimas normas de un sistema, las cuales son aplicables sólo si se constituyen en reglas sociales. Entre los requisitos para la existencia de este tipo de reglas se encuentra la presencia de un grupo de individuos que las respetan y prescriben la aplicación de su contenido. En efecto, una de las condiciones para que una pauta tenga el carácter de regla social es que ella sea generalmente obedecida y aceptada por un grupo de agentes. A su vez, uno de los componentes de esta actitud de aceptación

¹¹ Al respecto, Eugenio Bulygin reconoce que los últimos criterios de aplicabilidad son en sí mismos aplicables. El problema es identificar en qué consiste esta propiedad que, según Bulygin, es interna a algunas disposiciones del sistema, i. e. a aquellas que contienen los últimos criterios de aplicabilidad.

¹² No consideraré aquí la propuesta kelseniana apoyada en la presuposición de una norma fundante básica. Esta idea ha sido ampliamente discutida y generalmente considerada implausible como explicación positivista del punto de partida de la aplicabilidad de las normas jurídicas.

MARÍA CRISTINA REDONDO

es que quienes la tienen prescriben la aplicación de la norma; es decir, sostienen su aplicabilidad en el sentido normativo del término. Cuando esto sucede en torno a ciertas normas, su aplicabilidad no depende de la existencia de otra norma, sino de la práctica y de la aceptación que las sostiene. Conforme a esta explicación, el hecho de que la mayoría de las normas de un sistema jurídico sea aplicable en virtud de otra norma que así lo prescribe se apoya, necesariamente, en que las últimas normas que prescriben aplicación son aplicables en virtud de una práctica. En otras palabras, según esta perspectiva, lo característico de un sistema jurídico es que sus normas deben ser aplicadas sólo si, en última instancia, reposan en una regla social¹³. Es importante señalar cuáles son las alternativas a esta explicación de la aplicabilidad:

- a) O bien un regreso al infinito;
- b) o bien la subordinación de los deberes jurídicos a los deberes impuestos por otro sistema, que prescriben la aplicación del derecho. Por ejemplo la moral¹⁴;
- c) o bien la admisión de que el derecho en ningún caso logra establecer deber, i. e. carece de relevancia práctica entendida en este sentido.

En conclusión cabe destacar que, por una parte, el predicado descriptivo de aplicabilidad, o deber de aplicación de las normas, no siempre y necesariamente refiere a *otra* norma; por otra parte, que para predicar aplicabilidad, o deber de aplicación, en sentido informativo

¹³ Conforme a Eugenio Bulygin, el hecho de que los últimos criterios de aplicabilidad del sistema sean aplicables, sin hacer referencia a otra norma, no significa que constituyan una regla social. De acuerdo a lo que estoy sosteniendo aquí, decir que una norma es aplicable, sin que esa aplicabilidad haga referencia a otra norma, presupone que ella es una regla social. Cualquier alternativa a esta explicación está vedada a una posición positivista. Por supuesto, cabe subrayar junto con Eugenio Bulygin que la aplicabilidad de los últimos criterios –en mi reconstrucción: su carácter de regla social– no es una condición necesaria para que el sistema jurídico pueda identificarse como tal, sino para que deba aplicarse, i. e. para que tenga relevancia práctica.

¹⁴ Ésta es la posición más generalizada. Conforme a ella, las normas jurídicas son independientes de las normas morales, pero los deberes jurídicos no son independientes de los deberes morales. Es decir, los deberes que pretenden crear las normas jurídicas dependen absolutamente de la conformidad de éstas con la moral. Los aparentes “deberes” jurídicos son deberes entrecorchetados ya que sólo la moral puede generar genuinos deberes de acción.

es preciso que esta expresión sea previamente empleada en sentido normativo. No podemos afirmar que existe un deber, i. e. que una norma es aplicable, si antes alguien no lo prescribe. Esto significa que el sentido normativo de aplicabilidad es primario respecto al sentido informativo.

La especificidad del derecho como determinante de la acción

Como es sabido, el positivismo pone el acento en la necesidad de deslindar aquello que el derecho *es* de aquello que es moralmente correcto, o que es racional hacer, consideradas todas las cosas. Ahora bien, desde algunas perspectivas, esta propuesta de separación se asocia con otra, cuyo carácter necesario para la posición positivista es discutible. Se trata de la separación entre el derecho positivo existente y su fuerza obligatoria. Al respecto, es interesante hacer algunas reflexiones, ya que pueden señalarse argumentos que contradicen esta última distinción y, sin embargo, no ponen en cuestión la primera, i. e. la separación entre lo que el derecho es y lo que es racional, o moralmente correcto hacer.

La separación entre el derecho positivo existente y su fuerza obligatoria usualmente se refleja, entre otras cosas, en la recomendación de no confundir conceptos descriptivos y normativos de existencia y/o validez jurídica. Esto sucede, por ejemplo, cuando se pone énfasis en que una noción descriptiva de validez, como puede ser la basada en la legalidad de la creación de las normas, es siempre independiente de cualquier noción normativa de validez, como lo son la obligatoriedad –deber de seguir las normas por parte de los sujetos normativos– o la aplicabilidad –deber de aplicarlas por parte de los jueces–. Asimismo, siempre desde esta perspectiva, se considera un error lógico pasar de un tipo de predicado a otro. Es decir, pasar de la constatación de una propiedad empírica, como es el hecho de que ciertas normas hayan sido legalmente creadas, a la conclusión de que se debe hacer lo que ellas dicen; donde la noción de deber se usa sin aditamentos ni cualificaciones. Lo contrario, se afirma, significaría cometer la falacia naturalista¹⁵.

¹⁵ La idea de falacia naturalista se toma de MOORE, G. E., *Principia ética*, Oxford University Press, Oxford, 1975, p. 10.

MARÍA CRISTINA REDONDO

Tal como lo han señalado sus críticos, la posición que hace estas distinciones se encuentra con cierta dificultad al momento de explicar la relevancia práctica del derecho, porque según ella la identificación del derecho que *es* no nos dice nada acerca de lo que *debemos* hacer. El positivismo, en tanto teoría jurídica, da herramientas sólo para identificar el derecho que *es*; pero nada nos dice acerca de su fuerza obligatoria, i. e. acerca de si existe un deber. Si un positivista extrajese alguna conclusión respecto a lo que se debe hacer sería acusado de violar la premisa definatoria del positivismo: la distinción ser-deber ser, y de caer en lo que se ha denominado positivismo ideológico o pseudo positivismo¹⁶.

Ahora bien, la reflexión que quiero presentar consiste en señalar que esta separación entre ser y deber ser sin cualificaciones –y las distinciones conceptuales con las que ella se compromete– no se sigue de, ni está asociada necesariamente a, la distinción entre lo que el derecho es y aquello que es racional, o moralmente correcto hacer. Al menos, no se sigue antes de agregar una premisa adicional que el positivismo en modo alguno está requerido a aceptar. Me refiero a la formulación usual del denominado principio de unidad del razonamiento práctico. Este principio, en la interpretación que lo hace relevante en este contexto, sostiene que hay un único concepto de deber, y que aquello que alguien debe hacer no es algo que admita cualificaciones, i. e. algún tipo de relativización. Existe un conjunto de principios prácticos que constituyen deberes “genuinos”. Dichos principios, que son los de mayor jerarquía en el razonamiento práctico, son principios morales que dan homogeneidad y prevalecen sobre los restantes discursos prácticos. Estos últimos lograrán establecer “genuinos” deberes sólo si están de acuerdo con los primeros, o si regulan ámbitos indiferentes desde la perspectiva de aquéllos¹⁷.

Ciertamente, si se asume esta premisa, por coherencia, debe también asumirse que no se puede pasar de lo que el derecho *es* a conclusiones de *deber*. Sin embargo, el positivismo no tiene por qué adoptar como

¹⁶ Ésta es la crítica que, como mencioné antes, se le formula a Kelsen.

¹⁷ Cf. NINO, Carlos S., *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985, ps. 125-137. También, *Breve nota sulla struttura del ragionamento giuridico*, en *Ragion pratica*, Milano, 1993, ps. 32-37.

premisa el principio de unidad del razonamiento práctico, así entendido. Por el contrario, una opción disponible es afirmar que 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 sociales¹⁸. Asimismo, estos deberes no constituyen ninguna razón justificativa de carácter moral, ni menos aún un balance general acerca de lo que es racional hacer. Del deber jurídico de actuar no se puede extraer ninguna conclusión acerca del deber moral o racional de actuar, no porque el deber jurídico sea un deber subordinado o debilitado respecto al deber moral, sino porque es un deber de otro tipo, independiente de cualquier deber moral o de racionalidad. A su vez, esto no significa que el deber jurídico carezca necesariamente de valor moral, o sea irracional. Lo único que significa es que estos rasgos, i. e. la conformidad con un deber moral o racional de actuar, no forman parte de su significado y son cualidades contingentes, que puede o no tener.

Adviértase que ésta no es una tesis que ponga en cuestión el denominado principio de Hume, o que cometa algún tipo de falacia¹⁹.

¹⁸ Creo que esta aclaración es imprescindible porque en algunos contextos se critica al positivismo sobre la base de un error. La tesis de las fuentes sociales del derecho en general, de las normas y/o los deberes jurídicos, en particular, no convierte al derecho, a las normas o a los deberes, en hechos. Estos últimos, dentro de una teoría positivista (no realista) son entidades abstractas que la teoría está dispuesta a admitir que existen o son válidas dentro de un específico sistema jurídico, sólo si se dan ciertas condiciones. Entre las condiciones que una teoría positivista defiende está la producción de ciertos hechos sociales. Respecto a la crítica del positivismo basada en este argumento véase NINO, *La validez del derecho* cit., ps. 134-5. Asimismo, *Derecho, moral y política, Una revisión de la teoría general del derecho* cit., ps. 23-4. También, *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1984, ps. 78-81. Véase también PECZENIK, Aleksander y URBINA, Sebastián, *Why officials? On legal positivism old and new*, en *Rechtstheorie* 27, 1995, p. 152. Un argumento más desarrollado en relación a este tema puede encontrarse en REDONDO, M. Cristina, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, ps. 163-69.

¹⁹ Al respecto, es útil la distinción que hace Frankena entre tres problemas diferentes: 1) el paso de premisas que no contienen términos normativos a una conclusión

MARÍA CRISTINA REDONDO

Por el contrario, puede decirse que a partir del rechazo de la existencia de un concepto único de deber, y de la asunción de una definición precisa de lo que es un deber jurídico, saca todas las consecuencias de la idea de Hume, subrayando la necesidad de no confundir propiedades diversas. A partir de un deber jurídico, cuya definición es independiente del deber moral y del balance global de razones, no se puede obtener ninguna conclusión respecto a lo que se debe hacer desde una perspectiva moral, o racional. Esta posición no sostiene que de ciertos hechos sociales se siga lógicamente un deber jurídico. Sí defiende una tesis conceptual y ontológica según la cual:

- 1) En un caso individual, existe un genuino deber jurídico de actuar cuando a dicho caso es aplicable una norma jurídica que así lo impone, y
- 2) entre las condiciones de aplicabilidad de una norma jurídica no se encuentra la exigencia de ser, ni una razón moral, ni la expresión del balance global de razones.

El principio de unidad y el respeto a todos los puntos de vista

Lo dicho anteriormente supone el reconocimiento de la ambigüedad de la expresión “deber”. En el ámbito jurídico, la noción de deber *significa* algo diferente que en el ámbito de la moral, o de la racionalidad. Ahora bien, teniendo presente el concepto de deber internamente vinculado con el de razón para la acción, cabe advertir que

normativa; 2) la definibilidad de las propiedades normativas en términos de otras propiedades, y 3) la especificidad de las propiedades normativas en tanto un *tipo* diferente de las propiedades no normativas. Entre estos problemas, el único que involucraría la comisión de un error lógico es 1, y es esto lo que intentaba denunciar Hume. Lo que Moore critica como comisión de una falacia es el propio intento de *definir* los términos normativos, especialmente, si se los define en términos no normativos. Pero, tal como muestra Frankena esto no constituye una falacia si no se muestra antes, y por medios independientes, que dichos términos normativos son en efecto indefinibles en general, o indefinibles en términos no normativos en particular. Antes de haber demostrado por qué estos términos normativos tienen estas características no se puede imputar la comisión de una falacia a quien brinda una definición, sea o no ésta reduccionista. Cf. FRANKENA, W. K., *The naturalistic fallacy*, en *Theory of ethics* (ed. por Philippa Foot), Oxford University Press, Oxford, 1967, ps. 50-63.

pueden existir diversos *tipos* de deber. Algo puede ser debido desde un punto de vista moral, desde un punto de vista religioso, o desde un punto de vista jurídico, etcétera. Esta relativización de los deberes o razones no supone negar la unidad del razonamiento práctico. Todo individuo puede, y si es racional debe, realizar un cotejo de *todas* las razones –de todos los tipos–, aplicables a un caso individual y, a partir de dicha evaluación, extraer un deber concluyente de actuar. Justamente, ello significa decidir racionalmente. Las pautas de racionalidad no constituyen un ámbito práctico más, que impone un nuevo conjunto de deberes o razones para la acción, a la par de los deberes jurídicos, morales, religiosos, etcétera. Las pautas de racionalidad son metacriterios que permiten la evaluación global de los requerimientos impuestos desde los distintos ámbitos prácticos. Actuar o decidir racionalmente es actuar o decidir evaluando todas las razones para actuar existentes en un momento dado²⁰.

Cabe subrayar que la relativización señalada tampoco cae en el error del positivismo ideológico. No supone ni un paso lógico incorrecto de un tipo de discurso a otro, ni el otorgamiento de un peso prioritario al derecho en relación a los restantes discursos prácticos. Quien obtiene conclusiones normativas de deber, a partir del derecho, no es un positivista ideológico; dado que el derecho es normativo y permite obtener tales conclusiones. Positivista ideológico es quien sostiene que los deberes jurídicos implican el deber moral o racional de actuar, cometiendo una falacia definista; o bien quien defiende que las razones o deberes jurídicos prevalecen sobre otras razones o deberes, autónomas o he-

²⁰ Conforme a esta posición, la moral, el derecho, la religión, etc., son distintos sistemas normativos de conducta que imponen, desde su punto de vista, deberes de diverso tipo, a tener en cuenta en la evaluación global. Cada uno de estos sistemas tendrá sus propios criterios de resolución de conflictos internos, pero estos criterios no tienen por qué imponerse a la hora de resolver los conflictos que puedan plantearse entre razones de diverso tipo. Por supuesto, esto contradice explícitamente la idea de “imperialismo” de la moral o la de cualquier otro sistema normativo. Por otra parte, los criterios de racionalidad jerarquizan y resuelven posibles conflictos entre distintos *tipos* de razones aplicables a un caso, i. e. nos permiten obtener una respuesta, consideradas todas las cosas y todos los puntos de vista. En otras palabras, los principios de racionalidad son meta-normas que jerarquizan, no sistemas normativos (como lo son la moral, la religión o el derecho), sino deberes o razones existentes de acuerdo con distintos sistemas normativos.

MARÍA CRISTINA REDONDO

terónomas, 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.

Esta reflexión sirve para llamar la atención sobre un problema de presentación, que si no se advierte puede generar un pseudo problema teórico dentro de la concepción positivista. De acuerdo a como estoy caracterizando a esta posición, ella presupone la posibilidad de separar: 1) la identificación del derecho (perteneciente y/o aplicable); 2) la identificación de los deberes morales, y 3) la evaluación racional acerca de lo que se debe hacer en un caso particular. Muchas veces, el problema de identificación del derecho se equipara a una pregunta acerca de aquello que el derecho *es*, y el problema de la identificación de los deberes morales se equipara con la pregunta acerca del *deber*, sin cualificaciones. Esta equiparación es engañosa porque sugiere que los deberes son siempre de un solo tipo: moral. Sin embargo, si se admite que el discurso del deber –y el de las razones– requiere siempre una cualificación –e. g. un deber es, o bien religioso, o bien político, o bien jurídico, etcétera– puede admitirse que la pregunta por la identificación del derecho, en una visión positivista, conduzca a respuestas genuinamente normativas de deber y que, a pesar de ello, no responden –ni pretenden responder– la pregunta acerca de qué debemos hacer desde un punto de vista moral y/o racional. Esta última posición invita a distinguir varios problemas:

En primer lugar, se admite que existen distintos tipos de deber –y de razones para la acción– en virtud del diferente fundamento o raíz de su carácter práctico. Estos diversos fundamentos dan lugar a distintos ámbitos o puntos de vista prácticos. Por ejemplo, existen deberes jurídicos, que generan razones para la acción apoyándose en la coacción y en la aceptación prioritariamente institucional; y a la par, existen deberes morales, que generan razones para la acción y determinan el comportamiento en virtud de la corrección de su contenido. Esto supone que, dentro de lo que el derecho *es*, corresponde discernir lo que es derecho válido o existente –porque satisface, por ejemplo, el test de la legalidad de su creación– de lo que se debe hacer desde un punto de vista jurídico o, lo que es lo mismo,

de lo que es derecho válido en el sentido de jurídicamente vinculante. Sólo estos últimos tienen carácter práctico específico²¹.

En segundo lugar, la pregunta acerca de cuál es el curso racional de acción, es decir, aquello que se debe hacer una vez consideradas todas las cosas, y todos los puntos de vista, exige criterios de resolución de los posibles conflictos entre deberes establecidos en los diversos ámbitos. Si se ha de reconocer auténtico carácter práctico a los diversos ámbitos, estos criterios últimos de jerarquización deben necesariamente satisfacer la condición de ser neutrales respecto de todos ellos, en un doble sentido:

1. Por una parte, no deben ellos mismos pertenecer a ninguno de los ámbitos prácticos que están en conflicto, y entre los cuales pretenden mediar. Esto es lo que no respetan quienes afirman que estos criterios, por el hecho de ser últimos, son morales.
2. Por otra parte, deben jerarquizar razones o deberes, y no sistemas normativos. Es decir, no deben dar prioridad necesaria a ninguno de los ámbitos prácticos. Esto es lo que no respetan quienes sostienen que la moral prevalece ante cualquier otro discurso práctico²².

Los criterios de resolución de conflictos pueden denominarse “de racionalidad” en la medida en que permiten obtener una conclusión de deber consideradas todas las cosas, y respetando auténticamente los distintos *tipos* de razones existentes. Es importante subrayar que lo que normalmente se presenta como una posición que fragmenta el razonamiento en diversos ámbitos y tipos de razones, bajo esta des-

²¹ Obviamente, no hay ningún motivo para no llamarles “deberes” o “normas” también a los primeros, i. e. al derecho válido o existente. En este caso, hay que subrayar la ambigüedad de “norma” y “deber”. Donde en un caso se hace referencia al concepto hilético de norma y al deber en sentido externalista, y en otro se hace referencia a la normatividad en el sentido de carácter práctico y al deber en sentido internalista, que implica una razón para la acción. En este contexto le estoy llamando “deber” sólo a aquello que está dotado de carácter práctico, y reservo la calificación de derecho existente o válido para las normas que pertenecen a un sistema, sin considerar si generan o no razones para la acción.

²² Por ejemplo, GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Algo más sobre la relación entre derecho y moral*, en *Doxa*, N8, Alicante, 1990, ps. 119-130.

MARÍA CRISTINA REDONDO

cripción se muestra como una posición enteramente compatible con la unidad del razonamiento, sólo que, a diferencia de como es generalmente entendida, esta idea de unidad respeta todos los puntos de vista sin dar prioridad necesaria o absoluta a ninguno.

Consideraciones finales

A modo de conclusión, puede decirse que hay dos formas de presentar la posición positivista respecto al carácter práctico de las normas jurídicas, i. e. respecto de su posible calidad de razones para la acción. Estas formas dependen de si se presupone o no un único concepto de deber, y de si se presupone o no que los deberes que implican razones son de un solo tipo. En otros términos, depende de si se presupone un principio de unidad del razonamiento práctico que por estipulación conceptual da prioridad a la moral, o si, por el contrario, no se estipula por anticipado a qué ámbito práctico corresponde la prioridad en cada caso.

Ahora bien, quienes aceptan la presentación usual del principio de unidad del razonamiento práctico entienden que el deber de actuar –sin cualificaciones– depende de la corrección moral, es decir de la consideración de todas las razones aplicables a un caso, desde un punto de vista moral. El principio de unidad, así entendido, es la premisa que coherentemente conduce a la conclusión según la cual el deber de hacer lo que las normas jurídicas prescriben, i. e. su capacidad para determinar la acción, depende necesariamente de la moral. Las normas jurídicas no tienen en sí mismas capacidad para determinar conductas, i. e. fuerza vinculante o normatividad propias.

En contraste, si se acepta que el discurso del deber es ambiguo, y que además hay diversos ámbitos prácticos que pueden, por sí mismos, ser relevantes en un balance unitario y global, se presupone que estos ámbitos prácticos pueden generar distintos tipos de auténticos deberes o razones que participan en el balance. Ninguna de estas razones es, por sí misma, absoluta o concluyente. Qué razón prevalezca en una ocasión individual dependerá de un cálculo racional que evalúe todos los tipos de razones conforme a criterios que satisfagan la condición de neutralidad antes señalada. Así, el deber jurídico, i. e. la fuerza

vinculante de las normas jurídicas, se convierte en un rasgo específicamente jurídico que puede hacerse depender de la satisfacción de criterios de aplicabilidad independientes de los dictados de la moral. Una norma que satisface los criterios jurídicos de aplicabilidad, por ello mismo, impone un deber jurídico de actuar: tiene fuerza obligatoria desde un punto de vista jurídico y es relevante en un balance global de razones. Cabe insistir en que la relevancia de este deber no es de carácter moral. La relevancia de un deber jurídico en tanto tal, i. e. su capacidad de incidir en el momento de responder a la pregunta sobre ¿qué se debe hacer?, se basa en que él se encuentra establecido por normas que satisfacen criterios efectivamente apoyados por la presión social.

Cuando desde una perspectiva filosófica se parte de premisas que admiten un principio de unidad del razonamiento práctico y, al mismo tiempo, reconocen que todo sistema jurídico es, por sí mismo, una institución con relevancia práctica; por coherencia, se debe admitir que los requerimientos jurídicos entran, por derecho propio, en la deliberación acerca de cómo se debe actuar, y se debe garantizar que el principio de unidad del razonamiento respete esta condición. De otro modo, si el principio de unidad consagra la prioridad de la moral, entra en contradicción con la premisa de la que se parte: el derecho no es, por sí mismo, una institución con relevancia práctica. Esto equivale a advertir que la afirmación del principio de unidad que consagra la prioridad de la moral no es compatible con la afirmación de la relevancia práctica del derecho. Quien sostiene el principio de unidad bajo los dictados de la moral, debe ser coherente y admitir la irrelevancia práctica del derecho. Quien quiera admitir la relevancia práctica del derecho, debe ser coherente e impugnar el principio de unidad bajo los dictados de la moral.

Conforme a lo expuesto, el positivismo puede responder al reproche sobre la falta de explicación del carácter práctico del derecho sin tener que recurrir a la moral. Sin embargo, para hacerlo debe admitir la ambigüedad de la noción de deber, la existencia de diversos tipos de razones y un principio de unidad del razonamiento que sea neutral respecto a los distintos sistemas generadores de razones. El hecho de que no se acepten estas premisas explica por qué algunas teorías son

MARÍA CRISTINA REDONDO

claramente positivistas en relación a la identificación del derecho, pero no pueden ofrecer una explicación positivista de su carácter práctico, entendido en términos de razones para la acción²³.

Es útil destacar, esquemáticamente, las diferencias que resultan según si se acepta o no la concepción usual del principio de unidad del razonamiento práctico.

Si se rechaza la concepción usual y se acepta un principio de unidad que respete la existencia de distintos tipos de deber, se sigue:

1. Una separación estricta entre el deber jurídico, el deber moral y el deber racional de actuar.
2. Pueden existir genuinos deberes jurídicos de aplicar y obedecer el derecho, independientemente de los dictados de la moral.
3. El carácter práctico del derecho es una nota específicamente jurídica dependiente del apoyo directo o indirecto en la coacción y aceptación.
4. En la medida en que la coacción y la aceptación formen parte del concepto de derecho puede afirmarse que los sistemas jurídicos tienen relevancia práctica, i. e. que generan deberes y constituyen razones capaces de determinar la acción.

Por el contrario, siguiendo la concepción usual que somete todos los discursos prácticos a los dictados de la moral, se sigue:

1. Una separación estricta entre ser y deber –que tiene un único significado moral, y es el único generador de razones–.
2. No existen genuinos deberes jurídicos de actuar, independientemente de los dictados de la moral.
3. El carácter práctico del derecho es una cualidad moral, dependiente de la corrección de su contenido.
4. En la medida en que la corrección moral del contenido no forme

²³ En esto es claro el ejemplo de Joseph Raz, quien se considera positivista pero, explícitamente, admite que el carácter de razón del derecho sólo puede explicarse por relación a pautas morales. La solución que encuentra este autor es sostener que la separación entre derecho y moral no es una tesis necesaria del positivismo. Sin embargo, autores positivistas como Eugenio Bulygin, Frederick Schauer, José Juan Morero, Pablo Navarro, Walluchow, etc., que mantienen la tesis de la separación, deberían admitir que no pueden explicar dentro de sus esquemas positivistas el carácter práctico del derecho, entendido como razón para la acción.

parte del concepto de derecho no puede afirmarse que los sistemas jurídicos tienen relevancia práctica, i. e. generan deberes que constituyen razones capaces de determinar la acción.

Los argumentos presentados muestran que las teorías positivistas que atribuyen carácter práctico al derecho sin aceptar las premisas mencionadas, relativas al concepto de deber y al principio de unidad del razonamiento:

- a) O bien lo hacen sólo en sentido metafórico, sin asumir seriamente lo que esta idea presupone;
- b) o bien caen en contradicción con sus propias tesis positivistas, admitiendo que el derecho genera siempre una razón moral para hacer lo que él requiere –que es la posición del positivismo ideológico–;
- c) o bien dejan de ser positivistas al explicar este carácter práctico. Si el derecho genera una razón para la acción, lo hace gracias a su apoyo en la moral.

En cualquiera de estos casos, la posición positivista muestra merecer enteramente la crítica presentada en un comienzo: es incapaz, con sus propias categorías, de dar cuenta del carácter práctico del derecho.

VALIDEZ Y JUSTIFICACIÓN. LAS JUSTIFICACIONES ÚLTIMAS

por RICARDO VÍCTOR GUARINONI

El objeto de este trabajo es tratar de arrojar alguna luz acerca de la justificación jurídica, a través del análisis de varias ideas relativas a la relación entre la validez y la justificación, que llevan en algunos autores a la relación entre derecho y moral, y acerca de la adopción de determinadas normas como razones para actuar.

Algunas de las ideas más sugerentes aparecen en la obra de Carlos Nino, y me dedicaré sobre todo a analizar éstas, aunque haciendo referencia a sus coincidencias con otros autores.

Las tesis fundamentales que trataré de criticar, y que creo pueden extraerse de obras como la de Nino, aunque son compartidas, de diversa manera, por muchos de los teóricos de la argumentación, son:

- 1) El razonamiento justificatorio no puede partir de hechos sino que debe originarse en reglas o normas.
- 2) Las normas morales son el criterio último de justificación. Todo razonamiento práctico que se efectúe en término de razones para actuar debe iniciarse en una norma moral.
- 3) Las normas jurídicas no son razones excluyentes para actuar sino sólo parte de un razonamiento en el cual, en última instancia, la razón excluyente es moral.
- 4) La validez de las normas jurídicas solamente puede referirse a la moral. Los “juicios de validez”, que predicán validez de una norma, son juicios morales.

RICARDO VÍCTOR GUARINONI

1. La primera tesis. Las reglas como base de justificación

“Justificar” es un término ambiguo. Entendido en forma amplia, tal como figura en el diccionario, se trata de “probar una cosa con razones”. Normalmente se entiende como elaborar un razonamiento cuya conclusión sea la proposición que se intenta probar. Nino distingue, a este respecto, las razones explicatorias, que aluden a motivos, de las justificatorias, que sirven para valorar una acción. Estas últimas serían las que integran el llamado “razonamiento práctico”, en término de razones para actuar. El autor comentado sostiene que, resurgido después de un largo eclipse, muchos cuestionan al razonamiento práctico por tratarse (la frase es de Nino): “de una forma de explicación *obscurum per obscurius*, o en el mejor de los casos, como una forma de decir en un lenguaje extremadamente vago lo mismo que se puede expresar en un lenguaje que ha sido enriquecido por numerosas precisiones y distinciones teóricas, como es el lenguaje normativo, que hace uso de conceptos tales como el de obligación y el de permisión”¹.

Pasa luego a analizar los distintos modos en que el razonamiento práctico ha sido considerado, y me temo que da la razón a los críticos, dado que hay quienes creen que no se trata de un razonamiento lógico, sino que se debe acudir a alguna forma de inferencia diferente de la inferencia lógica; algunos sostienen que la conclusión de tal razonamiento es siempre una acción, otros creen que debe ser la formulación de una intención, otros un juicio, y entre quienes sostienen esto, están los que creen que debe ser un juicio descriptivo y los que creen que debe ser valorativo.

Según Nino, esto refleja que algunos aluden al proceso psicológico que conduce a la formación de una intención y la realización de una acción, otros a la inferencia lógica que permite explicar y predecir una acción a partir de proposiciones fácticas, y otros a la inferencia lógica que permite evaluar, fundamentar o guiar una acción².

Como es sabido, Nino adhiere al último concepto citado –según él el razonamiento práctico es un razonamiento lógico– y sostiene que la conclusión de un razonamiento práctico es un juicio valorativo o

¹ NINO, Carlos, *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985, p. 110.

² NINO, 1985, p. 130.

normativo, o sea una prescripción. Su conclusión se liga a su postura, que luego analizaremos, acerca de la moral como única forma de justificación normativa.

En general, se puede decir que los teóricos del razonamiento práctico se enfrentan a un dilema: o bien sostienen que se trata de una inferencia lógica, y entonces deben explicar en qué se diferencia del razonamiento lógico común, o bien sostienen que no lo es, y entonces deben crear una nueva forma de inferencia.

Desde Perelman, hay muchos que han optado por el segundo cuerno del dilema. Sin embargo, no creo que haya resultados aceptables en ese sentido. La mayor parte de lo que se presenta como inferencias diferentes no pasan de ser razonamientos lógicos a los que se les escamotean premisas. Aunque no entraré en este tema.

Volvamos a Nino, quien manifiestamente opta por el primer cuerno del dilema.

Si se acepta la validez del principio de Hume, como él lo hace en este respecto (no en todos los aspectos; lo deja de lado en la fundamentación de algunas normas morales)³, entonces no se puede desarrollar un razonamiento que de premisas descriptivas lleve a concluir en prescripciones. Por ende, si la conclusión de un razonamiento práctico es una prescripción, alguna de las premisas debe consistir en una prescripción⁴.

Nino coincide con Raz en que hay que distinguir entre las razones que forman la razón completa, o conjunto de premisas de un razonamiento práctico válido, y así distingue la razón operativa: “la premisa de deber ser que en sí misma podría constituir una razón completa para alguna acción”⁵, de la razón auxiliar: “un juicio fáctico que indica un medio para satisfacer la razón operativa”⁶.

Según Nino, entonces, el razonamiento práctico se compone de una premisa normativa, la razón operativa, algunas premisas fácticas, las razones auxiliares y una conclusión normativa. Por eso, rechaza que

³ NINO, Carlos, *Ética y derechos humanos*, Paidós, Buenos Aires, 1984, Cap. III.

⁴ NINO, 1985, p. 130.

⁵ NINO, 1985, p. 131.

⁶ NINO, 1985, p. 131.

RICARDO VÍCTOR GUARINONI

las premisas de un razonamiento práctico puedan consistir, como dice, en “hechos”. Rechaza entonces que las premisas puedan ser deseos, o prácticas sociales, que son “hechos”⁷.

Es obvio que su rechazo trasciende la cuestión de que un hecho nunca puede ser tomado como premisa de un razonamiento –los razonamientos se formulan sobre la base de enunciados o proposiciones, juicios, como gusta decir a Nino, a la usanza antigua– pero creo que lo destaca en un doble sentido. Primero, para diferenciarse de quienes ven el razonamiento práctico como un proceso psicológico, y segundo, para afirmar que de un enunciado fáctico no se puede desprender una conclusión normativa.

Lo dicho hasta ahora podría servir como descripción de un tipo de razonamiento que es común entre los juristas, cuando se trata de aplicar normas jurídicas, por lo que cabría concluir, como por otra parte lo hace Raz, en que las normas jurídicas forman parte de las razones para actuar. Pero Nino se niega a aceptar esto, dado que sostiene que las únicas normas que pueden ser razones operativas autónomas son las morales, y sólo las normas jurídicas pueden serlo cuando coinciden con ellas.

Al mismo tiempo, descarta que las normas jurídicas puedan ser razones operativas justificatorias, dado que caracteriza a éstas como autónomas, generales, universalizables, supervinientes e integrables. No voy a entrar en los detalles de esta caracterización, pero ella le sirve para descalificar a las normas jurídicas como razones para actuar.

Lo que complica mucho el comprender la posición de Nino es que, sentada la primera tesis, en el mismo libro en el que afirma las ideas que venimos analizando (*La validez del derecho*) va a negar que los juicios morales son prescripciones, y llega a decir que son descriptivos.

No analizaré los argumentos que utiliza para descalificar la posición de Hare, quien concibe a los juicios morales como imperativos, pero cabe preguntarse qué es lo que entiende Nino por “juicios de valor”.

No me refiero a la fundamentación de su ética, que aparece en *Ética y derechos humanos*, sino a la cuestión formal de si son alguna clase de enunciados que establecen deberes o prohibiciones o no. Entre

⁷ NINO, 1985, ps. 131 y 139.

los ejemplos que da de juicios de este tipo aparecen enunciados tales como “no se debe lastimar a otro” o “se debe obedecer a quien ha sido elegido democráticamente para legislar”.

La calificación de “juicios morales” es engañosa, dado que a veces la aplica a enunciados como “la acción *x* es buena o justa”, y a veces a reglas morales, como las recién citadas, sin que quede claro qué relación hay entre ambos.

Se podría decir que algunos enunciados como los citados, en el fondo son enunciados descriptivos, pero esto va en contra de dos aseveraciones de Nino:

- a) Por un lado, sostiene que las normas jurídicas pueden coincidir en algunos casos, en su contenido, con los juicios de valor. Y acuerda expresamente con que las normas jurídicas son enunciados prescriptivos, reglas que establecen deberes o prohibiciones. Es obvio que si hay coincidencia posible entre ambas, debe tratarse de la misma clase de enunciados.
- b) La tesis que estoy comentando expresa que, para no violar el principio de Hume, todo enunciado justificatorio debe hallarse integrado por una premisa normativa. Si los juicios morales no son prescriptivos, entonces el razonamiento práctico puede carecer de premisas prescriptivas, con lo cual estaría cometiendo la falacia naturalista, que Nino enfáticamente descarta.

En otra parte, Nino dice: “De este modo, aunque desde el punto de vista lógico las normas jurídicas sólo tienen poder justificatorio en la medida que deriven de normas morales...”⁸ Esto nos liga con las demás tesis que analizaremos, pero debe destacarse que, si derivar significa derivar lógicamente, resulta una nueva violación del principio de Hume, si se entiende que los juicios morales son descriptivos.

Por otra parte, en varios párrafos, como citaremos más abajo, Nino sostiene que el razonamiento justificatorio debe concluir en “proposiciones normativas”, que Nino entiende como proposiciones sobre “lo que debe hacerse o es conveniente hacer”⁹, lo cual las coloca nuevamente en el campo de las prescripciones.

⁸ NINO, Carlos, *Un país al margen de la ley*, Emecé Editores, Buenos Aires, 1992, p. 210.

⁹ NINO, 1992, p. 206.

RICARDO VÍCTOR GUARINONI

En suma, la primera tesis deja de ser clara cuando se busca establecer al razonamiento práctico como un razonamiento diferente. Por otra parte, la vía elegida tampoco parece que pudiera rendir frutos.

En efecto, si se pretende que el razonamiento práctico es diferente por el contenido de sus premisas y su conclusión, con el mismo criterio habría que concluir en que hay un “razonamiento físico”, si utilizamos enunciados referidos al mundo físico. Por esa vía se puede llegar a conclusiones absurdas (¿por qué no un “razonamiento erótico”?).

2. Segunda tesis. Las normas morales como criterio último de justificación

La segunda tesis de Nino está ligada a la idea de la jerarquía de razones justificatorias, de las cuales, se nos dice, las normas morales son las de mayor jerarquía, dado que son las que son la última instancia para justificar las acciones.

Cabe preguntarse si esta afirmación no está basada en una definición de normas morales, en cuyo caso la primera afirmación sería trivial. Es obvio que sería analítico definir las normas morales como “aquellas que justifican las acciones en última instancia” y luego adjudicarles esa propiedad.

Pues bien, Nino expresamente dice: “Por convención, llamamos *morales* a las razones operativas de más jerarquía. Éste es el principio de unidad del razonamiento práctico, que evita la indecidibilidad de las acciones regidas por una pluralidad de razones”¹⁰.

Sin embargo, en otros párrafos parece tratar de evitar la circularidad, sugiriendo otra idea: “La apelación a la autoridad estatal o divina o a las convenciones sociales necesariamente presupone la aceptación de una proposición normativa que determina que esa autoridad humana, divina o convencional es legítima y fuente de mandatos válidos. A su vez, esa proposición normativa no debe ser aceptada por la razón de que ella ha sido prescripta por una autoridad, divina o convencional, so pena que de nuevo debamos recurrir a una nueva proposición normativa que a su vez establezca el deber de obedecer a tales autoridades.

¹⁰ NINO, 1985, p. 133.

En otras palabras, el razonamiento justificatorio debe concluir en proposiciones normativas que no aceptemos porque se originan en ciertos hechos, como son las prescripciones de autoridad. Si una proposición normativa no es aceptada por su origen ella debe ser aceptada por su validez o méritos intrínsecos. Si la proposición normativa se refiere a conductas que son debidas o valiosas porque satisfacen imparcialmente los intereses de todos, el hecho de que ella sea aceptada por su validez intrínseca implica que ella opera como una norma moral en el razonamiento...”¹¹ “Estas consideraciones tienen una serie de implicaciones significativas para nuestro tema. La primera de ellas es que si las razones últimas que conducen al agente a actuar en forma cooperativa, evitando así una dinámica de interacción ineficiente, no son de índole prudencial, ellas deben ser, en última instancia, de carácter moral”¹². Por otra parte, sostiene que: “De cualquier modo, es importante enfatizar la centralidad que tienen las normas morales en el proceso de justificación y adopción de acciones o decisiones, así como es necesario que muchos actores sociales recurran a ellas en última instancia...”¹³

La idea de “justificación en última instancia” está ligada con la de “razón excluyente”, que veremos después, pero aquí aparece descripta desde el punto de vista jerárquico. Se trata de algo así como axiomatizar un razonamiento práctico, de modo de llegar a la justificación de una acción.

No entraré aquí a discutir la alusión a la autoridad normativa como forma de justificación de la adopción de normas legales, con las implicancias que ello tiene. Por otra parte, Caracciolo ha demostrado que analizar la autoridad normativa en términos de razones para la acción, a la manera de Raz, que es la que adopta Nino, concluye en una variante del positivismo ideológico¹⁴.

En cuanto al razonamiento práctico, la prescripción de la que se parte sería como el axioma de un razonamiento, y el test que daría cuenta de tratarse verdaderamente de un axioma, sería el que el mismo

¹¹ NINO, 1992, ps. 208/9.

¹² NINO, 1992, p. 211.

¹³ NINO, 1992, p. 212.

¹⁴ CARACCILO, Ricardo, *El modelo de autoridad normativa. El modelo de las razones para la acción*, en *Doxa* 10, 1991, ps. 67 y ss.

RICARDO VÍCTOR GUARINONI

no se pudiera derivar de otra premisa. Se acepta por sus “méritos intrínsecos”, como dice Nino. Esto parece querer decir que es evidente por sí misma. Sin embargo, la autoevidencia no parece ser el mejor argumento para aceptar una proposición, teniendo en cuenta que puede desembocar en la afirmación de enunciados de los que se derivan paradojas, como por ejemplo las de autorreferencia.

En la idea mencionada, si recorremos el camino inverso desde una descripción de una acción que se considera debida, deberíamos desembocar siempre en una norma moral como justificación última.

Aquí aparecen dos problemas. El primero es el siguiente: decir que una norma moral es aquella que debe ser aceptada por su validez o méritos intrínsecos, o satisfacer imparcialmente los intereses de todos, ¿no es una forma de justificarla? En otras palabras, ¿las proposiciones de la metaética no sirven para justificar la adopción de determinadas normas éticas?

Si tenemos que llegar a un axioma que justifique en última instancia la adopción de una norma moral, la norma moral misma no puede cumplir este papel. De hecho, todos los filósofos que se han dedicado a la ética han propuesto diversas razones para justificar la adopción de diversos códigos éticos, demostrando que las normas morales que sostienen no son la justificación última de su razonamiento. Creo que ni el más acérrimo objetivista negaría que hace falta este tipo de justificación. En los hechos, se derraman Nilos de tinta en ese sentido. Si alguien opta por una metaética naturalista, por ejemplo, justificará la adopción de determinadas normas éticas por hallarse conforme a la naturaleza humana. Pero esto evidencia que las normas éticas necesitan, a su vez, de justificación.

No se podría argüir que estoy utilizando aquí un diferente sentido de la palabra justificación, ya que responde a la idea de razonamiento práctico que Nino expone.

Si esto es como vengo diciendo, entonces las normas morales no serían ya las justificaciones últimas que se pretende, dado que ellas mismas precisan de justificación.

Empero, aun admitiendo que esto no fuera así, aun creyendo que las normas morales son las que proveen las justificaciones últimas,

cabría preguntarse si el hecho de proveer de las justificaciones últimas hace que todas las justificaciones intentadas a partir de otras normas sean imposibles.

Éste constituye el tercer problema, que trataremos a continuación, el de las normas morales como razones excluyentes.

3. Tercera tesis. Las normas morales como razones excluyentes

La tercera tesis de Nino sostiene que las normas morales son razones excluyentes para actuar, tomando la idea de Raz de que algunas razones operativas excluyen a otras, siendo las normas morales las de máxima jerarquía, dado que excluyen a todas las demás, entre las que se encuentran las razones prudenciales, las normas jurídicas, las reglas de juego o de etiqueta. Esta idea aparece combinada con la ya mencionada de la unidad del razonamiento práctico, que establece una jerarquía de razones.

Nino dice: “Nuestro razonamiento práctico incluye una regla de prioridad que impide su desintegración; esa regla es que los principios morales son el último tribunal de apelación para justificar una acción que cae bajo su dominio; es decir que las razones de índole moral excluyen cualquier otro tipo de razones en las situaciones en que son aplicables (ello generalmente no ocurre en el caso de una movida en un juego por lo que la apelación a las reglas de éste puede servir de justificación suficiente –pero hay circunstancias en que puede ocurrir lo contrario, por ejemplo si se sabe que declarando *mate* se puede provocar un infarto en el contrincante–). Esta regla de prioridad se reflejaría en el significado de expresiones normativas como *justificación*, *derecho*, *obligación*, *competencia*, etcétera. Las que aludirían en última instancia, aun cuando estén calificadas por el adjetivo *jurídico*, a principios de una moral ideal, cuando ellas son empleadas en enunciados que expresan razones para actuar en situaciones moralmente relevantes”¹⁵.

Esta tesis es la más controversial del razonamiento de Nino, y la que presenta más complicaciones. Se puede criticar desde varios puntos de vista.

¹⁵ NINO, 1985, p. 65.

RICARDO VÍCTOR GUARINONI

El primero es que se trata de una tesis definitivamente iusnaturalista, con lo cual se hace acreedora a toda la gama de objeciones que se han hecho a esa corriente doctrinaria.

Por una parte, las únicas normas válidas en sentido normativo serían las normas morales. El derecho positivo sería redundante, y por lo tanto irrelevante, salvo en cuestiones no regladas por las normas morales. Desaparecería la distinción entre el derecho que es y el que debe ser. Y no tendría sentido el hablar de obligaciones jurídicas, que sólo existirían como reflejo de obligaciones morales.

Por otro lado, esta tesis presupone la existencia de una moral objetiva y única. Es cierto que a un objetivista ético esto no le causaría ningún escozor. Pero aparecería un grave problema, el de identificar al derecho operativo, el que coincide con las normas morales. Si identificar a las normas morales fuera fácil, no habría problema, pero, tratándose de un tema en que los filósofos morales no se ponen de acuerdo desde la antigüedad, parece agregar una exigencia indeterminada a un campo ya confuso.

Un dato que quienes hablan de una moral objetiva suelen omitir es que, si hablamos de normas morales, tenemos que enunciarlas en un lenguaje natural. Y todo enunciado normativo requiere de interpretación, debido a los conocidos problemas de imprecisión del lenguaje natural. Es curioso, pero los filósofos del derecho parecen creer que las normas morales no necesitan interpretación, con lo que pasan por alto no sólo el que los cultores de la ética ofrecen interpretaciones distintas de las normas morales, sino su propia experiencia vital como abogados. Como en lo jurídico, diferentes personas no sólo pueden ofrecer reconstrucciones diferentes del mismo sistema, sino también, partiendo del mismo grupo de preceptos, arribar a conclusiones diferentes.

No quiero extenderme más en esas objeciones, de un peso indiscutible, y prefiero centrarlas en otro punto.

El de Nino es un modelo del orden social, y como tal, busca reproducir bajo sus categorías algunas propiedades que se dan en la realidad. Es sabido que los modelos representan imágenes empobrecidas de la realidad, ya que no pueden reflejar todas las propiedades de la misma, y que se juzgan por su utilidad. La tesis que me propongo

sostener es que el modelo panmoralista no sólo refleja incorrectamente algunas propiedades del sistema, sino que es inútil para dar cuenta de cómo opera el razonamiento práctico.

Nino no da muchas razones para justificar la tesis de la unidad de las razones operativas o justificatorias, que en realidad es la tesis central de su postura. Ella le permite descartar a las normas jurídicas, por ejemplo, como razones operativas para actuar. El argumento que expresa, en varias formas, es: "...si cualquier sistema normativo provee de razones independientes para actuar, ¿cómo decidimos cuáles prevalecen en caso de estar en conflicto? La idea de que nuestro razonamiento práctico puede ramificarse en tantas justificaciones independientes como sistemas normativos puedan imaginarse implica su desintegración como medio para arribar a ciertas decisiones y acciones. Uno debería concluir en que cierta acción es moralmente injustificada, pero jurídicamente legítima, y tal vez aceptable desde el punto de vista de las reglas de un juego, aunque poco recomendable según las normas de cortesía. ¿Y luego qué?"¹⁶

Se puede preguntar: ¿por qué es que no se puede aceptar una justificación basada en normas distintas que las morales, por ejemplo las jurídicas? La respuesta de Nino sería que las únicas justificaciones aceptables son morales. Pero si su respuesta se basa en que no está dispuesto a aceptar como justificación cualquier razón que no sea moral, se trata de una petición de principio.

Si nos atenemos a lo que en general se entiende por justificación de una acción, el principio de unidad del razonamiento práctico va en contra de lo que los seres humanos hacen habitualmente. En general, una acción es justificada aludiendo a razones, entre las cuales puede haber normas, pero no necesariamente normas morales.

Aun aceptando que las normas morales provean las justificaciones últimas, las acciones se entienden como justificadas mediante la alusión a determinadas reglas, que pueden ser jurídicas, morales, de un juego, o hasta reglas técnicas en el sentido de von Wright¹⁷.

En este sentido, la situación es similar a la de los juristas cuando

¹⁶ NINO, 1985, p. 64.

¹⁷ VON WRIGHT, Georg Henrik, *Norma y acción*, Tecnos, Madrid, 1970, p. 29.

RICARDO VÍCTOR GUARINONI

buscan reconstruir parte del sistema jurídico para determinar la calificación deóntica de una acción. Normalmente reconstruyen sólo una parte del sistema, la parte aplicable al caso, sin que les parezca necesario acudir a la Constitución, por ejemplo para resolver una cuestión de medianería. La reconstrucción del sistema determina la calificación de la acción. Y los juristas estamos acostumbrados a que la reconstrucción del sistema pueda hacerse de diversas formas. En un juicio, por ejemplo, pueden ofrecer distintos sistemas el actor, el demandado y el juez para solucionar el caso.

Entre quienes han elegido el otro cuerno del dilema mencionado más arriba, como por ejemplo Aulis Aarnio, aparece una noción que refleja de algún modo lo que hacen los juristas: se habla de una *justificación legal contextualmente suficiente*¹⁸, refiriéndose a la extracción de conclusiones partiendo de un determinado grupo de normas, cuya validez se da por sentada. No cabe entrar a discutir la clase de razonamiento de que se trata¹⁹, pero éste es el tipo de razonamiento al que me refiero. Y no veo por qué una conclusión a que se arribe no puede ser una razón para actuar.

Es más, estaría dispuesto a decir que en muchos casos consideraríamos justificada una acción si alguien sostiene que ha cumplido una norma jurídica sólo por evitar una sanción, a pesar de que discrepara moralmente con su contenido, aun en forma absoluta. Supóngase que alguien sostiene que pagar los impuestos le parece moralmente repugnante (en Argentina hay muchos casos), pero que lo hace para evitarse una sanción. ¿Diremos que ha actuado injustificadamente?²⁰ Según Nino, ésta sería una razón prudencial, que cedería ante una razón moral. Pero, ¿la situación no podría describirse correctamente diciendo que la acción está justificada prudencialmente, aunque para él no lo esté moralmente?

¹⁸ AARNIO, Aulis, *Argumentation theory and beyond*, en *Rechtstheorie* 14 (1983), p. 390.

¹⁹ En contra de lo afirmado por Aarnio y otros autores, y coincidiendo con Nino, creo que se trata de un razonamiento lógico, pero discutir este punto nos llevaría demasiado lejos.

²⁰ En 1991, p. 209, Nino cambia su postura, admitiendo una mayor incidencia de las normas jurídicas cuando tienen origen democrático. Pero en última instancia sigue remitiéndose a la justificación moral, ya que ésta es para él la justificación de la democracia.

Utilizar un concepto de “justificación” que sólo permita a las normas morales como razones para actuar, haría necesario elaborar otro concepto (“actuar conforme a”, o algo similar) para referirnos al caso, sustancialmente idéntico, de alguien que base su conducta en normas de otro tipo. Vale la pena preguntarse si es necesario.

Por otra parte, el mismo Nino, como se desprende del párrafo citado más arriba, admitiría que las normas jurídicas son razones independientes para actuar, en situaciones moralmente irrelevantes (aunque en última instancia, éstas constituirían un conjunto vacío, dado que, según él, una autoridad jurídica es legítima si resuelve problemas de coordinación social, que involucran siempre una valoración).

Desde otro punto de vista, no me parece que la elección del marco justificatorio sea única. Uno puede coincidir, con Nino, en que puede darse el caso en que una acción aparezca calificada deónticamente en forma incompatible en distintos sistemas normativos, y en este caso, aparece justificada si es la debida según ese sistema normativo. La justificación, si es como Nino la describe, se da a través de un razonamiento que utiliza una norma de ese sistema como premisa, y por lo tanto, es intrasistemática.

Ciertamente, una acción puede ser justificada dentro de un sistema y no dentro de otro. Si yo quiero que un aparato eléctrico funcione, entonces debo enchufarlo. Esta regla técnica sirve para justificar el acto de enchufar el aparato, pero no podría justificar moralmente la aplicación de la picana eléctrica. De la misma manera, uno puede justificar la realización de una acción como cumplimiento de una obligación jurídica, pero puede resultar no justificada desde el punto de vista de alguna moral; o desde las reglas de etiqueta (por ej. desalojar a un aristócrata que no paga el alquiler por medio de un oficial de justicia puede no ser *de rigueur*).

Es verdad que los marcos normativos nos proveen de razones para actuar, pero no siempre el marco normativo moral desplaza a todos los demás. Creo que tiene sentido hablar de la justificación jurídica como autónoma.

Esto no quita la posibilidad de criticar las normas jurídicas desde el punto de vista moral, desde el punto de vista técnico o desde el

RICARDO VÍCTOR GUARINONI

punto de vista estético (hay normas bellamente redactadas y otras enunciadas en forma detestable).

Cuál sea el marco normativo que prevalece cuando justifican acciones incompatibles no es algo fácil de discernir, sobre todo teniendo en cuenta que dentro de cada sistema normativo también hay incompatibilidades entre normas, como se comprueba fácilmente en los sistemas jurídicos y también en los morales.

4. La cuarta tesis. La validez es solamente moral

Las tesis reseñadas anteriormente llevan a Nino a concluir en que la predicación de validez de una norma es un juicio moral.

Quizás esta afirmación haya que calificarla. El mismo autor, cuando se refiere a los conceptos de validez en Kelsen, expresa que éste sostiene como conceptos de validez el de pertenencia a un sistema y el de validez normativa. Los enunciados que predicen validez como pertenencia a un sistema no parecen morales, aunque en Nino esto es dudoso²¹.

Nino hace hincapié en que la utilización del punto de vista interno predicado por Hart en cuanto al uso de las normas jurídicas presupone la aceptación de las mismas, y ella sólo puede darse en un marco moral (aunque también concluye en que lo mismo se da desde el punto de vista externo). Esto lo lleva a pensar en que los que llama “juicios de adhesión normativa”, que predicen que una norma es válida en el sentido normativo, esto es, debe ser obedecida, son juicios morales.

A su vez, lo anterior lo lleva a sostener, con Raz, que si las normas jurídicas son justas, entonces son innecesarias. Pero como no se puede esperar que una autoridad siempre sancione normas que coincidan en contenido con la moral ideal, entonces se debe tener por válidas a las normas emanadas de una autoridad lo más parecida posible a la autoridad moral: la autoridad democrática. Por lo tanto, las normas obtenidas sobre la base de un gobierno democrático son *prima facie* válidas, aunque pueden no serlo si el gobierno se equivoca y sanciona normas inmorales.

²¹ Ya que para él el concepto de competencia jurídica es un concepto moral (NINO, 1985, p. 62).

No quiero aquí adentrarme en los vericuetos de la justificación de los contenidos morales del Derecho según Nino. Lo único que cabe decir es que el criterio para identificar las normas *prima facie* válidas no es un criterio moral –dado que si lo tuviéramos entonces estaríamos en condiciones de predicar de ellas validez o invalidez en serio–. Es un criterio que se parece mucho al criterio de validez jurídico que manejamos habitualmente.

Habría que decir, entonces, que las normas jurídicas representan, *prima facie*, razones para actuar.

El criterio de validez preconizado por Nino presenta el problema de presuponer la existencia de una moral objetiva y universal, que se concrete en un código de normas morales ideales, válidas por sí mismas, y unívocas.

Como por diversos motivos, que sería largo enumerar aquí, no creo en que haya tal cosa, me parece que podemos manejarnos con un criterio de validez jurídico, y reconocer que las normas jurídicas proveen de razones para actuar, y, por ende, de justificaciones.

CONTRACTUALISMO Y RELATIVISMO MORAL¹

por EDUARDO BARBAROSCH

I. Introducción

Las versiones más fuertes del contractualismo, dentro de la filosofía política, que intentan justificar una concepción adecuada de la justicia o en un sentido más amplio de la moral entienden que el consenso unánime hipotético o real alcanzado en una situación que se construye como privilegiada, puede dar como resultado ciertos principios morales o de justicia. En este sentido los principios así obtenidos serían universales y absolutamente válidos. Ésta es una versión que está lejos de ser compartida por todos los filósofos morales. Si esta visión fuerte del contractualismo se impusiera, el contractualismo y el relativismo moral serían incompatibles. Mi propósito es defender la tesis de que no existe tal incompatibilidad. Para ello es preciso demostrar que el contractualismo no pretende reemplazar al realismo moral para justificar la objetividad y la verdad de los principios o valores morales. Al menos la versión rawlsiana de la teoría de la justicia es un caso paradigmático de relativismo epistemológico y normativo en el campo moral, que entiendo puede ser denominado como contractualismo suave². Su teoría no nos propone ver a los principios de justicia como verdaderos ni entiende que dichos principios sean universalmente válidos.

El relativismo moral puede ser entendido, sin que ello genere fuertes objeciones, como la tesis de que no existe un principio último para

¹ Este trabajo fue leído en las Jornadas de la Asociación de Filosofía Jurídica y Social realizadas en la ciudad de La Falda, Córdoba, en el año 1999.

² En la actualidad Rawls entiende que su concepción es el resultado de un constructivismo político.

EDUARDO BARBAROSCH

apreciar el valor moral de las acciones. Es decir, que no existe un estándar único apropiado para todos los agentes. El relativismo metaético es no cognoscitivista y por ende descreo de que haya alguna posibilidad de concebir la verdad de los juicios morales o de los principios de igual clase. Por otra parte es antirrealista y rechaza la existencia de los denominados hechos morales como cree y acepta el realismo moral. El relativismo moral no impugna la posibilidad de la evaluación moral; por el contrario, como bien sostenía Kelsen, le exige mucho al ser humano: "...le impone al individuo la ardua tarea de decidir por sí solo qué es bueno y qué es malo. Evidentemente, esto supone una responsabilidad muy seria, la mayor que un hombre puede asumir. Cuando los hombres se sienten demasiado débiles para asumirla, la ponen en manos de una autoridad superior: en manos del gobierno o, en última instancia, en manos de Dios. Así evitan tener que elegir. Resulta más cómodo obedecer una orden de un superior que ser moralmente responsable de uno mismo [...] Se rechaza al relativismo y, todavía peor, se interpreta incorrectamente, no porque sea poco exigente moralmente, sino porque lo es demasiado..." En una nota de pie de página Kelsen asevera: "...si consideramos que existe una relación entre la filosofía de los valores y la política, la autocracia del Estado totalitario, o sea el absolutismo político, está relacionada con la creencia en valores absolutos, mientras que la democracia y su principio esencial de tolerancia presuponen un punto de vista relativista..."³

Existe además una tesis muy peculiar del relativismo que se denomina cultural. Este relativismo no se compeadece con la concepción metaética antes expuesta. El relativismo cultural se manifiesta en las concepciones comunitaristas e integristas⁴. Todas ellas, en general, son simultáneamente morales y religiosas. Funcionan en grupos de indi-

³ KELSEN, H., *¿Qué es Justicia?*, Ariel, Barcelona, 1982, ps. 59 y 60.

⁴ La tesis del relativismo moral afirma que los valores difieren en distintas culturas, pero no afirma que ellos deban ser respetados por aquellos que no participan en dichos valores. No erige en valor absoluto al relativismo, lo que sería contradictorio con la posición escéptica de la que se nutre. El relativismo cultural, que propician los comunitaristas, se nutre de ciertas verdades que se consideran el resultado de percepciones objetivas de sus miembros o partícipes. Las instituciones o prácticas son indivisibles de la sociedad. En éstas está objetivado el espíritu de la sociedad. En un sentido hegeliano es el "espíritu objetivo". Cfr. TAYLOR, Charles, *Hegel y la sociedad moderna*, F. C. E., 1983.

viduos cohesionados además por una determinada tradición cultural. Desde el punto de vista de cada uno de sus participantes, los que adhieren a una de ellas, la cosmovisión cultural es comprensiva de la vida toda de cada uno de ellos y encarna una verdad. Toda otra que se le oponga es necesariamente falsa. El relativismo cultural como cosmovisión estructurada en una sociedad exige de los miembros del grupo una adhesión incondicional. Las prácticas y tradiciones no pueden ser sometidas a crítica. No resulta fácil, en la mayoría de los casos, renunciar a esa tradición, desvincularse de ella libremente, dado que el grupo tiene a su disposición medios que llegan hasta la coerción para impedir las desviaciones. La tolerancia con aquellos que no comparten las verdades del grupo es prácticamente nula. Salvo cuando el grupo siendo minoría dentro de una nación no tiene facultades para someter a los rebeldes. La tolerancia, como se advierte, tiene un sentido distinto al expuesto por Kelsen, no se deriva de una metaética relativista o del escepticismo moral. Se acepta con resignación como una forma de *modus vivendi*. Cuando no es posible imponer por la fuerza o la coerción la verdad creída, se convive, aunque con cierto desprecio, con aquellos que no comparten ni respetan la cultura o las tradiciones supuestamente verdaderas.

II. El contractualismo suave. Sus límites

Entiendo por contractualismo suave un método que permite mejorar los argumentos de tipo moral en el procedimiento de elección de principios de justicia intersubjetivos, sin que su resultado pueda ser considerado absolutamente válido o verdadero. El contractualismo de esta clase es compatible con el valor relativo de los principios de justicia. Creo que hay un límite manifiesto en el contractualismo: como procedimiento de elección de principios sus resultados tienden a ser mínimos. Rawls considera factibles ciertos principios de justicia para la estructura básica de la sociedad. Cuando se pretende dar a los principios un alcance mayor, abarcar la vida entera de los individuos, la concepción se torna comprensiva y requiere un valor sustantivo previo del cual partir, e. g., las doctrinas liberales de Kant y Mill.

Un caso claro de contractualismo suave se advierte en la obra de

EDUARDO BARBAROSCH

John Rawls, especialmente en sus últimos trabajos. Rawls rehúsa partir de algún valor sustantivo fuerte, como el de autonomía constitutiva que atribuye a Kant, para fundamentar los principios de justicia. Así como el orden de los valores es para los intuicionistas morales independientemente dado, Kant les opone su idealismo trascendental⁵. Ni el realismo metafísico ni el idealismo trascendental son compatibles con el relativismo moral.

Un segundo aspecto que distingue al liberalismo político de Rawls con el de Kant es que la autonomía para este último tiene un rol regulativo para la vida toda. En este sentido el liberalismo se convierte en una concepción comprensiva, en cambio la justicia como equidad admite y facilita un consenso superpuesto entre doctrinas comprensivas razonables. Esto es compatible con el relativismo moral y la tolerancia que de esta idea deviene.

El contractualismo suave es equivalente al constructivismo político de Rawls. Se supone que es posible en la vida pública acordar ciertos valores mínimos que no sólo permiten un *modus vivendi*, sino que llevan al consenso superpuesto. Es verdad que ciertas doctrinas comprensivas no liberales podrían manifestar su desacuerdo con ciertas libertades de los modernos que se proponen en una democracia constitucional. La libertad de expresión tendría límites, para esas doctrinas entendidas como razonables, en el caso del sexo y la pornografía, o a la no-intromisión en la vida privada. Sin embargo, esto último no es tan claro; el derecho a la privacidad y a la autonomía sobre el propio cuerpo o vida de cada una de las personas es restringido gravemente por las doctrinas comprensivas religiosas razonables como no razonables. El caso del aborto y de la eutanasia son claros ejemplos de la falta de tolerancia de las doctrinas mencionadas. Se pretende imponer las propias preferencias como preferencias externas a aquellos que no piensan igual y que cuentan con fundamentos para discutir los argumentos de las doctrinas comprensivas.

Sin embargo, pareciera que cuando las doctrinas comprensivas son razonables y aceptan el consenso superpuesto están dispuestas a aceptar las libertades básicas, que son hoy un lugar común en los estados de derecho y que emanan de las Constituciones positivas. Estas cuestiones

⁵ RAWLS, J., *El liberalismo político*, Crítica, Barcelona, 1996, p. 130.

que dividen en forma tajante a ciertos grupos dentro de la sociedad son resueltas en última instancia por los tribunales superiores, son sometidas a la jurisdicción y el funcionamiento de la razón pública en los estados más avanzados donde existe una independencia cierta del Poder Judicial. Las cuestiones debatidas son resueltas con independencia del clamor de ciertos grupos, las presiones de las instituciones poderosas de la sociedad, ya sean civiles o religiosas, y el debate público puede influir, pero no es decisivo, en las resoluciones de los tribunales constitucionales.

El contractualismo suave en materia de valores morales es neutral y no hay otra forma de considerarlo, sino como una postura escéptica frente a la objetividad de los valores. El pluralismo es un dato de la realidad pero ese pluralismo tiene un sustento metaético, pues ese pluralismo es visto como irreducible ya que no se puede probar la existencia de valores objetivos y tampoco un conocimiento moral. La verdad moral es una vana ilusión y quienes la sustentan deben advertir que cuando utilizan dicho término, lo emplean de manera persuasiva y no en forma científica u objetiva. Si existiera una doctrina moral, religiosa o filosófica verdadera todas las que discreparan con ella serían necesariamente falsas. Si las teorías científicas son desechadas cuando se comprueba su falsedad, igual resultado les correspondería a las supuestas falsedades morales.

Por ende el contractualismo suave puede proponer, como conjetura para lograr un acuerdo intersubjetivo, ciertos valores públicos para la vida constitucional y democrática de una sociedad y que se refieran a la estructura básica de la sociedad. Las libertades básicas tienen un amplio alcance y sus límites son resueltos en la jurisdicción sobre la base de la razón pública ejercida por los jueces y en particular aquellos que pertenecen a los tribunales que tienen que decidir en una última instancia cuestiones constitucionales. Los proyectos de vida de los ciudadanos, dentro del marco de las libertades, quedan fuera de la agenda pública y el principio de neutralidad es el que debe jugar un rol primordial.

III. Multiculturalismo y relativismo cultural

Si el escepticismo moral es el supuesto del contractualismo suave,

EDUARDO BARBAROSCH

el cognoscitivismo moral o la verdad moral es el supuesto del multiculturalismo o relativismo cultural. El relativismo cultural es un dato de la realidad. El observador externo no se compromete con ninguna cultura; sólo describe que ellas existen y cuáles son sus características. Desde el punto de vista interno el participante entiende que tiene un deber de fidelidad hacia su cultura y tradición y, más aún, cree que las tradiciones son en sí las prácticas correctas. En el plano religioso, considera a su religión como la única verdadera y de ella deriva las verdades morales que deben hacerse extensivas hacia aquellos que no participan de tales convicciones. La crítica y la disidencia en algunas de las culturas étnicas y religiosas son vistas como herejía o apostasía. La idea de libertad individual es rechazada de plano y la libertad de conciencia es aceptada con retaceos sólo para aquellos que no son originarios del grupo cultural. El multiculturalismo que estoy tratando es el étnico y religioso, no incluyo dentro de esta clase aquellos que desean que se les reconozca por sus diferencias y que se les atribuyan iguales derechos que a los ciudadanos comunes. En este caso, aunque a veces se constituyan en grupos, en general requieren, con buenos fundamentos, que los derechos y libertades básicas constitucionales se les apliquen de igual manera aunque sean diferentes.

El relativismo cultural, tal como lo he descripto, no acepta que el fundamento de nuestras acciones se encuentre en nuestros deseos ni aun en la razón. Si los deseos son variados y por lo tanto opuestos, no son en ellos donde podemos encontrar criterios del bien. El bien intrínseco, que no tiene que coincidir necesariamente con los deseos o las concepciones del bien de cada individuo, es el resultado de un orden significativo. Este orden ya puede provenir de Dios o, como en Hegel, del espíritu objetivo. El espíritu objetivo en Hegel no sólo se opone a los deseos sino también a la razón individual. Así Taylor interpretando a Hegel nos señala: “Si la sustancia de la voluntad es el pensamiento o la razón, y si la voluntad sólo es libre cuando no sigue más que a su propio pensamiento, el pensamiento o la razón en cuestión no resulta ser tan sólo del hombre, sino en cambio, del espíritu cósmico que plantea el universo”⁶. Más adelante concluye Taylor en su exégesis de Hegel: “...Así pues, las demandas de la razón son que

⁶ TAYLOR, ob. cit., p. 156.

los hombres vivan en un estado articulado de acuerdo con el Concepto, y que se relacionen con él no sólo como individuos cuyos intereses son servidos por esta maquinaria colectivamente establecida sino, más esencialmente, como participantes en una vida más general. Y esta vida más general merece su lealtad porque es expresión del fundamento mismo de las cosas, el Concepto. En realidad, se ha dado un contenido muy concreto a la libertad...”⁷

Esta versión propuesta por Hegel, de la libertad como contenido concreto, es profundamente comunitaria. La “cultura”, que es lo que defienden muchas versiones del multiculturalismo y del denominado relativismo cultural, comprende una gama de prácticas e instituciones que abarcan no sólo la vida privada, sino también la vida pública. Esta libertad concreta es del grupo, de la sociedad, y no de los individuos. En cierta medida se piensa que los individuos no tienen derechos sino que son portadores de identidades. Ello se manifiesta cuando los grupos étnicos o culturales, en el sentido señalado, exigen como grupo el reconocimiento de derechos de diferenciarse, pero, asimismo, pretender tener facultades para establecer restricciones internas a los miembros que pertenecen al grupo. El hereje, el apóstata, el disidente, el que pretende separarse del grupo merece ser sancionado. No existe la tolerancia interna y sólo se defiende una tolerancia externa hacia el grupo. Los que lo dirigen, defienden el privilegio de no ser tolerantes internamente. La verdadera libertad, se dice, es del grupo y no de aquellos individuos que particularmente lo integran.

El relativismo cultural no cree en la tolerancia nada más que como una forma de *modus vivendi*. Walzer⁸ considera mejor hablar de coexistencia pacífica, que sería un principio moral sustantivo importante. La coexistencia pacífica no difiere del *modus vivendi* y denota que el relativismo cultural no puede confundirse con una concepción que niega la existencia de verdades morales. Walzer sostiene que la idea de que nuestras elecciones no están determinadas por un principio universal y la elección correcta no sea igualmente correcta en otra es una idea relativista. Si por corrección entiende que en cada circunstancia existe objetivamente una solución correcta, y que no existe principio universal

⁷ *Ibidem*.

⁸ WALZER, Michael, *Tratado sobre la tolerancia*, Paidós, Barcelona, 1998.

EDUARDO BARBAROSCH

alguno para alcanzar soluciones correctas, esta forma de relativismo es un relativismo cultural, pues se supone que existen verdades internas a cada cultura. El relativista moral no tiene por qué aceptar esto. No existe ninguna objetividad moral verdadera ni universal ni cultural. Los valores de cada cultura reciben una adhesión interna por parte de los miembros del grupo y no provienen de ninguna fuente externa que fundamente su presunta objetividad. De ahí la diferencia existente entre el relativismo moral como una forma de escepticismo moral y aquella otra doctrina que como relativismo cultural nos propone reconocer la corrección o la verdad de los valores de cada cultura y no interferir con ellos.

Me parece, a esta altura, que no hay otra forma de tolerancia que aquella que es producto de un consenso superpuesto entre doctrinas razonables. Aquellas que pueden acordar para la vida pública ciertos principios básicos de cooperación y convivencia social. Quienes quieren realizar planes de vida son los individuos y como tales debe reconocérseles las libertades básicas como además el derecho a revisar y modificar esos planes. Como los valores son inconmensurables, las libertades individuales son la mejor garantía de la tolerancia o de la no-interferencia de terceros con ellos. Creo que ello es suficiente para que dichas personas conserven su cultura o tradiciones e incluso pienso que el Estado neutral debería ampliar la posibilidad de ejercicio de estas tradiciones, aun cuando se creen excepciones a ciertas normas que tiene la mayoría como nación. La presión a favor de la asimilación es contraria a las libertades individuales, el Estado no debe asumir funciones paternalistas, en este sentido, contrarias a la neutralidad. El relativismo cultural se cierne como un peligro en contra de los individuos cuando se cercenan las libertades de éstos y en particular a la integridad física, sobre la base de supuestas verdades morales de alguna cultura particular. El escepticismo moral o relativismo moral se distingue claramente de esta concepción, pues descreo de toda clase de verdades morales y sólo puede aceptar a lo sumo un acuerdo intersubjetivo de principios de justicia para la estructura básica de la sociedad, como una forma de asegurar la realización de distintos proyectos de vida buena bajo el marco de la tolerancia.

JUSTICIA PLENA: TITULARIDAD Y MERECEIMIENTO

por ARIEL ÁLVAREZ GARDIOL

La Justicia ha sido, desde las más remotas épocas de la humanidad, la respuesta que el hombre ha pretendido darse para el interrogante que plantea la convivencia frente a la necesidad de lograr la más ajustada coordinación posible de las diferentes acciones humanas.

Kelsen, en un párrafo magistral que exhibe un profundo escepticismo cargado de necesidad y de anhelante búsqueda, nos dice que: “desde que el hombre reflexiona sobre sus relaciones recíprocas, desde que la sociedad como tal se ha hecho problema –y este problema es más viejo que cualquier otro objeto de conocimiento, incluso que el denominado Naturaleza– no ha cesado de preocupar la cuestión de un ordenamiento justo de las relaciones humanas. Y a pesar de que esa cuestión ha ocupado como apenas ninguna otra, tanto nuestro pensamiento como nuestro sentimiento y voluntad hasta lo más profundo; a pesar de que se han afanado por ella, las mejores cabezas, los corazones más apasionados, los puños más fuertes; a pesar de que toda la historia, toda la historia de sufrimientos de la humanidad, puede ser interpretada como un intento único, siempre renovado bajo los más horribles y sangrientos sacrificios, por dar respuesta a esa cuestión, permanece hoy para nosotros tan falta de ella, como en el instante que por primera vez relampagueó en un ‘alma humana’, la del primer hombre, este terrible secreto de la *justicia*”¹.

¹ KELSEN, Hans, *El derecho natural y otros ensayos*.

ARIEL ÁLVAREZ GARDIOL

Hay así para Kelsen una justicia humana, relativa, imperfecta, que coincide con el derecho positivo, y eventualmente una justicia absoluta, divina, que es un secreto de la fe.

Sin embargo, al lado de ese desgarrador pirronismo, es necesario admitir que esa búsqueda genérica de toda la historia de la humanidad y particularmente los desvelos de la filosofía moral, han ido haciendo aportes fecundos en esa problemática.

Tal vez la prueba más consistente de ello sean los efectos producidos por uno de los mayores esfuerzos contemporáneos realizados sobre el tema que es ya un clásico en la materia en la obra de John Rawls² y ha sido considerado una aportación a la filosofía moral y política de gran resonancia, provocando fructíferas discusiones y debates no sólo en el plano de la teoría ética sino más precisamente en el terreno de la filosofía jurídica y de la misma teoría económica. Tan ubérrimo ha sido ese aporte que no sólo produjo críticas importantes, que han sido objeto de compilaciones donde se seleccionan las más significativas³, sino que el propio Rawls ha producido un *Reply to critics*, con una respuesta a Lyons y Teitelman en 1972⁴ y a Alexander y Musgrave en 1974⁵, optando luego por una estrategia de respuestas indirectas, mientras procedía a una clarificación de las bases de su teoría en 1978 y elaboraba un franco reajuste de la misma en 1980 en un trabajo aparecido en *The Journal of Philosophy* que importa una revisión conceptual de alguna significación teórica⁶.

Es sin duda sabido que Rawls es profesor de Filosofía en la Universidad de Harvard y son sus fértiles aportes en la teoría desde 1958 los que lo han proyectado como uno de los más importantes maestros en esta temática.

Como lo anuncia desde los primeros trabajos en el tema, cuando analiza la justicia como imparcialidad⁷, Rawls intenta superar la opción que se plantea entre las dos teorías dominantes, que provienen res-

² RAWLS, John, *A theory of Justice*, 1971.

³ Daniel en 1974; Hoffe en 1977; Patzig en 1979; Blocker Smith en 1980.

⁴ *Journal of Philosophy* LXIX, p. 556.

⁵ *The Quarterly Journal of Economic Review* LXIV, p. 633.

⁶ *Kantian constructivism in moral theory*, t. LXXVII, p. 515.

⁷ *Justice as fairness*, en *The Philosophical Review*, LXVII 1958, ps. 164/94.

pectivamente del utilitarismo y del intuicionismo, llevando la teoría tradicional del contrato social a sus máximos niveles de abstracción para formular a partir de ella una explicación sistemática de la justicia que las supere y las mejore.

Lo que nos proponemos en esta comunicación es examinar un aporte de otro maestro de Harvard, que se hace en una línea argumental diferente y en un plano ético distinto. Nos referimos a un libro aparecido en 1987 publicado por Harvard University Press (Cambridge Mass., and London, England)⁸ y cuyo autor es Lloyd Weinreb, professor of Law en Harvard Law School y autor de un trabajo anterior que podría traducirse como *Denegación de Justicia*⁹.

Weinreb, en el capítulo que dedica al examen de este problema, advierte que hay dos nociones que están muy vinculadas la una a la otra y a su vez ambas próximas a la idea de justicia que son el “tener derecho” o “estar facultado” (*entitlement*) y el “merecimiento” (*desert*) que obviamente no son equivalentes y además, en algunos supuestos, pueden entrar en conflicto. La mayoría de las veces, cuando ambas aparecen para ser satisfechas o al menos ninguna es claramente insatisfecha, ambos términos pueden ser utilizados sin problemas, vinculados a los aspectos de una situación que uno desea enfatizar, y ambos pueden ser intercambiamente usados con “justicia”.

La idea de “estar facultado” requiere que pensemos que en la persona a la cual la regla es aplicada, como su destinatario, su exigencia es satisfecha sin mirar nada a su respecto como alguien que, más allá de esa consecuencia, satisfará las condiciones para la aplicación de la regla. Alguien que está facultado para recibir un beneficio no tiene que probar adicionalmente que él trabajó duro para conseguirlo, o que lo necesita realmente, o que lo usará efectivamente. Es suficiente con que esté facultado. Alguien que ha incurrido en una penalidad no compromete la justicia de su imposición probando que él usualmente se porta mejor, o que él se portará mejor en el futuro o que ello perturbará sus bien organizados planes de futuro; sólo es suficiente que la pena

⁸ *Natural Law and Justice*, Harvard University Press, 1978.

⁹ *Denial of Justice; criminal process in the United States*, Free Press, New York, 1977.

ARIEL ÁLVAREZ GARDIOL

le sea prescripta e imputada. Además, no obstante que el reclamo de justicia penda de una regla, una vez que ha sido determinado que la regla es aplicable, las razones subyacentes de la norma y su relevancia o irrelevancia a un caso particular, son de ninguna importancia. Desde ese escorzo, si pensamos en justicia como en “estar facultado” la conexión entre la ley y la justicia, se exhibe fuertemente, y desde este punto de vista afirmar que la ley aspira a hacer justicia es correcto. El meollo de la justicia como el “estar facultado” describe a la ley como lo mejor.

La concepción de la justicia que pueda ser opuesta a este concepto que terminamos de analizar de justicia como “estar facultado” o “tener derecho” (*entitlement*) es cuando hablamos de ella como “merecimiento o retribución” (*desert*). En ese terreno, alguien puede resistirse a aplicar una regla, sin cuestionarse que ésa sea la regla aplicable o que las condiciones para su aplicación estén dadas. Él puede simplemente afirmar que la aplicación devendría injusta y si fuera exigido de una explicación ulterior, sería como decir que la persona afectada por la decisión no sería razonablemente merecedora de las consecuencias (beneficiosas o dañosas) de su aplicación. La operatoria de la regla podría ser totalmente instrumental hacia los objetivos de aquellos que la formularon (legislador) y son responsables de su aplicación (jueces). En tal caso, la objeción a su aplicación, sobre la base de un criterio retributivo de merecimiento, no puede ser opuesta a un reclamo de “tener derecho” o “estar facultado” (*entitlement*).

Si nos ubicamos en el plano del “estar facultado”, el aplicador debe preferir primero a una norma y después, eventualmente, a las circunstancias que la hacen aplicable. Por el contrario, una típica aplicación a los criterios de merecimiento (*desert*) comienza con una información respecto de la persona que es acreedora a ello. La adscripción de responsabilidad conduce a una conclusión de retribución. Sin embargo, es posible desafiar la conclusión cuestionando la adscripción de responsabilidad, tanto aceptando la descripción de los hechos en todos los otros respectos y aun aceptando los principios normativos que la atribuyen.

Ese desafío incluye lo que llamamos excusas. A veces una excusa llega al límite de negar que nuestra mala conducta produjo el evento.

Sugiere que miremos hacia otro lado de la situación por la causa significativa y miremos a la persona involucrada sólo como un nexo físico entre la causa y el efecto. Alguien en un ómnibus que choca, empuja a una persona y puede explicar: “fui empujado” o “el ómnibus frenó abruptamente”. Otras excusas que reconocen la intención del autor pero niegan su responsabilidad cuando afirman: “es sólo un niño” o “estaba en estado delirante” o “es un adicto”. Se puede admitir que esa conducta fue intencional y que es responsable por ello en general, pero negando responsabilidad en el particular sentido de que lo hace ser violador de un principio normativo. Las excusas pueden aproximar una negativa de que la conducta violara un principio normativo. Sin embargo, el alcance sugiere que la responsabilidad cae en algún sentido entre las premisas descriptivas y normativas, pero no pueden ni negar los hechos ni el principio normativo del que depende la atribución.

El autor comentado analiza esta problemática del merecimiento, básicamente en el plano moral. No obstante que ése es probablemente el uso paradigmático del concepto, hay muchas situaciones familiares en las que nos referimos a una persona como “merecedora de algo” sin calificación concreta a un juicio moral. Una persona puede, sin ser indeseable, no ser acreedor de un particular merecimiento. Podemos también pensar en una persona que fracase en el logro de un nivel de indeseabilidad en sentido fuerte, que no es lo mismo que merecer una pena. Retacearle una propina al mozo que trae un pedido equivocado no juzga sobre la moralidad de su acción.

La responsabilidad es el correlato de la libertad. Uno no es responsable por conductas que no están determinadas por uno mismo y consecuentemente no pueden serle atribuidas consecuencias por ello. Aún más, obviamente uno no es responsable por circunstancias que están más allá de su control, en tanto esas circunstancias no sean el producto de su libertad. Pero, en esa hipótesis, salvo que las circunstancias en las cuales una persona actúa estén preparadas con arreglo a sus merecimientos, ellas serán siempre arbitrarias desde un punto de vista moral; y salvo que esas circunstancias merecidas determinen totalmente su acción, con la exclusión de cualquier determinación, de inmerecidas circunstancias o cualquier indeterminación, una atribución

ARIEL ÁLVAREZ GARDIOL

de merecimiento conforme a como él ejerció su libertad es también moralmente arbitraria. Si la libertad requiere merecimiento, pareciera reclamar que el ejercicio de la libertad en sí mismo sea determinado conforme al merecimiento. Pero si el merecimiento requiere libertad, esto es tautológico o contradictorio. El merecimiento no puede depender de la libertad y al mismo tiempo la libertad depender del merecimiento.

El dilema que confrontamos no es que algunos aspectos de nuestra vida parecen no estar conforme a nuestros merecimientos. Más bien, si el merecimiento es una implicación de responsabilidad y la responsabilidad es una implicación de libertad, entonces ningún aspecto de nuestra vida puede satisfacer las exigencias del merecimiento. Salvo que rechazemos la idea de un orden social totalmente determinado de conformidad con el merecimiento, entonces no habrá libertad. Salvo que el orden social esté totalmente determinado de conformidad con el merecimiento, no existe la libertad. De cualquiera de las dos formas no hay merecimiento.

Supongamos el caso de un joven procesado por robo y que fuera detenido en flagrante delito asaltando a alguien por tercera vez. Se le ha probado el delito y es traído ante el Juez para que éste pronuncie la sentencia. El reo pide permiso para hablar y expone ante el Juez que él nació con una indudable discapacidad. Nació físicamente débil, intelectualmente limitado y poco agraciado. Él fue durante su niñez gravemente desnutrido; ninguno de sus progenitores, que fueron criminales en su juventud, tomaron el menor interés por su bienestar. No tuvo educación adecuada ni normas éticas, morales o siquiera de buen comportamiento le fueron inducidas en el vecindario. Él nunca pidió nada de eso, pero tampoco le fue ofrecido ni se le dio la más mínima elección al respecto. Desde ningún punto de vista puede aceptarse que él merecía esas circunstancias. El Juez, no obstante, señaló que muchas otras personas han tenido en la vida circunstancias gravemente desfavorables y no por ello se hicieron criminales. El joven procesado respondió que, contrariamente a ello, muchas otras sí lo han hecho, mucho más que aquellas otras que han crecido en un ámbito de bienestar y felicidad, aun cuando de estos ámbitos han salido criminales. Es entonces absolutamente irracional hablar ahora de sus merecimientos (la

pena que le será infligida) cuando todo el desafortunado curso de su historia fue absolutamente inmerecido.

La respuesta utilitaria prescinde de toda argumentación circunstancial que se aleje de la necesidad de actuar conforme a los requerimientos de los merecimientos. Así, el joven criminal merece ser castigado por haber cometido un delito. Pero ¿por eso vamos a creer que él merece haber nacido incapaz, feo y un poco estúpido, haber tenido padres que se hayan preocupado tan poco por él y haber sido criado en un barrio marginal? Todas estas circunstancias fueron sin dudas parte de su vida, desde que nació. ¿Cuándo, cómo y por qué mereció él todas estas circunstancias? ¿Qué decir de las diferencias entre nosotros los seres humanos, que favorecen a unos y dificultan el camino de otros? Si el merecimiento individual depende de un orden de antecedentes generales de merecimiento, ¿hay realmente una alternativa para la consideración utilitaria?

La Justicia completa –según el punto de vista que estamos examinando– satisface las dos ideas que hemos expuesto como estar facultado o ser titular (*entitlement*) y merecerlo (*desert*). Si el título de una persona es merecido o si su merecimiento es reconocido como su título, el reclamo de justicia es como el uso ordinario y fuerte y permite utilizar ambos términos intercambiados, conforme a cuál de los aspectos queremos enfatizar. No obstante, algunas veces, titularidad y merecimiento chocan inevitablemente. Una persona puede tener título a algo que no merece, como en el caso del heredero aparente, o puede merecer algo para lo que no tiene título, como el fiel servidor que atiende larga y fielmente al moribundo testador y no es mencionado por éste en el testamento¹⁰.

En estos casos, tenemos que decidir, de alguna manera, a cuál pre-

¹⁰ La cita nos recuerda –no sé si deliberada o indeliberadamente– al caso examinado por Luis Recaséns Siches en *Nueva filosofía de la interpretación del derecho* (Fondo de Cultura Económica de México, 1956, ps. 256 y ss.), expuesto por Fred L. Gross en *What is the verdict?*, New York, 1944, ps. 115/161, que llegó en apelación hasta la Corte Suprema del Estado de Nueva York y en el cual se desestimaron los reclamos de Ida White contra la familia Moore en un caso que contiene los hechos relevantes fundamentales del aquí referido y que es tal vez uno de los radicales más poderosos de la elaboración de Recaséns de su teoría del “logos de lo razonable”.

ARIEL ÁLVAREZ GARDIOL

ferimos. Si el título prevalece debemos desestimar contrarias consideraciones al merecimiento, con la observación de que la ley es clara y precisa. En los casos excepcionales en que está pormenorizadamente explicitado que el merecimiento debe prevalecer sobre la titularidad, el primero es como si estuviera referido a una “ley superior”, a una suerte de pequeño reconocimiento de titularidad después de todo.

Ser titular y merecerlo pueden diferir, porque el primero depende enteramente de la aplicación de una regla y se desentiende de toda consideración que está fuera de ella, mientras que el merecimiento atiende exclusivamente al ejercicio de la responsabilidad individual. No obstante, la regla puede funcionar y ser aplicada conforme al merecimiento, y las circunstancias pueden no funcionar como nosotros supusimos que funcionarían.

Aun cuando la sustancia de una titularidad pareciera adecuada con el merecimiento, la primera tiene típicamente una especificidad que le falta a la última. Una titularidad indefinida reclama más articulaciones de la regla de la cual ella depende. El merecimiento no es puesto como prueba de especificidad y aun la resiste. Si existe un conflicto entre titularidad y merecimiento, estamos tentados a resolverlo, anotando en el primero lo limitado al rango de la aplicación de la regla bajo el cual se alza. La idea de una ley injusta es familiar. Algunas veces atribuimos la injusticia simplemente a un error, imputable a nuestra incapacidad de prever todas las circunstancias que eran reclamadas por la aplicación de la ley. En esos casos somos capaces de corregir el error, por lo menos después del hecho, a la vista de lo que hemos aprendido. O podemos reconocer que el título otorgado por la ley no es merecido, pero defenderlo, no obstante, sobre la base de que la ley ha tenido otro propósito válido y no está vinculada para nada a la justicia. Prever que una titularidad no dañe a una persona en contra de su merecimiento no es injusto. De una u otra forma, éste es el corazón de la justificación utilitaria de la ley que se expresa en los debates como la “política del público”. O podemos concluir que la ley es central y finalmente inconsistente con los merecimientos de aquellos a quienes afecta, como cuando paradigmáticamente nos preguntamos si una ley no es demasiado inocua para ser obedecida.

La familiaridad de estos ejemplos favorece el punto de vista de

que la justicia, plenamente considerada, es merecimiento y titularidad. Es una formal y de alguna manera sospechosa aproximación a la realidad de las cosas. Desde ese enfoque, una titularidad puede ser justa o injusta; sólo hay justos merecimientos, pero el merecimiento sin título es una inadecuada concepción de la justicia. Si rechazamos una titularidad como inconsistente con el merecimiento no podemos, en ese caso, afirmar la justicia sólo como merecimiento, desgajándola del título. En tal caso, deberíamos afirmar la justicia como merecimiento que se base en otra regla.

Desde una perspectiva de justicia plena, una declaración no calificada de que alguien tiene título para ganar una recompensa excluye la posibilidad de que otro la merezca; porque si algún otro la merece, la regla de la que depende el título de una persona no sería válida. Del mismo modo una declaración de que alguien merece una recompensa, excluyendo la posibilidad de que una regla dé título a otro para ello, porque si hubiese esa regla, la persona anterior no podría ni debería estar calificada para ello. La titularidad tiene la misma relación con el merecimiento que los acontecimientos naturales, que pueden ser, pero no necesariamente, conformes a los merecimientos. Las reglas que crean titularidades intervienen en el curso de los acontecimientos, como si ellos se produjeran sin las reglas. Ellas son un subtítulo y desplazan las leyes de la naturaleza. Nosotros podemos no advertir esas similitudes, porque las reglas y los títulos que ellas prescriben son deliberadamente adaptados para un fin y tienen efecto en y a través del comportamiento humano, mientras que las leyes naturales sólo describen los modelos de los acontecimientos naturales (incluyendo el comportamiento humano).

La justicia, no obstante, es inalcanzable; no sólo porque los seres humanos somos débiles, sino porque la idea en sí misma es antinómica.

Un orden moral natural, en el que cada uno consiga lo que se merece, excluye la posibilidad de significativas acciones determinadas por uno mismo y, consecuentemente, elimina la posibilidad misma del merecimiento. Si todos los seres, siempre y en todas partes tuvieran lo que es justo, no habría espacio para el ejercicio de la libertad, que se convertiría así en una carta salvajemente perturbadora. En los únicos

ARIEL ÁLVAREZ GARDIOL

términos en que podríamos describir ese inevitable y perfectamente ordenado curso de lo natural, ello desplazaría totalmente a la libertad. La Justicia es, en esta tesis, merecimiento con arreglo a la libertad, pero ello es así en tanto la libertad esté de acuerdo al merecimiento, que es lo que el autor comentado entiende en una comunidad humana como titularidad. El merecimiento debe ser encauzado entre la fundamental oposición entre la libertad y el determinismo causal.

COGNITIVISMO DÉBIL, PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN, INJUSTICIA Y PRINCIPIOS EN EL RAZONAMIENTO JUDICIAL. UNA VISIÓN CRÍTICA

por JUAN CIANCIARDO¹

Introducción

La Filosofía del Derecho de la segunda mitad de siglo ha estado marcada por un progresivo refinamiento de las teorías jurídicas positivistas e iusnaturalistas. De un lado, la crítica al positivismo normativo ha producido, entre otras cosas, que autores como H. Hart, N. Bobbio o N. Hoerster propusieran un depuramiento de las tesis positivistas. Otro tanto ha ocurrido con las tesis iusnaturalistas, al menos en el pensamiento jurídico de autores como M. Villey, J. Finnis o S. Cotta. No obstante lo anterior, el diálogo entre iusnaturalistas y positivistas es muchas veces un diálogo de sordos. Esto tiene que ver, quizá, con una falta de rigor a la hora de estudiar tradiciones de pensamiento distintas de la propia. Por ello, a pesar de los intentos de clarificación, en no pocas ocasiones no se sabe bien de qué se habla cuando se alude a esta polémica ya multiseccular. Una prueba de ello es que Carlos Nino, por ejemplo, ha sido atacado, a la vez, como iusnaturalista por positivistas y como positivista por iusnaturalistas².

¹ Profesor de Filosofía del Derecho, Universidad Austral, Buenos Aires. Agradezco las sugerencias y observaciones que realizó el Prof. Santiago Legarre, también de la Universidad Austral, sobre el primer borrador de este trabajo.

² Cfr. las discusiones generadas en Argentina a raíz de NINO, C. S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona, 1989. Una muestra de esta polémica en: BULYGIN, E., *Sobre el "status" ontológico de los derechos humanos*, en *Doxa* 4 (1987), y, desde otra perspectiva, que aquí se comparte, SERNA, P., *En defensa de C. S. Nino. Algunas reflexiones*, en *Persona y Derecho* XXIII (1990). Han suscitado polémicas parecidas autores como Dworkin o, más reciente-

JUAN CIANCIARDO

Ahora bien, la crítica del positivismo a la que se ha aludido no ha procedido exclusivamente del iusnaturalismo. Un grupo de autores que han sido agrupados en una línea de pensamiento a la que se ha denominado genéricamente “no-positivismo principialista” o “transpositivista” ha procurado poner de relieve las insuficiencias del positivismo a la hora de dar cuenta de los aspectos dinámicos del fenómeno jurídico, donde el recurso a valoraciones metapositivas parece inevitable, e incluso saludable³. Estos autores tienen en común, entre otras cosas, lo siguiente: a nivel epistemológico, la defensa de un cognitivismo moderado; desde el punto de vista normativo, una teoría distintiva “fuerte” entre principios y reglas; y, desde la perspectiva de la decisión, un acento en la jurisdicción constitucional como paradigma de la argumentación y el razonamiento jurídico.

Existe cada vez más consenso acerca de la importancia de los trabajos de R. Alexy tanto en el campo de la teoría de la argumentación como en el de la teoría de los derechos fundamentales⁴. Esta circunstancia torna oportuna una aproximación hacia su concepto de Derecho, prescindiendo en alguna medida del análisis de otros objetos específicos de investigación del profesor alemán. Como se verá, se trata de un pensamiento riguroso, que no suele eludir las cuestiones

mente, Zagrebelsky. Cfr. DWORKIN, R., *Taking rights seriously*, Duckworth, London, 1978, ed. en castellano: *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, 2ª reimp., Ariel, Barcelona, 1995, pássim; del mismo autor, *Natural Law revisited*, en *University of Florida Law Review* 34 (1982), p. 165 *et seq.*, y ZAGREBELSKY, G., *Il Diritto mitte. Logge diritti giustizia*, Giulio Einaudi editore, Torino, S. p. a., 1992, ed. en castellano: *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, 2ª ed., Trotta, Madrid, 1997, pássim.

³ Cfr. los trabajos de Dworkin y Zagrebelsky citados en la nota anterior, y los de Alexy citados en la nota siguiente.

⁴ Respecto de la teoría de la argumentación, cfr. ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989. Con relación a los derechos fundamentales, cfr. ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, 2ª ed., Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1994, ed. en castellano: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, 1ª reimp., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997. Una visión panorámica de este importante trabajo en las recensiones de GOERLICH, H., *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie* Bd. LXV/1, 1979, ps. 136-137, y de CIANCIARDO, J., *Anuario de Derecho de la Universidad Austral* (Buenos Aires) 4, 1998, ps. 303-311.

importantes, y en el que se manifiesta una agudeza y una capacidad para las distinciones muy poco comunes.

El objeto del presente trabajo es, entonces, la crítica de R. Alexy al positivismo jurídico y su propuesta de definición del Derecho, reflejo de esa crítica.

La estructura del artículo será la siguiente: en primer lugar se expondrán las líneas principales del pensamiento alexyano (epígrafes 1 y 2), para pasar, en segundo lugar, a una valoración de dicho pensamiento. Dicha crítica estará dividida en dos partes. En primer lugar se llevará a cabo una serie de consideraciones de índole conceptual (epígrafe 3). En segundo lugar, se ensayará una crítica de la propuesta alexyana desde la dinámica jurídica, atendiendo a la conocida distinción entre principios y reglas, y al principio de razonabilidad (epígrafe 4).

Sobre la importancia de los trabajos de R. Alexy, cfr., por ej., GARCÍA FIGUEROA, A., *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, ps. 327-409; ATIENZA y ESPEJO, *Nota de los traductores*, en *Teoría de la argumentación jurídica* cit., ps. 15-16; PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, ps. pássim; GAVARA DE CARA, J. C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, ps. 110-117 y pássim; MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, ps. 64-65; MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, ps. 20, 21, 22, 24, 55, entre otras; VILLAR BORDA, L., *Introducción*, en ALEXY, R., *Teoría del discurso y derechos humanos*, trad. e introducción de L. Villar Borda, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, ps. 9-34, esp. ps. 9-10; GALINDO, F., *Actividades frente a normas*, en *Anuario de Filosofía del Derecho* XII, 1995, ps. 735-741, y la respuesta del propio Alexy a esta crítica de su trabajo *El concepto y la validez del Derecho*, en *Respuesta a Fernando Galindo*, en *Anuario de Filosofía del Derecho* XII, 1995, p. 743. En este último libro de Alexy se recogen tres trabajos suyos, de los cuales el principal es *Begriff und Geltung des Rechts*, Karl Alber, Friburgo-Munich, 1992, en el que se expone el concepto de Derecho alexyano. Una crítica de este trabajo, distinta de la que se hará aquí, en AMATO MANGIAMELLI, A. C., *Variazioni positivistiche e guisnaturalistiche sulla dialettica fra diritto e morale. Osservazioni in margine a "Begriff und Geltung des Rechts" di Robert Alexy*, en *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto* LXXI (1994), ps. 3-35.

JUAN CIANCIARDO

1. El positivismo y la distinción entre Derecho y moral: una descripción de las posiciones positivistas

Como es sabido, no existe consenso sobre qué es el positivismo. Se han llevado a cabo numerosos intentos de sistematización, la mayoría de los cuales ha apuntado a enunciar un conjunto de tesis que serían sostenidas por los autores positivistas. El número de tesis es variable según el autor de que se trate. E incluso existen variaciones dentro de la obra de un mismo autor, dependiendo de la época que se considere. No obstante, la lectura de los trabajos de N. Bobbio⁵, N. Hoerster⁶, H. Hart⁷, C. S. Nino⁸, entre otros⁹, permite concluir que existe un cierto consenso acerca de algo: la tesis positivista “nuclear” es la que postula una separación entre Derecho y moral¹⁰.

⁵ Cfr., BOBBIO, N., *El problema del positivismo jurídico*, 5ª ed., trad. de E. Garzón Valdés, Fontamara, México, 1997, ps. 59-64; y, del mismo autor, *El positivismo jurídico. Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Morra*, trad. de R. de Asís y A. Greppi, Debate, Madrid, 1993, ps. 237-241.

⁶ Cfr. HOERSTER, N., *En defensa del positivismo jurídico*, trad. de J. M. Seña, revisión de E. Garzón Valdés y R. Zimmerling, Gedisa, Barcelona, 1992, ps. 11-17.

⁷ Cfr. HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, trad. de G. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, ps. 229-231; y, del mismo autor, *Positivism and the separation of Law and morals*, en DWORKIN, R. (ed.), *The Philosophy of Law*, O. U. P., Oxford, 1988, ps. 17-37.

⁸ Cfr., vgr., NINO, C. S., *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, ps. 17 *et seq.*

⁹ Cfr., por ej., PRIETO SANCHÍS, L., *El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de “El Derecho dúctil” de Gustavo Zagrebelsky)*, en *Anuario de Filosofía del Derecho XIII* (1996), ps. 125-158. Según un discípulo de este autor, “[e]l positivismo jurídico es fundamentalmente una actitud para el conocimiento, un método que intenta garantizar la neutralidad y el rigor en el estudio del Derecho” (GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico...* cit., p. 405).

¹⁰ Nino sostiene que “[l]a discusión sobre si existe o no un vínculo *conceptual* entre Derecho y moral –que tiene que ver principalmente con la definición de la noción de Derecho– constituye, aparentemente, el núcleo central de la vieja controversia entre iusnaturalistas y positivistas jurídicos” (p. 17). Aquí, siguiendo a Alexy, se prefiere centrar la discusión en la existencia o inexistencia de una separación entre Derecho y moral, independientemente de que la posible vinculación sea conceptual o normativa. Cfr. *infra*, el epígrafe 2.1.

Alexy la formula del siguiente modo:

La tesis de la separación presupone que no existe ninguna conexión conceptual necesaria entre Derecho y moral, entre aquello que ordena el Derecho y aquello que exige la moral o entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser¹¹.

Según Alexy, esto último determina que el concepto positivista de Derecho posea sólo dos elementos definitorios: el de la legalidad conforme al ordenamiento y el de la eficacia social. Las variantes del positivismo resultarían del peso diverso que se le conceda a uno de los dos elementos. Como contrapartida, la corrección del contenido del Derecho no juega ningún papel en su definición¹². Como consecuencia de lo anterior, cabe clasificar los conceptos positivistas de Derecho según que se orienten primariamente a la instauración normativa o a la eficacia.

Los conceptos de Derecho positivistas orientados a la eficacia se distinguen entre sí según que apunten al aspecto externo o al aspecto interno de una norma o un sistema normativo¹³. “El aspecto externo de una norma consiste en la regularidad de su cumplimiento y/o de la sanción de su incumplimiento”¹⁴. Un ejemplo de este tipo de definiciones del Derecho, proporcionado por el propio Alexy, es la de Max Weber:

Un orden significará [...] *Derecho* cuando está garantizado externamente por la probabilidad de la coacción (física o psíquica) a través de un *propio equipo* de personas dedicadas a tal fin mediante la imposición de su observancia o el castigo del comportamiento dirigido a su violación¹⁵.

El aspecto interno de una norma, por su parte, consiste en la mo-

¹¹ ALEXY, R., *El concepto y la validez del Derecho*, trad. de J. M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 13.

¹² Cfr. *ibíd.*, ps. 13-14 y 21.

¹³ Cfr. *ibíd.*, p. 22.

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ WEBER, M., *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5ª ed., Tubinga, 1921, p. 17; cit. por ALEXY, *El concepto...* cit., p. 22. El énfasis se encuentra en el original.

JUAN CIANCIARDO

tivación para su cumplimiento y/o aplicación. Un ejemplo de definición de Derecho que se orienta a ello es la Ernst Bierling:

Derecho en sentido jurídico es, en general, aquello que las personas que conviven en alguna comunidad reconocen recíprocamente como norma y regla de esta convivencia¹⁶.

Si los conceptos de Derecho positivistas orientados primariamente a la eficacia se encuentran sobre todo en el ámbito de las teorías sociológicas, los que se orientan a la instauración normativa se hallan, sobre todo, en el de la teoría analítica. Un ejemplo de este tipo de definición es la de John Austin: “El Derecho o regla es un [...] mandato”¹⁷.

El mandato u orden es definido por el hecho de estar garantizado por una sanción¹⁸. Y no todo mandato es Derecho sino sólo aquel que emana de una instancia políticamente superior¹⁹. “Resumiendo, puede decirse que Austin define al Derecho como la totalidad de las órdenes de un soberano respaldadas por sanciones”²⁰.

Sostiene Alexy que los representantes más importantes del positivismo orientado a la instauración normativa durante el presente siglo han sido Kelsen y Hart²¹.

Tras esta exposición, corresponde detenerse en la crítica alexyana al positivismo.

2. Crítica del positivismo y noción de Derecho

2.1. Tipos de argumentos positivistas

La descripción anterior le permite a Alexy concluir que existen

¹⁶ BIERLING, E. R., *Juristische Prinzipienlehre*, Friburgo de Brisgovia/Leipzig, t. 1, p. 19; cit. por ALEXY, *El concepto...* cit., p. 23.

¹⁷ AUSTIN, J., *Lectures on jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, 5ª ed., Londres, 1885, p. 88, cit. por ALEXY, *El concepto...* cit., p. 24.

¹⁸ Cfr. *El concepto...* cit., p. 89.

¹⁹ Cfr. *ibíd.*, p. 86.

²⁰ ALEXY, *El concepto...* cit., p. 25.

²¹ Cfr. *ibíd.*, ps. 25-26. En efecto, Kelsen define el Derecho como “orden normativo coactivo” cuya validez se basa en una norma fundamental presupuesta. En esta definición, no obstante, juega un importante papel la eficacia, como se puede observar sobre todo a partir de la lectura de la segunda edición de la *Teoría pura*. Hart, por su parte, entiende que el Derecho es un sistema de reglas identificable mediante la *rule of recognition*.

posiciones iuspositivistas muy variadas. “Común a todas ellas es sólo la tesis de la separación entre Derecho y moral”²². Su conclusión es, pues, la expuesta al comienzo del epígrafe precedente: he aquí el núcleo del positivismo. Resulta necesario indagar, entonces, la plausibilidad de esta tesis. Habrá que tener permanentemente en cuenta la tesis de la vinculación, que es la contrapartida y, como tal, puede resultar iluminadora. Ambas tesis son el resultado de argumentaciones presupuestas en el enunciado, aunque no reveladas por él. Dichas argumentaciones son, según Alexy, de dos tipos: analíticas y normativas²³.

El argumento positivista de tipo analítico es el que sostiene que no hay conexiones conceptuales necesarias entre Derecho y moral. Según Alexy, el no positivista es libre en este nivel de argumentación, puesto que tanto puede sostener una conexión conceptual necesaria como renunciar a ella. En este supuesto, debería argumentar su posición en el nivel normativo²⁴.

El argumento positivista de tipo normativo es el que afirma que la no inclusión de elementos morales en el concepto de Derecho es necesaria para alcanzar un determinado objetivo o cumplir con una determinada norma. Por ejemplo, la claridad lingüístico-conceptual o la seguridad jurídica²⁵.

A contrario sensu, el argumento no positivista de tipo analítico es el que sostiene que existe una conexión conceptual entre Derecho y moral, y el argumento de tipo normativo es el que sostiene que la

²² *Ibid.*, p. 26.

²³ Cfr. *ibid.*, p. 27. En otro lugar, Alexy agrega que en favor de una y otra tesis pueden argüirse también argumentos empíricos, pero que son los analíticos y normativos los que se encuentran legítimamente en el centro de la discusión acerca del positivismo jurídico: “[l]os argumentos empíricos pueden ser tanto aquellos que se basan en la descripción de cierto uso del lenguaje o práctica como aquellos que se refieren a necesidades fácticas. Los argumentos de este tipo sólo pueden mostrar que la relación entre Derecho y moral es necesaria para cierto uso del lenguaje o para cierta práctica, pero no que es necesaria en general” (ALEXY, R., *On necessary relations between Law and moral*, en *Ratio Iuris* 2, Nº 2, 1989, ps. 167-183. Se cita de la versión española: *Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la moral*, trad. de P. Larrañaga, en, del mismo autor, *Derecho y razón práctica*, ed. cuidada por W. Orozco, 2ª ed., Fontamara, México, 1998, ps. 35-56, p. 36).

²⁴ Cfr. ALEXY, *El concepto...* cit., p. 28.

²⁵ Cfr. *ibidem*.

JUAN CIANCIARDO

inclusión de elementos morales en el concepto de Derecho es necesaria para alcanzar algunos objetivos, que en general se identifican con la solución de los problemas que plantea la injusticia legal²⁶.

Alexy critica al positivismo en los dos niveles de argumentación. Se propone mostrar lo siguiente: “primero, existe una conexión conceptualmente necesaria entre Derecho y moral, y segundo, hay razones normativas que hablan en favor de una inclusión de elementos morales en el concepto de Derecho que, en parte, refuerzan la conexión conceptualmente necesaria y, en parte, van más allá de ella. Dicho brevemente: existen conexiones conceptual y normativamente necesarias entre Derecho y moral”²⁷. Estas últimas afirmaciones son el núcleo de lo que sigue.

2.2. *El marco conceptual de la propuesta alexyana*

La crítica alexyana de la tesis de la separación se lleva a cabo dentro de un marco conceptual constituido por cinco distinciones:

- a) La distinción entre conceptos de Derecho libres de validez y no libres de validez, según que se incluya o no el concepto de validez en el concepto de Derecho. Alexy propone que para el análisis del positivismo se utilice un concepto de Derecho que incluya el de validez²⁸. “De esta manera se evita una trivialización del problema que consistiría en definir primero el Derecho, sin hacer referencia a la dimensión de la validez, como una clase de normas para el comportamiento externo, y luego decir que no puede haber ninguna relación conceptualmente necesaria entre Derecho y moral porque es posible concebir normas para

²⁶ Cfr. *ibídem*.

²⁷ *Ibíd.*, p. 29.

²⁸ Esto marca una diferencia respecto de su tratamiento del concepto de norma de derecho fundamental, llevado a cabo en el marco de su teoría de los derechos fundamentales. Cfr. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* cit., ps. 48-59. En efecto, Alexy propone en este libro un modelo semántico de norma, que deje de lado la cuestión de la validez o, dicho con sus propias palabras, que sea conciliable con todas las teorías de la validez. He examinado las dificultades de esta decisión de Alexy en el contexto de su teoría de los derechos fundamentales en: CIANCIARDO, J., *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Eunsa, Pamplona, 2000, ps. 199-207 y 242-248.

el comportamiento externo que tengan cualquier contenido”²⁹. Incorporar el concepto de validez en el de Derecho significa “incluir en este concepto el contexto institucional de promulgación, aplicación e imposición del Derecho”³⁰.

- b) La distinción entre sistemas jurídicos como sistemas de normas y como sistemas de procedimientos, según que la referencia sea al costado externo o interno del sistema jurídico³¹.
- c) La distinción entre la perspectiva del participante y la del observador. Adopta la primera perspectiva “quien en un sistema jurídico participa de una argumentación acerca de lo que en este sistema jurídico está ordenado, prohibido y permitido o autorizado”³². Es la perspectiva del juez. Adopta la segunda perspectiva “quien no pregunta cuál es la decisión correcta en un determinado sistema jurídico sino cómo se decide de hecho en un determinado sistema jurídico”³³.
- d) La distinción de conexión clasificante o cualificante entre Derecho y moral, según que se sostenga que las normas o los sistemas de normas que no satisfacen un determinado criterio moral no son normas o sistemas jurídicos, o que, en cambio, se sostenga que son jurídicos pero deficientes³⁴.
- e) La distinción entre contexto conceptualmente necesario y normativamente necesario, ya vista³⁵.

Las cinco distinciones son combinables. Pueden llevarse a cabo 32 combinaciones de las características contenidas en ellas. Cada combinación puede ser utilizada para sostener que existe una conexión necesaria o que no existe. Surgen así 64 tesis diferentes. Por otra parte, resulta posible encontrar otras distinciones distintas de las cinco enumeradas, lo que aumentaría aún más la variedad de tesis. Esta constatación conduce a Alexy a concluir que la polémica acerca de las

²⁹ ALEXY, *El concepto...* cit., p. 30.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Cfr. *ibíd.*, p. 31.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Las razones de la insatisfacción del criterio moral pueden ser tanto conceptuales como normativas. Cfr. *ibíd.*, p. 32.

³⁵ Cfr., *ibíd.*, ps. 31-32.

JUAN CIANCIARDO

vinculaciones entre Derecho y moral ha resultado estéril probablemente porque “sus participantes no reconocen que la tesis que ellos defienden es de un tipo totalmente distinto de la tesis que atacan, es decir, que mantienen diálogos paralelos”³⁶. Se trata de una conclusión tan repetida como certera³⁷. Se hace necesario, desde este punto de vista, comenzar por poner en claro los términos de la discusión.

2.3. Selección de enfoques

La aproximación alexyana al problema se lleva a cabo reduciendo el campo de las tesis posibles de dos modos distintos. En primer lugar, Alexy incluye en el concepto de Derecho el de validez, como se ha visto. En segundo lugar, parte en el análisis de cada una de las distinciones desde una de ellas: la que tiene lugar entre el participante y el observador³⁸. Por tanto, “la cuestión consiste en saber si la tesis de la separación o la tesis de la vinculación es correcta desde la perspectiva del observador o desde la perspectiva del participante”³⁹.

Sin embargo, según se verá, atribuirá mayor peso al análisis que tiene lugar desde la perspectiva del participante. Esta opción –que se lleva a cabo sin dar mayores explicaciones– es el blanco de una de las críticas más frecuentes que se han hecho al pensamiento alexyano desde el positivismo.

El análisis de Alexy debe mucho al argumento de la injusticia. Se trata de una tesis en favor de una conexión clasificante entre Derecho y moral, según la cual el traspaso de un determinado umbral de injusticia resta juridicidad a las normas de un sistema normativo e incluso al sistema mismo⁴⁰. La pregunta por la sostenibilidad del positivismo

³⁶ *Ibíd.*, p. 33.

³⁷ Ha señalado al respecto Nino: “[e]stoy convencido de que la subsistencia de la controversia entre positivistas jurídicos e iusnaturalistas a través del tiempo se debe a las confusiones que contaminan esta polémica y que impiden percibir con claridad qué tesis defienden los contrincantes. En realidad, debo ser más drástico, ya que me parece que muchos participantes en esta polémica no tienen mucha claridad sobre las tesis que ellos mismos defienden” (NINO, *Derecho, moral y política...* cit., p. 17).

³⁸ Cfr. ALEXY, *El concepto...* cit., p. 33.

³⁹ *Ibíd.*

⁴⁰ Cfr., al respecto, ALEXY, R., *Eine Verteidigung der Radbruchschen Formel*. Existe traducción española, inédita, de José Antonio Seoane: *Una defensa de la fórmula de Radbruch*, A. Coruña, 2001.

puede ser planteada, entre otras formas, como una pregunta acerca de la plausibilidad del argumento de la injusticia. Dicho de otro modo: de ser cierta la tesis de la injusticia, resulta innegable la existencia de una conexión entre Derecho y moral.

a) *La perspectiva del observador*

Alexy comienza analizando la corrección del argumento de la injusticia desde la perspectiva del observador. Lo hace partiendo de la distinción entre las normas aisladas de un sistema jurídico y el sistema jurídico como un todo⁴¹.

Se debe a Radbruch la más conocida de las formulaciones del argumento de la injusticia referida a normas aisladas. Según este autor,

el conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica puede ser solucionado en el sentido de que el Derecho positivo asegurado por su sanción y el poder tiene prioridad aun cuando su contenido sea injusto y disfuncional, a menos que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley, en tanto “Derecho injusto”, tenga que ceder ante la injusticia⁴².

Según Alexy, existen razones analíticas y normativas que conducen a sostener la inaceptabilidad del argumento radbruchiano respecto de normas aisladas y desde la perspectiva del observador. En efecto, en primer lugar, “para un observador pertenece al Derecho aquello que los tribunales y las autoridades hacen cuando se apoyan en el texto de las normas que han sido promulgadas correctamente de acuerdo con los criterios de validez del respectivo orden jurídico eficaz”⁴³. Con esto se pone de manifiesto que para el observador la expresión “Derecho” no debe necesariamente contener elementos morales, al menos cuando se refiere a normas aisladas y desde el punto de vista analítico. Por otra parte, desde el punto de vista normativo o funcional, hay que reservar algún término para designar a las leyes dictadas conforme al

⁴¹ Cfr. ALEXY, *El concepto...* cit., ps. 33-34.

⁴² RADBRUCH, G., *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliche*, en, del mismo autor, *Rechtsphilosophie*, Stuttgart, 8ª ed., ps. 339-350, p. 345, cit. por ALEXY, *El concepto...* cit., p. 34.

⁴³ ALEXY, *El concepto...* cit., p. 36.

JUAN CIANCIARDO

ordenamiento y socialmente eficaces, y para esta función lingüística no parece existir alternativa a la palabra “Derecho”⁴⁴.

Sin embargo, “[l]o que vale para una norma aislada no tiene por qué valer para el sistema jurídico como un todo”⁴⁵. Resulta necesario, entonces, preguntarse si desde la perspectiva del observador es o no sostenible el argumento de la injusticia referido a los sistemas normativos considerados en su conjunto. Es decir, si desde este punto de vista resulta aceptable afirmar que los sistemas normativos que no respetan un nivel mínimo de justicia no son jurídicos; o, dicho de otro modo, que existe una conexión clasificante entre Derecho y moral si se considera al sistema en su conjunto. Alexy parte de una constatación: “hay dos tipos de órdenes sociales que, por razones conceptuales, con total independencia de que puedan lograr una vigencia duradera o no, no son sistemas jurídicos: los órdenes absurdos y los depredatorios o de bandidos. Existe un orden *absurdo* cuando un grupo de individuos es gobernado de una manera tal que no son cognoscibles ni fines coherentes del o de los gobernantes ni tampoco los gobernados pueden perseguir permanentemente sus fines [...] El orden absurdo se convierte en un orden *depredatorio* o de asaltantes cuando los exaltados se transforman en bandidos organizados. Esto presupone, por lo menos, que se introduce una prohibición de violencia y una jerarquía de mandos entre los armados”⁴⁶. Ambos órdenes, el absurdo y el depredatorio, no son jurídicos, como se ha dicho, por razones conceptuales. Esto es explicado por Alexy mediante la exposición de una tercera clase de orden: el de dominación, que resulta del esfuerzo de legitimación de los bandidos que encabezan el orden depredatorio. En el orden de dominación se mantiene la explotación de los dominados, pero “los actos de explotación se llevan a cabo a través de una praxis reglada. Se afirma ante cualquiera que esta praxis es correcta porque sirve a un fin superior, el desarrollo del pueblo”⁴⁷. Siguen existiendo muertes y saqueos, pero reciben castigo si no son realizados conforme a un procedimiento establecido y no son justificados públicamente a través

⁴⁴ Cfr. *ibíd.*, ps. 36-37. Alexy sigue en este segundo argumento ideas de N. Hoerster.

⁴⁵ *Ibíd.*, p. 37.

⁴⁶ *Ibíd.*, ps. 38-39. Énfasis en el original.

⁴⁷ *Ibíd.*, p. 39.

del objetivo general propuesto (el desarrollo del pueblo)⁴⁸. Y es en este punto donde se observa la diferencia clave, a juicio de Alexy, entre los dos primeros órdenes, el absurdo y el depredador, y el orden de dominación: en el tercero se formula implícita o explícitamente una pretensión de corrección. Sin ella ningún orden normativo puede ser llamado jurídico. He aquí la tesis o argumento de la corrección, que Alexy fundamenta más adelante, como se verá. La pretensión de corrección es, por tanto, un elemento necesario del concepto de Derecho, una conexión clasificatoria⁴⁹. “Sólo en un sentido indirecto o metafórico, puede un observador llamar ‘sistema jurídico’ a un sistema normativo que no formula ni explícita ni implícitamente una pretensión de corrección”⁵⁰. De esto último resulta una limitación a la tesis de la separación desde la perspectiva del observador. En efecto, si bien la tesis vale plenamente cuando se consideran normas aisladas, cabe concluir respecto de los sistemas jurídicos que existen sistemas normativos, muy excepcionales, en los que la pretensión de corrección operará respecto de ellos como conexión clasificante, y en los que la tesis de la separación, por tanto, no resultará fácilmente aceptable⁵¹. Se trata, no obstante, de casos de verificación prácticamente imposible.

En suma: “se ha mostrado que, desde la perspectiva del observador, la tesis positivista de la separación es esencialmente correcta. Tan sólo en el caso extremo y fácticamente improbable de un sistema normativo que ni siquiera formule una pretensión de corrección, tropieza con un límite”⁵².

b) *La perspectiva del participante*

A continuación, Alexy pasa al examen del Derecho desde la perspectiva del participante, del juez. Según su opinión, desde esta pers-

⁴⁸ Cfr. *ibíd.*, ps. 39-40.

⁴⁹ Cfr. *ibíd.*, ps. 40-41. La pretensión de corrección es uno de los temas centrales de toda la obra de Alexy. Cfr., al respecto, ALEXY, R., *Meine Philosophie Des Recht: Die Institutionalisierung der Vernunft*. Existe traducción española de José Antonio Seone *Mi Filosofía del Derecho: la institucionalización de la razón*, en prensa.

⁵⁰ *Ibíd.*, p. 40.

⁵¹ Cfr. *ibíd.*, ps. 40-41.

⁵² *Ibíd.*, p. 41.

JUAN CIANCIARDO

pectiva la tesis de la separación se manifiesta inadecuada y la de la vinculación, correcta⁵³. Fundamenta esta conclusión mediante tres argumentos:

a) El argumento de la corrección. Es la base de los otros dos argumentos, el de la injusticia y el de los principios. Como ya se ha visto, según este argumento “las normas aisladas y las decisiones judiciales aisladas como así también los sistemas jurídicos en tanto un todo formulan necesariamente una pretensión de corrección. Los sistemas normativos que no formulan explícita o implícitamente esta pretensión no son sistemas jurídicos. En este sentido, la pretensión de corrección tiene relevancia clasificatoria. Los sistemas jurídicos que formulan esta pretensión pero no la satisfacen son sistemas jurídicos jurídicamente deficientes. En este sentido, la pretensión de corrección tiene una relevancia cualificante. En el caso de las normas aisladas y de las decisiones judiciales aisladas, la pretensión de corrección tiene una relevancia exclusivamente cualificante. Son jurídicamente deficientes si no formulan o no satisfacen la pretensión de corrección”⁵⁴.

Parece bastante evidente que la pretensión de corrección tiene implicaciones morales. En esa medida pone de manifiesto una relación conceptualmente necesaria entre el Derecho y la moral⁵⁵. No obstante esto, podría argüirse en contra, desde el positivismo, en las siguientes direcciones: en primer lugar, aduciendo que una deficiencia en la pretensión de corrección no implica la pérdida de calidad jurídica. Es decir, que un defecto de la pretensión de corrección –excepto en el caso límite de que no sea formulada de modo alguno– fundamenta una conexión cualificante, pero no clasificante. Esta línea de razonamiento conduce al argumento de la injusticia⁵⁶. En segundo lugar, puede sostenerse que “la pretensión de corrección tiene un contenido trivial que carece de implicaciones morales y, por ello, no puede conducir a una conexión conceptualmente necesaria entre Derecho y moral”⁵⁷. Esta segunda línea de razonamiento conduce al argumento de los principios.

⁵³ Cfr. *ibídem*.

⁵⁴ *Ibíd.*, ps. 41-42.

⁵⁵ Cfr. *ibíd.*, ps. 44-45.

⁵⁶ Cfr. *ibíd.*, p. 45.

⁵⁷ *Ibídem*.

b) El argumento de la injusticia. Se trata de un argumento que puede referirse a normas aisladas o al sistema jurídico en su totalidad. En lo que respecta a normas aisladas, sostiene que cuando una norma traspasa un determinado umbral de injusticia pierde el carácter jurídico. La formulación más conocida es la de Radbruch, ya enunciada. Alexy se plantea ahora su aceptabilidad desde el punto de vista del participante. Comienza recordando que “la fórmula radbruchiana no dice que una norma pierda su carácter jurídico cuando es injusta”⁵⁸. En efecto, el “umbral” es más elevado: debe tratarse de una “injusticia insoportable”.

El juicio acerca de la aceptabilidad de la tesis de Radbruch debe hacerse, según Alexy, yendo más allá de los argumentos analíticos, es decir, teniendo en cuenta los razonamientos funcionales o normativos. Desde esta perspectiva, las diversas objeciones a la fórmula radbruchiana pueden ser resumidas, en lo esencial, en ocho argumentos: el lingüístico⁵⁹, el de la claridad⁶⁰, el de la efectividad⁶¹, el de la seguridad jurídica⁶², el del relativismo⁶³, el de la democracia⁶⁴,

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ De acuerdo con este argumento, “la inclusión de elementos morales exigida por el argumento de la injusticia conduce a una estipulación lingüística no funcional” (*ibíd.*, p. 46).

⁶⁰ Según este argumento, un concepto positivista de Derecho resulta más claro que uno no positivista, puesto que, al no incluir elementos morales, es evidentemente más simple (*cfr. ibíd.*, ps. 48-49).

⁶¹ Este argumento consiste en sostener que los filósofos del Derecho no tienen una influencia de peso en la vida de los ciudadanos e incluso en el comportamiento de los juristas, y que por tanto resulta ilusorio pensar que la inclusión de elementos morales en el concepto de Derecho servirá para evitar injusticias (*cfr. ibíd.*, p. 51).

⁶² De acuerdo con este argumento, un concepto no positivista de Derecho pone en peligro la seguridad jurídica, puesto que otorgaría a cada uno la posibilidad de desobedecer las leyes sobre la base de que afectarían sus concepciones de la justicia (*cfr. ibíd.*, p. 57).

⁶³ “El argumento del relativismo agudiza el argumento de la seguridad. Afirma que no sólo es difícil distinguir entre la injusticia extrema y la no extrema, sino que ningún juicio de justicia, es decir, tampoco aquellos sobre la injusticia extrema, es susceptible de una fundamentación racional o de conocimiento objetivo” (*ibíd.*, p. 58).

⁶⁴ De acuerdo con este argumento, la tesis de la vinculación produciría enfrentamientos entre el juez y el legislador, puesto que el primero podría, invocando la justicia, corregir o dejar de lado las decisiones adoptadas por el segundo en el campo de sus competencias (*cfr. ibíd.*, p. 61).

JUAN CIANCIARDO

el de la inutilidad⁶⁵, y el de la honestidad⁶⁶. El análisis de cada uno de los argumentos permite a Alexy concluir que las razones que hablan en favor de la formulación radbruchiana son más fuertes que las objeciones⁶⁷.

⁶⁵ Cfr. *ibíd.*, p. 62. Según este argumento, existe otro modo de eliminar las injusticias mucho más efectivo y viable: la reforma legislativa (aceptando, incluso, que en casos extremos se legisle retroactivamente).

⁶⁶ “El argumento de la honestidad dice que, en los casos jurídico-penales, el concepto de Derecho no positivista conduciría a un abandono del principio *nulla poena sine lege*” (*ibíd.*, p. 64).

⁶⁷ Cfr. *ibíd.*, p. 67. En efecto: a) el argumento lingüístico, aunque es verdadero desde la perspectiva del observador, no lo es desde la del participante, puesto que para este último la norma no es sólo el resultado de un procedimiento, sino también el punto de partida de un procedimiento de aplicación de esa norma en el que él participa, y cuyo resultado presentará con pretensión de corrección. En caso de que la sentencia se aparte de la norma, resultaría contradictorio designarla como Derecho, puesto que la sentencia también lo es. Lo correcto sería, entonces, negarle carácter jurídico (cfr., *ibíd.*, ps. 46-48); b) el argumento de la claridad es refutable porque la simplicidad no puede lograrse a costa de la adecuabilidad. Por otro lado, la complejidad no contradice necesariamente la claridad (cfr. *ibíd.*, ps. 48-50); c) “...dentro del marco del argumento de la efectividad hay que distinguir dos tesis. La primera dice que un concepto de Derecho no positivista no puede tener ningún efecto en contra de la injusticia legal. La segunda reza que un concepto de Derecho no positivista encierra el peligro de legitimar acríticamente la injusticia legal” (*ibíd.*, p. 52). Alexy refuta la segunda de las tesis diciendo que la tesis de la vinculación débil (argumento radbruchiano), que él sostiene, acepta que, en general, las normas injustas, y por tanto inmorales, también son Derecho, excepto que traspasen el umbral de la injusticia grave, en cuyo caso comienzan a perder carácter jurídico. Por tanto, esta versión de la tesis de la vinculación no impide, en general, una actitud crítica frente al Derecho positivo. Y en los casos en los que se ha traspasado el umbral de injusticia no existe el peligro de la recepción acrítica si las exigencias morales de que se trata son susceptibles de fundamentación racional, cosa que, según Alexy, ocurre respecto de las exigencias mínimas. Respecto de la primera tesis, Alexy entiende que “desde el punto de vista del desplazamiento de la injusticia legal, los efectos prácticos del concepto de Derecho no positivista no son peores y en algunos casos hasta son mejores que los del concepto positivista” (*ibíd.*, ps. 56-57); d) el argumento de la seguridad jurídica es refutable si se considera que debe ser sopesado con el de la necesidad de una cierta justicia material. No debe ser absolutizado (cfr. *ibíd.*, ps. 57-58); e) el argumento del relativismo es refutado afirmando la fundamentabilidad racional de ciertos juicios morales (los que se refieren a la injusticia extrema); f) el argumento de la democracia “pierde su fuerza si se toma en cuenta que el concepto de Derecho no positivista niega carácter jurídico sólo en casos de extrema injusticia” (*ibíd.*, p. 61); g) el argumento de la inutilidad presenta numerosos inconvenientes dentro del ámbito penal,

El argumento de la injusticia, entonces, es aplicable a las normas aisladas desde la perspectiva del participante. Establecido esto, resulta necesario preguntarse acerca de la aplicabilidad de este argumento a los sistemas jurídicos. Es decir, si un sistema normativo extremadamente injusto no tiene o pierde carácter jurídico⁶⁸. Alexy, tras analizar los argumentos de la irradiación y del derrumbe⁶⁹, concluye que “la aplicación del argumento de la injusticia a un sistema jurídico como un todo no conduce a consecuencias que van más allá de las consecuencias de su aplicación a normas aisladas”⁷⁰. Es decir, que las consecuencias entre la aplicación a las normas aisladas y al ordenamiento como un todo son, en lo esencial, idénticas.

c) El argumento de los principios. A diferencia del argumento de

en el que rige el principio *nulla poena sine lege*. Fuera del ámbito penal, existen dos razones en favor de la utilidad de un concepto no positivista de Derecho: el respeto a los derechos fundamentales y la pretensión de corrección (cfr. *ibíd.*, ps. 63-64); h) sostiene Alexy que la injusticia de las normas que pierden carácter jurídico según la tesis débil de la vinculación es tan extrema que en el momento en que el hecho que se juzga (en el ámbito penal) tuvo lugar era evidente, de modo tal que no puede hablarse de retroactividad encubierta, y tampoco de falta de honestidad.

⁶⁸ Cfr. *ibíd.*, ps. 68-69.

⁶⁹ Según la tesis de la irradiación, “la falta de carácter jurídico de las normas substantivas básicas de un sistema jurídico trae consigo la falta de carácter jurídico de todas las normas típicas del sistema y, en este sentido, ejerce una irradiación sobre ellas” (*ibíd.*, p. 69). De acuerdo con este argumento, una norma aislada pierde su carácter jurídico no sólo cuando es extremadamente injusta, sino también cuando, como norma típica del sistema, comparte el carácter injusto del sistema.

Según la tesis del derrumbe, “el sistema total se derrumba como sistema jurídico cuando hay que negar el carácter jurídico a muchas normas, especialmente a muchas normas aisladas importantes para el sistema. La razón del derrumbe no es algún tipo de irradiación, sino el simple hecho de que ya no quedan normas suficientes para un sistema jurídico” (*ibíd.*, p. 71).

⁷⁰ *Ibíd.*, p. 73. En lo que se refiere al argumento de la irradiación, Alexy sostiene que “la seguridad jurídica quedaría muy afectada si una norma que se encuentra por debajo del umbral de injusticia extrema perdiera su carácter jurídico por participar de alguna manera en el contenido de injusticia de todo el sistema y, por ello, ser típica del sistema” (*ibíd.*, p. 70). Menos precisa es su explicación de la incorrección de la tesis del derrumbe: “aun cuando por razones morales haya que negar carácter jurídico a muchas normas aisladas y entre ellas figuren muchas normas importantes para el sistema, éste puede seguir existiendo como sistema jurídico. El presupuesto para ello es que conserve el carácter jurídico un número mínimo de normas necesarias para la existencia de un sistema jurídico” (*ibíd.*, p. 72).

JUAN CIANCIARDO

la injusticia, el de los principios no apunta a casos de injusticia extrema sino a la vida jurídica cotidiana. “Su punto de partida está constituido por un conocimiento de la metodología jurídica respecto al cual existe acuerdo entre positivistas y no positivistas. Como dice Hart, todo Derecho positivo posee una estructura abierta”⁷¹. Ese ámbito de apertura del Derecho positivo da lugar a los llamados casos dudosos. Desde el punto de vista de la teoría positivista, sostiene Alexy, “este hecho puede ser interpretado sólo de una manera [...] Como sólo el Derecho positivo es Derecho, en el ámbito de apertura el juez tiene que decidir en todos los casos dudosos sobre la base de pautas no jurídicas o extrajurídicas. En esta medida, está autorizado por el Derecho positivo –de una manera básicamente igual a la del legislador– a crear nuevo Derecho sobre la base de pautas extrajurídicas”⁷². El argumento de los principios, en cambio, sostiene que aun en el ámbito de apertura el juez se encuentra ligado jurídicamente, “y lo está de una manera tal que crea una vinculación necesaria entre Derecho y moral”⁷³.

Dicho más claramente: de acuerdo con el argumento de los principios, a partir de la distinción teórico-normativa entre principios y reglas existe una vía que conduce a una conexión necesaria entre Derecho y moral. Esta vía, según Alexy, está constituida por tres tesis: la tesis de la incorporación, la tesis moral y la tesis de la corrección. La conexión necesaria que puede fundamentarse a partir de ellas tiene algunas peculiaridades: es de naturaleza conceptual, posee un carácter puramente cualificante y existe sólo para el participante⁷⁴.

De acuerdo con la tesis de la incorporación, todos los sistemas jurídicos mínimamente desarrollados contienen principios⁷⁵. No obstante, de este hecho, que Alexy se encarga de mostrar con diversos

⁷¹ *Ibíd.*, ps. 73-74. Sobre la visión alexyana de la distinción entre principios y reglas cfr., entre muchos otros sitios, ALEXY, R., *On the structure of legal principles*, en *Ratio Juris* 13-3 (2000), ps. 294-304, *pássim*.

⁷² *Ibíd.*, p. 74.

⁷³ *Ibíd.* Una aplicación de esta idea en ALEXY, R., *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático*, en *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul* 17 (1999), ps. 267-279.

⁷⁴ Cfr. *ibíd.*, p. 75.

⁷⁵ Cfr. *ibíd.*, ps. 75-79.

argumentos, no se desprende necesariamente la conexión entre Derecho y moral. En efecto, podría objetarse a esta pretensión que la incorporación de los principios se basa justamente en el Derecho positivo, como ha hecho, por ejemplo, L. Prieto Sanchís⁷⁶. Frente a esto, la tesis moral sostiene que “la presencia necesaria de principios en un sistema jurídico conduce a una conexión necesaria entre el Derecho y la moral”⁷⁷. La validez de la tesis moral depende de que entre los principios que hay que tomar en cuenta en los casos dudosos a fin de satisfacer la pretensión de corrección se encuentren algunos que pertenezcan a alguna moral. Según Alexy, tal es el caso⁷⁸.

Llegados a este punto puede aceptarse que existe una conexión necesaria entre el Derecho y alguna moral. Sobre esto cabe decir que cuando alguien se refiere a la tesis de la vinculación suele pensar en una conexión “fuerte” entre Derecho y moral. Es decir, suele referirse no a la vinculación entre el Derecho y alguna moral, sino entre el Derecho y la moral correcta. La tesis de la corrección afirma que existe una vinculación de esta última clase. Se trata del resultado de una aplicación del argumento de la corrección dentro del marco del argumento de los principios⁷⁹. En efecto, “la pretensión de corrección implica una *pretensión de fundamentabilidad*. Esta pretensión no se limita a que el juicio sea fundamentable en el sentido de alguna moral y en esta medida sea correcto sino que se extiende a la afirmación de

⁷⁶ Cfr. PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, ps. 51-52; cfr., asimismo, del mismo autor, *El constitucionalismo de principios...* cit., ps. 130-131 y pássim.

⁷⁷ Cfr. ALEXY, *El concepto...* cit., p. 79.

⁷⁸ Cfr. ibídem. Tiene interés la argumentación de Alexy a propósito de una posible objeción positivista a esta afirmación. En efecto, un positivista podría decir que el hecho de que los principios pertenezcan a alguna moral es compatible con su teoría, puesto que “en casos dudosos el juez tiene que decidir sobre la base de pautas extrajurídicas, lo que incluiría la decisión sobre la base de principios morales” (ibíd., p. 80). Según Alexy, con esto no se toca el punto decisivo. “[É]ste consiste, primero, en que los principios, de acuerdo con la tesis de la incorporación, son necesariamente elementos constitutivos de un sistema jurídico y, segundo, de acuerdo con la tesis moral, incluyen necesariamente algunos que pertenecen a una moral. Esta doble característica, la necesaria pertenencia al Derecho y a la moral, significa que la decisión del juez en los casos dudosos tiene que ser interpretada de manera diferente a como se hace en las teorías positivistas” (ibídem).

⁷⁹ Cfr. ibíd., p. 81.

JUAN CIANCIARDO

que el fallo es correcto en el sentido de una moral fundamentable y, por lo tanto, de una moral correcta”⁸⁰.

La conexión entre Derecho y moral a la que se llega mediante la distinción entre principios y reglas es, por tanto, una conexión “en sentido fuerte” –que apela a una moral concreta a la que se considera correcta y superior a las demás– aunque, de acuerdo con lo dicho, Alexy puntualiza lo siguiente: antes del umbral de injusticia extrema, se trata de una conexión meramente cualificante, pero no clasificante. Esto significa que existen normas moralmente incorrectas que son jurídicas. Se trata de aquellas normas que no traspasan el umbral de injusticia extrema⁸¹.

2.4. *Conclusión: una definición de Derecho*

Alexy resume los resultados de los desarrollos cuyos trazos más gruesos se han expuesto precedentemente en una definición de Derecho:

El Derecho es un sistema de normas que (1) formula una pretensión de corrección, (2) consiste en la totalidad de las normas que pertenecen a una Constitución en general eficaz y no son extremadamente injustas, como así también en la totalidad de las normas promulgadas de acuerdo con esta Constitución y que poseen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia y no son extremadamente injustas y al que (3) pertenecen los principios y los otros argumentos normativos en los que se apoya el procedimiento de aplicación del Derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección⁸².

Las tres partes de la definición se corresponden, respectivamente, con la pretensión de corrección, el argumento de la injusticia y el argumento de los principios. Se trata, por tanto, de elementos definitorios del Derecho.

Una vez expuesta, en sus líneas generales, la crítica y la propuesta alexyana, cabe continuar, siguiendo el plan inicial, con el examen de su viabilidad y límites.

⁸⁰ *Ibíd.*, p. 82. Y continúa Alexy: “[d]e esta manera la conexión necesaria entre el Derecho y la moral correcta es creada en el sentido de que la pretensión de corrección incluye una pretensión de corrección moral que se extiende también a los principios subyacentes” (*ibídem*).

⁸¹ *Cfr. ibíd.*, ps. 83-85.

⁸² *Ibíd.*, p. 123.

3. Observaciones generales a la propuesta alexyana

3.1. *La crítica al punto de vista adoptado preferentemente por Alexy*

Como ya ha sido dicho, Alexy adopta preferentemente el punto de vista del participante del sistema jurídico (del juez que debe resolver un caso concreto), dejando algo de lado, el del observador (el del abogado que aconseja a un viajero)⁸³. Sobre esta elección u opción cabe decir lo siguiente: a) como se ha señalado, se trata de una elección que no tiene una referencia normativa, y que debería ser fundamentada⁸⁴; b) Alexy admite que desde el punto de vista del observador no hay una vinculación entre Derecho y moral. Esto ha provocado que se dijera que en su teoría existe “insuficiencia de antipositivismo” o “positivismo latente”⁸⁵. Más allá del acierto de esta crítica, lo que la dicotomía descripta pone de manifiesto es que las vinculaciones entre Derecho y moral aparecen sobre todo cuando se considera al Derecho no sólo desde el punto de vista estático, sino también dinámico. Ahora bien, si el Derecho es sobre todo práctico, una consideración integral de su morfología debe atender principalmente a la dimensión dinámica. Esta consideración conduce a una conclusión contraria a la que arriba Alexy: para un observador del fenómeno jurídico que no descuide ninguna de sus dimensiones las relaciones entre Derecho y moral son un dato constante⁸⁶. Por lo demás, esto último pone en tela de juicio que verdaderamente pueda existir una distinción en sentido fuerte entre observador y participante⁸⁷.

⁸³ Ejemplo que propone Soper. Cfr. SOPER, P., *Una teoría del Derecho*, trad. de R. Caracciolo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 149.

⁸⁴ Cfr. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico...* cit., ps. 368-369.

⁸⁵ Cfr. RICHARDS, D. A., *Robert Alexy, a theory of legal argumentation: The theory of rational discourse as theory of legal justification*, en *Ratio Iuris* 2, Nº 3, 1989, p. 303, y GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico...* cit., ps. 363 y 369, y 395-398.

⁸⁶ Este argumento ha sido elaborado a partir de una observación del Prof. P. Serna. Para una visión de la importancia que la dinámica jurídica (la experiencia) tiene en la definición del Derecho cfr. SERNA, P., *Sobre las respuestas al positivismo jurídico*, en *Persona y Derecho* 37 (1997), ps. 279-314.

⁸⁷ Cfr. un desarrollo de esta intuición en FINNIS, J., *Natural Law and natural rights*, Clarendon Press, Oxford, 1996, Cap. 1, y sus notas.

JUAN CIANCIARDO

3.2. *La crítica de la tesis de la pretensión de corrección*

Se ha dicho con razón que: “[I]a obra de Alexy presupone una confluencia, en la esfera de la moral, de la teoría de la argumentación y de la teoría del Derecho. El instrumento teórico fundamental del que se sirve el autor alemán en ambos casos es uno y el mismo: la tesis de la pretensión de corrección”⁸⁸. Según esta tesis, en los actos de habla regulativos subyace una pretensión de corrección, esto es, de fundamentabilidad, que no puede ser eliminada a menos que se incurra en una contradicción performativa.

Esta tesis puede ser examinada desde dos puntos de vista⁸⁹. En primer lugar, puede ser examinada desde el punto de vista lógico-trascendental, a fin de esclarecer si efectivamente se trata de una tesis necesaria o universal. En segundo lugar, puede ser abordada estudiando las consecuencias que se siguen de adoptarla o de no adoptarla.

Sobre la primera perspectiva cabe apuntar lo siguiente. La tesis de la pretensión de corrección es planteada por Alexy como un argumento metalógico. Este tipo de argumentos, como ocurre con el principio de no contradicción, no admite propiamente pruebas, ni siquiera pruebas indirectas como la *reductio ad absurdum*⁹⁰. En el caso de la pretensión

⁸⁸ GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico...* cit., p. 365.

⁸⁹ Cfr. *ibíd.*, ps. 370-371.

⁹⁰ Parte de esta argumentación tuvo su origen en ideas del Prof. Alejandro Vigo (Departamento de Filosofía, Universidad de Los Andes, Chile). Cfr. VIGO, A., *La noción de principio desde el punto de vista filosófico. Algunas reflexiones sistemáticas*, conferencia pronunciada en el Seminario Internacional sobre Principios Jurídicos, Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, 1999. Sostiene este autor: “...Aristóteles jamás echa mano del principio de no contradicción para derivar deductivamente de él ninguna de las tesis centrales de su propia filosofía. Y allí donde, como en el contexto de la famosa argumentación de *Metafísica* IV 3-4, Aristóteles parece apuntar, a juicio de algunos intérpretes, a cierta conexión entre el principio de no contradicción y algunas de las tesis básicas de su propia ontología sustancialista, la estrategia general de la argumentación, como admiten los mismos intérpretes, no se deja interpretar según el modelo habitual de demostración deductiva, sino que corresponde más bien a un modelo de fundamentación de tipo trascendental-pragmático. Algo análogo vale del empleo aristotélico del llamado primer principio de la razón práctica cuya formulación *standard* reza habitualmente *bonum faciendum, malum vitandum est*, dicho esto en el supuesto, a mi juicio altamente dudoso, de que pueda acreditarse la presencia efectiva de dicho principio en los textos de Aristóteles. Lo cier-

de corrección esto se percibe con claridad no bien se cae en la cuenta de que intentar demostrar el absurdo de no sostenerla sólo puede hacerse mediante la demostración de la incorrección de tal posición, lo cual lógicamente presupone la propia tesis. En suma: la pretensión de corrección es en todo caso un punto de partida del razonamiento, y no existe propiamente demostración lógica que permita dar cuenta de ella.

La segunda perspectiva da lugar a diversas observaciones. La que aquí se llevará a cabo se vincula con lo dicho respecto del primer punto de vista. La pretensión de corrección funciona en el discurso jurídico como un presupuesto y no como un principio del que se pueda extraer algún contenido. Esto no varía si se reemplaza la expresión “pretensión de corrección” por “pretensión de fundamentabilidad”. Dicho de otro modo: las consecuencias que se siguen de la adopción de la tesis de la pretensión de corrección no se pueden extraer de la propia tesis. Se trata de un argumento formal, sin contenido material. En efecto, la determinación de las consecuencias normativas de no adoptar la pretensión de corrección requiere como presupuesto indispensable una idea de qué es lo correcto y qué lo incorrecto. Pretender sostener lo contrario –es decir, extraer contenidos materiales del principio de corrección– condenaría a la tesis alexyana a la vacuidad.

3.3. *La crítica del argumento de la injusticia*

El argumento de la injusticia plantea, asimismo, algunos problemas. En primer lugar, hay que resaltar que no alcanza a dotar de contenido material a la pretensión de corrección en la generalidad de los casos.

to es que, en todo caso, la función de dicho principio en el marco del modelo de fundamentación de la ética desarrollado por Aristóteles mismo no podría ser sino una función de tipo heurístico-regulativo. Pues Aristóteles se cuida muy bien de intentar derivar su peculiar concepción *material* del bien de un principio como el citado, de cuya formulación, obviamente, no se sigue todavía ninguna concepción determinada de lo bueno y lo malo mismos. Por el contrario, Aristóteles obtiene su propia concepción del bien humano a partir de otras premisas básicas, en el marco de una estrategia general de fundamentación que, además de recurrir a determinados presupuestos antropológicos presenta también, como es sabido, un fuerte componente empírico dialéctico” (p. 16). Cfr. un desarrollo de estas últimas ideas, desde la ética tomista, en GONZÁLEZ, A. M., *Moral, razón y naturaleza. Una investigación sobre Tomás de Aquino*, Eunsa, Pamplona, 1998, pássim.

JUAN CIANCIARDO

Alexy, siguiendo con fidelidad a Radbruch, sostiene repetidamente que el argumento de la injusticia cobra importancia real sólo cuando la injusticia es extrema, es decir, cuando es grave. Esto pone en cuestión la relevancia del papel que la vinculación entre Derecho y moral juega en un sistema jurídico ordinario, donde tal tipo de injusticias no tiene generalmente lugar. A esta crítica Alexy responde, de alguna manera, con la tesis de los principios, que será abordada en los siguientes epígrafes.

En segundo lugar, además de esta crítica que podría denominarse “operativa”, debe plantearse otra de corte epistemológico. Según se ha visto, en la concepción alexyana la injusticia extrema es evidente. Esta idea tiene como punto de partida no explicitado un cierto intuicionismo moral que, por cierto, Alexy mismo critica en otros autores⁹¹. Por lo demás, parece claro que un buen número de conductas son extremas injusticias según algunos y no lo son según otros, lo cual plantea un dilema que no puede resolverse desde la evidencia misma, sin recurrir a una ética y, más allá, a una antropología.

Esto último no impide aceptar, de acuerdo con lo dicho a propósito de la tesis de la pretensión de corrección, que todo razonamiento moral tiene puntos de partida que se conocen por evidencia. Más aún, todo razonamiento –teórico o práctico– parte de supuestos no demostrados.

3.4. *La crítica del argumento de los principios*

El argumento de los principios pondría de manifiesto la relación que existe entre Derecho y moral en todo ordenamiento jurídico, incluso en aquellos en los que la injusticia extrema no tiene lugar. Se trata de un argumento de naturaleza conceptual, que se encuentra circuns-

⁹¹ Sostiene Alexy en su *Teoría de la argumentación*, criticando a la tópica: “con un enunciado como ‘lo insoportable no es de derecho’ no se puede hacer nada, por lo menos cuando surge una disputa sobre qué es insoportable. Dirimir esta disputa con otras formulaciones de este nivel de generalidad significa dejar a un lado el problema” (ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica...* cit., p. 42). Esta contradicción lleva a A. García Figueroa a sostener que: “Alexy se censura a sí mismo [...] Es realmente chocante que un crítico del intuicionismo moral como Alexy fundamente su tesis sobre *lo evidente*” (GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico...* cit., ps. 376-377).

cripto a la esfera del participante, y tiene carácter exclusivamente cualificante⁹². Esta crítica será tratada con algún detenimiento en el epígrafe siguiente.

4. La propuesta alexyana y su aplicación: una perspectiva dinámica

4.1. Planteamiento

De un tiempo a esta parte los tribunales con jurisdicción en casos iusfundamentales vienen aplicando cada vez con mayor frecuencia el principio de razonabilidad o proporcionalidad, como técnica idónea para garantizar el respeto integral de los derechos fundamentales por parte de los poderes estatales⁹³. Dicha máxima o principio prescribe,

⁹² Cfr. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico...* cit., ps. 387-388.

⁹³ De un modo u otro, el principio de razonabilidad es aplicado en Estados Unidos, Argentina, Alemania, Gran Bretaña, España, Italia, Francia, Bélgica, Dinamarca, Irlanda, Grecia, Luxemburgo, Holanda, Portugal, Suiza; y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Cfr. CIANCIARDO, *El conflictivismo en los derechos fundamentales* cit., Cap. 4; y, también, del mismo autor, *Principio de razonabilidad y respeto de los derechos fundamentales*, comunicación presentada a las I Jornadas sobre Derecho y Desarrollo, en *Persona y Derecho* 41, Pamplona, España (1999), ps. 45-55, pássim, y las citas de ambos trabajos. La importancia actual de la proporcionalidad es tal que se ha dicho recientemente: “[el] parámetro de la racionalidad –problemática restauración de la *rationabilitas* de la cultura jurídica medieval– puede reconocerse en la jurisprudencia constitucional de prácticamente todos los sistemas liberal-democráticos de nuestros días. Es, con todas las matizaciones que se quieran, la indagación por la *reasonable basis* de la diferenciación en la doctrina del Tribunal Supremo norteamericano, la pregunta por la ‘justificación razonable’ que se plantea el Tribunal Supremo Federal suizo, el criterio de ‘no arbitrariedad’ que, siguiendo en buena parte la obra de Leibholz, emplea el Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania o la regla de la *ragionevolezza*, elevada al rango de principio general del Derecho por el Tribunal Constitucional italiano desde su sentencia 81, de 1963. También entre nosotros el criterio de la ‘razonabilidad’ de las diferenciaciones normativas introducidas por el legislador ha sido invocado por el Tribunal Constitucional, siguiendo, en parte, aquellas orientaciones jurisprudenciales” (JIMÉNEZ CAMPO, J., *La igualdad jurídica como límite al legislador*, en *Revista Española de Derecho Constitucional* 9, 1983, ps. 71-114, p. 72). En la misma línea, se ha podido afirmar que la proporcionalidad es “el principio general más importante del Derecho comunitario” (GÜNDISCH, J., *Allgemeine Rechtsgrundsätze in der Rechts*,

JUAN CIANCIARDO

muy genéricamente, que toda regulación legislativa en materia de derechos fundamentales debe ser razonable o proporcionada. A la hora de determinar concretamente el alcance de la razonabilidad, se sostiene en el Derecho europeo continental que se encuentra integrada por tres subprincipios, a saber: de adecuación, de necesidad y de razonabilidad en sentido estricto.

Este epígrafe estará destinado a lo siguiente: a) exponer sintéticamente en qué consiste tanto el principio de proporcionalidad en sentido amplio como cada uno de los elementos que lo integran; b) llamar la atención sobre un punto relativamente poco abordado cuando se examina la proporcionalidad: su aplicación resulta insuficiente, al menos en algunos casos, para garantizar la preeminencia de los derechos fundamentales.

4.2. *La máxima de proporcionalidad*

Como ya se ha dicho, la máxima de razonabilidad o proporcionalidad prescribe que toda regulación de los derechos fundamentales debe ser razonable. Y esto último ocurre si la norma en cuestión respeta cada uno de los tres subprincipios que integran el principio general.

El primer subprincipio es el de adecuación, el cual establece que la norma reguladora de un derecho fundamental debe ser adecuada o idónea para el logro del fin que se busca alcanzar mediante su dictado. En otras palabras: una vez establecido el fin que busca el legislador y el medio que emplea, debe verificarse que este último resulta apto para el logro del primero.

Presupuesto el test de adecuación, el subprincipio de necesidad prescribe que el legislador escoja de entre los medios idóneos para el logro del fin que procura aquel que resulte menos restrictivo de los derechos fundamentales involucrados. Tiene lugar, como se ve, un juicio de comparación entre el medio elegido por el legislador y otros medios hipotéticos que hubiera podido elegir. La medida legislativa superará

en *Das Wirtschaftsrecht des Gemeinsamen Marktes in der aktuellen Rechtsentwicklung*, 1983, Baden-Baden, ps. 97 *et seq.*, p. 108, cit. por SCHWARZE, J., *European Administrative Law*, Sweet and Maxwell, Luxembourg, 1992, p. 677).

el subprincipio de necesidad sólo si es la menos restrictiva de los derechos fundamentales en juego⁹⁴.

Una vez establecida la adecuación y necesidad de la medida legislativa, se debe determinar si es razonable *stricto sensu*. La definición de este tercer juicio no ofrece disputas en la doctrina y en la jurisprudencia: consiste en establecer si la medida guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar⁹⁵. Esta coincidencia inicial no evita, por la generalidad del concepto, las disidencias al momento de precisar en qué consiste una “relación razonable”. La posición dominante concreta el juicio en un balanceo entre las ventajas y las desventajas de la medida⁹⁶. Con expresión ilustrativa, se habla en el Derecho francés de “balance entre costos y beneficios”⁹⁷. También en el Derecho español tanto la jurisprudencia del TC como la doctrina han llegado a una conceptualización similar⁹⁸. Por ejemplo, se ha sos-

⁹⁴ Un tratamiento de los problemas que plantea la aplicación del subprincipio de necesidad en CIANCIARDO, J., *El subprincipio de necesidad y el control constitucional de razonabilidad*, en *El Derecho* 185-898 (1999).

⁹⁵ “El principio de proporcionalidad en sentido estricto significa que la aplicación de un determinado instrumento o medio para alcanzar un determinado objeto o finalidad no debe ser irrazonable en sus relaciones recíprocas” (GAVARA DE CARA, J. C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 308, con cita de BVerfGE 7, 377; 8, 71; 13, 97; 78, 77; y 79, 29).

⁹⁶ Aunque el Tribunal Constitucional alemán, por ej., lo ha descrito de diversas maneras: “la medida no debe representar una carga excesiva para los afectados, la medida debe ser racional para los afectados o los límites de la racionalidad deben ser garantizados”. Con frecuencia se utilizan combinaciones de estas formulaciones. Cfr. GAVARA DE CARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo...* cit., p. 309, con cita de BVerfGE 17, 306; 37,1; 30, 292; y 43, 79.

⁹⁷ Cfr. LEMASURIER, *Expropriation: “Bilan-cout-avantages”*, en *Revue Administrative* 32, 1979, ps. 502-505. Cfr., asimismo, EMILIOU, N., *The principle of proportionality in european Law. A comparative study*, Kluwer Law International, London, 1996, ps. 67-114, esp. ps. 92-95; AUBY, J. M., *Le contrôle juridictionnel du degré de gravité d'une sanction disciplinaire*, en *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et a l'étranger*, enero-febrero 1979, ps. 227-238; y, sobre todo, BRAIBANT, G., *Le principe de proportionnalite*, en AA. VV., *Mélanges offerts a Marcel Waline. Le juge et le droit public*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1974, t. II, ps. 297-306.

⁹⁸ Según M. Medina Guerrero, la proporcionalidad en sentido estricto prescribe que “debe tenderse a lograr un equilibrio entre las ventajas y perjuicios que inevita-

JUAN CIANCIARDO

tenido en la STC 66/1995 que una restricción de un derecho fundamental es proporcionada *stricto sensu* si es “ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto”⁹⁹.

La expresión “balance entre costos y beneficios” parece indicar que será razonable toda medida que suponga un coste proporcionado con los beneficios. Por tanto, a mayores beneficios, tanto mayor es el grado de restrictividad de la norma iusfundamental afectada¹⁰⁰. Esquemáticamente, en escalas de restricción de 1 a 3 (en la que 3 es la medida más restrictiva) y de importancia del fin de *a* a *c* (en la que *a* es el fin de mayor importancia):

- (1) Si la medida 1 (*M*₁) restringe (*r*) en un grado 2, y conduce a un fin (*F*) de importancia *b*, es proporcionada;
- (2) Si *M*₂ *r* 3, y *F* *c*, la medida es desproporcionada;
- (3) Si *M*₃ *r* 1, basta que *F* sea constitucional para que la medida sea proporcionada.

Esta conceptualización de la proporcionalidad *stricto sensu* coincide sustancialmente con la que propone Alexy. En efecto, para este autor

blemente se generan cuando se limita un derecho a fin de proteger otro derecho o bien constitucionalmente protegido. Debe, en suma, procederse a una valoración confrontada de los intereses particulares y colectivos contrapuestos, lo que exige tomar en consideración todas las circunstancias relevantes del caso concreto”. Reitera el mismo autor más adelante que la ponderación es “la equilibrada relación que debe existir entre el medio y el fin en término de costes y beneficios” (MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, ps. 132 y 134).

⁹⁹ STC 66/1995, FJ 5º.

¹⁰⁰ Cfr. BIDART CAMPOS, G. J., *La Corte Suprema. El tribunal de las garantías constitucionales*, Ediar, Buenos Aires, 1984, p. 107. Ha dicho la Corte Suprema argentina que: “cuanto más alta es la jerarquía del interés tutelado, mayor puede ser la medida de la reglamentación” (“Partido Obrero [Cap. Fed.] s/Personería”, *Fallos*: 253:154, 1962). Y que: “[l]a medida de los intereses y principios de carácter público o tutelar, determinará la medida de las regulaciones en cada caso” (“Pedro Inchauspe y Hnos. c/Junta Nacional de Carnes”, *Fallos*: 199:483, 1944). No obstante, la Corte ha mantenido vigente el principio de que la reglamentación no puede alterar el derecho, sino que debe conservarlo incólume y en su integridad, sin degradarlo ni extinguirlo en todo o en parte. Cfr. el caso: “Hileret y Rodríguez c/Provincia de Tucumán”, *Fallos*: 98:20, 1903, p. 24. Sobre la necesidad de este límite y su operatividad no resulta posible extenderse aquí.

el tercer subprincipio se identifica con el “mandato de ponderación”¹⁰¹. Y este último, a su vez, parte de la existencia de una colisión de principios o de intereses, y consiste en “la ponderación de cuál de los dos intereses, *abstractamente del mismo rango*, posee *mayor peso en el caso concreto*”¹⁰². Consecuentemente, mantiene que “una intervención intensa está sólo justificada si lo está por razones de peso”¹⁰³.

Expuesto el principio de proporcionalidad, corresponde pasar a su crítica, que se concentrará de modo exclusivo en los aspectos vinculados al objeto de este trabajo.

4.3. Razonabilidad y respeto de los derechos fundamentales

Una norma será razonable, de acuerdo con lo dicho hasta aquí, si es: a) adecuada al fin; b) la menos restrictiva de los derechos fundamentales de entre todas las adecuadas; y, finalmente, c) respetuosa de una relación proporcionada entre los costos y los beneficios que causa.

A mi juicio este planteamiento de la razonabilidad no impide siempre y en todos los casos que el legislador o el administrador violen los derechos fundamentales. Dicho de otro modo, una conceptualización del principio de proporcionalidad que acabe en un balance entre el peso del derecho de que se trate y el de las razones que han conducido al legislador a decidir su restricción determina, en última instancia, que los derechos fundamentales pierdan su carácter de barrera infranqueable para el poder. En efecto, bastará el concurso de “razones de estado” más o menos convincentes para que los derechos sean dejados de lado. Ahí están para comprobarlo, por ejemplo, los excesos de los gobiernos *de facto* de algunos de los países latinoamericanos durante las décadas de los '70 y '80. Las consecuencias de este modo de ver no pueden ser más nefastas para la teoría general de los derechos fundamentales: en el mejor de los casos, los derechos quedarán en manos del consenso; siempre, habrán dejado de ser “triumfos frente a las mayorías”¹⁰⁴.

¹⁰¹ Cfr. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* cit., p. 112.

¹⁰² *Ibíd.*, p. 90. El énfasis está en el original.

¹⁰³ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* cit., p. 289.

¹⁰⁴ Según una conocida frase de R. Dworkin, los derechos humanos son “triumfos políticos en manos de los individuos”. Por tanto, no pueden ser alterados ni siquiera por consenso. Cfr. DWORKIN, *Los derechos en serio* cit., p. 37.

JUAN CIANCIARDO

El peligro al que se alude aquí se pone de manifiesto con claridad en el siguiente esquema:

M_4 r 3. Si $F a$, la medida sería proporcionada. Pero M_4 restringe la norma N_4 de modo tal que resulta afectado el contenido esencial del derecho fundamental que esa norma reconoce.

Por tanto, como ya se ha dicho, sería suficiente encontrar un fin aparentemente elevado y un medio “balanceado” en relación con el peligro que se intenta conjugar para hacer de la razonabilidad un criterio meramente formal¹⁰⁵, frustrándose así la razón de ser del propio principio¹⁰⁶. A semejante conclusión se llega examinando la ponderación de bienes, a la que adhiere Alexy¹⁰⁷.

4.4. *La “tesis de la razonabilidad” y su virtualidad como crítica a la propuesta de Alexy*

Alexy, como se ha visto en este trabajo, acepta la existencia de una conexión entre Derecho y moral. Se trata de una conexión que podría calificarse como “débil”, por las siguientes razones: a) es cualificante y no clasificante; b) desde la “perspectiva del observador” no permite distinguir un orden jurídico de un orden de dominación; c) conecta al Derecho con la “moral correcta”, pero identifica a la moral correcta con la moral “fundamentable”, sin dar mayores precisiones.

De acuerdo con la que podría ser llamada “tesis de la razonabilidad”, el principio de razonabilidad sólo satisface su afán protector de los

¹⁰⁵ Esto es señalado con acierto por A. B. Bianchi en su crítica del caso argentino “Peralta, Luis A. y otro c/Estado Nacional (Ministerio de Economía –Banco Central–)”, 1990, E. D. 141-519. Cfr. BIANCHI, A. B., *La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica*, en L. L. (A.) 1991-C-141.

¹⁰⁶ Se ha dicho, en este sentido, que la proporcionalidad “corresponde a la idea de que el individuo es una persona y no puede ser tratado como un simple objeto”, y que ello conduce a la necesidad de imponer al Estado un ejercicio moderado de su propio poder (GEORGIADOU, A. N., *Le principe de la proportionnalité dans le cadre de la jurisprudence de la Cour de Justice de la Communauté Européenne*, en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie* 81 [1995], ps. 532-541, p. 533).

¹⁰⁷ Cfr. RIVAS, P., *Notas sobre las dificultades de la doctrina de la ponderación de bienes*, en *Persona y Derecho* 41 (1999), ps. 105-119; y, también, SERNA, P. y TOLLER, F., *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000.

derechos constitucionales si se admite su apertura hacia conceptos como los de “contenido esencial” o “contenido inalterable”. Ahora bien, no puede entenderse que tales conceptos tengan sentido en el marco de “alguna moral” o de una moral “correcta” si por ella se entiende una moral “fundamentable”, tal como propone Alexy, por los argumentos vertidos en el epígrafe precedente. He aquí una debilidad grave de la propuesta de Alexy.

Debe admitirse, no obstante, la coherencia inicial de nuestro autor, puesto que la asociación entre el mantenimiento de una conexión débil entre Derecho y moral y la doctrina de la ponderación de bienes es inevitable. Lo impone, en primer lugar, la característica “indeterminación” de los principios, y, además, la asunción como moral “suficiente” de cualquier moral “fundamentable”. Esa coherencia está bien calificada como “inicial” porque la doctrina de la ponderación no es fácilmente conciliable con el carácter indisponible de los derechos constitucionales, como ya se ha dicho.

Esta crítica dinámica conduce inevitablemente a otras. La primera, de orden lógico, es la siguiente: la vigencia de la pretensión de corrección no puede asentarse sobre sí misma, responde a algo fundante que se encuentra por detrás o por debajo de ella. Se trata, en última instancia, de una exigencia moral. Cabe sostener dos objeciones a esta hipótesis: a) entender que la constatación de la pretensión de corrección es sólo una constatación, y que no resulta posible ir más allá del dato sociológico. Esta alternativa supone, sin embargo, una renuncia al carácter normativo de la pretensión, y no es eso lo que propone Alexy, sino más bien lo contrario; b) intentar fundamentar la pretensión de corrección con argumentos puramente lógicos. Aquí el problema es similar, y corresponde sólo remitir a lo dicho *ut supra* al respecto. En suma, la preservación del carácter normativo de la pretensión de corrección exige admitir su fundamentación en la moral. Y éste es uno de los pasos que no acaba de dar Alexy, y que resulta indispensable que dé si pretende que el conjunto de su teoría sea verdaderamente coherente. La segunda crítica parte de la primera. Si se pretendiese fundamentar la pretensión de corrección y la vigencia de determinados principios en “alguna moral” o en “cualquier moral fundamentable”, como podría pensarse que hace Alexy, tampoco se avanzaría demasiado. Tan-

JUAN CIANCIARDO

to una como otra hipótesis condenarían a los derechos constitucionales a un fracaso operativo. La tesis de la razonabilidad fundamenta esta afirmación en ambos casos. La fundamentación en “alguna moral” ya se ha tratado. El recurso a una “moral fundamentable” corre suerte parecida: que algo sea fundamentable presupone una selección de las bases de la fundamentabilidad. Caben, llegados aquí, dos alternativas: a) que esa selección dependa del consenso, y en ese caso el mecanismo será criticable desde la perspectiva de la tesis de la razonabilidad; b) un procedimiento *ad infinitum*, que acaba siendo igualmente estéril.

Lo dicho hasta aquí pone de manifiesto la necesidad de explorar caminos conceptuales superadores de la propuesta alexyana, asumiendo todo lo que ella tiene de positivo, fundamentalmente la percepción de que el Derecho “vivo”, tal como de hecho se da en la sociedad, se encuentra (afortunadamente) transido de moralidad¹⁰⁸.

No obstante, como se ha expuesto a lo largo de este trabajo, en los tres elementos que vertebran el concepto de Derecho que defiende Alexy se encuentran dificultades, algunas más importantes que otras. En efecto, en lo que se refiere a la pretensión de corrección, su aceptabilidad depende de la aceptación de sus límites, cosa que no parece clara en el esquema propuesto por Alexy, quien acaba admitiendo la juridicidad de un orden normativo “de dominación”. El argumento o tesis de la injusticia se ha dicho aquí que plantea objeciones tanto operativas como epistemológicas. Por último, tanto la pretensión de corrección como la tesis de los principios se tornan endebletes si se las considera desde el principio de proporcionalidad. El problema principal, que aparece como trasfondo de las críticas anteriores, consiste en que

¹⁰⁸ Entre los numerosos aspectos positivos del planteamiento de Alexy pueden resaltarse los siguientes: a) la esclarecedora sistematización que lleva a cabo Alexy de la disputa entre positivismo y no positivismo; b) la afirmación de la necesidad de aceptar puntos de partida en el razonamiento práctico, puesta de manifiesto en la asunción de la pretensión de corrección como punto de partida del razonamiento judicial; c) la intuición de que los órdenes normativos extremadamente injustos no son jurídicos; d) su intento de trazar una teoría distintiva “fuerte” (“estructural”, en su terminología), entre principios y reglas –no del todo exitoso, por razones que aquí no pueden exponerse (cfr., al respecto, CIANCIARDO, J., *El control constitucional de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, 2001, *pro manuscrito*, Cap. 3, p. 7)–.

la adopción de una perspectiva meramente formal –o, en otras palabras, la defensa de una tesis “débil” de la vinculación– disuelve la relación entre Derecho y moral o, mejor dicho, la reduce –por las razones brindadas– a una cuestión estadística¹⁰⁹.

Que Alexy no llegue a dar respuesta a estos problemas proviene, quizá, de lo siguiente: nuestro autor se define como no-positivista. Esto le ha merecido la crítica de presentar su teoría como una negación. Se trata de una construcción que pretende criticar al positivismo desde el positivismo mismo. Más allá de la debilidad que pueda tener la teoría alexyana como consecuencia de haberse construido a partir de negaciones, de la lectura de su obra parece desprenderse una consideración insuficiente del iusnaturalismo. No hay diálogo con los autores iusnaturalistas, ni siquiera con los contemporáneos. Esto la priva de aportes sin duda sugerentes en distintos aspectos, sobre todo del que hemos tratado en este epígrafe, y en lo referente a la fundamentabilidad y al estatuto epistemológico de la pretensión de corrección, de la injusticia y de los principios.

¹⁰⁹ No resulta posible llevar a cabo aquí una exposición completa de las alternativas que salvarían al principio de razonabilidad de su pérdida de sentido. Esta tarea ya ha sido realizada en otro trabajo, al que corresponde remitir. Basta con señalar lo siguiente. No parece justificada una inaplicación lisa y llana de todo el principio, como propone J. Jiménez Campo. Para este autor, “el enjuiciamiento de la ley no perdería gran cosa, y ganaría alguna certeza, si se invocara y practicara menos –o se excluyera, sin más– el principio de proporcionalidad como canon autónomo o directo. Juzgar la proporcionalidad de una medida, legal o no, es sólo, en síntesis, comparar, sopesar o ponderar ‘pérdidas’ y ‘ganancias’ que, en lo jurídico, no son racionalmente mensurables y que apenas dejan margen –esto es lo que importa– a la argumentación y contraargumentación según criterios dotados de alguna objetividad” (JIMÉNEZ CAMPO, J., *Artículo 53. Protección de los derechos*, en ÁLZAGA VILLAMIL, O., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1996, t. IV, ps. 438-529, esp. p. 488). Existen, en efecto, alternativas “salvadoras” de la proporcionalidad. Son al menos dos: a) agregar al test de razonabilidad el del contenido esencial (cfr. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador...* cit., ps. 145-165); b) distinguir dentro del juicio de proporcionalidad *stricto sensu* entre alterabilidad y justificación. Una crítica de la primera opción y un desarrollo distinto de los habituales de la segunda en CIANCIARDO, *El conflictivismo en los derechos fundamentales* cit., Cap. 4; del mismo autor, *La máxima de razonabilidad y el respeto de los derechos fundamentales* cit., pássim, y *El control constitucional de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, 2001, *pro manuscrito*, pássim.

JUAN CIANCIARDO

En suma, Alexy defiende un cognitivismo débil, basado en una versión débil de la fundamentación pragmático-trascendental de la pretensión de corrección, y propugna una versión débil de la tesis de la única respuesta correcta. Ambos factores conducen a una vinculación débil entre Derecho y moral. Los desarrollos precedentes permiten concluir que la ausencia de contenidos materiales “fuertes” tiene como consecuencia un efecto legitimador, contra el cual, dicho sea de paso, el propio Alexy pretendía alzarse (el objetivo de su teoría es la resolución de los inconvenientes derivados de las injusticias legales).

UNA FUNDAMENTACIÓN DE LA DEMOCRACIA

por ULISES SCHMILL O.

1. **Ámbito del presente trabajo**

La delimitación de nuestro ámbito de estudio es una tarea preliminar que no debemos evitar. Se trata de establecer la finalidad teórica que perseguimos con este ensayo.

La democracia, como toda institución social, puede ser objeto de las más diversas consideraciones, llevadas a cabo desde perspectivas muy diferentes, determinadas por los intereses del sujeto que haga esas consideraciones. Por lo tanto, la primera distinción que deberemos hacer se encuentra relacionada con el principio de “neutralidad valorativa” de Weber¹ o su expresión equivalente en la teoría de Kelsen: el principio de la pureza metódica². Mantendremos con toda pulcritud la distinción entre consideraciones descriptivas o explicativas y consideraciones valorativas y excluirémos de nuestros intereses estas últimas. En este ensayo no nos proponemos hacer una apología de la democracia o hacer vilipendio de ella, a la manera como los oligarcas griegos criticaban la democracia ateniense como el dominio de la masa, de los muchos, de los pobres, tal como puede leerse en el texto del Viejo Oligarca, atribuido a Jenofonte³, o en los textos de Platón y Aristóteles⁴.

¹ Cf. Weber (*CV*, ps. 221 y ss.).

² Cf. Kelsen (*TGE*, p. VIII, *PTLI*, p. 7; *PTL2*, p. 1).

³ Xenophon (*CA*, p. 37); cf. Ober (*PDDA*, ps. 17 y ss.).

⁴ Ober (*PDDA*, Caps. 4 y 6).

ULISES SCHMILL O.

De manera análoga, con base en la diferenciación entre el estudio dogmático de una pluralidad de normas y el análisis de los hechos reales históricamente determinables de su aplicación, las siguientes líneas se apartarán de hacer descripciones de la forma en que las instituciones democráticas, vigentes en un Estado determinado, en un tiempo y lugar concretos, han sido aplicadas. No haremos reflexiones y análisis que pertenezcan a la jurisprudencia dogmática ni explicaciones causales sociológicas de la aplicación de las normas positivas de un Estado que establecen una Constitución democrática.

Frente a una pluralidad de normas se puede asumir una postura teórica reconstructiva, que tiene dimensiones explicativas. Se trata de comprender el contenido de las normas positivas que constituyen una institución determinada, haciendo explícitos los conceptos presupuestos, no formulados normativamente, que determinan esos contenidos normativos como un todo pleno de significado. Nos referimos a la “ideología”⁵ que se encuentra en la base de muchas instituciones y que permite la comprensión unitaria de sus contenidos. Estas bases ideológicas serán usadas para comprender el contenido de la institución jurídica de la que nos ocuparemos en este trabajo, la democracia, y no serán usadas para justificarla. Es posible describir con objetividad estas ideas subyacentes, estas “ideologías”, sin tomar una posición valorativa. Se trata de establecer las ideas subyacentes que permiten la comprensión como un todo significativo de la institución de la democracia como forma de Estado.

2. Teoría de la identidad del Derecho y el Estado

Con las teorías de Weber⁶ y Jellinek⁷ estaba preparado el camino para que Kelsen formulara su teoría de la identidad del Derecho y del Estado. Esta teoría no debe entenderse en el sentido de que el Derecho, como conjunto de mandatos o normas obligatorias, y el Estado, como poder o cuadro coactivo que tiene su propio orden, son uno y el mismo objeto, porque ello conduciría a la identificación de dos objetos, que

⁵ Ober (*MEDA*, ps. 38-40).

⁶ Weber (*ES*, ps. 39 y ss.).

⁷ Jellinek (*TGEJ*, ps. 130-147).

de antemano se han considerado como distintos. Si el Estado es el poder de un cuadro coactivo que garantiza la obligatoriedad del conjunto de normas constitutivas del Derecho, la tesis de la identidad de ambos es imposible y contradictoria, pues se ha partido del supuesto de que el Derecho y el Estado son dos objetos distintos y dos objetos distintos no pueden ser idénticos.

El concepto que se tenga del Derecho determina la aceptación o el rechazo de la teoría de la identidad del Derecho y del Estado. Toda teoría sobre el Derecho que excluya de su concepto la nota esencial de la coactividad se cierra de antemano la posibilidad de aceptarla. Hay una larga tradición jurídica que concibe al Derecho positivo relacionándolo con el concepto de la coacción. Ihering dice que la coacción del Estado es el criterio absoluto del Derecho, aunque la considera como “un elemento exterior al Derecho”⁸. En esta afirmación se encuentra consignada la tesis de que el Derecho sólo puede ser concebido con el concepto de coacción, acercándose de manera muy estrecha a las concepciones de Weber y Jellinek. El Derecho y el Estado se implican, se relacionan de manera esencial: la coacción del Estado permite definir a la norma jurídica, pero es un “elemento exterior” al Derecho.

En contraposición parcial, Kelsen, desde su primera obra, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado, desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*⁹, presenta de manera enfática la hipótesis fundamental: la norma entendida como un enunciado hipotético, que dispone el ejercicio de la coacción por los órganos del Estado. El Derecho, en resumen, es entendido como un orden coactivo de la conducta humana. Kelsen lleva a cabo un cambio fundamental: en vez de concebir a la coacción estatal como un elemento externo al Derecho, la concibe como parte integrante de la norma jurídica. Esto es posible porque su teoría es el resultado de haber realizado un procedimiento intelectual que he denominado *interiorización de la coacción en la norma jurídica*. Esta interiorización tiene que producir un cambio fundamental en la concepción de la forma de la norma jurídica: la norma no es concebida como un imperativo, como una regla que

⁸ Ihering (*FED*, ps. 159-160).

⁹ Cf. Kelsen (*HP*).

ULISES SCHMILL O.

prescribe una determinada conducta, a la manera como lo hacen las normas del Decálogo: ¡Haz X!, ¡No hagas Y! Si la coacción se introduce dentro de la norma de manera que ésta dispone el ejercicio condicionado de la voluntad coactiva del Estado, es claro que su forma debe tener carácter hipotético o condicional: sólo bajo ciertas condiciones o supuestos deben ejercerse, como consecuencia, actos coactivos de unos hombres contra otros hombres. Carece de sentido un imperativo cuyo contenido fuera el ejercicio de la coacción. Su formulación sería así: “¡Coacciona!”, lo que, en rigor, es totalmente inadecuado, pues está ordenando el ejercicio de la coacción en todo caso. La coacción, determinante del concepto del Derecho, deja de ser un elemento que se encuentra *fuera* del contenido de la norma, como un elemento social o natural o psíquico o de cualquier carácter que se quiera. En esto se encuentra la diferencia fundamental entre Kelsen y todos los demás autores que hablan de la coacción estatal. Con esto, toda la problemática sobre la coacción y el monopolio de la fuerza y la violencia¹⁰ se ha transformado pues, en vez de concebirlas causalmente y como elementos naturales externos al Derecho que garantizan su cumplimiento, adquiere carácter normativo y pierde esa dimensión sociológica naturalista. El Derecho no es sólo un conjunto de normas que imponen obligaciones, con la garantía externa de un cuadro coactivo, sino un conjunto de normas que facultan al cuadro administrativo para imponer sanciones, incluso coactivamente¹¹, a otros sujetos, los cuales son o están obligados por las normas jurídicas precisamente por ser el objeto de actos de coacción. Estar obligado y ser objeto de un acto de coacción ordenado condicionalmente por una norma son expresiones sinónimas. El llamado “acto antijurídico” debe, entonces, formar parte integrante de la norma, debe ser un elemento integrante del contenido del Derecho, pues constituye la condición o supuesto de la sanción. Con ello, el delito pierde su característica de ser algo ajeno al Derecho, algo que lo ataca o intenta destruir, algo anómico, para convertirse en el supuesto

¹⁰ Weber (*PV*, p. 83).

¹¹ Kelsen (*TGE*, p. 62): “Si el Derecho es un orden coactivo, cada norma jurídica habrá de prescribir y regular el ejercicio de la coacción. Su esencia tradúcese en una proposición, en la cual se enlaza un acto coactivo, como consecuencia jurídica, a un determinado supuesto de hecho o condición”.

del acto coactivo estatal, pues éste se ejerce contra el sujeto o sujetos que realizaron el acto que aparece como condición de la norma.

Podemos sacar de modo inmediato la siguiente conclusión: si el Estado es un cuadro coactivo y el Derecho es un orden coactivo, y tomando en cuenta que el cuadro coactivo del Estado posee un orden con base en el cual es posible hacer la imputación de ciertos actos a su unidad, *ergo* el Estado es idéntico al Derecho.

Una consecuencia inmediata de lo anterior es que todos los problemas relacionados con el Estado, en la concepción tradicional, al quedar incorporados en la norma jurídica, se han convertido en problemas normativos y el Estado es concebido como el mismo orden jurídico¹².

La identidad del Derecho y del Estado significa, en el fondo, que todo problema referente al Estado es un problema jurídico y debe resolverse en función de las normas jurídicas. Éste es el sentido teórico de la teoría de la identidad del Derecho y del Estado¹³.

3. Teoría jurídica de las formas de Estado

Jellinek había observado que las divisiones de las formas de Estado que se han propuesto en el curso de la historia no tenían en cuenta el “elemento peculiar” del Estado que lo distingue de todas las demás formaciones sociales: el poder¹⁴. Jellinek considera que el criterio que

¹² Cf. Kelsen (*SJS*); Kelsen (*CTGE*, ps. 116-7).

¹³ Kelsen (*CTGE*, ps. 131-2).

¹⁴ Jellinek (*TGEJ*, p. 538). Para mostrar la falta de un criterio sistemático para clasificar las formas del Estado, expone las siguientes clasificaciones: “Algunos ejemplos darán una idea del subjetivismo y confusión que reina en esta materia: despotismo, teocracia, Estado de Derecho (*Welcker*); repúblicas, autocracias, despotismo (*Heeren*); Estados orgánicos y mecánicos; y entre los primeros, Estados nómadas y agrícolas; entre los últimos, jerarquías e ideocracias, regímenes militaristas, plutocracias (*Leo*); Estados idólatras, individualistas, de razas, formales (*Rohmer*); particulares, patrimoniales, Estado antiguo, Estado de Derecho en la época moderna (*Mohl*); soberanía de uno, que se divide en monarquías y repúblicas monocráticas y pleonocráticas (*Gareis*). En el libro de SCHWARCZ, *Elemente der politik*, ps. 79 y ss., se hallarán infinidad de divisiones de la literatura moderna, según las distintas direcciones: aristocracias, timocracias, democracias puras, democracias de cultura y formas mixtas; dominaciones hereditarias y Estados libres; Estado policía y Estado de Derecho; Estados centralizados

ULISES SCHMILL O.

debe ser utilizado para determinar las formas del Estado sólo puede hallarse en el “fundamento de las relaciones constantes de voluntad que alcanzan en él su expresión”¹⁵. Esto significa, en terminología más moderna, la forma como se ejerce el poder dentro del Estado, lo que se manifiesta en una división jurídica sobre “el modo de formación de la voluntad del Estado”¹⁶. Con esto orienta su proceder teórico por un camino correcto, con base en la brújula del Derecho, a la que por cierto desconoce cuando hace la aplicación correspondiente, pues considera que puede clasificarse a los Estados conforme la Constitución establezca la formación de la voluntad estatal “mediante un proceso psicológico, esto es, natural, o por un proceso jurídico, esto es, artificial”¹⁷.

Si la teoría del Estado es teoría jurídica, en el sentido de que todos los problemas relativos al Estado deben plantearse y resolverse primeramente de manera normativa, entonces la determinación de las formas del Estado debe ser planteada y resuelta con base en el Derecho positivo. ¿Cuál es el criterio jurídico que nos permite tipificar las diferentes formas del Estado? Preguntamos por el principio con arreglo al cual las formas estatales pueden ser tipificadas. Ya desde la antigüedad se utiliza el criterio del número de personas que se encargan de la creación del orden estatal y de las cualificaciones para ejercer esas funciones.

4. Determinación formal de la democracia y la autocracia

La democracia y la autocracia como formas del Estado pueden concebirse de manera puramente formal, haciendo referencia a los conceptos derivados de una concepción dinámica del Derecho. En esta determinación de carácter formal, es necesario enfatizarlo, no interviene elemento ideológico, deóntico o valorativo alguno. Es neutral en relación con cualquier clase de valor, estimativa o preferencia. Por ello,

y Estados organizados tomando por base el *self-government*; Estados que descansan sobre la autonomía provincial y municipal, y formas mixtas; Estados con una sola lengua, con varias; territoriales, nacionales y de nacionalidades; Estados homodoxas y polidoxas, en infinidad de otras subdivisiones” (ibídem).

¹⁵ Jellinek (*TGEJ*, p. 539).

¹⁶ Jellinek (*TGEJ*, p. 540).

¹⁷ Ibídem.

es puramente descriptiva y operacional: el concepto determina cuáles son las notas que poseen los objetos a los que se les califica de democráticos o autocráticos, sin pretender justificarlos. Es una especie de geometría social. Estos conceptos formales son insatisfactorios emotiva y conceptualmente. Los hombres demandan más de un concepto social, sobre todo cuando su vida y sus intereses más preciosos se encuentran sujetos a los órdenes sociales o estatales a los que se refieren esos conceptos formales. De la descripción queremos pasar a la explicación, o mejor, a la reconstrucción conceptual. Si hay peste en Tebas, entonces se demanda que el oráculo dé la explicación de los sufrimientos del pueblo tebano. Esta explicación pueden proporcionarla los dos conceptos: de “libertad”, entendido como libertad política, y de “igualdad”, como lo veremos en el apartado siguiente.

Para darnos a entender con mayor pulcritud y con el objeto de tener un esquema de lo que se dice, quiero representar el acto de creación de una norma de la siguiente manera, que es la más simple posible:

(NP) a(n) Norma positiva

Como todo acto, el de creación de una norma se lleva a cabo por un sujeto (p), tiene un cierto contenido o significado (m), y acontece en un tiempo específico (t) y en un espacio determinado (e). Si incorporamos en nuestro esquema estas *dimensiones de realización* del acto de creación de una norma, tenemos:

(DR) a(p, m(=n), t, e) Dimensiones del acto normativo

La dimensión material *m* de un acto de emisión de una norma, i. e., el sentido del acto habla de emisión de una norma o mandato, es el contenido de la misma, como significación ideal. Esto explica que la dimensión de realización material *m* del acto de creación normativa sea la misma norma.

Cuando las dimensiones de realización de un acto normativo están determinadas en una norma, reciben el nombre de *ámbitos de validez de la norma*. Por lo tanto, toda norma al regular la conducta humana determina las dimensiones de realización de ésta, i. e.,

(AV) n(p, m, t, e) Ámbitos de validez normativa

ULISES SCHMILL O.

Una pluralidad de normas que forman un orden ON^{18} se describen indicando cuáles son sus ámbitos de validez normativa.

La democracia, desde un punto de vista formal, puede caracterizarse si se relacionan las *dimensiones de realización* de los actos creadores de un orden normativo ON con los ámbitos de validez de este propio orden normativo, en especial por lo que respecta al ámbito personal de validez. Formalmente hablando, democrático es aquel orden normativo en el que existe identidad de los sujetos creadores del orden normativo y los sujetos sobre los cuales es válido dicho orden. Aquí el concepto determinante es el de la identidad entre los sujetos creadores y los sujetos sometidos al orden (o lo que es lo mismo, los sujetos para los cuales dicho orden es válido). Es el resultado de relacionar la *dimensión personal de realización* del acto creador de las normas con el ámbito personal del orden normativo creado. Utilizando los esquemas anteriores, podemos representar este concepto de la siguiente manera:

$$(D) \quad a_i(p^c, m(=ON[p^s, m, t, e]), t, e) \quad \text{Democracia o autocracia}$$

$\underbrace{\hspace{10em}}$
 $= \text{ ó } \neq$

lo cual significa que los sujetos que llevan a cabo el proceso creador del orden normativo ON , p^c , son o no son los mismos que los que constituyen el ámbito personal de validez del orden normativo creado por dicho procedimiento (los súbditos), i. e., p^s . Es decir, si existe la identidad mencionada, estamos frente a un orden normativo democrático:

$$p^c = p^s \text{ ó } \mathbf{I}(p^c, p^s) \text{ -- democracia.}$$

En cambio, si tenemos como estructura formal

$$p^c \neq p^s \text{ ó } \neg(p^c = p^s) \text{ ó } \neg \mathbf{I}(p^c, p^s) \text{ -- autocracia}$$

estamos frente a todas las formas de Estado que no son democráticas, las que podemos denominarlas genéricamente con el nombre de “au-

¹⁸ Por el momento prescindimos de analizar la estructura interna de este orden normativo ON . Puede estar constituido por una norma o por una pluralidad de normas, del mismo o de diferente grado.

toocracia”, pues en ellas no existe la identidad de los sujetos creadores del orden con los sometidos al mismo, que es la *conditio per quam* de la democracia, definida formalmente.

De estos principios se dejan derivar todas las formas de Estado, que siempre han tenido como concepto determinante el número de aquellos que ejercen el poder, es decir, de aquellos que llevan a cabo el procedimiento de creación del orden normativo *ON*.

5. Democracia directa

Si la dimensión personal de realización del acto creador de las normas jurídicas es idéntica al ámbito personal de validez del orden normativo creado y si ambos son idénticos al pueblo, i. e., si $p^c = p^s$ y $s = \text{pueblo}$, estamos frente a una democracia directa: es el pueblo en su totalidad el que crea las normas integrantes del orden normativo en cuestión.

$a_i(p^c, m(=ON[p^s(= \text{pueblo} = p^c), m, t, e]), t, e)$

De la observación de este esquema puede surgir la pregunta de cuál es el fundamento de considerar a ciertos actos, de la multiplicidad de ellos observable, como los creadores del *ON*, debemos decir que se consideran sólo aquellos cuya ejecución es empíricamente verificable, es decir, de aquellos que, conforme al sentido subjetivo de los mismos, logran que los demás se comporten. La eficacia de un orden normativo *ON* es el criterio determinante teóricamente para la identificación de ciertos actos como los constituyentes del orden jurídico de un Estado en particular. La formulación de este criterio en *la forma de una norma* llevó a Kelsen a postular su “norma fundante básica” o “norma fundamental hipotética”, a la que podemos simbolizar como “*nF*”. Con ello, el anterior esquema se transforma en el siguiente:

$nF\{a_i(p^c, m(=ON[p^s(= p^c), m, t, e]), t, e)\}$

De este último esquema podemos derivar que el orden normativo en cuestión, cuyo grado de democracia se está juzgando, es caracterizado como democrático por la existencia de un conjunto de normas *nF* que establecen el proceso de creación de *ON* de manera democrática. Este conjunto de normas que establecen la forma de creación demo-

ULISES SCHMILL O.

crática del orden en cuestión, son normas que establecen facultades, en la medida que determinan el proceso de creación de *ON*, en el que los sujetos que ejercen estas facultades son idénticos a los sujetos sometidos al mismo. Éste es un tipo ideal. Luego veremos las restricciones que este tipo ideal debe sufrir para acercarse a la descripción de los órdenes normativos reales, determinables históricamente. Lo que debe quedar claro es que esta *nF* es solamente la formulación del criterio de la existencia de un orden normativo, mediante la proyección de un modelo de las normas sobre los actos de poder observables.

Es necesario analizar brevemente las distintas votaciones que pueden darse dentro de un cuerpo colegiado que emite una norma, con objeto de establecer el *modus operandi* de las votaciones y los significados asociados a ellas.

Con la teoría del contrato social se ha estimado que el acto fundatorio del Estado debe realizarse estando de acuerdo la totalidad de la sociedad, es decir, se exige que exista unanimidad de votos aprobatorios en el acto de creación del contrato fundatorio. Esto ya está claro en Rousseau, como veremos posteriormente cuando exponamos la tesis de la libertad como el fundamento de la democracia. El esquema del principio de unanimidad para la creación del orden normativo *ON* en cuestión sería el siguiente:

(U) $nF\{a_i(p^c(100), m(100\% (+)) (=ON[p^s(= p^c), m, t, e]), t, e)\}$ Unanimidad

La razón por la cual ponemos la votación unánime dentro del ámbito material de validez es porque la unanimidad se refiere a la uniformidad en la aceptación del contenido normativo puesto a discusión: se vota afirmativamente por un cierto contenido. La materia de cada acto recibe un sí en el proceso de votación; por lo tanto, se requiere 100% de síes, la totalidad de los votos son aprobatorios. Empleando la terminología de Kelsen, la totalidad de los votos tienen el mismo contenido, en el caso, el contenido es aprobatorio de una cierta propuesta por el 100% de los que participan.

Cuando se exige la unanimidad de votos y existe un sujeto que vota en contra, se presenta la siguiente situación: no hay aprobación del orden normativo *ON*, es decir, no hay creación de las normas.

(VD) $nF\{a_i(p^c(100), m(99\% (+) + 1\%(-)) (\neg ON = \phi), t, e)\}$ Voto del disidente

En el caso de que se requiera para la aprobación de *ON* una votación de mayoría calificada, por ejemplo, del 75%, el esquema del mismo sería el siguiente:

$$(MC) \text{ nF}\{a_i(p^c(100), m(\min 75\% (+) + \max 25\%(-)) (=ON[p^s(= p^c), m, t, e]), t, e)\}$$

En este caso, los sujetos que votan la aprobación del orden normativo en cuestión, *ON*, se dividen en dos grupos: una mayoría del 75% o mayor y una minoría del 25% o menor. La mayoría vota a favor de la propuesta normativa y la minoría en contra, lo que está representado por los signos “(+)” y “(-)”.

La mayoría simple o absoluta tiene el siguiente esquema que se explica por sí mismo:

$$(MA) \text{ nF}\{a_i(p^c(100), m(\min 51\% (+) + \max 49\%(-)) (=ON[p^s(= p^c), m, t, e]), t, e)\}$$

En el caso de que se considere una mayoría relativa, en el supuesto de que existan tres proposiciones de creación normativa, su esquema sería el siguiente en el caso más simple:

$$(MR) \text{ nF}\{a_i(p^c(100), m_1(\min 34\% (+)) + m_2(\max 33\% (+)) + m_3(\max 33\% (+)) (=ON[p^s(= p^c), m, t, e]), t, e)\} \text{ Mayoría relativa}$$

En este caso, no existe una única proposición que ha de ser votada, sino por lo menos tres, en relación con las cuales se divide la votación y se aprueba aquella que obtenga el mayor número de votos. En el esquema está representada la votación mínima del ganador. Es claro que si el ganador obtiene una votación mayor que la mínima, lo hace a costa de cualquiera o ambas de las otras posibilidades.

El ámbito personal de validez de las normas que establecen los actos creadores de Derecho en una democracia, puede encontrarse más o menos modalizado, en el sentido de que puede contener calificaciones especiales para que los sujetos integrantes del pueblo estén facultados para participar en los procesos democráticos. En Grecia sólo los ciudadanos atenienses tenían estas facultades, estando excluidos los esclavos, los extranjeros, los locos, las mujeres y los infantes. Estas modalidades han sido tomadas en cuenta para hacer clasificaciones de las formas de Estado, como tuvimos oportunidad de indicar brevemente más arriba.

ULISES SCHMILL O.

6. Democracia indirecta o representativa

Hemos presentado la democracia directa en la que los sujetos creadores del *ON* son los mismos que los sujetos que estarán sometidos al mismo y en la que participa todo el pueblo. Pero en las democracias parlamentarias o representativas, estos esquemas no pueden aplicarse directamente, porque el proceso de creación del orden normativo está dividido por lo menos en dos etapas: una, referida al ámbito personal de validez de las normas que establecen el proceso de creación del *ON*, i. e., a la elección de los sujetos que realizarán los actos del proceso creador del orden y, otra, al proceso mismo de la creación del conjunto de normas, por ejemplo, el proceso legislativo.

(DR) $nF\{a_0(p(10^7), m(U \vee MA \vee MC \vee MR)) \rightarrow p^c(100), t, e), a_i(p^c(100), m(51\% (+) + 49\%(-)) (=ON [p^s(10^8), m, t, e)], t, e)\}$ Democracia representativa

¿Qué significa este esquema? La norma que establece la facultad nF contiene dos procesos de creación normativa: $a_0()$ y $a_i()$. a_0 está orientada a la constitución del ámbito personal de validez del procedimiento de creación de *ON*, es decir, p^c , a la determinación de los sujetos que integran el órgano creador del orden normativo *ON*, por ejemplo los titulares del órgano legislativo, es decir, los diputados y los senadores. Se trata del proceso electoral del órgano legislativo, el cual puede tomar cualquiera de las modalidades expuestas más arriba U , MA , MC , o MR . Como toda facultad prevista en una norma contiene sus ámbitos de validez: p se refiere al conjunto de sujetos, generalmente los ciudadanos que ejercerán esas facultades eligiendo a los sujetos que van a llevar a cabo el proceso de creación del orden normativo en cuestión *ON*. En el caso, se supone que son en cantidad de 10^7 , o sea, 10 millones de electores, los cuales van a elegir a x número, representado por 100. Todas las cualificaciones jurídico-positivas necesarias para ser ciudadano y para ejercer las facultades electorales están simbolizadas aquí. El ámbito material es el contenido del acto a_0 , que se refiere a los sujetos que resultarán electos por el ejercicio del derecho político. Es claro que la elección se lleva a cabo en un lugar y en un tiempo determinado, lo que especifican las letras t y e que se encuentran dentro del paréntesis de a_0 . Estamos en presencia

de la que constituye la democracia representativa. Las diversas modalidades de la elección de los sujetos que ejercerán las facultades de creación del orden normativo, como el sistema proporcional, se pueden representar aquí.

Las otras formas de Estado se dejan derivar de nuestros esquemas fundamentales, atendiendo tanto a la cualificación de los sujetos que llevan a cabo el proceso de creación del *ON*, como a la forma de designación de él o ellos.

$nF\{^a_0(p \text{ (herencia, designación, etc.)}, m \rightarrow p^c, t, e), a_i(p^c \text{ (uno o varios con cualificaciones)} \neq p^s, m(=ON[p^s, m, t, e]), t, e)\}$

Esto significa que siempre existe empíricamente un acto de designación o nombramiento o elección a_0 tomando como parámetros para ello cualquier criterio menos la elección popular. El sujeto facultado para crear *ON* es uno o varios, los cuales se encuentran específicamente cualificados, en ciertos sentidos, ya sea por sus cualidades de nacimiento, por pertenecer a una clase, etcétera, i. e., $\in \mu$, donde μ es una variable para designar esas cualificaciones.

7. Teoría de la representación¹⁹

Debe hacerse una distinción entre el concepto de representación y el concepto de órgano de un orden, pues comúnmente se confunden. La representación supone la existencia de dos sujetos *A* y *B*, los cuales tienen la capacidad, jurídica o de otra clase, para realizar un acto determinado y se encuentran en una relación determinada que más adelante especificaremos. En cambio, ser órgano de un orden significa que un sujeto *A* tiene la facultad de crearlo o ejecutarlo, pero no existe esa peculiar relación entre dos sujetos. Ciertamente, se acostumbra afirmar que el órgano representa a la persona colectiva constituida por ese orden, pero entonces se está haciendo uso de la ficción de la persona. Expresado lo anterior con las enérgicas palabras de Kelsen, se diría:

La organización (en sentido jurídico-esencial) no es representación,

¹⁹ Para un análisis de los diversos conceptos sobre la representación cf. Fenchel (*CR*).

ULISES SCHMILL O.

porque ésta es una relación material entre distintos hechos (o entre los hombres que la realizan), mientras que la primera es la relación de un hecho con un orden o sistema de hechos. Es una aplicación radicalmente equivocada de la idea de representación a la relación del Estado con sus órganos, el considerar a aquél como un hombre que, a la manera del niño y del loco, carece de “voluntad” y sólo puede “querer” a través de sus órganos, que son sus “representantes” legales, pues la voluntad del “Estado” es algo esencialmente distinto de la voluntad que un hombre manifiesta al realizar un hecho. ...Sólo la hipóstasis de la unidad personificada del orden jurídico puede llevar a desviaciones tan grotescas²⁰.

La teoría de la representación de Kelsen es la siguiente:

En virtud de determinación positiva, la voluntad del representante *B* “vale” como voluntad del representado (*A*). Pero esto no significa sino que si *B* realiza el hecho *X*, éste ha de tener la misma consecuencia (*Y*) que si lo hubiera realizado *A*. Si, por ejemplo –para poner un caso de representación legal–, el tutor celebra, en calidad de tal, un contrato, comprometiéndose a ciertas prestaciones, el incumplimiento lleva aparejada la ejecución en el patrimonio del pupilo. Es una abreviación decir que, dentro de esta relación, la voluntad del tutor es voluntad del pupilo. Se parte del siguiente principio general de Derecho: si alguien contrae una obligación contractual por propia voluntad (y ningún contrato es posible si no se trata de una manifestación de voluntad “propia”, auténticamente libre), en caso de incumplimiento debe seguirse ejecución en su patrimonio (esto es, en el del que realizó el contrato). Aplicando los signos convencionales anteriores, la fórmula de este principio es como sigue: si *A* realiza el hecho *X*, debe aplicarse la consecuencia *Y*; y el contenido de esta consecuencia se dirige contra *A*. Pero esta regla tiene excepciones. Hay casos en que la manifestación de voluntad de otro tiene las mismas consecuencias que la propia. Para la exposición, es más fácil no formular este caso excepcional como regla autónoma, y no señalar expresamente las consecuencias. Se dice: si *B* realiza el hecho *X*, se aplican las mismas consecuencias que si lo hubiera realizado *A*. En el caso de que *B* realiza el hecho *X*,

²⁰ Kelsen (*TGE*, p. 400). Jellinek afirma que la relación de representación se da entre un órgano primario (en nuestra terminología *A*) y uno secundario (en nuestra terminología *B*). Jellinek (*TGEJ*, p. 478).

se remite –para las consecuencias– al caso de que ese hecho sea realizado por A, porque se considera que la regla del segundo caso es limitación de la del primero, que es la regla fundamental y capital²¹.

El siguiente esquema expresa esta teoría:

(R) Si $A(X) \rightarrow Y/A$; si $B(X) \rightarrow Y/A$, entonces B es representante de A.

La exposición es muy clara. La representación es la relación entre dos hechos distintos, relacionados de manera específica. Las mismas consecuencias jurídicas en contra del patrimonio de A se realizan o deben realizarse para el caso en que realice A la conducta X, pero también para el caso en que la realice B, i. e., $A(X) \vee B(X) \rightarrow Y/A$. Si esto es establecido contractualmente estamos frente al negocio jurídico del mandato. Si está establecido legalmente, sin que intervenga la voluntad de A, estamos en presencia de la representación legal.

En principio, el sujeto A está en posibilidad jurídica de llevar a cabo o realizar el hecho X que tiene la consecuencia Y/A. No siempre es esto posible y la representación, o mejor, el modelo de la relación de representación se extiende a casos en los cuales se considera que ciertas personas no pueden llevar a cabo, por circunstancias especiales, los hechos que son el supuesto de estas relaciones, es decir, hay sujetos o personas que no se encuentran en capacidad de llevar a cabo la manifestación de voluntad que constituye el supuesto de la creación del contrato y sus consecuencias. Esta relación de representación se encuentra relacionada con el concepto de responsabilidad, relación que no explicaremos en este lugar. En este caso, se dice que el sujeto representado sólo quiere por conducto de su representante, que manifiesta su voluntad a través de sus representantes. A los sujetos jurídicos, a las personas que carecen de voluntad psicológica generalmente se les da un representante, para que por conducto de éste manifiesten su voluntad. Claramente aquí puede percibirse una ficción. Lo que acontece es que el representado no está en capacidad de realizar X, es decir, no se da ni puede darse el caso $A(X)$, porque el sujeto A, por ser menor de edad o loco, no tiene la capacidad de manifestar su voluntad para obligarse. Se dice que B es su representante, por ser el

²¹ Kelsen (TGE, p. 398).

ULISES SCHMILL O.

único que puede manifestar su voluntad, que no vale como propia, sino como del representado, puesto que las consecuencias del incumplimiento recaen sobre el patrimonio de éste y no de aquél. El esquema sería:

Si $\neg A(X)$ y $B(X)$, entonces Y/A

En este esquema, $A(X)$ no puede realizarse, aunque podría llegar a realizarse, por ser una persona, y $B(X)$ se presenta de manera que tendría la misma consecuencia que lo hubiera realizado A , entonces hay una relación de representación legal, no convencional. Podría decirse que A responde por la conducta de B , su representante. Como esto va en contra de los sentimientos jurídicos normales se atenúa este disgusto diciendo que A ha querido por conducto o a través de su representante. Subyace el concepto de que A por ser persona podría querer, tiene la posibilidad abstracta de querer. Si esta posibilidad abstracta se simboliza con el signo de la posibilidad (M), entonces podríamos escribir

Si $\neg A(X)$ y $MA(X)$ y $B(X)$, entonces Y/A

Con ello, se acallan los inconvenientes de situaciones tan contrarias a nuestro sentimiento de conveniencia práctica y de diversa otra índole, como criterios de justicia, pues en principio choca con estos criterios que un incapaz sea responsable por los actos de su representante.

Si el sujeto A por sus características no puede jurídicamente, en ningún caso, realizar el hecho $A(X)$, pero sin embargo se quiere poder imputarle las consecuencias al mismo, lo más cómodo es aplicar el concepto de la relación de representación y decir que aunque no puede querer, lo hace por conducto de su representante. Así se ha formado la idea de que el Parlamento es el representante del pueblo. En realidad, el pueblo no está jurídicamente capacitado para ejercitar la facultad legislativa, pues el proceso de creación de las leyes sólo lo puede realizar el conjunto de personas que integran al Parlamento. La afirmación de que el pueblo es el legislador, que tiene la facultad de legislar, es simplemente falsa, pues conforme a las Constituciones modernas, sólo otorgan esa facultad a las personas que han sido electas

por medio de los sufragios de las personas con el Derecho para hacerlo. Habría representación del pueblo por el Parlamento ...que la voluntad del Parlamento es la voluntad del pueblo, y que éste no puede querer sino a través de aquél... (sería esta afirmación justificada sólo) si existiese una regla positiva de Derecho que diera a todas las decisiones del “pueblo” el carácter de leyes, y sólo por excepción pudiera el Parlamento adoptar resoluciones con la misma eficacia que si hubiesen sido adoptadas por el pueblo. Esto ocurre en las Constituciones que establecen la democracia directa. Allí, la legislación corresponde directamente a la asamblea popular. Si ésta no puede reunirse, actúa en su nombre (por vía excepcional) un *collegium* elegido por ella. De sus resoluciones puede decirse que valen como si fueran adoptadas por el pueblo (o mejor, por la asamblea popular), en el mismo sentido en que se dice que la voluntad del tutor vale como voluntad del pupilo. Esa legislación es el fruto de una especie de mandato imperativo; la entidad de que procede es un órgano del pueblo o de la asamblea popular. Pero, en las Constituciones de las democracias “representativas”, el pueblo está excluido en principio de la legislación, la cual se encomienda al Parlamento elegido por él. Aquí no hay regla positiva que llame al pueblo a legislar; por lo que la competencia legislativa del Parlamento no es la excepción, como en el caso anterior. Pero la teoría afirma que el Parlamento es un órgano secundario del pueblo, que la voluntad de aquél no es sino la voluntad de éste; ahora bien, esta afirmación no se basa en Derecho positivo, sino en un dogma político: el dogma de la soberanía popular, que afirma que el poder legislativo corresponde “por naturaleza” únicamente al pueblo; por lo cual la atribución al Parlamento de la competencia legislativa es una limitación de la regla general. Justamente por esto la teoría de la soberanía popular es una ficción: el dogma político está en contradicción con la realidad política²².

Cuando no existe la posibilidad jurídica de que A realice X, i. e., cuando no se da $MA(X)$, no puede afirmarse que hay representación. Si se hace la afirmación sobre la existencia de la relación de repre-

²² Kelsen (*TGE*, p. 401). Sartori dice: “Una elección, en cuanto tal, no crea un representante. El Papa es elegido por un colegio de cardenales y no es en modo alguno un representante de sus electores”. Sartori (*TD*, t. 1, p. 53).

ULISES SCHMILL O.

sentación en el caso de que no pueda darse $MA(X)$, entonces la representación afirmada entre A y B es simplemente falsa y constituye una ficción.

Lo anterior es el fundamento para sostener que no existe la relación de representación entre un orden normativo y sus órganos. El Estado no es representado por sus órganos. Hay una organización, no una representación.

La organización (en sentido jurídico-esencial) no es representación, porque ésta es una relación material entre distintos hechos (o entre los hombres que la realizan), mientras que la primera es la relación de un hecho con un orden o sistema de hechos²³.

Solamente bajo el supuesto de una personificación del orden jurídico, es decir, únicamente si se considera al Estado como persona capaz de querer es posible comprender la organización, dotar de órganos a un orden, como una relación de representación. Es claro que esta relación no puede darse más que como la aplicación de una ficción, la ficción de la persona jurídica.

8. La libertad como fundamento conceptual reconstructivo de la democracia y el principio de mayoría: teoría de Hans Kelsen

Desde la antigüedad clásica, en especial, desde la Grecia del siglo V a. C., se ha intentado fundamentar conceptualmente a la democracia con base en dos conceptos importantísimos: la libertad y la igualdad. Ambos están estrechamente relacionados, de modo que uno no puede entenderse sin el otro. Sin embargo, es posible enfatizar uno en detrimento del otro, obteniéndose de esta manera dos fundamentaciones posibles de las formas del Estado: con base predominante en el concepto de libertad o con base predominante en el concepto de igualdad.

Nuevamente Kelsen es el autor que con mayor precisión enfrenta el problema, aportando un conjunto de ideas con las que pretende esclarecer, en verdad, la problemática en torno al principio mayoritario.

²³ Kelsen (*TGE*, p. 400).

Para Kelsen, la fundamentación conceptual de la democracia se encuentra en el concepto de la libertad, entendido en su dimensión política.

La idea o ideal que ha servido desde antiguo para clasificar las formas estatales es la libertad. Es el contrapunto de toda especulación social, a pesar de que lo social es, por naturaleza, unión y vinculación y, en consecuencia, negación de la libertad. La naturaleza se rebela contra la sociedad, contra la coacción consiguiente a todo orden social, contra el tormento de la heteronomía y pide libertad. La carga de la voluntad ajena, impuesta por el orden social, se hace tanto más insoportable cuanto de modo más inmediato se manifiesta en el hombre el sentimiento primario de su propio valor, cuanto más elemental es el impulso que mueve al súbdito contra el que le manda: si es un hombre como yo, yo soy su igual: ¿dónde está su Derecho a mandarme? De este modo, la idea negativa de la igualdad se pone al servicio de la idea, igualmente negativa, de la libertad²⁴.

²⁴ Kelsen (*TGE*, p. 409). Entre los griegos, en la época clásica de Atenas, los conceptos de libertad e igualdad constituían el fundamento de su orden político y social. La dignidad y la confianza que los atenienses mostraban en sus tratos privados y en sus relaciones internacionales, derivaban de la conciencia que tenían de su propio valer y del hecho fundamental de que los ciudadanos se consideraban a sí mismos como sujetos que gozaban de libertad. En la Oración Fúnebre de Pericles, tal como la reconstruyó Tucídides, podemos leer: “En nuestras relaciones con el Estado vivimos como ciudadanos libres y, del mismo modo, en lo tocante a las mutuas sospechas propias del trato cotidiano, nosotros no sentimos irritación contra nuestro vecino si hace algo que le gusta y no le dirigimos miradas de reproche, que no suponen un perjuicio, pero resultan dolorosas” (Tucídides, II, 37-2). Platón, un enemigo declarado de la democracia, en la República dice que en la democracia la ciudad está llena de *eleutheria* (libertad) y libertad de palabra y a cada cual le está permitido hacer lo que le plazca... y cada hombre puede planear su vida como quiera (*Rep.* 557b). Aristóteles dice: “El fundamento básico del sistema democrático es la libertad (pues esto suelen decir, en la idea de que sólo en este régimen se participa de la libertad, pues éste es, como dicen, el objetivo al que tiende la democracia). Una característica de la libertad es gobernar y ser gobernado por turno [...] Otra característica es vivir como se quiere; pues dicen que esto es obra de la libertad, si precisamente es propio del esclavo vivir como no quiere” (*Pol.* 1317b). Morgens H. Hansen ha encontrado siete usos del nombre *eleutheria* y del adjetivo *eleutheros* en las fuentes clásicas que describen a la Atenas democrática:

1. *Eleutheros* es usado de la manera más común como opuesto a esclavo, concordando con Aristóteles.
2. *Eleutheria* es invocada frecuentemente como un ideal democrático para con-

ULISES SCHMILL O.

Esta idea negativa de la libertad, como ausencia de todo vínculo social y de toda heteronomía, se convierte, mediante un cambio de significado, en el fundamento del orden social y, en especial, del estatal. Se intenta fundamentar la heteronomía con base en el principio que originalmente se le contraponen. La libertad puramente negativa tiene que operar dentro del ámbito social, por lo que tiene que llevar a cabo una función que originalmente, no sólo le era ajena, sino contrapuesta.

Ahora bien, si ésta (la libertad) se resuelve en un cálculo de lo social (incluso lo estatal) por ella negado, débese a un cambio de significado; la libertad deja de ser negación de lo social (y, en particular del Estado) y se convierte en una forma específica que representa, en unión de su antítesis dialéctica, todas las formas posibles de Estado y Sociedad, democracia y autocracia²⁵.

Se trata de hacer compatible el concepto de la libertad con el concepto de lo social, lo cual es una empresa casi imposible de lograr, pues se trata de conjuntar en una unidad conceptos que en su origen son contradictorios y, por tanto, incompatibles. Sin embargo, en el

trastarla con la tiranía. Hay una invasión de este sentido con el anterior, pues se ha considerado que vivir bajo una tiranía es vivir como esclavo.

3. *Eleutheros* es un adjetivo que se usa para referirse a los ciudadanos que han nacido libres en Atenas.

4. También se ha usado para indicar el hecho de participar en las instituciones democráticas, no sólo en la Asamblea, sino poder ser electo en las magistraturas.

5. El ideal democrático de la libertad exige que todos tienen el derecho de vivir como les plazca, sin ser oprimidos por otras personas o por las autoridades.

6. "Next, *eleutheros* is often used in the sense of *autonomous* as against being dominated by others".

7. También es usado el adjetivo para referirse al autocontrol, a la propia medida. Hansen (*AAML*, ps. 93-94).

Como puede verse, el concepto de libertad está en contraposición con el concepto de dominio de otro, de sometimiento a la voluntad ajena, tanto en el ámbito público como en el privado. Por tanto, la libertad se encuentra, como concepto, enlazada al concepto del poder del dominio. Es en este sentido clásico que debe comprenderse el concepto de la democracia, como una forma de organización del poder y comprenderla desde este punto de vista. Esto nos conduce a establecer un concepto puramente descriptivo de ella, haciendo a un lado toda concepción que no sea una elaboración del poder y de su contraposición. Los procesos democráticos son procesos de poder, de dominio, de creación de normas obligatorias y coactivas para los súbditos.

²⁵ Kelsen (*TGE*, ps. 409-10).

caso de que se establezca esta compatibilidad entre la libertad y lo social, que es por esencia la negación de aquélla, entonces se puede convertir en el fundamento de todas las formas fundamentales de la Sociedad y el Estado. La libertad natural se convierte en libertad social y política. ¿Cómo se consigue esto?

Si la Sociedad y el Estado han de existir, precisa también que exista un orden obligatorio para la conducta recíproca de los hombres y, por consiguiente, una autoridad. Pero ya que hayamos de ser gobernados, aspiramos al menos a gobernarnos por nosotros mismos. Así, la libertad natural se convierte en libertad social o política. Es políticamente libre quien, aun estando sometido, lo está solamente a su propia voluntad y no a la ajena. Con esto queda planteada la principal diferencia entre las formas de Estado y de la Sociedad²⁶.

Ésta es la transformación que sufre el concepto de libertad para convertirse en el fundamento de nuestras ideas de la democracia. Quizá el teórico más consecuente es Rousseau, quien no duda en sacar las conclusiones de su planteamiento fundamental, todo lo cual queda expresado en el siguiente párrafo de Kelsen:

Rousseau, tal vez el primer teórico de la democracia, plantea la cuestión relativa al Estado ideal, que es para él el problema de la democracia, en estos términos: “¿Cómo podría encontrarse una forma de sociedad que defienda y proteja a cada uno de sus miembros, y en la cual cada uno, aun uniéndose a los demás, sólo se obedezca a sí mismo y mantenga, por consiguiente, su libertad anterior?” La gran importancia que para él tiene la libertad como base y eje de su sistema político, está manifestada por sus críticas contra el principio parlamentario en Inglaterra. “El pueblo inglés se cree libre, pero se engaña extraordinariamente, pues lo es sólo al elegir a sus diputados; una vez elegidos, vuelve a la servidumbre y queda anulado”. Rousseau, como es sabido, deduce esta consecuencia de lo indirecto de la democracia. Aun cuando la voluntad imperante en el Estado se ha constituido por decisión inmediata del pueblo, el individuo sólo ha resultado libre en un momento: el de la votación, y esto suponiendo que haya votado con la mayoría y no con la minoría derrotada²⁷.

²⁶ Kelsen (*EVD*, ps. 16-7).

²⁷ Kelsen (*EVD*, ps. 18-19; *FD*, ps. 234 y ss.).

ULISES SCHMILL O.

Ésta es la consecuencia lógica de la aceptación del principio de la libertad como fundamento de la democracia. Este mismo principio debería operar congruentemente en todo momento de la existencia del Estado, pues se desea conservar la libertad siempre en todo régimen. Pero esto no es posible y debe abandonarse el postulado de la libertad si se quiere explicar la validez y existencia objetiva del Estado y del orden jurídico. Éste no podría existir si se requiriera la voluntad constante y perpetua de los sujetos sometidos al mismo y, además, con el principio de la unanimidad.

Ahora bien, dada la comprobada diversidad de los intereses (la unanimidad), es esto tan difícil en la vida práctica del Estado, que incluso un apóstol de la libertad, como lo era Rousseau, sólo exigía la unanimidad para el contrato social constitutivo del Estado. Esta restricción del principio de la unanimidad al acto hipotético de la creación del Estado no se explica solamente por razones de oportunidad, como suele suponerse. Del principio de la unanimidad, derivado de la aspiración hacia la libertad, para la celebración del contrato social, resultaría en rigor que también el mantenimiento de éste dependería del asentimiento constante de todos, y, por consiguiente, que todos estarían autorizados para separarse de la comunidad y sustraerse a la vigencia del orden social mediante la negación de éste. En ello se manifiesta claramente el conflicto insoluble entre la idea de la libertad individual y la de un orden social, el cual en su esencia íntima sólo es posible en un régimen que, al fin y al cabo, no depende de la voluntad de los sujetos a él²⁸.

El orden social debe mantenerse. Entonces, el principio de unanimidad debe ser sustituido por el de mayoría²⁹. Esto no es satisfactorio, conforme al planteamiento inicial, pues la minoría no resultaría obligada por la norma creada por la mayoría, dado que no ha otorgado su consentimiento a ello. Ahora bien, urge preguntarse ¿cómo puede justificarse el principio de mayoría absoluta con base en el concepto de libertad? Kelsen intenta la fundamentación de tal principio con un razonamiento muy ingenioso: no se respeta el principio de libertad cuando se acepta la mayoría absoluta, pues por lo menos el 49% de

²⁸ Kelsen (*EVD*, p. 20).

²⁹ Cf. Kelsen (*FD*, ps. 235-7).

la población no está de acuerdo con la norma o conjunto de normas aprobado, pues han votado en contra. Estos sujetos que forman el 49% no son libres en el sentido que hemos explicitado. Entonces, entran en operación otras reflexiones, que hacen plausible el principio de mayoría. Partamos de los supuestos siguientes: 1) todos los votos valen igual (principio de igualdad) y 2) existe por necesidad una minoría. Si se exigiera normativamente la unanimidad, tendría que afirmarse que lo que existe es una tiranía o despotismo, si se quiere de carácter negativo, del disidente. Basta que uno no quiera, que se oponga, que diga “no”, para que todos los demás, 99%, no puedan realizar o llevar a cabo su voluntad. El único “libre” sería el disidente, pues su voluntad es coincidente con la voluntad estatal: no se ha creado un *ON* con un cierto contenido, contenido que los demás sí quieren, excepto él. La exigencia de la unanimidad destruye totalmente la democracia y crea su antípoda: la tiranía o el despotismo. Si todos votan favorablemente, todos son libres. Basta que uno vote en contra, para que sólo ése sea libre y todos los demás estarán sometidos a la voluntad del disidente.

Pensemos ahora en la situación que se presenta en el caso de que se exija una mayoría calificada del 75%. La minoría es 25. Para que esta minoría sea libre, para que haya coincidencia entre su voluntad y la norma estatal, necesitan realizar una actividad prodigiosamente intensa, pues esos 25 deberán convencer a 50, para convertirse en mayoría y lograr la coincidencia de voluntades individuales y estatal. Tanto más difícil es esto, si se considera que a los 50 que tienen que convencer han formado una mayoría opuesta a sus voluntades. Cada uno de los 25 debe convencer a 2 de los contrarios.

Con la mayoría absoluta encontramos una situación completamente distinta: la minoría de 49 sólo tiene que convencer a 2 de la mayoría, para convertirse a su vez en mayoría, lo cual es fácil y probable de conseguir. Por lo tanto, la minoría puede fácilmente ser libre, la probabilidad es alta, toda vez que casi siempre es posible encontrar alguna divergencia en las opiniones mayoritarias, que a algunos inclinarían a adoptar las posturas que postula la minoría. Creo que las anteriores explicaciones permiten comprender el siguiente párrafo de Kelsen:

Pero aun quien vota con la mayoría no se somete sólo a su propia voluntad. Esto se experimenta cuando se modifica esta voluntad. Tal

ULISES SCHMILL O.

modificación carece de todo valor jurídico; y entonces surge con toda claridad la “voluntad ajena”, la validez del orden a que se está sometido. Para que el individuo fuese de nuevo libre, tendría que encontrar una mayoría que estuviese de acuerdo en cambiar nuevamente su voluntad. Y esta concordancia entre la voluntad individual y la del Estado es tanto más difícil, y tanto menor la garantía de la libertad individual, cuanto más calificada es la mayoría requerida para modificar la voluntad estatal existente³⁰.

Con la mayoría absoluta la política tiende a convertirse en una política de compromiso. Esto es cierto, pero debe reconocerse que estas consideraciones ya no son una aplicación estricta del principio de libertad.

9. La igualdad como fundamento conceptual reconstitutivo de la democracia y el principio de mayoría: una métrica del poder para resolver los conflictos

Vimos más arriba que el concepto de libertad funciona como el contrapunto de toda especulación social, a la manera como el estado de naturaleza se postula con objeto de poder construir, con el contrato social, el concepto de lo social y lo estatal. Estrechamente unido al concepto de libertad, es más, indisolublemente conectado con él, se encuentra el concepto de la igualdad, de manera que uno y otro no pueden ser aplicados a la realidad social separadamente, pues el concepto de la libertad entraña el de la igualdad y viceversa, para la comprensión del orden jurídico democrático. Esto es fácilmente comprensible con sólo hacer la siguiente reflexión: si los hombres son libres en la medida en que no se encuentran sometidos a la voluntad de ningún otro hombre, entonces son iguales en ese respecto, debido a que no puede predicarse de ningún hombre que se encuentra en una relación de superioridad normativa respecto de cualquier otro. Si todos son libres, entonces son igualmente libres. Y también a la inversa: si todos los hombres son iguales, ninguno se encuentra sometido normativamente a otro hombre y, por lo tanto, son libres. Aunque ambos

³⁰ Kelsen (*TGE*, p. 411).

conceptos se coimplican, con el objeto de fundamentar a la democracia puede enfatizarse uno a costa del otro, obteniéndose con ello una fundamentación diferente.

El concepto de la igualdad es rechazado generalmente como fundamento de la democracia y del principio de mayorías que le es característico. Ya hemos visto cómo el principio de las mayorías es deducido o derivado del concepto de libertad política. Kelsen rechaza que pueda derivarse el principio de mayorías del concepto de la igualdad política. Dice:

De esta idea (de la libertad) ha de derivarse el principio de mayorías, y no de la de igualdad, como suele hacerse. Sin duda, el supuesto del principio mayoritario es la igualdad de las voluntades humanas. Pero esta "igualdad" no es más que una imagen, no puede significar el que todas las voluntades y personalidades humanas puedan efectivamente medirse y adicionarse. Sería imposible justificar el principio de mayorías diciendo que muchos votos "pesan más" que pocos. De la presunción puramente negativa de que ninguna voluntad vale más que la otra, no puede seguirse positivamente que deba valer la voluntad de la mayoría. Si el principio mayoritario deriva exclusivamente de la idea de igualdad, tiene un carácter mecánico y falta de sentido, como le reprochan los partidarios de la autocracia. Sería la fórmula decente del hecho brutal de que los más son más fuertes que los menos; y el principio de que el poder precede al Derecho, no quedaría superado sino convirtiéndolo en proposición jurídica³¹.

A pesar de esta opinión, es posible derivar el principio de mayorías del concepto de igualdad política. Es más, la derivación hecha por Kelsen a partir del concepto de la libertad me parece artificial y de ninguna manera convincente. La minoría es muy grande en la votación por mayoría absoluta, por lo que un número considerable, casi igual al de la mayoría, se encuentra en el partido opositor, lo que contradice el principio de que el mayor número de sujetos debe ser libre. El 49% no es libre en el sistema mayoritario, pues el concepto de libertad en Kelsen tiene un carácter material subjetivista: soy libre si participo en el proceso de formación de la voluntad estatal (ley) y ésta tiene un

³¹ Kelsen (*TGE*, p. 412).

ULISES SCHMILL O.

contenido coincidente con el contenido de mi voluntad. Soy libre si hay coincidencia entre mi voluntad y el orden social.

Aunque pueda ser calificada de “chocante” la derivación del principio de mayorías del concepto de la igualdad y se le considere una manifestación “decente” de un “hecho brutal”, creo que es el camino que debe seguirse para comprender a la democracia.

Si contrariamente a lo que acontecía en Grecia y Roma, el mundo moderno postula la autonomía del individuo, entonces el concepto exagerado del propio valor individual reclama y exige que toda resolución social, vinculante para un grupo de personas, sea aprobada por el individuo que se va a encontrar sometido a la decisión correspondiente. Esta idea llevada a sus conclusiones más consecuentes destruye su propia función, pues es incapaz de fundar conceptualmente la existencia del mundo social. Ella presupone que sólo se puede obligar *autónomamente* a los sujetos, es decir, que la obligación es una restricción autoimpuesta por el propio sujeto a las posibles conductas. El fundamento de la obligación social se encuentra en el consentimiento de los sujetos que van a estar obligados por las decisiones sociales. Lo social se atomiza en la suma de las voluntades individuales y los conjuntos se disuelven en los elementos que lo integran. Si la decisión social es obligatoria para los miembros de la comunidad, entonces, bajo estos supuestos, solamente se actualiza dicha obligación en la medida que se encuentre vinculada a la aquiescencia de los miembros de la misma. Como el fundamento de la obligación está en la propia voluntad, estoy obligado en la medida en que así lo quiero. Si por cualquier eventualidad la voluntad no se inclina ante la exigencia social, ésta pierde o no alcanza a tener esa dimensión restrictiva obligatoria. De esta manera no puede fundarse el orden social y, menos aún, el principio de mayoría. Es el camino que sigue el concepto de la libertad, el que debería conducir al principio de unanimidad que, como se ha demostrado, resulta en el dominio negativo del disidente, en tanto que la mayoría, incluso del 99%, no podría establecer el orden social con un cierto contenido, si hubiera un solo sujeto que no estuviera de acuerdo.

Los conceptos que deben utilizarse para fundamentar la reconstruc-

ción conceptual de la democracia con base en el principio de igualdad, son los siguientes:

1. La igualdad de los participantes en la votación.
2. Determinación de las fuerzas reales en el plano representativo.
3. Una métrica de las fuerzas (del poder) y de la lucha a través del cómputo de los votos.
4. La anticipación simbólica de los posibles resultados de una lucha real.
5. La finalidad de la votación mayoritaria es evitar la confrontación violenta por medio de la lucha³².

9.1. *La igualdad de los participantes en la votación*

Una observación previa: el principio de igualdad que se presupone en las votaciones democráticas tiene una función específica y única: es el fundamento conceptual necesario para establecer la métrica de las fuerzas y del poder de los diversos grupos o partidos que participan en la democracia. Además, con base en nuestro apego al principio de la neutralidad valorativa, el principio de la igualdad no contiene valoración alguna. Sólo opera dentro del ámbito de la democracia, para hacer posible la medición del poder y de las fuerzas de los grupos o partidos participantes.

³² Me encontré en la *Sociología* de Simmel un párrafo que contiene tesis idénticas a las que se consignan en este trabajo, el que vale la pena transcribir por su precisión y exactitud. Debo confesar que acomodé mi terminología a la de Simmel: “Aunque, o más bien, porque en una votación los individuos valen igual, la mayoría –lo mismo si se trata de votación propia que de votación por representantes– tendría fuerza física suficiente para forzar a la minoría. La votación entonces tiene por finalidad el evitar que se llegue a una efectiva medición de las fuerzas, anticipando en el escrutinio su resultado eventual, para que la minoría pueda convencerse de la ineficacia de una resistencia efectiva. En el grupo total encuéntrase, por tanto, frente a frente, dos partidos, o, por decirlo así, dos subgrupos, entre los cuales decide la fuerza, medida en este caso por los votos. La votación presta entonces el mismo servicio metódico que las negociaciones diplomáticas, o de otro orden, entre los partidos que quieren evitar la *ultima ratio* de la lucha. En último término, el individuo, en este caso, no cede (salvando algunas excepciones) sino cuando el adversario le demuestra claramente que si llegara a una lucha perdería, por lo menos, tanto como quiere ganar. La votación, como las negociaciones, proyecta las fuerzas reales y su cómputo en un plano espiritual; es la anticipación simbólica del resultado que habrían de tener la lucha y pugnas concretas”. Simmel (*S*, ps. 190-191).

ULISES SCHMILL O.

Desde siempre se ha afirmado que los miembros de un cuerpo colegiado que participan en la toma de decisiones de acuerdo con el principio de la mayoría deben ser considerados, para los efectos de la votación, como iguales, de manera que el voto de cada individuo tenga un valor igual al voto de cualquier otro individuo. Éste es un presupuesto imprescindible para el correcto funcionamiento plenamente democrático de una asamblea deliberativa y decisoria. En el caso de que este requisito no se cumpliera, la función de la votación sería impedida y se daría lugar a la predominancia de cualquier miembro de ella al que se le adscribiera mayor valor.

Esta igualdad no es un postulado arbitrario, pues no sería válida la afirmación de que la igualdad presupuesta en la votación es absolutamente ficticia, irreal, pues en la vida diaria de los hombres y en sus relaciones sociales los hombres no son iguales y, es más, no pueden ser iguales. Por ello, se podría afirmar, el procedimiento y la votación mayoritaria es un *constructo* artificial para favorecer, en términos de la filosofía nietzscheana, de Calicles o de Critias, a los súbditos, a los débiles, para debilitar a los fuertes e imponerse a ellos, utilizando como medios los característicos de esta clase de gentes, la mentira y las ficciones idealizadoras. En verdad, el procedimiento democrático de la votación mayoritaria es una ficción, pero no es una ficción arbitraria, es una idealización, de profundas consecuencias sociales, demasiado reales para descalificarlas con un simple gesto de desdén. En el próximo apartado se verá cuál es esta función. Lo que importa en este lugar es determinar la validez de la ficción, de la idealización de la igualdad. Como veremos más adelante, la democracia establece una métrica del poder y esta métrica sólo es posible si se consideran unidades del mismo tipo, i. e., iguales.

9.2. *Determinación de las fuerzas reales en el plano representativo*

La democracia es un constructo social, una institución, cuya función principal es la proyección de las fuerzas reales a un plano superior, simbólico de carácter social. Tenemos tres planos: uno real de los acontecimientos, otro de carácter contrafáctico y otro distinto, también real, de carácter simbólico o representativo, que se refiere al primero. Podemos llamarlos, respectivamente, *plano real*, *plano contrafáctico*

y *plano representativo*. El primero está constituido por una serie de acontecimientos reales, que se ha construido en el curso de la historia de un hombre o de un pueblo y que consiste en los intereses y los conflictos reales que existen en el grupo social. El plano representativo tiene una referencia al plano real: se refiere a él, en el sentido de que está por él, lo sustituye. El plano contrafáctico sería aquel que se presentaría en el caso de que el plano representativo fallara en el cumplimiento de sus funciones sociales. Esto merece una aclaración breve³³. La conceptualización del juego hecha por G. Bateson tiene grandes similitudes con los conceptos que se expondrán a continuación.

³³ Hay un concepto muy interesante que introduce Goffman en *FA* para la comprensión de la conducta humana: es el de “llave” o “clave” (*key*). Para introducirlo señala algunas observaciones de G. Bateson sobre el juego de los animales. Las acciones que conforman al juego están realizadas mediante la aplicación de una transformación especial a la que llama “clave” o que podríamos llamar “código”. Las acciones del juego son el resultado de una “codificación”, de una transformación de la conducta original a la cual se refieren.

“Rather, this play activity is closely patterned after something that already has a meaning in its own terms—in this case fighting, a well-known type of guided doing—. Real fighting here serves as a model, a detailed pattern to follow, a foundation for form. Just as obviously, the pattern for fighting is not followed fully, but rather is systematically altered in certain respects. Bitinglike behavior occurs, but no one is seriously bitten. In brief, there is a transcription or transposition—a *transformation* in the geometrical, not the Chomskyan, sense—of a strip of fighting behavior into a strip of play” (p. 41).

Lo que importa destacar de estas observaciones de Goffman, obtenidas de Bateson, son varios hechos, entre muchos otros que pueden obtenerse:

a) Hay una serie de conductas que no existen aisladas, que no son autónomas, sino que son el producto de una transformación de otra serie de conductas; éstas son el modelo de aquéllas. Podemos llamarlas conductas-modelo y conductas-transformadas.

b) La secuencia de actividades que constituyen las conductas-modelo no son seguidas fielmente ni de manera completa por la serie de conductas-transformadas.

c) La función de las conductas-modelo puede ser distinta e incluso opuesta a la función de las conductas-transformadas.

d) Puede acontecer que las conductas-transformadas tengan como función la exclusión en el mundo real de las conductas-modelo.

e) La regla de transformación puede establecer una métrica específica de las conductas-modelo o de las situaciones en las que éstas se producen.

Hay muchas otras características que pueden encontrarse en los juegos y otras series de conductas-transformadas, las que no se expondrán en este lugar, por no ser

ULISES SCHMILL O.

Lo que puede crear alguna dificultad es la expresión de que el plano representativo se refiere al plano real y al plano contrafáctico. Es más exacto decir que el plano representativo sustituye, o está por estos dos últimos planos. El plano representativo es también real, pero tiene una función distinta: es el plano institucional de la democracia tal como la hemos descrito. El plano real y el contrafáctico se retiran a un trasfondo y sólo aparecen y se manejan dentro del plano representativo. En esto, somos constructivistas. No podemos colocar nuestros pies en el plano real, como si éste estuviera dado. Esta expresión “dado” hay que utilizarla, para rechazar su sentido. Algo ajeno al plano representativo no se puede dar en el ámbito social, pues es precisamente este plano representativo el que constituye o crea la realidad social; la invasión del plano real al plano representativo es algo que no puede ser afirmado. El plano real sólo puede romper y destruir el plano representativo, no actuar dentro de él. El plano representativo sólo se mueve dentro del plano representativo y nunca pasa al plano real, so pena de ya no ser plano representativo. El ciervo europeo sustituye el ataque y la lucha real, en la que ambos contrincantes pueden resultar seriamente lesionados, por una competencia de fuerza consistente en una carrera junto al enemigo, hasta el momento que uno de los beligerantes, por cansancio, desiste³⁴. El ciervo europeo cuando corre y

pertinentes para las finalidades del presente ensayo. Hay una clave muy importante para reconocer cuándo se concibe un proceso como una serie de conductas-transformadas: es la utilización de metáforas que se utilizan en la descripción de las conductas-modelo.

³⁴ En el siguiente párrafo de Lorenz puede verse la formación filogenética de un ritual semejante en el que encontramos la misma proyección de la que hablamos en el texto de este ensayo: “Otra forma de amenaza se formó en muchos teleósteos y peces del género perca a partir de una embestida de frente frenada por el miedo. Los dos peces enfrentados se acercan lentamente el uno al otro, con el cuerpo preparado en forma de S, y enroscado como un resorte, listos para atacar. Por lo general abren al mismo tiempo los opérculos de las branquias o hinchán la membrana de éstas, lo cual corresponde al despliegue de las aletas en la amenaza de flanco, ya que también hace aparecer ante al adversario una gran corpulencia. Durante la amenaza frontal, sucede a veces que muchos peces tratan al mismo tiempo de apresar entre sus dientes la boca que les presenta el adversario; y de acuerdo con la situación conflictiva que da origen a la amenaza frontal, no se atacan decidida y furiosamente, en embestida o como lanzándose al abordaje, sino que siempre el encuentro es tímido y cohibido. Esta ‘lucha con la boca’, se ha transformado en algunas familias, como la de los

camina con el ciervo con el que está en estado de beligerancia actúa en el plano representativo, toda vez que la carrera es la conducta recíproca que está por el combate real, lo sustituye. Si en un momento determinado, el ciervo deja de correr y empieza a atacar con los cuernos a su contrincante, el plano representativo ha sido destruido, hecho a un lado y se ha caído en el ataque inmisericorde: se ha colapsado el plano contrafáctico en el plano real, lo que quiere decir, que la situación de conflicto ha llegado a tal extremo de tensión que en vez de operar en el plano representativo se está actuando en el plano en el que se ha colapsado el plano contrafáctico. Esto quiere decir, que el conflicto ha desembocado en un combate real, que era el que se intenta evitar operando en el plano representativo. Ya no hay función representativa, sólo conductas reales.

La determinación de las fuerzas operantes en el plano real hecha en el plano representativo es una correspondencia específica de los

peces laberinto, que son parientes lejanos de las percas, y en los cíclidos, que son sus mejores prototipos, en pautas agonísticas ritualizadas en extremo interesantes. En ellas los rivales 'miden' literalmente sus fuerzas sin hacerse daño. Estos campeones tienen las mandíbulas protegidas por una gruesa capa de cuero, difícil de atravesar, y tiran con todas sus fuerzas cada quien de las mandíbulas del otro. Así se desarrolla un forcejeo muy parecido al *Hosenwringeln*, deporte de los antiguos campesinos suizos, que podían durar horas enteras jalándose de los pantalones cuando ambos justadores eran de fuerza igual. Y entre los cíclidos *Aequidens latifrons*, de un hermoso color azul, una vez registramos un forcejeo de este tipo, entre dos individuos de fuerza bastante igual, que duró desde las ocho y media de la mañana hasta las dos y media de la tarde.

"Este 'jaloneo de boca', que en algunas especies es más bien 'estrujamiento', porque los peces se empujan en lugar de tirar uno del otro, procede, a mayor o menor distancia en el tiempo según la especie, del primitivo combate en serio. Entonces los peces se tratan sin ninguna inhibición e intentan penetrar en el flanco no protegido del adversario y herirle lo más profundamente que puedan. El ceremonial del duelo ritualizado, de la amenaza sin hacerse daño, seguido por el forcejeo destinado a medir las fuerzas era, pues, primitivamente el prelude al combate asesino destinado a hacer daño. Pero un prelude tan minucioso tiene un papel extraordinariamente importante que desempeñar, puesto que proporciona al rival poco fuerte la ocasión de dejar la palestra si ve a tiempo que no tiene esperanzas de triunfar. De este modo se realiza la función (conservadora de la especie) del encuentro entre dos rivales, que es la selección del más fuerte, sin necesidad de que haya ningún muerto, ni siquiera heridos. Solamente en el caso de que los dos campeones sean de fuerza exactamente igual ha de lograrse la decisión derramando sangre". Lorenz (*SLA*, ps. 127-8).

ULISES SCHMILL O.

dos planos mencionados. No hay adecuación alguna a una realidad dada, sino cuando mucho un cierto isomorfismo entre el plano representativo y los planos real y contrafáctico, creados como referencias del plano representativo. Éste no es idéntico al plano real, menos al contrafáctico; los construye. Una vez que se ha creado el plano representativo debe seguir operándose dentro de él y las consecuencias o configuraciones que se obtengan en él, serán consideradas por los sujetos involucrados como consecuencias que podrían producirse en caso de que se colapsara el plano contrafáctico en el plano real. Se maneja la realidad dentro del ámbito del plano representativo y hay un ir y venir, más o menos isomorfo, entre ambos planos. Ejemplo: una votación popular se encuentra en el plano representativo y construye una mayoría social, una fuerza social, respecto de la cual no existe realidad dada con la cual contrastarla. La votación crea la fuerza social correspondiente. No sabemos si uno de los ciervos beligerantes va a ganar en una pelea real, pero en el plano representativo ritual se ha constituido o creado al vencedor, como el más fuerte.

9.3. *Una métrica de las fuerzas (del poder) y de la lucha a través del cómputo de los votos*

El plano representativo está estructurado de tal manera que se ha establecido una métrica de la lucha y de las fuerzas que operan en el plano real de la vida social. Es cierto, se pueden contar los elementos importantes en el plano real que pudieran tener significación en el caso de un combate concreto; en el caso de los ciervos, el número posible de golpes asestados al enemigo con sus cuernos, la magnitud probable de las heridas inferidas y la gravedad de las mismas por el daño a los tejidos involucrados. Esto no podría establecerlo el ciervo, pero en el plano representativo tiene un elemento que puede experimentar con toda claridad, que indirectamente representa el resultado posible de la lucha. Si por cansancio deja de correr, mientras que el ciervo contrincante continúa la carrera, ése es un signo socialmente constituido de la mayor potencia del contrincante. El plano representativo establece una métrica específica de ciertos elementos relevantes del plano real: en la lucha, la capacidad de inferir heridas

o la muerte, es decir, el poder de imponer la propia voluntad al adversario por medio del uso de la violencia física.

En el ámbito social humano, como los bienes son escasos y los conflictos son interminables, la democracia con sus procedimientos de votación ha establecido una métrica de la relativa fuerza o poder de los partidos en pugna. La pluralidad de intereses y posiciones sobre temas de importancia para el grupo social, que con facilidad puede conducir a los conflictos armados y a la lucha real y concreta, con sus consecuentes peligros e inconveniencias, hace necesario que se establezca un procedimiento que determine y construya socialmente la fuerza de cada uno de los partidos en pugna, bajo el supuesto de que todos los participantes sean iguales, pues de lo contrario la métrica no es posible conceptualmente. Con ello, existe a disposición del grupo social un método específico, manejable al arbitrio de los participantes, para determinar cuál de los grupos o partidos en pugna saldría vencedor en el supuesto contrafáctico de que se llevara a cabo la lucha por la realización de los intereses que cada grupo o partido propugna. Es un método para determinar el grado de poder que cada partido en pugna pudiera ejercer. La votación mayoritaria favorable a un partido determina que es más fuerte, que tiene más poder y que, por lo tanto, momentáneamente puede imponer su voluntad, en forma de emisión de normas, en general, y leyes, en particular, a la totalidad del grupo que domina. Éste es el sentido del principio de mayorías: proporciona el criterio y una métrica del poder.

9.4. *La anticipación simbólica de los posibles resultados de una lucha real*

En los asuntos humanos, se ha encontrado una métrica determinada, bajo el supuesto de la igualdad de los participantes en la contienda: se cuenta el número de votos y, con ello, se determina la fuerza del contrincante y el posible resultado de una lucha podría desencadenarse por el conflicto. Más votos son, aunque parezca una verdad de Perogrullo, una cantidad mayor de votos. La regla de tener por aprobada una decisión determinada con un contenido específico por haberse alcanzado la mayoría, es la representación, en el plano representativo, de la situación que prevalecería en el caso de un conflicto real cuyo

ULISES SCHMILL O.

resultado sería el contenido de la decisión realizado en el plano real. La operancia de los elementos en el plano representativo y las configuraciones que se obtengan dentro de él, reflejan en este plano lo que podría acontecer en el plano real en el caso de que la acción ahí se verificara. El plano representativo se refiere al plano contrafáctico: si las cosas se llevaran al plano real, lo que no es cierto, acontecería en él, exactamente lo correspondiente a lo que ha acontecido con los elementos del plano representativo. Las configuraciones que se obtienen o se construyen en el plano representativo se refieren a los elementos respectivos en el plano real, el cual tendría la misma configuración de elementos dentro de él, que el que tienen los del plano representativo.

9.5. *La finalidad de la votación mayoritaria es la evitación de la confrontación violenta por medio de la lucha*

El plano representativo funciona a la manera de un mapa: sustituye al plano real, se refiere a él y contiene los elementos necesarios para identificar sus características relevantes y que interesan políticamente. La operancia en el plano real es sumamente peligrosa, máxime tratándose de conflictos y luchas. En vez de enterrarse los cuernos en la carne, que puede llevar a la muerte, se puede operar en el plano representativo y anticipar lo que probablemente acontecería en el plano real en caso de que se colapsara el plano contrafáctico en el plano real.

Cuando el matemático establece las funciones que operan entre ciertas magnitudes, es capaz de determinar cuáles serán las magnitudes que se obtendrían en el caso de que una de ellas variara. El matemático sólo opera en el plano de la matemática y no en el plano de la realidad. Sin embargo, existe un isomorfismo entre sus operaciones y los desarrollos de los sucesos a los que se refieren las magnitudes. Los resultados que se obtienen de resolver sus ecuaciones diferenciales se encuentran relacionados a los sucesos a los que se refieren esas magnitudes, ya sean posiciones, momentos temporales, trechos, volúmenes y cualquier elemento que tenga una magnitud intensiva. No puede decirse que el plano representativo reproduzca con exactitud las operaciones y relaciones entre los elementos en el plano real o del contrafáctico, pero sí permite obtener magnitudes que se refieren a cir-

cunstancias externas como resultado del proceso. Es claro que las argumentaciones no son golpes y que los votos no son balazos, pero la mayoría indica con estas palabras el posible triunfo en una contienda de los partidos que han sido representados en las Cámaras. La finalidad de todo esto es evitar la guerra, el combate, la lucha, con todos los costos que esto implica.

El plano representativo es un modelo posible del plano contrafáctico considerado contrafácticamente, un modelo que reduce la complejidad de éste, puesto que sólo opera con algunos elementos que se han determinado como importantes del plano real. Ha decidido operar con un conjunto limitado de elementos que se encuentran en el plano real de referencia y a esos elementos les ha dado existencia y dimensión dentro del plano representativo con sus propios medios y sus propias reglas de operación.

La democracia supone la construcción de un modelo minúsculo de la sociedad en su conjunto y la sustitución de las guerras y las luchas en ésta por la argumentación y la oposición argumentativa en aquélla³⁵.

Cuando en el plano representativo se ha obtenido una mayoría de votos, ya sea en las elecciones o en el proceso parlamentario, esto significa que se ha hecho una medición de las fuerzas respectivas de los partidos y se ha considerado aceptar la imposición, si se quiere transitoria, de la posición política sustentada por el partido mayoritario. Es el signo de lo que acontecería en el caso de que el plano contrafáctico se llevara a la realidad: si se realizara una lucha violenta.

Dice Clausewitz, el clásico autor sobre la guerra:

Vemos, por lo tanto, que la guerra no es simplemente un acto político, sino un verdadero instrumento político, *una continuación de la actividad política, una realización de la misma por otros medios*³⁶.

³⁵ Nuestro lenguaje, que refleja una concepción social válida, lo refleja en la metáfora “la argumentación es una guerra”. Lakoff y Johnson, en *MVC*, presentan esta metáfora con estos ejemplos: Tus afirmaciones son *indefendibles* / *Atacó todos los puntos débiles* de mi argumento / Sus críticas dieron *justo en el blanco* / *Destruí su argumento* / *Nunca le he vencido* en una discusión / ¿No estás de acuerdo? Vale, *¡dispara!* / Si usas esa *estrategia*, te *aniquilará*.

³⁶ Clausewitz (*G*, p. 24).

ULISES SCHMILL O.

Esto es relativamente cierto. Pero quizá debiéramos invertir el concepto, para establecer una equivalencia: *la actividad política es una continuación de la guerra, una realización de la misma por otros medios*³⁷.

Si esto es cierto, entonces, podemos establecer una relación de equivalencia entre la guerra y la política, de manera que donde existe una guerra encontramos a la política y toda política se explica por la guerra que entraña. Esto ya lo había visto Weber. Todo poder –y la política es ejercicio de obtener y mantener el poder o el dominio– genera beligerancia, oposición y es, por tanto, una guerra entre el poderoso y los sometidos o dominados³⁸. El poderoso establece cargas a los dominados, los obliga, los condiciona a ciertas conductas que espontáneamente no realizarían y, por ello, existe en éstos la tendencia a desobedecer, a desconocer al poderoso, a incumplir, a decir “no”. Sólo que la política no utiliza con exclusividad el medio de la violencia, sino sólo en último extremo, cuando se rompe el ritual político e institucional de la democracia.

El dominado es el adversario, el que pugna contra el dominante, el enemigo, que es una de las caras del concepto dual definitorio de la política, según Carl Schmitt³⁹. Por ello, hay una gran sabiduría en la democracia: es el único sistema de gobierno que en su interior,

³⁷ En Sartori (*TD*, t. 1, p. 65) he encontrado esta misma formulación cuando establece la distinción que denomina “fundamental” entre una *visión beligerante* y una *visión legalista* de la política. “En la primera, la fuerza predomina sobre la persuasión, el poder establece el derecho y se intenta resolver los conflictos en términos de derrota del enemigo [...] En la última, la fuerza se reserva como *ultima ratio*, como la peor y última razón”. Tiene razón cuando observa la inversión que he puesto en el texto de la fórmula de Clausewitz y cuando comenta que “La política es como la guerra, una guerra sin las armas de la guerra, ya que su experiencia central es la *hostilidad*, la percepción del vecino como un enemigo o, en cualquier caso, como un peligro o una amenaza”. Si tomamos en serio la inversión de la fórmula de Clausewitz debemos afirmar que toda política es beligerante, si es democrática. El “estado de naturaleza” de Hobbes es consubstancial a la sociedad. Es el énfasis de lo insociable en el hombre en el famoso aforismo kantiano de la “sociable insociabilidad” del hombre. No hay sociedad sin conflictos, por lo que la distinción de Sartori no se sostiene: la razón legalista es beligerante por otros medios, pues en la democracia la guerra está institucionalizada. La guerra no está institucionalizada en todos los Estados que no son democráticos.

³⁸ Weber (*ES*, p. 31).

³⁹ Schmitt (*CP*, p. 56).

inmanentemente, en la operancia de sus propios mecanismos, crea su propia unidad y, además, crea su grupo opositor, sin que destruya a éste, sino que lo conserva y lo protege.

La democracia es el único sistema de gobierno que incorpora dentro de sí, de manera sistemática, al grupo externo y enemigo, de modo que dentro del grupo puede ser dirigida la agresión, ritualizadamente, contra el enemigo. La democracia es el único sistema de gobierno en el que se permite la redireccionalidad de la agresión como método de gobierno, en virtud de que se han proyectado en el plano simbólico los conflictos y en este plano se resuelven y se abreacciona la agresividad⁴⁰. En la autocracia simplemente se da la dominación del márfero dominante, mientras que a los demás miembros del grupo sólo les queda obedecer o rebelarse.

10. La pluralidad de órdenes normativos

Un supuesto fundamental de las ideas expuestas es que existen

⁴⁰ Sartori observa: “Ahora insistiré en que la democracia tampoco es pura y simplemente el gobierno de la mayoría. A decir verdad, ‘el gobierno de la mayoría’ es sólo una fórmula abreviada del gobierno de la mayoría *limitada*, que respeta los derechos de la minoría”. Sartori (*TD*, t. 1, p. 55). Guglielmo Ferrero expresó enfáticamente lo mismo al decir: “En las democracias, la oposición es un órgano de la soberanía popular tan vital como el gobierno. Suprimir la oposición es suprimir la soberanía del pueblo (ibídem). La justificación de esto proporcionada por Sartori no es satisfactoria. Sartori (*TD*, p. 57). Es cierto que el concepto de “pueblo” no puede quedar reducido a la mayoría: el pueblo no es sólo la mayoría. Debe incluir a la minoría. Cuando se traduce pueblo por un criterio mayoritario, dice Sartori, se convierte a la minoría en no-pueblo, en una parte excluida. Esto es correcto si por pueblo sólo se entendiera el conjunto de sujetos que participan en el proceso de formación de las decisiones estatales. En realidad, no es un problema de definición. El pueblo tanto participa en la formación de la norma general obligatoria, como es el conjunto de sujetos sometidos a las normas jurídicas obligatorias. La minoría no determina el contenido de la norma obligatoria, pero participa en su proceso de creación: la opinión de la minoría no es coincidente con el contenido de la norma, pero ha participado en el proceso de su formación. Suprimir la minoría es suprimir la democracia, pues se ha destruido y hecho a un lado la métrica para determinar el poder de los grupos en conflicto y aceptar transitoriamente el grupo que tiene más poder. El diálogo es la expresión de la vitalidad de los intereses que participan en la formación de la voluntad estatal. Sin minoría no hay democracia porque se ha eliminado de la vida social y estatal la institucionalización del manejo pacífico de los conflictos.

ULISES SCHMILL O.

muchos órdenes normativos que compiten entre sí, que son efectivos y que de hecho regulan la conducta humana. Quien niegue estos hechos es porque no quiere ver la realidad. Dice Weber:

Las distintas éticas religiosas se han acomodado de diferente modo al hecho de que vivimos insertos en ordenaciones vitales distintas entre sí. El politeísmo helénico sacrificaba tanto a Afrodita como a Hera, a Apolo como a Dionisos, y sabía bien que no era raro el conflicto entre estos dioses⁴¹.

Que el orden es “válido” para un círculo de hombres se manifiesta en el hecho de *tener* que ocultar su transgresión. Pero prescindiendo de este caso límite, muy frecuentemente se limita la transgresión del orden a contravenciones parciales más o menos numerosas; o se pretende, con mayor o menor grado de buena fe, presentarla como legítima. O existen de hecho unas junto a otras distintas concepciones del sentido del orden, siendo en este caso para la sociología todas igualmente válidas en la extensión en que determinan la conducta real. Para la sociología no presenta ninguna dificultad el reconocimiento de que distintos órdenes *contradictorios* entre sí pueden “valer” unos al lado de otros dentro de un mismo círculo de hombres. Es más, el mismo individuo puede orientar su conducta en diversos órdenes contradictorios; y no sólo de un modo sucesivo, cosa de todos los días, sino aun en una misma acción. Quien se bate en duelo orienta su conducta por el código del honor, pero, tanto si oculta esta acción como si se presenta ante los tribunales, orienta la misma conducta por el Código Penal. Cuando la elusión o la transgresión del sentido (como por término medio es entendido) de un orden se convierte en *regla*, entonces la validez de ese orden es muy limitada o ha dejado de subsistir en definitiva. Entre la validez y la no-validez de un orden no hay para la sociología, como existe, en razón de sus fines, para la jurisprudencia, una alternativa absoluta. Existen más bien transiciones fluidas entre ambos casos y pueden valer –como se ha indicado– uno al lado de otro órdenes contradictorios, en la amplitud en que alcance la *probabilidad efectiva* de una orientación *real* de la conducta por ellos⁴².

⁴¹ Weber (*PV*, p. 168).

⁴² Weber (*ES*, p. 26).

No sólo para la sociología es posible la existencia de órdenes normativos válidos para un mismo círculo de hombres que sean contradictorios, sino también para la jurisprudencia, lo que no se intentará demostrar en este lugar⁴³.

Esta pluralidad de órdenes contradictorios dentro de una sociedad es la que constituye el pluralismo y, como tiene fundamentos ideológicos distintos, el relativismo, que según Kelsen, es la "Weltanschauung" que fundamenta a la democracia. Ésta evita, mediante la ritualización del proceso democrático, la guerra, la violencia y los costos inimaginables derivados de ella. La función de la ritualización es la obtención de la paz y tiene una función económica prominente.

La ineficacia de un orden normativo es la eficacia de otro orden. Los órdenes normativos existentes dentro de un Estado se encuentran en pugna entre sí, lo que significa que los órganos de cada uno de esos órdenes están encargados de hacer ineficaces las normas que integran los otros órdenes normativos. Es posible observar y de hecho existe una tendencia integradora de la unidad, lo que es una forma particular de expresar el hecho de que unos hombres intentan, con su conducta, imponer su voluntad a otros hombres, de dominarlos y vencer su posible resistencia. Al final, todo esto se traduce en mandatos que son ejecutados por un conjunto de hombres e inejecutados por otro conjunto, que crean órdenes parciales que se individualizan de manera relativa. Con ello, el concepto de la *lucha* obtiene su lugar dentro de la teoría jurídica, como ya lo ha tenido en la teoría sociológica.

Debe entenderse que una relación social es de *lucha* cuando la acción se orienta por el propósito de imponer la propia voluntad contra la resistencia de la otra u otras partes. Se denominan "pacíficos" aquellos medios de lucha en donde no hay una violencia física efectiva. La lucha "pacífica" llámase "competencia" cuando se trata de la adquisición formalmente pacífica de un poder de disposición propio sobre probabilidades deseadas también por otros⁴⁴.

Toda lucha supone una pluralidad de órdenes. Supone, igualmente, la conducta de aquellos órganos de los órdenes normativos tendientes a invalidar las normas de los órdenes en competencia o en lucha.

⁴³ Cf. Schmill (*RPTD*, ps. 165 y ss.).

⁴⁴ Weber (*ES*, p. 31).

ULISES SCHMILL O.

Las crisis sociales sólo pueden resolverse democráticamente, si por “solución” entendemos un arreglo institucional que no entrañe el uso de la fuerza física y de la guerra, en virtud de que, como se observó antes, es el único sistema que incorpora en su operancia institucional el conflicto y la lucha, por medios simbólicos. Y esto supone, como ya lo observó Kelsen, el relativismo de los conocimientos y los valores.

Una observación final: en este ensayo no hemos considerado a la democracia como un valor ni su concepto como un criterio justificatorio de cualquier decisión. Es posible que la democracia entendida como valor, no sea otra cosa que el reflejo de la paz (ausencia de violencia física) que genera, con todas las implicaciones que esto tiene.

Bibliografía

- AAML HANSEN, Mogens Herman, *The ancient Athenian and the modern liberal view of liberty as a democratic ideal*, en *Democratia. A conversation of democracies, ancient and modern*, Josiah Ober and Charles Hedrick, Princeton University Press, 1996.
- CA XENOPHON, *The Constitution of the Athenians*, en *Aristotle and Xenophon on democracy and oligarchy*, J. M. Moore, University of California Press, 1975.
- CD SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político*, trad. de Rafael Agapito, Alianza, Madrid, 1999.
- CR FENICHEL PITKIN, Hanna, *El concepto de representación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.
- CTGE KELSEN, Hans, *Compendio de teoría general del Estado*, trad. de Luis Recaséns Siches y Justino de Azcárate, Editora Nacional, México, 1974.
- CV WEBER, Max, *La ciencia como vocación*, trad. de Francisco Rubio Llorente, Alianza, Madrid, 1967.
- ES WEBER, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, F. C. E., México, 1981.
- FA GOFFMAN, Erving, *Frame analysis. An essay on the organization of experience*, Harper and Row Publishers, 1974.
- FD KELSEN, Hans, *Los fundamentos de la democracia*, en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, trad. de Juan Ruiz Manero, selección y presentación de Juan Ruiz Manero, Debate, Madrid, 1988.

- FED* IHERING, Rudolf von, *El fin en el Derecho*, Biblioteca Omeba, Buenos Aires, 1960.
- G* CLAUSEWITZ, Karl von, *De la guerra*, trad. de R. W. de Setaro, Ediciones Mar Océano, Buenos Aires, 1960.
- HP* KELSEN, Hans, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado, desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*, Porrúa, México, 1987, trad. de Wenceslao Roces, notas, revisión y presentación de Ulises Schmill. Es traducción de *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1923.
- L* HOBBS, Thomas, *Leviatán*, Editora Nacional, Madrid, 1983.
- MEDA* OBER, Josiah, *Mass and elite in democratic athens. Rethoric, ideology, and the power of the people*, Princeton University Press, 1989.
- MVC* LAKOFF, Georg y JOHNSON, Mark, *Metáforas de la vida cotidiana*, trad. de Carmen González Marín, Cátedra, Madrid, 1980.
- PDDA* OBER, Josiah, *Political dissent in democratic athens. Intellectual critics of popular rule*, Princeton University Press, 1998.
- PV* WEBER, Max, *La política como vocación*, trad. de Francisco Rubio Llorente, Alianza, Madrid, 1967.
- PTL1* KELSEN, Hans, *Introduction to the problems of legal theory*, trad. de Bonnie Litschewski Paulson y Stanley L. Paulson, Clarendon Press, Oxford, 1992.
- PTL2* KELSEN, Hans, *Pure theory of Law*, trad. de Max Knight, University of California Press, 1967.
- RPTD* SCHMILL, Ulises, *Reconstrucción pragmática de la teoría del Derecho*, Themis, México, 1997.
- S* SIMMEL, Jorge, *Sociología*, trad. de J. Pérez Bances, Espasa-Calpe Argentina, Buenos Aires, 1939.
- SLA* LORENZ, Konrad, *Sobre la agresión: el pretendido mal*, trad. de Félix Blanco, Siglo XXI, México, 1998.
- SJS* KELSEN, Hans, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht (El concepto jurídico y el concepto sociológico del Estado. Investigación crítica de las relaciones entre el Estado y el Derecho)*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1922.

ULISES SCHMILL O.

TD SARTORI, Giovanni, *Teoría de la democracia*, trad. de Santiago Sánchez González, Alianza Editorial, México, 1996.

TGE KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, Labor, Barcelona, 1934, trad. de Luis Legaz Lacambra de *Allgemeine Staatslehre. Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften*, 23. Band. Berlin: Julius Springer, 1925.

TGEJ JELLINEK, Georg, *Teoría general del Estado*, trad. de Fernando de los Ríos Urruti, Compañía Editorial Continental, México, 1956.

TPD1 KELSEN, Hans, *La teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho*, trad. de Jorge G. Tejerina, Losada, Buenos Aires, 1946.

TPD2 KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, UNAM, México, 1979.

VSR KELSEN, Hans, *Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik*, Zeitschrift für öffentliches Recht, 2. Band, 1921.

SOBRE EL PORVENIR DE LOS DERECHOS HUMANOS

por **EDUARDO BARCESAT**

1. Panorama introductorio

Al inicio de este tercer milenio la humanidad no se propone el dictado de una nueva carta o declaración universal de derechos humanos. Antes bien, lo que se propone es la gigantesca obra de ingeniería social de realizar esos derechos que hace ya más de cincuenta años viene proclamando, en textos jurídicos sacrales, que se acreditan, sin embargo, cada vez más distantes respecto de la realidad social en que se los pretende insertar.

En efecto, si un investigador extraterrestre tuviera que elevar un informe sobre las condiciones de vida en el planeta Tierra, bajo la sola luz de los textos de las declaraciones, pactos y convenciones internacionales de derechos humanos, exhibiría conclusiones tan formidables como erradas. Una universalidad de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales que garantizan las condiciones de vida digna para todos los habitantes del planeta.

Sin embargo, si nuestro hipotético investigador descendiera de los textos sacrales –de los catálogos de derechos humanos– al examen de la realidad social, advertiría que poco de lo que reconocen y garantizan esos textos sacrales se corresponde, o describe, la realidad de la vida material y cotidiana de los pueblos. Y si la investigación se profundiza, arribaría a similares conclusiones que el documento preparatorio elaborado por los expertos previo a la Cumbre Mundial sobre Desarrollo

EDUARDO BARCESAT

Humano de Copenhague (1993); esto es, que en los 50 años transcurridos desde la Declaración Universal de Derechos Humanos, que aportaba las bases de una sociedad internacional más justa y libertaria, el camino recorrido ha sido el inverso. La distancia entre los países ricos y los países pobres se ha agrandado, y en el interior de las naciones es creciente la desigualdad entre los pocos que apropian mucho, respecto de los muchos que poco reciben del producido global de la sociedad.

¿Han sido mal formulados los derechos humanos? ¿Hay que abandonar la prédica de los derechos humanos, y adoptar el estandarte neoliberal de la supervivencia del más apto? ¿O es que los derechos humanos son un discurso, una imagen, para manipular el psiquismo humano, brindándole a los seres y a los pueblos, en los textos sacrales, lo que no les puede brindar en la vida material y cotidiana?

Como no podemos compartir la previsible respuesta a ninguno de estos interrogantes, nos proponemos indagar cuáles son los obstáculos para la realización y efectividad de los derechos humanos reconocidos y consagrados por la conciencia jurídica universal.

2. Los obstáculos, estructurales y epistemológicos

Los derechos humanos han nacido en un sistema dominante que no es el propio, ni propicio, para la realización de esos derechos.

En efecto, gestados en un mundo políticamente institucionalizado bajo la forma dominante de los derechos subjetivos, instalar la conciencia de necesidad de los derechos humanos y bajo el signo de la universalidad, se convierte en tarea ciclópea.

A los derechos subjetivos subyace, como sustrato material, el interés.

A los derechos humanos subyace, como sustrato material, la necesidad.

Los derechos subjetivos están formulados y regulados para aquel que se encuentra en la titularidad, en la posesión del derecho, previendo mecanismos precisos de reposición en el supuesto de que ese derecho subjetivo sea lesionado. Los derechos humanos presuponen, como primer tramo, el acceso al derecho. Esto es, que se parte de la desposesión

para afirmar, en el nivel lingüístico-normativo, el acceso. La expresión “acceso” denota la tarea clave de una política de derechos humanos.

La desposesión de los derechos humanos reconocidos en el nivel lingüístico-normativo constituye, así lo proponemos, una antijuricidad objetiva, y convoca, como sostiene Asbjorn Eide, a la obligación de resultado que comporta la asunción de un texto de derechos humanos. Y el Estado debe ser responsable por esa obligación de resultado, porque de lo contrario no se trataría de un derecho. El derecho, para ser tal, debe ser exigible.

Realizar estos derechos humanos comporta, entonces, no sólo el reconocimiento jurídico del texto que los explicita, sino proveer mecanismos para que el acceso comprometido en la norma de derecho pueda ser efectivizado en ese mundo real y cotidiano que es donde se padecen las necesidades que subyacen, como sustrato material, a los enunciados normativos de derechos humanos.

De permanecer los derechos humanos subsumidos en la estructura clásica de los derechos subjetivos, están necesariamente condenados a circular bajo la forma mercancía.

Esto es, que acceden al goce y disfrute de los derechos humanos quienes tengan capacidad económica para comprar derechos humanos, sea vivienda, educación, salud, información, etcétera.

A estos obstáculos estructurales que brevemente hemos referido se superponen los epistemológicos.

No existe formación ni capacitación en derechos humanos. En el mejor de los casos, la enseñanza de los derechos humanos se encuentra confinada al aprendizaje de los textos sacrales, de los catálogos de derechos humanos, que deben ser repetidos de la misma forma que en la antigua escolaridad se repetían las tablas de multiplicar. Pocos juristas se encuentran dispuestos a indagar si existen diferencias entre la noción clásica de derecho subjetivo y la emergente de derechos humanos.

Los sistemas jurídicos acuñados en el modelo demo-liberal-burgués prevén la acción judicial como mecanismo de reparación frente a la afectación de los derechos subjetivos, pero ninguna acción está prevista, en la forma clásica de este modelo, para resolver el acceso a los derechos humanos.

EDUARDO BARCESAT

3. Propuestas

Enunciaremos una serie de propuestas en orden a superar estos obstáculos estructurales y epistemológicos que obstan a la realización efectiva de estos derechos humanos que –pongámoslo de resalto– son la única filosofía política y social que ha aportado el siglo pasado.

3.1: La satisfacción de la necesidad debe ser pensada y vivida como socialmente obligatoria en la dimensión del universal, lo que comporta el reconocimiento del otro, del que es distinto de uno, pero en quien, cada cual, debe reconocer a su semejante y por sobre cualquier diferencia.

3.2: Esa satisfacción de necesidad no puede reposar, exclusivamente, en la capacidad económica del individuo y de los pueblos. Si los derechos humanos tienen la dimensión del universal, y nada aconseja abandonar este valor-idea-norma del universal, a la satisfacción de la necesidad están igualmente convocados todos.

3.3: Los derechos humanos presuponen una inversión, un gasto saludable para la humanidad toda.

3.4: La antijuricidad objetiva de la desposesión de los derechos humanos comporta la exigibilidad jurídica del derecho reconocido.

3.5: Los Estados que adoptan las convenciones y tratados de derechos humanos están obligados a proveer la obligación de resultado del derecho reconocido por esas normas.

3.6: Deben fortalecerse los mecanismos y acciones jurisdiccionales que garantizan, en última instancia, la satisfacción de la obligación de resultado.

3.7: La tutela regional e internacional de los derechos humanos debe ser enforzada, tanto por su acción preventiva como por una eficaz jurisdicción supranacional.

3.8: Si, como se afirma en los Preámbulos de los Pactos Internacionales de Naciones Unidas, los derechos civiles y políticos configuran un conjunto inescindible con los derechos económicos, sociales y culturales, esa condición de conjunto inescindible debe potenciarse en la tutela jurisdiccional de los derechos, no admitiendo distinción alguna, en cuanto a la exigibilidad, según se trate de derechos civiles y políticos, o de derechos económicos, sociales y culturales.

3.9: Finalmente, como que esta comunicación a un máximo cónclave de juristas es redactada mientras poblaciones y minorías étnicas son víctimas de prácticas genocidas, obligadas a un forzado exilio, y otras bombardeadas por fuerzas militares hegemónicas extranjeras, se hace imperativo recordar que la Declaración Universal de Derechos Humanos previene y enfatiza que ninguno de los derechos reconocidos en la Declaración es posible si los pueblos no saben preservar la paz.

LOS DERECHOS HUMANOS Y EL PLURALISMO JURÍDICO

por JULIO RAÚL MÉNDEZ*

En cada disciplina, también en el saber jurídico, periódicamente aparecen las llamadas “palabras-clave” (*Schlüsswort*), que toman este apelativo porque “abren” a un universo de temas. A pesar de alguna apariencia superficial no suelen ser una pura moda; algo hay detrás. Ocurre que el universo de los temas no está cerrado porque los problemas no están “cerrados”, es decir no están definitivamente resueltos.

Cuando la palabra abre el tema es que la razón recoge el problema.

Ciertamente, cuando la palabra abre el tema viene un aluvión semántico que arrastra una multiplicidad de cuestiones; entonces es tarea de la razón poner las cosas en claro para poder hacerse cargo de responder a los asuntos.

En el último tramo del siglo XX ha aparecido con estas características el enunciado del *pluralismo jurídico*, como un nuevo golpe a la conquista kelseniana del *sistema* piramidal que tanta seguridad lógico-formal había aportado durante decenios.

* Profesor Titular de Filosofía del Derecho en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Salta. Profesor Titular de Ética y Deontología Profesional en la Facultad de Filosofía y Letras de la Pontificia Universidad Católica Argentina en Buenos Aires. Miembro de la Comisión Directiva de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. La primera versión de este trabajo fue expuesta en 1999 en el Departamento de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

JULIO RAÚL MÉNDEZ

El Estado moderno desarrolló una idea monística en cuanto al poder jurídico. El Estado concentró en sí todos los poderes “*in primis* aquel de crear derecho”¹. Mientras en el medioevo la producción jurídica era pluralista porque se originaba en la sociedad civil, la modernidad restringió al Estado esta función, como un monopolio que se cumple a través de la ley e indirectamente a través del control de reconocimiento de las normas de origen consuetudinario.

La madurez de la propuesta moderna llegó al siglo XX como una práctica identificación entre Estado y derecho.

A su vez la división de poderes de Montesquieu exigía que la decisión de juez debía ser una fiel reproducción de la ley. La *seguridad jurídica* era interpretada como monopolio de la norma legislativa estatal para la calificación y fundamentación del carácter jurídico de una proposición.

De allí la ciencia jurídica del iuspositivismo desarrolló una particular idea del *ordenamiento jurídico*, como sistema unitario constituido por el complejo orgánico de todas las normas. Su más coherente y prestigiosa expresión fue alcanzada por Hans Kelsen.

La tesis kelseniana era explícita en que el eje de sistematización del ordenamiento jurídico es de *tipo formal*, pues radica en la fuente estatal de poder legítimo. En cambio, el primer proyecto de código civil francés presentado por Cambaceres en agosto de 1793 tenía un eje de *tipo material*, en cuanto parte de principios iusnaturalistas que fundamentan las normas inferiores.

Sin embargo, los problemas suscitados por el mismo poder estatal en el curso del siglo XX hicieron que se cuestionara su monopolio jurídico y se abriera paso a una nueva argumentación de tipo pluralista.

Este asunto se constituye como el horizonte de una serie de resquebrajamiento del pretendido *sistema* originados en la práctica forense. Precisamente el hecho de prestarle atención a ese lugar definitivo de la vida jurídica que es la sede judicial hizo que progresivamente la ciencia jurídica descubriera el falseamiento a que la había llevado el modelo matemático-deductivista piramidal.

Entre esos resquebrajamiento podemos mencionar, por su impor-

¹ BOBBIO, N., *Il positivismo giuridico*, Giappicheli, Torino, 1979, p. 19.

tancia, el problema de los derechos humanos, la cuestión de la tónica jurídica, el recurso a la hermenéutica, la rehabilitación de la razón práctica, algunas direcciones del “realismo” jurídico y la deconstrucción operada por la “teoría crítica”. Todos ellos aparecen desde la práctica efectiva de la vida jurídica y reclaman por su marginación, operada a costa de una ciencia jurídica incapaz de dar cuenta del dinamismo real de los actos jurídicos.

En el trasfondo de todos ellos se encuentra el asunto del *pluralismo jurídico*, del que voy a ocuparme, como un asunto no de puras palabras sino de real envergadura para el razonamiento jurídico.

I. Los sentidos del “pluralismo jurídico”

La primera tarea es la de distinguir los distintos sentidos de la locución “pluralismo jurídico” para evitar confusiones y poder situar nuestro argumento. Veamos estos sentidos.

I.1.a. Que haya *muchas normas* (vgr., muchas leyes) o *muchos tipos de normas* (vgr., constitución, leyes, decretos, resoluciones) dentro del sistema. Aunque éste no tenga la rigidez matemática, aunque no sea tan “sistema” (perfectamente autosustentado), sin embargo puede resolver esta pluralidad con recurso a los principios de jerarquía, coherencia y completitud. No es éste nuestro asunto.

I.1.b. Que haya *pluralidad de sistemas* articulados o intersectados (vgr., derecho interno y derecho internacional, derecho nacional y derecho canónico). Este caso también se puede resolver según los principios supramencionados en el marco de los propios principios, explícitos o implícitos, de la respectiva articulación o intersección (vgr., según materia, lugar, personas, etcétera).

I.2. Que la vida social no se ordene solamente por las normas jurídico-positivas claramente identificadas por su origen. Es la llamada “porosidad legal” de *origen social*. Efectivamente suelen darse modos de contrato o de distracto no tipificados, modos anómalos de originar institutos o cuerpos sociales (por ej., matrimonios), modos de relaciones laborales no contempladas en las normas, etcétera. Estos casos pueden resolverse recurriendo a algunos principios legales generalmente aceptados, al tipo de “lo no prohibido está permitido”, el valor de fuente

JULIO RAÚL MÉNDEZ

de “los usos y costumbres” o, de un modo más laxo, por el uso genérico-hermenéutico de los términos legales en busca de una subsunción de la realidad.

La “porosidad” se da entre lo “*jurídico*” *stricto sensu* y lo no-jurídico pero “*juridizado*” *de iure* por la misma previsión o permisión del legislador y su disposición. El producto de origen social fáctico encuentra en aquel tipo de principios o la posibilidad de amplitud interpretativa de los textos un camino formal de juridización que lo legitima y resuelve la cuestión.

I.3. Que la vida social se ordene *por normas que en algún modo proceden de fuente legislativa formal (Qf) y por normas que no proceden en modo alguno de fuente legislativa formal (Qn-f)*². En el debate actual originado en el razonamiento de la práctica forense, esta *Qn-f* encierra muy distintos contenidos; según su índole, presentan distintos problemas. Así, no son estrictamente equivalentes los problemas que presentan las normas de origen étnico, cultural o clasista a los que plantean las iushumanistas.

II. Lo “jurídico” del pluralismo

El problema que ha puesto en jaque al sistema piramidal no se encuentra en la simple pluralidad, al modo I.1.a y I.1.b, ni tampoco en la simple “porosidad”, al modo I.2.

El sistema acusó recibo de su resquebrajamiento cuando su monismo reconoció su incapacidad para dar razón de un tipo de normas que de *ningún modo* tenían camino para ser subsumidas en *Qf*.

Siendo *Qf* el dominio del sistema, el pluralismo jurídico en sentido estricto queda constituido cuando la pluralidad ingresa en la propia fuente (*Q*) de lo jurídico y por tanto en su producto: entonces se abre el monismo jurídico y se reconoce el pluralismo en sede jurídica de modo riguroso.

Para que aparezca nítidamente este problema es pertinente que ha-

² Por razones un tanto arbitrarias y por un cierto parentesco con algunas cuestiones hermenéuticas de origen germánico, la notación está formulada convencionalmente en alemán: *Qf* = formale Quelle = fuente formal; *Qn-f* = nicht formale Quelle = fuente no-formal.

gamos presentes las notas definitorias de *lo jurídico*, cuyo reconocimiento a esas normas de tipo *Qn-f* plantea el caso del pluralismo jurídico en sentido estricto.

Los elementos necesarios y suficientes para reconocer carácter “jurídico” a un fenómeno, en este caso una norma, son los siguientes:

- i) Pertenecer al ámbito deóntico,
- ii) referido a conductas humanas sociales,
- iii) externas,
- iv) en materia de justicia.

Ahora bien, una proposición es reconocida como norma jurídica cuando, cumpliendo esos requisitos, es reconocida como efectivamente vinculante respecto a la convivencia en términos pragmático-directivos. El momento o escenario clave para ese reconocimiento es la instancia judicial, cuando se argumenta y se sentencia acerca de lo justo en ese sentido pragmático-directivo.

Si esa instancia judicial tiene recursos argumentativos para reconocer valor jurídico al producto de *Qn-f desde Qf* tenemos el caso I.2 de la *porosidad* y, en verdad, no se plantea el caso del pluralismo jurídico en sentido estricto.

Pero si esa instancia judicial se plantea la aceptación o negación de valor jurídico al producto de *Qn-f sin la mediación de Qf*, entonces tenemos instalado el problema del *pluralismo jurídico* en el sentido estricto.

Por ello es que el caso del pluralismo jurídico en sentido estricto solamente se verifica en I.3, cuando se reconoce que *lo jurídico (D) está integrado por el producto (P) de Qf y el producto de Qn-f*, lo que puede simbolizarse de la siguiente manera:

$$D = P (Qf \wedge Qn-f)$$

III. El caso de los derechos humanos

Ahora bien, al mencionar el sentido I.3 del pluralismo jurídico ya quedó anticipado que el producto (*P*) de *Qn-f* encierra también una pluralidad compleja, que le añade una especial problematicidad a la cuestión que estoy tratando.

JULIO RAÚL MÉNDEZ

Efectivamente en $P(Qn-f)$ hay que distinguir dos grupos.

Por una parte, aquellos contenidos normativos cuyo origen identificamos en el ámbito de lo étnico, de lo cultural o de lo clasista. Este grupo A tiene un origen claramente *sociológico*, de tal manera que en su producción, ciertamente no mediada por fuentes formales, han intervenido *la inteligencia y la voluntad humanas (I+V)* en procesos posiblemente anónimos.

Por otra parte aquellos contenidos normativos que llamamos derechos *humanos*. Este grupo B procede del iushumanismo y en su reconocimiento constitutivo, con mayor razón no mediada por fuente formal alguna, sólo interviene *la inteligencia humana (I)*.

Ahora podemos clarificarnos que ese componente jurídico que no procede de fuente formal puede provenir de la conjunción de la inteligencia y la voluntad humanas (grupo A) o de sola la inteligencia humana (grupo B), según las siguientes fórmulas

$$P(Qn-f) = A+B, \text{ siendo } A=P[(Qn-f)(I+V)] \wedge B=P[(Qn-f)(I)]$$

Estas precisiones nos permiten descubrir *una cierta comunidad entre todo $P(Qf)$ y el grupo A de $P(Qn-f)$* . Ella radica en que en ambos *intervienen la inteligencia y la voluntad humanas*, en un caso de modo formal y en el segundo de modo no-formal, lo que podemos expresar del siguiente modo:

$$P(I+V) = P(Qf) \wedge A^3$$

Esta comunidad en los productos de la articulación intelectual-volitiva es de gran importancia para los recursos argumentativos en sede judicial.

La divergencia radica en el sujeto humano actor de la generación de ese producto jurídico (D); en un caso es formal y en el otro es no-formal.

Ahora bien, que en alguna sede, como la judicial, se reconozca que hay un sujeto intelectual-volitivo con capacidad de producir efectos jurídicos plantea el problema del *pluralismo del poder político dentro de la sociedad*.

³ Recuérdese que A es un grupo de $Qn-f$, de donde $P(I+V)$ incluye todo el producto de Qf y una parte del producto de $Qn-f$.

Cuando este pluralismo revela un poder político contradictorio al poder político formal y dotado de vigencia efectiva, aparece el caso del contra-poder, cuya figura más clara es la del alzamiento y la revolución en su momento dinámico de sustitución y asunción del poder como nuevo poder formal. Cuando este dinamismo se completa desaparece el pluralismo y volvemos a los casos I.1.a, I.1.b y I.2, respectivamente.

En cambio, en el caso de los derechos humanos la fórmula $B = P[(Qn-f)(I)]$ expresa que *sólo actúa la inteligencia humana*, que no existe la mediación de la voluntad humana. Por ello tienen ese carácter absoluto, independiente de la legislación positiva y son de vigencia y competencia universal.

Ciertamente no vale confundir *B* con el *movimiento de los derechos humanos* o el grado de *consenso* que los derechos humanos alcanzan en una sociedad; éstos se inscribirían en el tipo *A*. Pero la experiencia forense nos muestra que en rigor se llega a argumentar en sede judicial desde *los derechos humanos* estrictamente en casos cuya materia es *anterior* a ese movimiento y a ese consenso; más aún, el movimiento y el consenso se desarrollan gracias a que en alguna sede judicial se argumenta desde *B*. Por ejemplo, se juzga a dictadores por hechos que tuvieron alguna legalidad en su momento, que no tuvieron oposición en su momento o, de todos modos, no se argumenta *desde* el hecho de un movimiento o consenso que pensaba y quería distinto. Ésta es la experiencia desde el caso Antígona al caso Pinochet y la competencia supranacional, pasando por los tribunales de Nuremberg.

En el iushumanismo de *B* se argumenta razonando no desde el *hecho* de constitución de un derecho positivo desde una *Qf* (I.1.a y I.1.b), ni desde el *hecho* sociológico-legal que desde *Qn-f* penetra en *Qf* por su porosidad (I.2), ni desde el *hecho* producido por una *Qn-f* que emerge como contra-poder político (I.3 caso A). En todos estos casos *D* (en cuanto norma) es un *P* fáctico originado en la voluntad humana de un sujeto más o menos determinable y por un procedimiento determinable o no según sea *Qf* o *Qn-f*, por ello se indica que en ellos $D = P(I+V)$.

En el caso *B* de I.3 el carácter absoluto, independiente y universal de *D* procede de tratarse de un *P(I)*, de un producto de la inteligencia humana que los descubre con consistencia y vigor propios, no ligados

JULIO RAÚL MÉNDEZ

a los factores de decisión humana de constitución. Su reconocimiento no argumenta desde un hecho de producción volitiva.

A su vez, dentro del campo I.3, es decir de lo que queda fuera de *toda Qf*, el caso *B* sirve de fundamento argumentativo para el reconocimiento y la aceptación del caso *A* en sede judicial.

IV. El “realismo” de los derechos humanos

En los párrafos anteriores indiqué que el problema que estoy tratando se genera en el amplio ámbito de lo jurídico, paradigmáticamente en sede judicial. Esto es muy importante porque una remisión de los derechos humanos al ámbito de la *ética* o de un nuevo género llamado de los “derechos morales” les haría perder carácter estrictamente *jurídico* y por tanto no serían argumentables en sede judicial por ninguno de los actores.

Ciertamente no es que lo jurídico expulse lo moral o lo ético, pero son campos distinguibles. En el punto II expresé las notas necesarias y suficientes para el reconocimiento de lo jurídico, si éstas no se dan no estamos en presencia del género en cuestión y no podemos ingresar en la argumentación premisas ajenas al género.

No siendo que el producto *B* inaugure de por sí un contrapoder fáctico por no haber un hecho voluntario, lo que se reconoce en él es un *poder deóntico de existencia autónoma o prevolitiva*. La argumentación iushumanista no parte de ningún *factum* volitivo sino de una necesidad deóntica reconocida intelectivamente. Los procedimientos y las reglas de ese reconocimiento son los propios de la actividad racional humana.

Es la inteligencia la que descubre las exigencias de integridad en las conductas humanas sociales en términos de justicia, es decir de “ajuste” entre los miembros de la relación. Esas exigencias imperadas a la libertad son las que se manifiestan como necesidad deóntica, independiente y previa a cualquier *factum* volitivo. Precisamente su deonticidad en términos de “ajuste” se refiere tanto a los hechos volitivos de tipo normativo como de tipo operativo-conductual.

Esta competencia de la *deonticidad iushumanista* es la que le otorga su carácter absoluto, independiente y universal.

Su carácter estrictamente *jurídico* tiene dos consecuencias que es pertinente resaltar ahora. Por una parte que *el pluralismo jurídico más profundo y radical* se verifica entre los tipos de *D* que proceden de *Qf* y el tipo *Qn-f B*, éste resulta el fundante de *Qn-f A* y por tanto de un inscripción en el pluralismo jurídico. Por otra parte que la relación es de *jerarquía de superioridad* de *Qn-f B* respecto a *Qf*, lo que no ocurriría si *Qn-f B* tuviese solamente carácter ético.

El carácter absoluto de los derechos humanos y la validez jurídica autónoma con que son argumentados, sin subordinación a una voluntad histórico-política, para ser reconocidos en el *dictum* de un juez plantea la cuestión de la *verdad deóntica del tipo Qn-f B*.

Aquí es pertinente marcar la diferencia entre *reconocimiento* y *aceptación*: el primero es un acto de la inteligencia, el segundo es de la voluntad. El problema de la verdad deóntica se inscribe en el ámbito de la inteligencia, no de la voluntad. La aceptación es subsecuente y se verifica en la decisión volitiva que produce ese *D* que corresponde a I.1.a, I.1.b, I.2 y I.3.A, de modo previo a la argumentación forense. En cambio el tipo I.3.B *se produce suficientemente en la inteligencia como D y desde allí reclama su aceptación en la argumentación forense*.

El contradictorio de I.3.B en sentido estricto es *el escepticismo ético-jurídico*. Éste sostiene que no hay posibilidad de reconocer consistentemente en el solo plano racional productos normativos ético-jurídicos; estos últimos sólo estarían suficientemente constituidos cuando proceden de una decisión volitiva humana positiva o sociológica⁴. El escepticismo sólo reconoce como fuente necesaria y suficiente la conjunción de inteligencia y voluntad, en donde el peso definitorio se inclina sobre la voluntad humana como aquella que produce el hecho jurídico de constitución de *D* como un producto reconocido, aceptado y argumentable en sede judicial. Por ello se puede decir que para el escepticismo ético-jurídico

Toda $Q = I + V$,
tal que todo $D = P(I + V)$.

⁴ Dentro del escepticismo ético-jurídico hay distintas versiones según se circunscriba a la aceptación formal del tipo I.1.a y I.1.b o incluya también I.2. En algunas versiones más amplias, como la "teoría crítica", se llega a incluir el tipo I.3.A.

JULIO RAÚL MÉNDEZ

Para el *escepticismo ético-jurídico* las expresiones deónticas en el plano ético son fórmulas imposibles de calificar como verdaderas o falsas; en definitiva son producto de una decisión volitiva o de una preferencia afectiva intercambiable con otras igualmente imposibles de calificar como verdaderas o falsas. Lo mismo ocurre con los productos deónticos solamente racionales sin mediación volitiva que pretendan especificidad jurídica al tipo de los llamados “derechos humanos”; éstos *carecen propiamente de rango jurídico* y son productos más o menos plausibles según el consenso de la respectiva preferencia afectivo-volitiva de los interlocutores, pero no son argumentables en sede judicial en sentido estrictamente *jurídico*⁵.

El marco de reconocimiento de I.3.B es el *cognitivism ético-jurídico realista* que distingue *reconocimiento* y *aceptación* y considera necesario y posible fundar racionalmente las proposiciones deónticas, tanto éticas como jurídicas, en un nivel de consistencia racional no subordinado a la mediación de una decisión volitiva o de una preferencia afectiva.

Desde el *cognitivism ético-jurídico realista* se descubre que lo que tienen en común todos los productos jurídicos es al menos su fuente intelectual. En el nivel iusfilosófico, lo común y decisivo universal es la condición de producto racional; para los casos positivos (formales o no formales) es también condición la mediación volitiva⁶. Por ello, para este cognitivism,

Todo D= P(I)

siendo que algún D=P (I+V) ∧ algún D=P(I)

Donde algún D= I.1.a+I.1.b+I.2+I.3.A

∧ algún D= I.3.B

⁵ La adjudicación de carácter jurídico a tales proposiciones deónticas provendría o de una confusión epistémica o de una estrategia, más o menos tolerada por el consenso práctico, para defender a los débiles en una situación de excesiva lesión. Lo que no puede ser justificado en un riguroso planteo epistémico. Sin duda tampoco por ningún principio al tipo de “en caso de excesiva lesión los débiles deben ser protegidos aunque la agresión provenga de un poder jurídico formal”, o “un poder jurídico formal carece de legitimación para infligir daños a inocentes”, etcétera. Pues se trataría siempre de puras pretensiones ideales como preferencias afectivas sin la necesaria mediación productiva en cuanto $D= P(I+V)$.

⁶ En un nivel metafísico que no es pertinente desarrollar ahora todos los productos deónticos proceden de inteligencia y voluntad.

Este nivel de fundamentación es el que sustenta la argumentación en sede judicial de los derechos humanos y permite su aceptación coherente en los discursos de sus interlocutores para llegar a su inclusión en el *dictum* del juez que pronuncia sentencia justa.

Este nivel de fundamentación es el que otorga su compleja unidad y coherencia al universo jurídico compuesto de tantos *D* como *P* ($Qf \wedge Qn-f$) en toda su extensión (hasta el tipo I.3.B).

Esta clarificación ha sido recuperada en el siglo XX que terminó en gran parte gracias al desarrollo de la argumentación forense práctica, como un fruto natural de la índole de la filosofía del derecho ligada a la vida jurídica real.

SOBRE EL PROBLEMA DE LA TOLERANCIA

por PAOLO COMANDUCCI

Al hablar de tolerancia no adoptaré aquí una perspectiva diacrónica¹, ni procederé, desde una perspectiva sincrónica, a un examen de la tolerancia como problema político². Pretendo, en cambio, ocuparme de la tolerancia como problema filosófico. Así establecido, el problema se puede afrontar al menos desde tres niveles de análisis: lógico-lingüístico, filosófico-político (o filosófico-moral) y jurídico. No desarrollaré un análisis de la tolerancia en el ámbito jurídico, puesto que me parece que actualmente no se da un problema fundamental a este nivel. Al menos en sistemas jurídicos democráticos que garantizan los derechos individuales fundamentales, es decir, en sistemas en los que se prevea constitucionalmente y se realice la igualdad (sustancial) universal³, la tolerancia pasa a ser un problema metajurídico: de justificación filosófico-política de aquellas disposiciones jurídicas, normalmente de rango constitucional, que declaran y garantizan los derechos y las libertades fundamentales⁴.

¹ Sobre el problema de la tolerancia y de la intolerancia en materia religiosa –terreno en el que, como se sabe, nace la idea moderna de tolerancia– véase, dentro de la perspectiva histórica y jurídica, Lecler 1955, Ruffini 1992, especialmente § 2-5 y 17-25.

² Para una interesante panorámica sobre las diversas “dimensiones” de la tolerancia, cfr. Mendus-Edwards 1990.

³ Para la definición de los tres niveles de análisis y de la noción de igualdad universal me remito a Comanducci 1992, ps. 39-41 y 111-12, respectivamente.

⁴ Cfr. en el mismo sentido Ferrajoli 1993. Un interesante ejemplo de análisis sociológico-estadístico de las actitudes del público (en este caso de los ciudadanos estadounidenses) en relación con los derechos civiles protegidos constitucionalmente, se puede leer en McClosky-Brill 1983, un libro significativamente titulado *Dimensions of tolerance*.

PAOLO COMANDUCCI

Así, pues, trataré brevemente el problema filosófico-político en el § 2; en el § 1 analizaré, en cambio, el significado del término “tolerancia” y el de la familia de vocablos a la que pertenece.

1. El concepto

A nivel lógico-lingüístico (semántico y/o pragmático) cabe situar los problemas de definición del término, identificación del concepto y construcción de una tipología de las concepciones.

Me parece oportuno empezar el examen de los usos en el lenguaje ordinario de la familia de términos a la que pertenece “tolerancia” con una definición del término “tolerancia” configurada a partir de aquella propuesta por Garzón Valdés⁵, si bien no idéntica a ella: se entiende por “tolerancia” una actitud que se exterioriza al permitir, basándose en alguna razón derogatoria (por ejemplo, pero no necesariamente, una norma o un valor superiores)⁶, la comisión u omisión de acciones, valoradas negativamente⁷, teniendo competencia o poder para prohibirlas⁸. Por metonimia, a veces se señalan como sujetos de la tolerancia instituciones y sistemas normativos⁹, y, siempre por metonimia, se señalan como destinatarios de la tolerancia situaciones¹⁰ o personas.

Por otro lado, no parece totalmente excluido que subsistan, más al

⁵ Cfr. Garzón Valdés 1992, especialmente ps. 140-41.

⁶ Sobre este último punto, véanse las precisiones que se hacen en el § 2.

⁷ Especialmente crítico sobre esta cláusula y, en general, sobre la utilidad de toda la definición se muestra Baroncelli 1993.

⁸ El añadido del poder, junto a la competencia, depende del hecho de que, en el lenguaje ordinario, al contrario que en los sistemas éticos, es habitual hablar de tolerancia a pesar de que subsista el poder –si no subsistiese ni siquiera este último no se diría que uno *tolera* sino que *soporta a pesar suyo*–, y no se haga ninguna referencia explícita a una norma que atribuya la competencia para prohibir el comportamiento en cuestión.

⁹ Cfr. en tal sentido Gianformaggio 1993. Nótese que en una perspectiva de individualismo metodológico, la tolerancia de las instituciones puede reducirse sin duda a la tolerancia de los individuos que las componen o representan.

¹⁰ Cfr. Garzón Valdés 1992, p. 143: “Alguien podría observar que no sólo se toleran actos sino también estados de cosas. Correcto; pero ellos tienen que ser siempre el resultado o la consecuencia de actos humanos. No tiene sentido decir que alguien tolera el mal tiempo: nadie tiene competencia para modificar este estado de cosas. Al mal tiempo se lo soporta o se lo padece”.

nivel de las ideologías que del lenguaje cotidiano, usos no metonímicos de “tolerancia” (o más a menudo de “intolerancia”) hacia personas: por ejemplo, la intolerancia hacia los judíos *en cuanto* judíos, o, más en general, hacia quienes son distintos *en cuanto* distintos, parece independiente de (y no referida a) las acciones de los judíos o de quienes son distintos. Pero con una operación de reconstrucción conceptual, también estos usos se pueden configurar como metonímicos: sólo que, en estos casos, la tolerancia-intolerancia se refiere indirectamente a acciones y directamente a situaciones. Pienso, por ejemplo, en las situaciones de “vecindad” de los distintos (intolerancia contra los inmigrantes), o en la situación de “existencia” de los judíos (intolerancia nazi). Tratándose de situaciones que son consecuencia de acciones humanas, también tales usos se pueden reconducir, en última instancia, a la tolerancia de acciones.

Escribe Garzón Valdés que la tolerancia es una “propiedad disposicional”, ya que se manifiesta en repetidas ocasiones: “No decimos que alguien es tolerante si sólo una vez tolera un acto a cuya prohibición tiende y lo prohíbe luego cuando se dan las mismas circunstancias”¹¹. Sin duda, esta última observación es exacta, pero su exactitud depende, al menos en italiano, de la semántica de *persona tolerante*¹²: en mi opinión, no se incluye en el concepto de tolerancia (y de tolerar) el que se trate de una disposición que dure en el tiempo. El enunciado según el cual “En aquella circunstancia, y sólo en aquella, Tizio ha tolerado la acción X” o el enunciado según el cual “En aquella circunstancia, y sólo en aquella, Tizio ha dado pruebas de tolerancia”, no me parecen en absoluto “estiramientos” del uso de estos dos términos.

Además, mientras la locución *persona tolerante* indica una valo-

¹¹ Garzón Valdés 1992, p. 143.

¹² Cuanto se dice a propósito de *persona tolerante* me parece que vale generalmente para cualquier otra persona virtuosa. Se considera que una persona es virtuosa –al menos actualmente, en una visión laica del mundo– sólo si realiza actos virtuosos de forma continuada en el tiempo. La virtud, cualquiera de las virtudes y entre ellas la tolerancia, es una propiedad que se predica tanto de personas (al margen de metáforas, de una serie prolongada de actos: se trata entonces de una propiedad disposicional) como de actos individuales (y entonces no es propiedad disposicional sino, llamémosle así, “puntual”).

PAOLO COMANDUCCI

ración favorable hacia la persona designada¹³, ello no sucede con el sustantivo *tolerancia* ni con el verbo *tolerar*, cuyo empleo puede indicar tal vez una valoración desfavorable. Un juicio en términos de tolerancia, o que contenga el término *tolerar*, puede ser también un juicio de mero hecho. En cambio, eso no sucede con un juicio en que aparecen *tolerante* o *intolerante*: en tal caso se trata siempre de valoraciones¹⁴.

Por *intolerancia* se entiende una actitud que se manifiesta en no permitir –en base a la propia ética, al propio sistema normativo de referencia– la comisión o la omisión de acciones, valoradas negativamente, que se tiene de hecho poder para prohibir. Se habla de *intolerancia* tanto si subsiste como si no, para quien no tolera, la competencia para prohibir la comisión o la omisión de aquellas acciones.

Las familias de términos a las que pertenecen *tolerar* y *soportar* tienen un área semántica parcialmente coincidente: hay muchos usos en los que los términos pertenecientes a las dos familias son perfectos sinónimos. Por otro lado, *tolerar* tiene un área semántica más reducida que *soportar*, puesto que no todo soportar es ejercicio de tolerancia. Se soportan también acciones y situaciones que no podemos impedir o que no podemos hacer que cesen.

Ser tolerado es el pasivo de *tolerar* y, como reflejo de ello, se usa tanto para formular juicios de hecho como para expresar juicios de valor y, en este último caso, tanto para dirigir valoraciones favorables como desfavorables.

No tolerar es lo contrario de *tolerar*: vale para él, sustancialmente, lo dicho para *tolerar*. *Intolerancia* e *intolerante* son respectivamente los contrarios de *tolerancia* y *tolerante*, pero indican una valoración

¹³ Flavio Baroncelli ha llamado mi atención acerca del hecho de que no siempre sucede con *tolerante* (cuando no se predica de *persona*): este adjetivo, al igual que *tolerancia*, puede a veces indicar una valoración desfavorable hacia aquello de lo cual se predica. Se dice, en cambio, que una persona es tolerante bajo el presupuesto de que se trata de una persona que ha dado pruebas, en el tiempo, de un comportamiento de tolerancia, y se le llama así, al menos en nuestra cultura, para indicar aprobación hacia una cualidad (considerada virtuosa) del carácter de aquella persona.

¹⁴ Actualmente en italiano, *permissivo* y *persona permissiva* son, al menos en una de sus acepciones, sinónimos, respectivamente, de *tolerante* y *persona tolerante*, pero portadores a menudo de una valoración negativa.

desfavorable. Ello comporta que el no tolerar no se perciba siempre como sinónimo de intolerancia o como indicio de una actitud intolerante, ya que el no tolerar puede valorarse positivamente, o simplemente puede levantarse acta del mismo sin valorarlo en modo alguno¹⁵.

Tolerable es aquello (acción, situación, o, por metonimia, persona o institución) que puede ser tolerado, *intolerable* es lo que no puede ser tolerado. El juicio de tolerabilidad, como el de intolerabilidad, presupone, por tanto, que lo que se tolera sea algo malo, pero no implica necesariamente un metajuicio (positivo o negativo) acerca de la acción de tolerar o no tolerar. El juicio de tolerabilidad, como el de intolerabilidad, puede ser, más que un juicio de valor, un juicio de mero hecho.

La definición de *tolerancia*, construida a partir de una constatación lexical, me parece que identifica también el concepto de tolerancia: aquel mínimo común denominador entre las diversas, y a menudo contrapuestas, concepciones de la tolerancia; o, desde un punto de vista semántico, aquel núcleo de significado común que se expresa mediante los términos que, en los distintos idiomas, constituyen los homólogos de *tolerancia*. Si la constatación lexical ha sido correcta, es decir, si he identificado con precisión el concepto de tolerancia, de ello deriva al menos una consecuencia interesante: es posible criticar y rechazar aquellas estrategias argumentativas que consisten o bien en atribuir al concepto de tolerancia connotaciones propias de una específica concepción de la tolerancia, o bien en no atribuir al concepto de tolerancia connotaciones que sin embargo le corresponden.

Un ejemplo del primer tipo de operación es aquel que atribuye necesariamente una connotación positiva a la tolerancia: hay quien sostiene que todos los usos de *tolerancia* sirven de vehículo a una apreciación valorativa, aunque sea implícita, hacia la propia tolerancia. Si esta afirmación fuera una constatación lexical sería fácilmente fal-

¹⁵ Cfr. Bobbio 1990, p. 244: "Intolerancia en sentido positivo es sinónimo de severidad, rigor, firmeza, todas ellas cualidades pertenecientes al elenco de las virtudes". Creo que el sentido positivo de intolerancia, al que Bobbio se refiere, se expresa actualmente en italiano no con los términos *intolerancia* e *intolerante*, sino declinando el verbo *no tolerar*.

PAOLO COMANDUCCI

sable¹⁶; pero se trata en realidad de la superposición, sobre los usos lingüísticos corrientes, de una específica concepción de la tolerancia, que es fruto de una aproximación favorable hacia la tolerancia misma, difundida sobre todo entre los intelectuales “progresistas”.

Un ejemplo del segundo tipo de operación es aquel que opina que lo que se tolera no siempre es algo malo. Me parece que aún en este caso se superpone a la constatación lexical (que identifica el concepto)¹⁷ una concepción de la tolerancia, en especial aquella llamada “positiva” –de la que hablaré más adelante–, que valora positivamente, aunque en sentido débil, la “diversidad” que se tolera.

Partiendo de nuevo de Garzón Valdés, es posible delinear una topología de las concepciones de la tolerancia, que ayude después a establecer la clasificación y el análisis de las propias concepciones. La tipología se estructura a partir de tres pares de elementos: tolerancia positiva-tolerancia negativa; tolerancia horizontal-tolerancia vertical; tolerancia pública-tolerancia privada. Los pares opuestos, que no aspiran a ser conjuntamente exhaustivos¹⁸, se entrecruzan, de tal forma que cada una de las concepciones de las que da cuenta la tipología se caracteriza por tres elementos¹⁹.

Garzón Valdés llama vertical a aquella que “presupone una relación de supra y subordinación” y tolerancia horizontal a la que no la presupone²⁰. La distinción entre tolerancia privada y tolerancia pública

¹⁶ Por ejemplo, mediante el enunciado: “Debe acabar lo antes posible la tolerancia de la policía hacia los casos de microcriminalidad”. Cfr. en el mismo sentido Bobbio 1990, ps. 244-45: “...tolerancia en sentido negativo [...] es sinónimo de culpable indulgencia, de condescendencia respecto al mal, al error, debido a la falta de principios, o al deseo de vivir tranquilo o a la ceguera frente a los valores”.

¹⁷ Quien se expresa en términos de *tolerancia* considera lo tolerado como un mal. Otros, obviamente, pueden no estar de acuerdo. Pero ésa es otra cuestión que nada tiene que ver con la semántica (ni con la pragmática) de *tolerancia*, sino con una diversidad de concepciones *lato sensu* políticas.

¹⁸ Está claro que sobre todo la primera dicotomía no agota el campo de todas las concepciones de la tolerancia.

¹⁹ Sólo por curiosidad doy la relación de las ocho combinaciones posibles: tolerancia positiva horizontal privada; tolerancia positiva horizontal pública; tolerancia positiva vertical privada; tolerancia positiva vertical pública; tolerancia negativa horizontal privada; tolerancia negativa horizontal pública; tolerancia negativa vertical privada; tolerancia negativa vertical pública.

²⁰ Garzón Valdés 1992, p. 143.

se refiere, en cambio, a la esfera en la cual se desarrollan: la de las relaciones privadas y la de las relaciones públicas, respectivamente.

La tolerancia negativa (llamada también pasiva) consiste en la mera abstención de la represión de acciones, y, aunque se trate, como veremos, de una concepción de la tolerancia (mejor dicho: una familia de concepciones), tiene muchos puntos en común con el concepto de tolerancia. Lo cual no es sorprendente al ser ésta la “vieja” concepción de la tolerancia, aquella elaborada al inicio de la edad moderna, y que ha entrado en el léxico y ha determinado los usos predominantes del término *tolerancia*. La tolerancia positiva (llamada también activa) consiste en el respeto a la identidad de los demás, de los individuos como personas, y tiende a construir una sociedad más armónica e igualitaria²¹. Se trata de la “nueva” tolerancia, de una concepción (mejor dicho: una familia de concepciones) que no ha permeado todavía por sí misma el lenguaje común, pero que ha entrado ya en el léxico de grupo de los intelectuales “progresistas”²².

2. Por qué tolerar

A nivel filosófico-político (o moral) cabe comparar entre sí las diversas concepciones de la tolerancia y examinar si existen, y cuáles son, las razones que justifican la tolerancia (y, particularmente, cada una de las concepciones de la tolerancia)²³. Afrontando el problema de las razones de la tolerancia, Garzón Valdés avanza en la idea de que la tolerancia se conecta doblemente con sistemas normativos:

Por una parte, la tendencia a no permitir el acto finalmente tolerado proviene del sistema a cuya regulación está sujeto. Llamaré a este

²¹ Cfr., por ej., Ferrajoli 1989, p. 948, según el cual la “moderna *tolerancia* [...] consiste en el respeto de todas las posibles identidades personales y de todos los relativos puntos de vista [...] La tolerancia puede ser definida [...] como la atribución a toda persona del mismo valor; mientras que la *intolerancia* es el disvalor asociado a una persona en función de su particular identidad. Inversamente, la esfera de lo *intolerable* cabe identificarla, por oposición, con la de las violaciones de las personas a través de las lesiones intolerantes de sus personales identidades”. Véase también Ferrajoli 1993.

²² Una análoga distinción entre dos sentidos de tolerancia se halla en Bobbio 1990, ps. 235-36, quien considera, por otro lado, como quien esto escribe, que sería más oportuno adoptar otro término para designar la “nueva” tolerancia.

²³ Sobre este tema véase ahora Diciotti 1993.

PAOLO COMANDUCCI

sistema “sistema normativo básico”. Por otra, la superación de esta tendencia resulta de la consideración de principios y/o reglas de un sistema normativo superior. Llamaré a este sistema “sistema normativo justificante”²⁴.

Pero hay que aclarar el significado de *superior*, tal como aparece en esta definición, así como la diferencia entre “sistema normativo básico” y “sistema normativo justificante”. Estoy de acuerdo con Garzón Valdés si entendemos la superioridad desde un punto de vista meramente lógico, y, en consecuencia, si entendemos la distinción entre los dos sistemas normativos como una diferencia entre normas de diferente nivel lógico: se trata de normas acerca de normas, y de una superioridad que se refiere a los niveles de lenguaje. No estaría de acuerdo, en cambio, si tal superioridad se entendiera (necesariamente y no sólo de forma contingente) como una superioridad axiológica, o si se sostuviese que los dos sistemas normativos no pueden (aunque sea de forma contingente) pertenecer, como subsistemas, a un mismo sistema normativo. La primera interpretación me parece preferible ya que permite distinguir entre éticas que incorporan el valor de la tolerancia y éticas que no lo incorporan. Me explico.

Las razones justificantes pueden ser internas al propio sistema ético (como ocurre por ejemplo en el caso de la ética llamada “laica”)²⁵, o pertenecer, en cambio, a otro sistema ético. En este último caso, la tolerancia se presenta explícitamente como metavalor, como valor perteneciente a un diferente sistema normativo. En el primer caso las reglas de derogación pertenecen al propio sistema ético, en el segundo no.

De aquí en adelante llamaré *intolerantes*²⁶ a quienes no incorporan

²⁴ Garzón Valdés 1992, ps. 145-46.

²⁵ Véase una concisa y argumentada defensa de ello en Borsellino 1992.

²⁶ Los intolerantes, recuérdese, son aquellos que los otros juzgan como tales, ya que por su parte ellos no se consideran a sí mismos intolerantes: *intolerante* es un vocablo que comporta una valoración negativa y difícilmente es usado para autodefinirse. Quien no tolera no se considera, pues, intolerante y afirma a menudo tener buenas razones para no ejercitar la tolerancia. Por otro lado, llamando *intolerantes* a quienes no toleran pretendo indicar al lector que la ética de la que soy partidario incorpora la tolerancia como un metavalor político y que personalmente juzgo de forma negativa a las éticas que no lo hacen.

la tolerancia en el propio sistema ético, y sobre ellos concentraré mi atención. Mientras a nivel filosófico-moral el problema consiste en encontrar una justificación de la tolerancia (privada) que sea aceptable dentro de cualquier ética que un individuo profese, a nivel filosófico-político el problema más interesante estriba en encontrar una justificación de la tolerancia (pública) que sea aceptable por parte de quienes sustentan éticas distintas y contrapuestas. En el caso de la moral la justificación de la tolerancia es *interna* a cada sistema ético, en el caso de la política, en cambio, es *externa*²⁷.

Si nos preguntamos por qué los intolerantes deberían aceptar la tolerancia, un metavalor derogatorio respecto a los valores propios más sagrados, estamos en realidad haciendo referencia a dos cuestiones distintas que deben ser tratadas de forma separada. En efecto, el llamado “problema de los intolerantes” comprende tanto el problema *que tienen* los intolerantes como el problema *constituido por* los intolerantes. Los intolerantes tienen el problema de decidir si existen o no buenas razones en favor de la aceptación de reglas –derogatorias respecto a las reglas pertenecientes al propio sistema ético– que justifiquen la tolerancia horizontal pública²⁸. El problema constituido por los intolerantes se puede sintetizar así: ¿por qué, y hasta qué punto, se debería forzar a los intolerantes a no serlo? En términos más generales: ¿cuáles deben ser los límites de la tolerancia vertical pública?

Entre las respuestas más interesantes al primer (sub) problema sostenidas en años recientes incluiría la de Rawls. No me refiero tanto a *A theory of justice*, en el que por otro lado Rawls ya subrayaba la prioridad del *right* respecto al *good*, y, por tanto, también la primacía de los principios de justicia sobre las distintas y contrapuestas concepciones éticas. Pienso más bien en el último Rawls²⁹, que reinterpreta

²⁷ Considero al menos que éste es, a nivel filosófico-político, el caso más interesante y controvertido, puesto que los problemas son bastante menores si, como en el caso de la ética laica y liberal, la justificación de la tolerancia se ha adoptado ya basándose en razones internas al propio sistema ético.

²⁸ Una sugerencia para emprender este camino interpretativo es la ofrecida por Garzón Valdés 1992, p. 145: “Un buen ejemplo de tolerancia horizontal pública es el contrato social hipotéticamente supuesto como remedio a los costos de la anarquía”.

²⁹ Cfr. Rawls 1982, Rawls 1985, Rawls 1987, Rawls 1988, Rawls 1989. Acerca de los escritos posteriores a *A theory of justice*, véase: Griffin 1987; las colaboraciones

PAOLO COMANDUCCI

la propia concepción de la justicia de tal modo que ésta puede configurarse ahora como una compleja justificación de la tolerancia horizontal pública³⁰.

Los escritos de Rawls de la segunda mitad de los años ochenta clarifican el papel político de la justicia como equidad, como conjunto de reglas de juego en sociedades democráticas³¹ caracterizadas por un irreducible pluralismo de ideas y posturas éticas (en el sentido más lato) y por los insuprimibles contrastes de intereses particulares. Rawls enfatiza el papel fundamental de estabilización social y política que podría llevar a cabo el unánime consenso acerca de las reglas de juego, un consenso que se superponga, sin eliminarlo, al pluralismo de opiniones divergentes o contrapuestas presentes en la sociedad. Rawls profundiza y desarrolla la analogía entre el papel llevado a cabo por el principio de tolerancia a la hora de poner fin al período de guerras de religión y en el nacimiento del Estado moderno, y el papel que podría y debería desarrollar una concepción pública de la justicia, que incorpore las libertades fundamentales y su prioridad, para poner fin al período de guerras ideológicas y de intereses y en el nacimiento de una sociedad justa³².

La tolerancia no se presenta aquí como un valor interno a una visión ética global, que pretende ser atractiva incluso para quienes no la incorporan en su propio sistema ético. La tolerancia se identifica, más bien, con la concepción (política) de la justicia como equidad: se trata, pues, en la propuesta de Rawls, de un metavalor, elegido y justificado imparcialmente, de tipo meramente procedimental, que los intolerantes podrían querer aceptar aunque sólo fuera por razones prudenciales y sin tener que renunciar a ninguna de sus más profundas convicciones.

presentadas en el *Symposium on rawlsian theory of justice: recent developments*, in *Ethics*, 99, 4, 1989; Kukathas-Pettit 1990; Nickel 1990; K. Nielsen 1990; N. Nielsen 1990. Para mayores aclaraciones sobre la interpretación de Rawls ofrecida en el texto, remito a Comanducci 1991.

³⁰ Un ulterior problema que cabría afrontar es el de determinar si la tolerancia que justifica Rawls es la tolerancia positiva, la negativa o un *tertium quid*. Si bien tiendo a inclinarme por la segunda hipótesis, dejaré aquí irresuelta la cuestión.

³¹ Sobre las relaciones entre democracia y tolerancia (horizontal pública), cfr. Garzón Valdés 1992, p. 147.

³² Véase especialmente Rawls 1982.

El segundo (sub) problema consiste en determinar si, y dentro de qué límites, hay un deber de tolerar a los intolerantes. Las respuestas son obviamente muy variadas, pero me parece que pueden agruparse sustancialmente en torno a dos grandes polos. La respuesta de los partidarios de la tolerancia positiva va en general en el sentido de no tolerar a los intolerantes³³. Por el contrario, la respuesta de los partidarios de la tolerancia negativa va en general en el sentido de tolerar a los intolerantes, mientras la intolerancia no se manifieste en actos violentos o, más en general, en lesiones a derechos fundamentales. Piénsese, por ejemplo, en Nozick y en su idea de que en una estructura de utopías, no son tolerables las utopías imperialistas, pero sí las misioneras³⁴.

Se podría minimizar, en este punto, el contraste que opone a los partidarios de la tolerancia positiva y a los partidarios de la tolerancia negativa, sosteniendo que generalmente ambos no permiten la intolerancia. Los segundos se limitan a consentirla en todos aquellos casos en que se manifiesta en actividades no lesivas para los derechos individuales y no peligrosas de forma inmediata para la paz social: se trataría, por tanto, de una contraposición sobre cuestiones sustancialmente irrelevantes.

Pero hay otra lectura igualmente plausible, que tiende en cambio a enfatizar el hiato entre tolerancia positiva y negativa. Según esta lectura, a la que me sumo en general, los partidarios de la tolerancia positiva incorporan ésta dentro del propio sistema normativo de base: la suya es una concepción de la tolerancia según la cual *tolerar* no es en absoluto (ni siquiera parcialmente) sinónimo de *soportar*. La diversidad, la alteridad, la pluralidad de sistemas éticos diferentes al propio son valorados como factores de enriquecimiento cultural y so-

³³ Cfr., por ejemplo: Ferrajoli 1989, ps. 947-49, Gianformaggio 1993, Marcuse 1968.

³⁴ Cfr. Nozick 1981, especialmente p. 339. Sobre posiciones análogas, si bien obviamente en un contexto distinto, se había ya expresado Rawls 1971, § 35. Por lo que hace específicamente a la tolerancia religiosa en una sociedad bien ordenada, Rawls concluía así (p. 220): "...while an intolerant sect does not itself have title to complain of intolerance, its freedom should be restricted only when the tolerant sincerely and with reason believe that their own security and that of the institutions of liberty are in danger".

PAOLO COMANDUCCI

cial, que no son simplemente soportados, sino garantizados y protegidos. Por contra, los partidarios de la tolerancia negativa consideran a ésta externa al propio sistema de base (aunque normalmente no externa al propio sistema ético global). Respetando los usos del lenguaje ordinario, para ellos *tolerar* es al menos en parte inescindible de *soportar*: es un soportar por buenas razones.

Un reciente y tristemente conocido banco de pruebas para esta distinción entre tolerancia positiva y negativa –distinción que se sitúa a nivel filosófico-político, mientras a nivel moral, y en la vida cotidiana, me parece que esta distinción no es relevante– lo constituye el racismo presente en el resurgimiento del nazismo en Europa. Me parece que los partidarios de la tolerancia positiva están a favor (aunque no todos y no necesariamente) de la prohibición jurídica de aquellas manifestaciones de opiniones que expresen intolerancia hacia las llamadas “razas inferiores”. En nombre de la tolerancia hacia las personas, no toleran las *opiniones* que expresan intolerancia hacia las personas. En cambio los partidarios de la tolerancia negativa están en contra (aunque no todos y no necesariamente) de la prohibición jurídica de la manifestación de cualquier opinión, aunque sea racista e intolerante. La “vieja” tolerancia, a nivel filosófico-político, es, como ha subrayado Bobbio, fundamentalmente tolerancia hacia las opiniones (que no se comparten). Algunos partidarios de la “nueva” tolerancia tal vez no se percatan de que, al menos desde un punto de vista, también los racistas pueden ser considerados “otros”, “distintos” que hay que tolerar, es decir, soportar por buenas razones.

Referencias bibliográficas

- BARONCELLI, Flavio, 1993, *Tolleranza: il fascino perverso di una definizione*, in COMANDUCCI, P.-GUASTINI, R. (a cura di), *Analisi e diritto 1993. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giuppichelli, Torino.
- BOBBIO, Norberto, 1990, *Le ragioni della tolleranza* (1986), ahora en BOBBIO, N., *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, ps. 235-52.
- BORSELLINO, Patrizia, 1992, *Etica laica e regole procedurali*, en *Testimonianze*, anno XXXV, n. 3 (343), ps. 32-40.

- COMANDUCCI, Paolo, 1991, *Contrattualismo, utilitarismo, garanzie*, Giuppichelli, Torino.
- 1992, *Assaggi di metaetica*, Giuppichelli, Torino.
- DICIOTTI, Enrico, 1993, *Giustificazioni della tolleranza*, in COMANDUCCI, P.-GUASTINI, R. (ed.), *Analisi e diritto 1993. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giuppichelli, Torino.
- FERRAJOLI, Luigi, 1989, *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari.
- 1993, *Tolleranza e intollerabilità nello stato di diritto*, in COMANDUCCI, P.-GUASTINI, R. (ed.), *Analisi e diritto 1993. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giuppichelli, Torino.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, 1992, “Leva le tue sudicie zampe dal mio Mozart!” *Riflessioni sul concetto di tolleranza*, trad. it. di L. Gianformaggio, in COMANDUCCI, P.-GUASTINI, R. (ed.), *Analisi e diritto 1992. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giuppichelli, Torino, ps. 139-58. Original cast.: “No pongas tus sucias manos sobre Mozart”. *Algunas consideraciones sobre el concepto de tolerancia* (1ª ed. de 1992), ahora en GARZÓN VALDÉS, E., *Derecho, ética y política*, C. E. C., Madrid, 1993, ps. 401-416.
- GIANFORMAGGIO, Letizia, 1993, *Il malle del tollerare, il bene del tollerare, l'intollerabile*, in COMANDUCCI, P.-GUASTINI, R. (ed.), *Analisi e diritto 1993. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giuppichelli, Torino, trad. cast. de Josep M. Vilajosana: *El mal a tolerar, el bien de tolerar, lo intolerable*, en *DOXA*, 11, 1992, ps. 43-70.
- GRIFFIN, Stephen M., 1987, *Reconstructing Rawl's theory of justice: developing a public values philosophy of the constitution*, en *New York University Law Review*, 62, ps. 715-785.
- KUKATHAS, Chandran y PETTIT, Philip, 1990, *Rawls. A theory of justice and its critics*, Stanford University Press, Stanford, Cal.
- LECLER, Joseph, 1955, *Histoire de la tolérance au siècle de la réforme*, Aubier, Paris, 2 vols.
- MARCUSE, Herbert, 1968, *La tolleranza repressiva* (1965), trad. it. de L. Codelli, in WOLFF, R. P.-MOORE, B. Jr.-MARCUSE, H., *Critica della tolleranza*, Einaudi, Torino, ps. 77-105.
- MENDUS, Susan y EDWARDS, David (ed.), 1990, *Saggi sulla tolleranza* (1987), trad. it. de D. Gobetti, Il Saggiatore, Milano.
- NICKEL, James W., 1990, *Rawls on political community and principles of justice*, en *Law and Philosophy*, 9, ps. 205-216.

PAOLO COMANDUCCI

- NIELSEN, Kai, 1990, *John Rawls new methodology: an interpretative account*, en *McGill Law Journal*, 35, ps. 572-601.
- NIELSEN, N., 1990, *Rawls revising himself: a political conception of justice*, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 76, 4, ps. 439-456.
- NOZICK, Robert, 1981, *Anarchia stato e utopia* (1974), trad. it. de E. e G. Bona, Le Monnier, Firenze.
- RAWLS, John, 1971, *A theory of justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass.
- 1982, *The basic liberties and their priority*, in MCMURRIN, S. M. (ed.), *The Tanner lectures on human values*, vol. III, Salt Lake City, University of Utah Press, Cambridge University Press, Cambridge, 1982, ps. 1-87.
- 1985, *Justice as fairness: political not metaphysical*, en *Philosophy and public affairs*, 14, 3, ps. 223-251.
- 1987, *The idea of and overlapping consensus*, en *Oxford Journal of Legal Studies*, 7, 1, ps. 1-25.
- 1988, *On the idea of free public reason*, ponencia (mecanografiada) presentada al Congreso sobre *La idea de justicia*, Napoli, 15 junio.
- 1989, *The domain of the political and overlapping consensus*, en *New York University Law Review*, 64, 2, ps. 233-255.
- RUFFINI, Francesco, 1992, *La libertà religiosa come diritto pubblico subietivo* (1ª ed. 1924), introd. de S. Ferrari, Il Mulino, Bologna.

LA LIBERTAD

por ROLANDO CHIRICO

“Libertad”. Pocas veces una palabra ha tenido una carga emotiva tan conmovedora como ésta y paradójicamente, como casi siempre sucede, cuanto mayor es la carga emotiva, menor o más confuso es el significado descriptivo. En el caso de la palabra “libertad”, rápidamente se observa que tiene varios significados según el contexto en el que aparece, y que, aun en el mismo contexto, puede tener más de un significado según los autores que abordan el problema. Esto, sin duda, habrá generado más de una polémica puramente verbal no siempre advertida, además de la incógnita por esclarecer si, en todos sus significados en uso, la palabra tiene denotación. Trataré, brevemente, de mencionar las teorías y opiniones de los autores que más se destacan en las distintas posiciones respecto de este polémico concepto.

En primer lugar, resulta imposible referirse al tema sin ocuparse del determinismo. En realidad, para el determinismo no hay tema, ya que “libertad” sería el pomposo nombre que ponemos a nuestra ignorancia sobre las causas de nuestras conductas y, como todas nuestras conductas tendrían causa, no serían libres en ningún sentido del uso del término. Enfrentada a esta posición de máximo nihilismo, en el extremo opuesto, tenemos la postura tradicional del misticismo cristiano, que postula el “libre albedrío”: tan libre de elegir su conducta y dirigirla mediante su voluntad considera al hombre, que le resulta justo darle premios enormes o castigos terribles para toda la eternidad, según cómo éste dirija sus acciones. Dentro de este arco que transcurre del conductismo al misticismo, encontraremos el resto de las opiniones sobre el problema.

ROLANDO CHIRICO

Burrhus Federic Skinner fue probablemente quien mejor sintetizó el pensamiento conductista. El conductismo metodológico no siempre niega el hecho mental, pero lo deja fuera de consideración por ser inobservable; considera sólo los hechos que se pueden observar de una persona en relación con su historia ambiental previa, trata de eliminar toda presencia metafísica y nos advierte sobre la ventaja de manejarse con observables.

La importancia e influencia del ambiente en las conductas de los individuos resulta incuestionable. Así fue en la selección de las especies, que debieron adaptarse al medio para sobrevivir. Las que vivieron en los bosques desarrollaron colas prensiles. Las de la llanura adaptaron su estómago para comer hierbas y desarrollaron largas patas para obtener velocidad para su defensa. Las que se adaptaron a comer carne desarrollaron dientes, mandíbulas poderosas y garras. A tal punto el ambiente es determinante, señala Desmond Morris, que aun dentro de una misma especie, si un grupo encuentra un medio propicio y reducido lo ocupa y se diferencia del resto de la especie para evitar competencia; lo hace por medio de la modificación de sus órganos reproductivos y de los estímulos para el llamado al apareamiento. Efectivamente, el alimento, el agua, el acoplamiento sexual y el escape del peligro, que son elementos del ambiente, provocan reacciones del individuo que hacen a la conservación de sí mismo y de la especie y que, al mismo tiempo, lo estructuran.

Por esta vía de razonamiento, carece de sentido explicar que el bebé respira, succiona y realiza sus actividades vitales por reflejos o por instinto: esto no es una explicación, sino una descripción. La propuesta conductista trata de eliminar entidades metafísicas o mentales, para describir hechos y relacionar las conductas de un individuo con su medio ambiente y su historia. El conductista dirá aquí que en su medio ambiente, el bebé evoluciona y se adapta realizando las conductas antes referidas, que son respuestas al ambiente. Así, si conocemos las circunstancias de la historia de una persona y su ambiente, podremos predecir sus conductas y modificarlas a partir de una modificación del ambiente.

La influencia crucial del ambiente ya no se desconoce. Bertrand Russell decía, señalando con humor la característica gregaria de los

individuos y su adaptación al medio, que los ratones de los conductistas norteamericanos se comportaban como ellos, corriendo en forma azarosa, mientras que un ratón alemán, ante el mismo problema, se sentaba a pensar.

Sólo hay diferencias de grado entre lo que llamamos reflejo y lo que llamamos condicionamiento operante. Cuando nos adaptamos a un nuevo medio siempre damos respuestas al ambiente y cuando una conducta produce una consecuencia importante refuerza el comportamiento. El reflejo es involuntario y el comportamiento no, pero ambos son respuestas al medio. Por ejemplo, un animal puede, en forma más o menos refleja, gritar o atacar para defender su territorio; si tiene éxito, refuerza su conducta y aprende acerca de ella; las conductas reforzadas tienden a repetirse.

Así, el conductismo cree poder anticipar qué hará una persona a partir de la observación de su ambiente y sus hechos anteriores, ya que no podemos mirar su cerebro y leer algo. No podemos ver sus sentimientos, pero podemos inferirlos de su comportamiento; asumimos que sienten lo mismo que sentimos nosotros cuando nos comportamos de igual manera, aunque tal supuesto, si bien razonable, es inverificable.

Por cierto que las críticas no escasearon: se acusó al conductismo de ignorar la conciencia, de considerar el comportamiento como un simple conjunto de respuestas a los estímulos, de ignorar los propósitos, de hacer un análisis simplificado y superficial, de trabajar con animales y extender las conclusiones a seres humanos, de no poder reproducir las experiencias fuera del laboratorio (lo que lleva a la metaciencia), de ignorar que el científico es también un producto, de considerar ficciones las ideas abstractas (como moral y justicia), y de ser antidemocrático, porque la relación entre el investigador y el sujeto resulta manipulativa. Seguramente el conductista no consideraría estas críticas sino como una revalorización negativa de sus ideas.

Kant responde desde el pasado que “la libertad” es una frontera siempre móvil entre “la inmersión en” y el reconocimiento de los condicionamientos; es ser sujeto de un cambio en el orden de cosas existente. Consiste en el concepto de espontaneidad absoluta de la acción, el poder de comenzar por sí mismo una serie de estados sucesivos. No responde cómo es posible tal poder, pero del mismo modo

ROLANDO CHIRICO

aceptamos que la causalidad tiene lugar según las leyes de la naturaleza, según las cuales nada sucede sin causa a priori. Es necesario aceptar una causalidad libre, pues de lo contrario todo comienzo sería subalterno, no habría un primer comienzo y, en consecuencia, le faltaría integridad a la serie por la generalidad ilimitada que afirma.

Kelsen¹ se confiesa francamente determinista; manifiesta que es un error considerar que el fundamento de la imputación en los órdenes moral, jurídico y religioso es que tiene sentido castigar justamente porque el hombre es libre de dirigir su conducta mediante su voluntad. Afirma que, por el contrario, el sentido de la norma es causar la conducta; y el orden sólo cumple su cometido, cuando el contenido de las representaciones de los hombres cuyo comportamiento regula, se introduce en el comportamiento causal: así el orden, dentro de la corriente de causas y efectos, cumple su función social. Luego recoge el pensamiento kantiano y dice que el hombre es libre pero en el mundo de la imputación, porque su conducta es término final de una imputación: es causa de otro efecto que no sea la sanción que le es imputada. Del mismo modo, Kant decía que una conducta era libre cuando iniciaba una secuencia causal en forma espontánea, sin ser efecto de ninguna causa previa. Kelsen trata de conciliar su pensamiento con Kant y sostiene que desde la razón teórica no puede afirmarse que un hombre es libre si lo considera como fenómeno o cosa en sí; sólo desde la razón práctica aparece la función volitiva como razón legisladora y puede pretenderse que el hombre es libre. De lo contrario Kant no habría podido sustentar la pretensión del dogma religioso que lo influía, según el cual un acto de voluntad podía modificar el mundo de la naturaleza, en este caso el hombre creado a imagen y semejanza de Dios. La defensa kelseniana del determinismo es realmente vigorosa.

En el discurso jurídico, aparecen otras acepciones del término “libertad”. Desde un punto de vista normativista, podemos advertir que se utiliza la palabra libertad en muchos sentidos: 1) en sentido negativo, como ausencia de prohibición normativa respecto de la conducta que denominamos libre (para ser más preciso, no hay normas que la prohíban ni la hagan obligatoria, es decir que nos estaríamos refiriendo a

¹ Cfr. KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, UNAM, México.

las conductas que en términos deónticos denominamos facultativas); 2) como garantías constitucionales, así hablamos de libertad de culto, de transitar el territorio, de publicar ideas por la prensa, de ejercer el comercio, etcétera. Las libertades referidas significan, en términos normativos, que hay normas constitucionales que prohíben al legislador conculcar las conductas descriptas bajo el nombre de garantías o que lo facultan para resguardarlas normativamente lo que, si sucede, nos permite hablar de libertad en un nuevo sentido; 3) como existencia de normas que imponen a los demás obligaciones respecto de nosotros, cuyo correlato (o su reflejo en el sentido kelseniano), son las libertades que nos garantiza la Constitución. Naturalmente, esto nos lleva a una cuarta acepción, 4) la facultad de demandar (siempre siguiendo a Kelsen), como condición de aplicación de las sanciones que imputan las normas antes referidas. También Cossio caracteriza una acepción, que podría identificarse como 5) y que afirma que la conducta del hombre es metafísicamente libre, de lo que se desprende que carecen de sentido las normas permisivas, puesto que permiten lo que ya está permitido (para Cossio es un enunciado sintético el que afirma que “todo lo que no está prohibido está permitido”, ya que las normas sólo pueden ser prohibitivas). No obstante, Rex (legislador imaginario) puede permitir una conducta que previamente prohibió. No es ésta la permisión originaria, sino una sobreviniente o normativa; pero el argumento puede ser descalificado diciendo que Rex, al derogar la norma prohibitiva, ha hecho que la acción vuelva a su estado originario de permisibilidad. Alchourrón y Bulygin mostraron que las cosas no son tan simples, al efectuar el siguiente planteo: supongamos que Rex autoriza a legislar a un ministro, aunque ha quedado también establecido que no se pueden derogar los mandatos previos de Rex, y que Rex ha prohibido cazar mariposas los domingos; supongamos también que, luego, el ministro extiende la prohibición a los martes y domingos; ahora imaginemos un súbdito apasionado cazador de mariposas, que se aterra ante la posibilidad de que el ministro extienda la prohibición a los restantes días de la semana y logra que Rex decreta que al súbdito le está permitido cazar mariposas los sábados. Ésta no es una permisión originaria remanente de la libertad metafísica, es lo que Alchourrón y Bulygin llaman una permisión sobreviniente o nor-

ROLANDO CHIRICO

mativa, ya que se ha limitado la competencia del ministro para legislar prohibiciones (de lo que se puede inferir que existen normas permisivas).

Finalmente, como acepción 6) aparece la libertad como autonomía, como facultad de participar en la creación de las normas jurídicas a las que estamos sometidos. Esta libertad es, en Kelsen y Ross –ni más ni menos–, lo que caracteriza la democracia como sistema político.

Dentro del contexto político, es imposible referirse a la libertad sin mencionar las ideas que Alf Ross expresa en *Por qué democracia*. Ross refiere que, en principio, la libertad se presenta como un concepto negativo, como falta de compulsión o ausencia de conflicto; quien actúa libremente siente su conducta como un fluir natural, es decir que la conducta le pertenece. En cambio, sentimos que nos falta libertad cuando tenemos la sensación de que la conducta nos es impuesta. Ross hace una presentación original del problema; no descarta que lo que llamamos un acto libre también nace en ciertas circunstancias y por ciertos motivos, sólo que en esos casos sentimos que las causas están enteramente dentro nuestro, en nuestra propia voluntad. Es algo que se desarrolla según su propia ley soberana y no integra el sistema de la naturaleza. Como se ve, el acento es subjetivo, porque directamente habla de experiencias de “libertad” y experiencias de “compulsión”. La experiencia de compulsión es la caracterizada como un conflicto entre deseos incompatibles, por ejemplo: el deseo de no dar información de mis compañeros espías, y al mismo tiempo de no ser torturado por la Gestapo: la situación es compulsiva y haga lo que haga el sujeto, actuará bajo compulsión, porque lo definitorio de la situación de compulsión es que el agente sufrirá un conflicto de deseos incompatibles: para satisfacer un deseo tendrá que actuar contra el otro. Concluye aquí Ross que, cuando el individuo actúa contra su deseo, siente que actúa contra sí mismo. Esta noción es la que más influye en el modo en que Ross termina su desarrollo, ya que clasifica las incompatibilidades como: 1) incompatibilidad por un dato natural, ya que no puedo al mismo tiempo escuchar una ópera en el Colón y ver la final de un torneo deportivo, 2) incompatibilidad debida a las condiciones sociales (vale para todo tipo de imperativos), ya que no puedo dejar de darle el asiento a un anciano enyesado y evitar que los presentes me desa-

prueben y, por último, 3) la incompatibilidad cuando no proviene de un elemento externo sino que es algo que sucede dentro del individuo; el conflicto se plantea entre las inclinaciones del sujeto y lo que él siente como “su deber”, califica la inclinación como vicio y la enfrenta con lo que el sujeto llama “lo mejor de mí”.

Así han quedado caracterizadas una compulsión natural, una compulsión social externa y una compulsión moral interna; en todos los casos hay una conducta que no reconozco como mía, porque va contra mis deseos. El sentimiento de libertad surge cuando no hay conflicto, es decir, cuando todas las motivaciones están orientadas en la misma dirección. A eso llama “concepto material de libertad”, es decir una ausencia general de compulsión entendida como incompatibilidad de deseos; en el orden social nunca será completa, ya que se da cuando no hay exigencias sociales que choquen con mis deseos; pero la palabra libertad tiene para él un significado más acotado, más rígido, más relevante, habla de un conflicto interno (recordar el caso del doctor Jekyll y Mister Hyde), donde la pelea se da entre lo que llama personalidad verdadera, su mejor yo, y una inclinación originada en un estallido pasional. No es difícil imaginar el ejemplo si uno piensa en un caso como el de “Lolita”. Ross dice que en estos casos uno sabe lo que debe hacer en el fondo de su corazón y que sólo al acatar los mandatos de la conciencia uno conserva su “libertad” (como se aprecia, siempre hay que pagar un duro precio por la libertad), porque sólo puede ser libre quien es dueño de sí mismo. Quien no puede enfrentar sus inclinaciones es un esclavo. A esto llama Ross “libertad en sentido formal” y, al igual que en Kelsen, se nota la presencia del pensamiento de Kant como una constante, ya que enfrentar las inclinaciones es rehuir la propuesta causal, es iniciar una nueva secuencia a partir de un acto que no reconoce una causa anterior, como no sea la voluntad que rechaza la inclinación y decide comportarse de modo moral, autonormándose.

Ross enfatiza que, para ejercer la libertad, es necesario haber perdido el infantilismo, el temor a la existencia, el miedo a la libertad, es decir haber generado el deseo de vivir entre iguales: no necesitar recibir órdenes ni necesitar ser obedecido. Para quienes son libres, la forma política es obviamente la democracia, que requiere y genera libertad,

ROLANDO CHIRICO

y es el sistema que otorga el máximo de libertad a los hombres (la autonomía se ejerce también en la creación de las leyes del estado). Ross advierte también que este ejercicio de la libertad requiere cierta madurez y preocupación por las necesidades ajenas, así como un mínimo de condiciones de sanidad, educación y alimentación. Un miserable con el estómago vacío no puede hacer política hasta que no se satisfagan sus necesidades básicas; dos o tres generaciones comiendo mandioca sin ingerir proteínas afectarán todo el funcionamiento neuronal de las nuevas generaciones. Curiosamente, coincide en esta última afirmación un notable psicoanalista argentino, el doctor Thénon, quien hace ya muchos años, en un debate en la Facultad de Medicina y junto a destacados constitucionalistas (quienes recomendaban que las Constituciones debían garantizar las libertades de pensamiento, reunión, publicación de ideas, y naturalmente la libertad personal, sin la cual, no tenían sentido las otras) hizo una observación muy aguda: dijo que aun la libertad personal no tendría ningún sentido si los individuos no tienen conciencia de sus necesidades. Definió libertad como la conciencia de la necesidad, que me permite dirigir mi conducta hacia lo que me conviene para mi realización como individuo. En esto coincide con Ross, quien advierte que, si descuidamos la alimentación, la educación y la asistencia elemental de los más carenciados, se generarán bolsones de pobreza en los que habitarán gentes de otra dimensión y de otros valores (como otro país dentro del país), que no hablarán nuestro lenguaje, que no sabrán el significado de “libertad” porque no tendrá sentido en su contexto social, que no les permite tener conciencia de la necesidad. Hoy tenemos cifras de las Naciones Unidas, de las que surge que más del 80% de la riqueza está en manos de menos del 20% de la población mundial y que esa tendencia se acentúa en la desproporción. La “libertad de mercado” obnubila para mucha gente los otros sentidos de la palabra libertad y las posibilidades de su ejercicio. En sentido económico, “libertad de mercado” significa ausencia de marco regulatorio y/o de normas protectoras por parte de los Estados nacionales, en retirada ante el avance globalizador de las transnacionales.

Entre las muchas referencias y coincidencias que hay en la obra de Ross, se destaca su mención de que para ser libre hay que perder “el miedo a la libertad”. Casi a pedido de Ross entonces me referiré

a Erich Fromm y su magnífico libro del mismo nombre. Fromm milita en lo que se llamó el neopsicoanálisis, que superó la creencia en una inmodificable naturaleza humana universal y se alejó del enfoque biologista y mecanicista de la conducta, sin negar la influencia del componente psicológico individual pero con el acento en lo social, mirando el comportamiento del grupo y su influencia para entender al individuo, acuñando las nociones de adaptación dinámica y carácter social. Sin embargo, no comete los errores del sociologismo, que interpreta todo en función de fuerzas impersonales, como la economía, y olvida que el hombre es motor de la historia, ni tampoco los del psicologismo, cuya óptica se reduce a la conciencia individual, sin ver las relaciones de ambos aspectos y el modo en que se autodeterminan recíprocamente.

En su retrospectiva histórica, Fromm advierte que en la edad media, el hombre no tenía crisis de crecimiento ni angustias severas porque no debía tomar decisiones, no debía ejercer la libertad. Esto era consecuencia del sistema socioeconómico y de la organización política de la época, donde el que nacía siervo de la gleba así moriría, un cambio de religión podría traer muy serios problemas, el hijo del artesano sería artesano y la política y las guerras eran decisiones del rey y los señores feudales. Hasta los matrimonios eran informados a los futuros esposos: un mundo idílico y bucólico en el que no había que preocuparse por nada. Pero un día los señores feudales comenzaron a perder poder, aparecieron ciertas formas de producción preindustrial que generaron una concentración en los burgos; esto trajo mayor intercambio de comunicación, nació una clase burguesa que peleó los privilegios de los nobles y que finalmente estatuyó sus logros en el Código Napoleón, como todos sabemos, lo que generó hasta un modo de interpretar la ley y enseñar el derecho. Pero regresemos a aquellos momentos de incertidumbre. Tantos años sin libertad y ahora, de pronto, crecer, entrar en crisis, tomar las propias decisiones trascendentales. Había comenzado el largo proceso de individuación; el hombre muchas veces sintió y siente el miedo a la libertad y aparece el sometimiento voluntario a autoridades omnipotentes que la anulan; nace el fascismo, que es la expresión política del miedo a la libertad, el resultado de contradicciones que no sólo amenazan destruir la cultura occidental, sino al hombre mismo.

ROLANDO CHIRICO

Hay por cierto concepciones más sofisticadas del problema dentro de un ámbito filosófico vanguardista. Así Sartre decía que el hombre nace libre, sin saber qué hacer con su libertad, y debe atreverse a ejercerla aunque esto le moleste. El existencialismo de Heidegger cree que la vida social impide la expansión de la personalidad y la abandona, pues la considera perdida en la uniformidad y el automatismo. Rousseau, por el contrario creía que el niño nace totalmente dependiente, sin ninguna libertad, y la adquiere gradualmente, pero dentro del marco normativo del grupo. Volviendo al espectro que recorrimos desde el determinismo al libre albedrío, los casos de ambigüedad que encontramos no traen trastorno ni discusión verbal, porque dentro de cada contexto parece esclarecerse el significado; la discusión no está en el significado en este sentido, sino en la referencia semántica, cada definición alude a distintos estados de cosas, y lo que queda por resolver es si algunos de estos estados de cosas son existentes o reales. Se advierte, sin embargo, una especie de vaguedad combinatoria en los usos intermedios del espectro, ya que hay características que son casi comunes y otras que aunque no lo son, igualmente tienen valor definitorio en algunos usos del término. Así creo que pueden mencionarse como ideas que, implícita o explícitamente, están presentes en los distintos usos: 1) la idea de libertad presupone la presencia de grupo, de interacción humana, de vida comunitaria por lo menos rudimentariamente organizada, 2) presupone también la existencia de normas, imperativos, costumbres, etcétera, con algún grado de sistematización posible, 3) la idea de conflicto de deseos, en las tres versiones de incompatibilidad, física externa, social externa o moral interna, 4) la idea de un desarrollo mínimo de la personalidad moral de los individuos, y 5) las condiciones mínimas de nutrición, sanidad y educación a las que ya nos referimos.

Naturalmente, la posición determinista ortodoxa hace que todo el discurso precedente carezca de sentido, razón por la cual debemos reconsiderar la posición determinista, y su irreductible postura causalista, respecto de que todo comportamiento es predecible si se conocen suficientemente las circunstancias previas, tanto personales como ambientales, respecto del sujeto actuante. Debo reconocer que esta posición hoy no goza de prestigio y padece cotidianos embates desde dis-

tintos frentes de la ciencia. Así Heinz Dietrich (autor con Noam Chomsky de *La sociedad global*, entre otros trabajos) critica a Fukuyama por afirmar que la economía de mercado es una posibilidad única; la crítica no sólo apunta a la falsedad de la hipótesis, sino que también hace un cuestionamiento metodológico a la idea de que la historia se acaba, le recuerda que la sociedad evoluciona sobre sistemas dinámicos complejos, que llamamos sociedades, y que tales sistemas tienen una propiedad inherente, que la matemática llama caótica, que Hegel y Marx denominan dialéctica y salto cuantitativo y que la física cuántica conoce como principio de incertidumbre y salto cuántico. Esto implica que la posibilidad de conocer con certeza el futuro estado de un sistema dinámico complejo es muy limitada. Desde otro punto de vista, la astrofísica también se contraponen a la tesis determinista enunciando el principio de expansión del universo, Ilya Prigogine, Premio Nobel de Química 1977, investiga las estructuras disipativas, modelo de análisis interdisciplinario que considera las posibilidades de un nuevo orden a partir de una situación caótica, donde se puede producir la conducta imprevisible de un elemento del sistema en crisis.

En realidad, no se entiende esa pertinacia del determinismo en defender la tesis causalista, como si hablar de conducta humana fuera exactamente igual que hablar de fenómenos propios de la botánica. En la epistemología de las ciencias sociales, hace demasiado tiempo ya que no se discute que las hipótesis son probabilísticas, se habla de tendencias. Yo creo, en este sentido, que la psicología es una ciencia probabilística. En trabajos sobre técnicas de solución de conflictos y tomas de decisión se sostiene, respecto de una problemática abarcativa como la que nos ocupa, que el grado de estructura del problema debe orientar la estrategia metodológica. Y así es: no podemos ignorar que las conductas de los individuos y de los grupos no son metales que puedo someter a temperatura todas las veces que deseo, por el tiempo que deseo y con los grados que prefiera; son fenómenos muy distintos, de otra naturaleza y de suma complejidad, y necesitan otra forma de tratamiento, ya que un problema de alta incertidumbre y poca estructura, requiere una racionalidad más heurística que algorítmica. El método, que es un modo de abordar un problema, debe ser flexible para abordar el contexto problemático concreto; en psicología y ciencias sociales

ROLANDO CHIRICO

en general sólo se puede hacer lo que llama Lenk “cuasi predicciones”, es decir hipótesis de tendencia, o como ya sostenían en 1960 Nagel y Hempel, generalizaciones estadísticas, es decir, con palabras de Gibson, hipótesis restrictivas.

Entiendo que la posibilidad de conocer todas las circunstancias relevantes a efectos de una predicción de conducta en forma previa a ella, tanto del sujeto actuante cuanto de su historia y del ambiente, es prácticamente imposible: 1) porque para saber cuáles son relevantes habría que conocerlas todas; 2) porque no tengo por qué aceptar que existe un método que me permita saber de entre todas las circunstancias, cuáles son las relevantes; 3) por otra parte, porque aunque tenga el conocimiento de todas las características previas, nada me permite afirmar que sé cómo se comportará el individuo, nadie ha explicitado el método. En efecto, aunque visualice todas las circunstancias previas, de ellas no se desprende cómo se comportará el individuo, salvo que hubiera experimentado previamente y conociera cómo se comportó el individuo en situaciones similares; pero, frente a tal complejidad de circunstancias, esto resulta imposible; y aunque milagrosamente reuniéramos las circunstancias, aun así, el individuo no sería el mismo, sería uno más viejo, modificado por el paso del tiempo y por lo vivido durante su decurso, de modo que cada situación siempre será única, y aunque acierte de casualidad con la predicción del acontecimiento, nada me permite afirmar que el mismo individuo en iguales circunstancias se comportará de igual manera en el futuro.

Bueno es recordar que las afirmaciones del conductista, aun en el mejor de los casos, son meras hipótesis sobre la observación causal y, en materia de comportamiento humano, jamás contempla casos iguales para elaborar la hipótesis, no sólo porque no puede verificar lo subjetivo y porque dos hombres distintos no tienen la misma vivencia en la misma circunstancia –y, en consecuencia, no es un caso similar– sino porque, además, aun cuando se tratara del mismo hombre y de la misma circunstancia, no se trataría del mismo caso, ya que el paso del tiempo habría modificado al hombre y a la circunstancia. El determinista haría un enorme protocolo de casos particulares y no podría elaborar una ley general, porque no podría inducir generalidades a partir de idénticos casos particulares, ya que jamás tendría idénticos casos particulares.

4) Además, tampoco tiene la posibilidad de conocer todas las circunstancias del pasado. Primero, porque el sujeto cognoscente está en el presente y no en el pasado; además, aunque haya estado en lo que ahora es el pasado, tampoco pudo –como no puede en el presente– conocer la totalidad de las circunstancias sucedidas en distintos lugares al mismo tiempo, salvo que tuviera el don de la ubicuidad. Esta imposibilidad lógica le impide conocer la totalidad de las circunstancias, requisito que se impone para afirmar que puede predecir cualquier conducta. Por cierto, puede recurrir a registros de terceros y aceptar su confiabilidad, pero aun así nunca puede saber si han sido registradas todas las circunstancias, y mucho menos si han sido registrados todos los casos similares. Las ciencias naturales tienen una pretensión sólo hipotética, respecto de cómo sucederán en el futuro ciertos fenómenos, predicción reforzada por el mayor número de casos particulares verificados y, aun así, con la espada de Damocles de la falsación ante un solo caso de error: tal es el principio de asimetría de la verificación.

Si, por el contrario, el determinista afirmara tan sólo que si conociera todos los antecedentes individuales y ambientales podría predecir cualquier conducta (aunque no es posible conocer todos los antecedentes), entonces lo suyo es contrafáctico y carece de toda utilidad científica, porque nunca podrá demostrarse su falsedad. Pero la respuesta del determinista es categórica: el enunciado en cuestión no es contrafáctico para él y el determinismo afirma, paradigmáticamente, que conociendo todas las circunstancias es posible predecir cualquier conducta. Éste es para mí el punto crucial del sinsentido de la tesis central del determinismo.

Si el determinismo afirma (y de hecho lo hace) que si una conducta no pudo predecirse es porque se carecía del conocimiento previo de todas las circunstancias y que si todas las circunstancias fueran conocidas siempre sería posible predecir una conducta y, además, no está dispuesto a aceptar ningún caso tal que de producirse falseara su hipótesis, entonces la postura determinista no es científica: es como una religión, una fe terrena, una ideología en el sentido de sistema de creencias construido sobre pruebas insuficientes. El razonamiento científico básico de las leyes de la naturaleza (me permito aquí recordar a Popper) construye sus hipótesis inductivamente a partir de casos

ROLANDO CHIRICO

particulares, presupone luego el principio de uniformidad de la naturaleza como premisa mayor y realiza sus razonamientos deductivos, pero todo bajo el riguroso control del principio de asimetría.

Cuanto más casos particulares verificados, mayor valor de predicción de la hipótesis; un solo caso falso que se descubra y habrá que reformular el principio general de modo que incluya la excepción o formular una nueva hipótesis abarcativa del caso de falsedad. Es decir, habremos abandonado una hipótesis falsa por una provisoriamente verdadera, de mayor valor predictivo, la ciencia habrá progresado a partir del caso de falsedad descubierto; como dice Klimovsky cuando habla de Popper, el trabajo del científico es tomarse unos minutos de descanso entre tentativa y tentativa de falsificación de las hipótesis.

Ahora bien, si el causalismo determinista no acepta ningún caso tal que de producirse falseara su hipótesis, entonces no es científico; parafraseando a Popper, diríamos que es como la interpretación marxista de la Historia: no está dispuesta a aceptar ningún caso tal que, de producirse, falsifique su tesis. Cuando se puso de manifiesto el crecimiento de la economía del mundo libre, lo interpretaron como un aparente esplendor antes del derrumbe final, el principio del fin.

Si preguntáramos a un psicoanalista ortodoxo si hay algún hecho tal que, de producirse, permita afirmar que el psicoanálisis es un método equivocado, la respuesta sería que no lo hay, ya que cualquier objeción es sólo resistencia del inconsciente. Esta circunstancia condujo a Popper a considerar que posiciones de este tipo operan como religiones, como apuestas de fe. Es decir, son actividades que funcionan sin pruebas y son ajenas a nuestro paradigma de ciencia.

En el pensamiento de Popper, como pudo verse, el determinismo no tiene lugar bajo el sol de la ciencia: es una creencia que no satisface los requisitos del conocimiento científico. Estas razones me han llevado a postular como posible la libertad del hombre, aun con todas las limitaciones aquí analizadas.

Por otra parte, aun cuando aceptáramos por vía de hipótesis que en algunos casos podemos conocer las circunstancias previas y predecir alguna conducta (asumiendo también por vía de hipótesis que tal predicción no haya sido azar), estos casos serían tan aislados, tan minúsculos en relación con la magnitud de casos en los que no lo podríamos

hacer, que no permitirían al determinismo establecer generalización alguna, ya que la extensión de casos sin predicción posible, por su magnitud, dejaría un territorio tan generoso, tan enorme continente para la libertad, que no podríamos soslayarla detrás de la ilusión determinista.

De no ser así, carecerían de sentido los códigos y la actividad judicial en general; si existen, es porque creemos que los hombres son responsables de sus conductas y esta creencia es casi unánime. En su reciente ensayo *El problema de la culpa*, Karl Jaspers las califica como criminales, políticas, morales y metafísicas, sin aceptar la obediencia debida, las apelaciones genéricas al miedo ni ninguna otra trampa de la conciencia para eludir la responsabilidad de las conductas. A los responsables del holocausto los considera libres de hacer lo que hicieron; no en vano Norberto Bobbio, en *De senectute* (casi un testamento) afirma que el primero de los valores es la libertad y apuesta a que los jóvenes encuentren la salida ejerciéndola.

En un interesante trabajo² Bulygin pisa fuerte el terreno tomista (como él dice) y demuestra que Dios, aun sin perder su omnisciencia y su omnipotencia, tiene la imposibilidad de conocer el futuro. El desarrollo comienza a partir de la afirmación de Santo Tomás respecto de que Dios no puede hacer que lo que sucedió no haya sucedido porque es contradictorio, afirmación que introduce la lógica en la consideración del tema. Bulygin cita a von Wright e invita a considerar las proposiciones acerca de futuros contingentes: éstas no son verdaderas ni falsas. De aquí se sigue que no son verdaderas y que, por tanto, no pueden ser conocidas, porque el conocimiento implica la verdad de la proposición conocida. Ahora bien, la omnisciencia consiste en conocer todo lo que puede ser conocido, de modo que Dios es omnisciente aunque no conozca lo que no puede ser conocido, como el valor de verdad de las proposiciones acerca de futuros contingentes.

Del mismo modo, también hay compatibilidad lógica en sostener que Dios no puede hacer que no haya sucedido lo que ya sucedió y

² BULYGIN, Eugenio, *Omnipotencia, omnisciencia y libertad*, en ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 545.

ROLANDO CHIRICO

que es omnipotente, porque omnipotencia significa poder hacer todo lo que no es contradictorio y hacer que lo que sucedió no haya sucedido sería contradictorio. Por lo tanto, a Dios le resulta imposible conocer una proposición que no es verdadera y realizar estados de cosas contradictorios, sin por ello perder su omnisciencia y omnipotencia.

Por cierto, Santo Tomás decía que Dios conocía el futuro porque está fuera del tiempo; Bulygin le replica que si está fuera del tiempo no se le puede atribuir ningún conocimiento temporal, no se advierte cómo puede hacer cosas, pues el concepto de acción supone el de sucesión temporal; todas las lógicas de la acción están basadas en una lógica del tiempo. Concluye que la tesis de la atemporalidad del conocimiento de Dios es insostenible y cita a Wittgenstein: “acerca de lo que no se puede hablar es mejor guardar silencio”.

Definitivamente, lo más que podemos afirmar es que resulta indudable la influencia del medio y el modo como el medio y el individuo se influyen recíprocamente. Si conocemos el medio y la historia del individuo que lo habita, podemos prever cursos posibles de conducta en relación con grados de probabilidad y tendencia; es probable, también, que en circunstancias normales actuemos por automatismos y sin reflexión previa, pero en cuanto una crisis –por pequeña que sea– desestabilice en todo o en parte nuestro sistema, entonces reflexionaremos y actuaremos libremente, sin responder a los estímulos del medio. De otro modo, no se explica cómo miles de hombres marcharon voluntariamente a dar sus vidas por la libertad en las dos guerras. O cómo un día la madre Teresa, adolescente, tomó un tren y pudo superar el momento más terriblemente triste de nuestras vidas, porque sabía que era la última vez que veía a su madre y sus hermanas. Fueron conductas ajenas al estímulo del medio, no reconocieron causas previas, salvo la voluntad soberana de los actores. Si la respuesta al medio en relación con la conservación de individuo y de la especie ha sido, para todas las especies, huir del predador, ¿qué hizo que un grupo de madres, con el solo símbolo de sus pañuelos, tuvieran el valor de enfrentar a un predador paradigmático, el más poderoso de todos, el terrorismo de estado?

¿Qué hizo que un pequeño grupo de abogados también lo enfrentara, cuando otros nos quedamos paralizados por el terror? Éstos, como

dice Fromm, asumieron el compromiso ético de defender la libertad y lo hicieron con un pequeño código en sus manos. Y pagaron con su vida.

Esto reflexionaba una mañana en Tribunales, frente a la placa con sus nombres; pensé, entonces, que no se podía analizar el heroísmo de quienes murieron al decir que no pudieron hacer otra cosa. No fue así: eligieron desoír el prudente llamado del medio a huir del predador, lo enfrentaron y triunfaron, murieron ejerciendo plenamente su libertad y por la libertad de todos, por un mundo mejor. Renunciar a la libertad es renegar de los héroes, renegar de la vida, renegar de la felicidad. Es, en suma, una obscenidad ética imperdonable.

ÍNDICE SUMARIO

ÍNDICE GENERAL.....	5
<i>Presentación en sociedad</i> , por RICARDO A. GUIBOURG	7

HACER DERECHO, CONOCER DERECHO

por ROBERTO J. VERNENGO

.....	9
-------	---

POR UN DERECHO TORCIDO

por PAULA VITURRO

.....	17
-------	----

TIPOS DE REGLAS Y EL CONCEPTO DE OBLIGACIÓN JURÍDICA

por PABLO MARTÍN PEROT

Resumen	27
1. Introducción	28
2. Los núcleos significativos primarios de la expresión “norma” y la noción de obligación	31
2.1. Reglas constitutivas.....	38
2.2. Reglas indicativas	44
3. Diferentes tipos de reglas y la normatividad del derecho.....	47
Referencias	49
	231

**EL CARÁCTER PRÁCTICO
DE LOS DEBERES JURÍDICOS**

por MARÍA CRISTINA REDONDO

Introducción	51
La normatividad del derecho.....	53
Deberes jurídicos y aplicabilidad	55
Normas aplicables en virtud de otra norma. Normas aplicables en virtud de una práctica.....	57
La especificidad del derecho como determinante de la acción	59
El principio de unidad y el respeto a todos los puntos de vista	62
Consideraciones finales	66

**VALIDEZ Y JUSTIFICACIÓN.
LAS JUSTIFICACIONES ÚLTIMAS**

por RICARDO VÍCTOR GUARINONI

.....	71
1. La primera tesis. Las reglas como base de justificación.....	72
2. Segunda tesis. Las normas morales como criterio último de justificación	76
3. Tercera tesis. Las normas morales como razones excluyentes	79
4. La cuarta tesis. La validez es solamente moral.....	84

CONTRACTUALISMO Y RELATIVISMO MORAL

por EDUARDO BARBAROSCH

I. Introducción	87
II. El contractualismo suave. Sus límites	89
III. Multiculturalismo y relativismo cultural.....	91

JUSTICIA PLENA: TITULARIDAD Y MERECEIMIENTO

por ARIEL ÁLVAREZ GARDIOL

..... 95

**COGNITIVISMO DÉBIL, PRETENSIÓN DE
CORRECCIÓN, INJUSTICIA Y PRINCIPIOS EN EL
RAZONAMIENTO JUDICIAL. UNA VISIÓN CRÍTICA**

por JUAN CIANCIARDO

Introducción	105
1. El positivismo y la distinción entre Derecho y moral: una descripción de las posiciones positivistas	108
2. Crítica del positivismo y noción de Derecho	110
2.1. Tipos de argumentos positivistas	110
2.2. El marco conceptual de la propuesta alexyana	112
2.3. Selección de enfoques	114
a) La perspectiva del observador	115
b) La perspectiva del participante	117
2.4. Conclusión: una definición de Derecho	124
3. Observaciones generales a la propuesta alexyana	125
3.1. La crítica al punto de vista adoptado preferentemente por Alexy	125
3.2. La crítica de la tesis de la pretensión de corrección	126
3.3. La crítica del argumento de la injusticia	127
3.4. La crítica del argumento de los principios	128
4. La propuesta alexyana y su aplicación: una perspectiva dinámica	129
4.1. Planteamiento	129
4.2. La máxima de proporcionalidad	130
4.3. Razonabilidad y respeto de los derechos fundamentales	133
4.4. La “tesis de la razonabilidad” y su virtualidad como crítica a la propuesta de Alexy	134

233

UNA FUNDAMENTACIÓN DE LA DEMOCRACIA

por ULISES SCHMILL O.

1. Ámbito del presente trabajo	139
2. Teoría de la identidad del Derecho y el Estado	140
3. Teoría jurídica de las formas de Estado.	143
4. Determinación formal de la democracia y la autocracia.	144
5. Democracia directa.	147
6. Democracia indirecta o representativa	150
7. Teoría de la representación	151
8. La libertad como fundamento conceptual reconstructivo de la democracia y el principio de mayoría: teoría de Hans Kelsen.	156
9. La igualdad como fundamento conceptual reconstructivo de la democracia y el principio de mayoría: una métrica del poder para resolver los conflictos	162
9.1. La igualdad de los participantes en la votación.	165
9.2. Determinación de las fuerzas reales en el plano representativo	166
9.3. Una métrica de las fuerzas (del poder) y de la lucha a través del cómputo de los votos	170
9.4. La anticipación simbólica de los posibles resultados de una lucha real.	171
9.5. La finalidad de la votación mayoritaria es la evitación de la confrontación violenta por medio de la lucha	172
10. La pluralidad de órdenes normativos	175
Bibliografía	178

SOBRE EL PORVENIR DE LOS DERECHOS HUMANOS

por EDUARDO BARCESAT

1. Panorama introductorio	181
2. Los obstáculos, estructurales y epistemológicos	182
3. Propuestas	184

LOS DERECHOS HUMANOS Y EL PLURALISMO JURÍDICO

por JULIO RAÚL MÉNDEZ

.....	187
I. Los sentidos del “pluralismo jurídico”	189
II. Lo “jurídico” del pluralismo	190
III. El caso de los derechos humanos	191
IV. El “realismo” de los derechos humanos	194

SOBRE EL PROBLEMA DE LA TOLERANCIA

por PAOLO COMANDUCCI

.....	199
1. El concepto	200
2. Por qué tolerar	205
Referencias bibliográficas	210

LA LIBERTAD

por ROLANDO CHIRICO

.....	213
-------	-----

LA COMPOSICIÓN Y DIAGRAMACIÓN SE REALIZÓ EN
RUBINZAL - CULZONI EDITORES Y SE TERMINÓ DE IMPRIMIR
EL 25 DE ABRIL DE 2002 EN LOS TALLERES GRÁFICOS
DE IMPRENTA LUX S. A., H. YRIGOYEN 2463, SANTA FE

