

ÍNDICE GENERAL

<i>Presentación</i> , por CARLOS M. CÁRCOVA	7
<i>A propósito de Fuller y el uso lingüístico</i> , por JORGE A. CERDIO HERRÁN	11
<i>Balance de la teoría jurídica de Robert Alexy</i> , por RODOLFO L. VIGO	67
<i>El Derecho como complejidad de saberes diversos</i> , por MARÍA ISOLINA DABOVE	95
<i>Normas derivadas y enunciados jurídicos</i> , por PABLO NAVARRO	117
<i>Crítica literaria e interpretación jurídica, los senderos que se unen en la indeterminación</i> , por CLAUDIO MARTYNIUK	139
<i>La Constitución horizontal</i> , por LUIZ FERNANDO COELHO	157
<i>Marshall, Kelsen, Barak y el sofisma constitucionalista</i> , por MICHEL TROPER	207
<i>John Locke y el problema de la tolerancia (Un aporte a la historia del surgimiento de la doctrina de los derechos humanos)</i> , por JOAQUÍN MIGLIORE	227
ÍNDICE SUMARIO	273

PRESENTACIÓN

Ideas y Derecho, el Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, publica, con éste, su tercer número. Esta sola circunstancia resulta, por sí misma, auspiciosa. Porque se trata de una revista-libro especializada en las disciplinas teóricas del derecho que exhibe calidad y seriedad intelectual en los aportes que divulga; porque se materializa con escasez de medios, subrogada por la dedicación y el esfuerzo de quienes la dirigen, y porque ha venido a llenar un vacío que persistió en nuestro medio por décadas.

Una publicación de su tipo demanda prerequisites que no abundaron en nuestra historia todavía próxima: libertad, tolerancia, pluralismo. En la sociedad, en el Estado y también en otros ámbitos: los artísticos, culturales, académicos. Nuestro país festejó, hace poco tiempo, el vigésimo aniversario de su retorno –casi bautismal– a la institucionalidad democrática. Veinte años son muchos, considerados biográficamente, pero son casi insignificantes en términos históricos. Los cambios formales, constitucionales, legales se operan subitáneamente, pero para que se materialicen en la práctica cotidiana de los agentes deben, en un proceso más prolongado y complejo, instituirse como valores en el imaginario social.

Hemos aprendido mucho acerca de lo que no queremos como sociedad, pero tenemos aún muchas incertidumbres respecto de lo que deseamos. Por eso, en los pliegues de tales incertidumbres se registran, cada tanto, pulsiones autoritarias. Más subrepticamente que en otras épocas, pero allí, presentes todavía, para recordarnos todo lo que aún falta por hacer para consolidar una sociedad abierta, plural y tolerante. *Ideas y Derecho* ha nacido con la intención de constituirse, en cada

entrega, en un reflejo particular y específico de ese modelo de sociedad. Intenta ser un aporte especializado, en un terreno tan estratégico como el jurídico, respetuoso de la diversidad, de la heterogeneidad de perspectivas y tendencias. Hace no muchos años, un emprendimiento de tal naturaleza hubiera sido imposible, porque los que pensaban distinto no querían dialogar. Hoy, al contrario, predomina una razón dialógica por sobre una razón monológica. En el intercambio respetuoso y productivo de diferentes puntos de vista, nadie pierde y todos ganan.

El material que contiene este volumen de *Ideas y Derecho* es buena prueba de lo expresado. Está compuesto por ensayos muy diversos, de autores extranjeros y nacionales, de edad madura algunos, de generación intermedia los más, muy jóvenes los menos. Exhibe problemáticas de relevante interés, desde perspectivas analíticas, críticas, trialistas o jusnaturalistas. El lector encontrará un trabajo premiado por la AAFD, acerca de los usos del lenguaje en el marco de la polémica entre Herbert Hart y Lon Fuller, cuyo autor, Jorge Cerdio Herrán, de origen mexicano, cursó su doctorado en la Facultad de Derecho-UBA y constituye una brillante promesa de la jusfilosofía latinoamericana. También un agudo ensayo sobre las consecuencias político-jurídicas de la doctrina del control de constitucionalidad, desplegada a partir del famoso caso “Marbury vs. Madison” y sus efectos no sólo en el mundo anglosajón, sino también en el continental europeo. Se trata aquí de la consagrada pluma de Michel Troper, el distinguido catedrático de la Universidad de París X, a quien se deben la divulgación y el estudio en Francia de las enseñanzas de Hans Kelsen. También a la cuestión constitucional hace referencia el trabajo de Luiz Fernando Coelho, destacado exponente de la cultura jurídica brasileña, que se titula *La Constitución horizontal* en donde recoge, crítica y originalmente, las grandes líneas del pensamiento actual, de Foucault a las teorías sistémicas. María Isolina Davobe se interna rigurosamente por terrenos epistémicos para desarrollar sus puntos de vista, por medio de un ensayo cuyo título es acertada síntesis de la preocupación que la anima: *El derecho como complejidad de saberes diversos*. Por su lado, Claudio Martyniuk despliega en *Crítica literaria e interpretación jurídica, los senderos que se unen en la indeterminación* una reflexión profunda e ilustrada acerca de la textualidad, el sentido y las construcciones hermenéuticas. *Normas derivadas y enunciados jurídicos*

es un estudio de Pablo Navarro, de señalado interés, respecto de las normas que, no existiendo como positividad determinada, existen, en cambio, como consecuencias lógicas de otras normas de las cuales se derivan. La cuestión no es pacífica y el autor examina las tesis encontradas de Hart y Raz, formulando sus propias e interesantes conclusiones. Joaquín Migliore escribe *John Locke y el problema de la tolerancia*, como un aporte a la historia del surgimiento de la doctrina de los derechos humanos, según precisa en el subtítulo de su ensayo, el cual luce una inusual profundidad investigativa. Analiza la obra fundamental del gravitante pensador británico y la aleja de su vínculo con la de Thomas Hobbes, tantas veces aludido en la historia del pensamiento político. Según el autor, Locke sustenta la idea de libertad no en el individualismo posesivo como Hobbes, sino en la defensa de los derechos de la conciencia en materia religiosa. Rodolfo Vigo suscribe *Balance de la Teoría discursiva de Robert Alexy*, texto que constituye un meduloso análisis de las tesis principales del divulgado autor alemán, con exhaustivas referencias al estado del debate en el pensamiento más relevante de la jusfilosofía contemporánea.

Las colaboraciones no han sido reseñadas guardando orden o prelación de ningún tipo. Todas ellas revisten significativo mérito y, como sostuviéramos al inicio, ilustran acerca de los propósitos abiertos y plurales que animan esta publicación.

Corresponde, para finalizar, agradecer dichas colaboraciones e invitar a todos los lectores a establecer vínculos comunicativos con *Ideas y Derecho*, para conocer sus opiniones y recoger sus sugerencias.

Buenos Aires, abril de 2004

CARLOS M. CÁRCOVA

A PROPÓSITO DE FULLER Y EL USO LINGÜÍSTICO*

por JORGE A. CERDIO HERRÁN

El presente trabajo tiene dos objetivos. Por un lado, aplicar ciertas herramientas de análisis a un argumento concreto. No nos interesa la discusión en la que está empleado el argumento sino las premisas que emplea, la forma en que funcionan y los presupuestos metodológicos. En este orden de ideas, pueden ser muchos los ejemplos de argumentación para aplicar las herramientas que proponemos. El ejemplo que hemos tomado está inserto en una conocida discusión entre dos teóricos del Derecho, L. Fuller y H. L. A. Hart. Una dificultad que es útil notar con el argumento que hemos tomado es que se ha escrito en extenso sobre el tema. Por ello, se hacen algunas aclaraciones que parecen pertinentes a lo largo del trabajo para delimitar el tema.

De los muchos aspectos que pueden estar presentes en este debate, nos enfocaremos solamente en uno de los puntos que expone Fuller, a saber, la forma en que la intención del emisor o el propósito de la regla¹ determinan el significado y la aplicación de la misma².

* El presente trabajo fue agraciado con el premio al “Joven Investigador del 2002” de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho a quien el autor agradece esta distinción.

¹ Las expresiones regla y norma serán empleadas indistintamente a lo largo del trabajo.

² La expresión “aplicación de una regla” puede tener varios sentidos. Tomando algunos conceptos de von Wright (véase VON WRIGHT, G. H., *Norma y acción, una investigación lógica*, Tecnos, Madrid, 1970), emplearemos la expresión en el sentido de que el contenido de las normas generales respecto de la ocasión, sujetos y condición de aplicación, denotan un determinado número de situaciones fácticas en las que el

JORGE A. CERDIO HERRÁN

El segundo objetivo del trabajo es analizar, en forma incidental al debate teórico, el papel que juega la intención en el significado de las

agente debe efectuar un cambio. Por ejemplo, el contenido de la norma “Si llueve, está prohibido abrir la ventana”, establece que para cualquier ocasión en la que esté lloviendo, cualquier agente que tenga la oportunidad de abrir la ventana, debe abstenerse de hacerlo (o lo que es lo mismo, debe hacer que se preserve el estado de cosas actual). La expresión “aplicar una regla” designa pues, la operación por medio de la cual se establecen los sujetos, ocasiones, cambios y condiciones de aplicación que denota una formulación normativa. Otro sentido posible de la expresión, se refieren a la norma que el juez tiene la obligación de usar, esto es, la norma que resuelve el caso individual con mayor “fuerza institucional”. Ambos sentidos han sido denominados en la literatura “aplicabilidad interna” y “aplicabilidad externa” respectivamente. El primero designa que, frente a un caso individual, una norma es aplicable internamente al caso si lo regula. De esta manera, la relación entre caso genérico y caso individual es una relación conceptual, independiente de los sujetos que usan la norma. El caso individual es una instancia del predicado contenido en el caso genérico, de tal forma que la relación que existe entre un caso genérico y uno individual es similar a la relación de correspondencia entre una proposición y los hechos que hacen verdadera dicha proposición. Por su parte, la expresión “aplicabilidad externa” designa una relación entre normas y criterios conceptuales. Una norma N_j es aplicable externamente a un caso individual C_i , si un criterio conceptual identifica a N_j como aplicable a caso C_i . Para el desarrollo original de estos conceptos véase BULYGIN, E., *Tiempo y validez*, en ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, ps. 195-214. Para un tratamiento más especializado a partir de las ideas de Bulygin véase NAVARRO, Pablo E.; ORUNESU, Claudina; RODRÍGUEZ, Jorge y SÚCAR, Germán, *El alcance de las normas jurídicas*, manuscrito, Mar del Plata, 2000, e ibíd., *La aplicabilidad de las normas jurídicas*; así como MENDONCA, D., *Interpretación y aplicación del derecho*, Universidad de Almería, Almería, 1997. Una distinción que se extrae de estos textos es que la identificación de las normas aplicables externamente depende de una regla conceptual (criterio de aplicabilidad) y que es contingente que el juez *deba* usar la norma identificada por el criterio de aplicabilidad. Esto es, que otra norma N_k indique que es obligatorio (o facultativo) usar N_j en el caso C . Para una discusión aguda sobre los sentidos de la expresión “aplicabilidad”, véase RODRÍGUEZ, Jorge L., *Lógica de los sistemas jurídicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, ps. 147 y ss.

Por último, la expresión “aplicar una regla” también puede designar el deber prescrito por una norma moral de usar cierto conjunto de normas para resolver un caso individual.

Salvo aclaración en contrario, se asume en forma estipulativa que los argumentos que se analizan se refieren al primer sentido de la expresión “aplicar una regla”, esto es, la identificación de las instancias del contenido de una formulación normativa. Así, el punto inicial del debate que se analiza se centra en que la comprensión de las expresiones de una formulación normativa determina su aplicación.

reglas. Las ideas que exploraremos brevemente en la última sección pueden ser vistas en forma independiente a las de la sección primera, ya que las conclusiones que se presentan no pretenden incidir en ningún momento en el debate entre Fuller y Hart. Por el contrario, son de orden más general.

La exposición se divide en cuatro partes. En primer término se define el marco teórico a emplear. En segundo lugar, se presenta el argumento y las premisas que presupone. En tercer lugar, se analiza su estructura y funcionamiento. Por último, se esbozan algunas ideas acerca del papel de la intención en el significado de las formulaciones normativas.

1. Marco teórico

En su ya clásico artículo, Fuller critica las tesis sobre interpretación de las normas de Hart. A continuación se transcriben algunos párrafos que recopilan las ideas que se analizarán:

Tal como entiendo la tesis del profesor Hart (si agregamos algunas presuposiciones implicadas por ella, así como algunas calificaciones que sin duda alguna él querría que sus lectores suministraran) una manera completa de expresarla sería parecida a lo siguiente: La tarea de interpretación es comúnmente la de determinar el significado de palabras individuales de una regla jurídica, como “vehículo” en la regla que excluye a los vehículos del parque. En forma más específica, la tarea de interpretar es determinar el alcance de la referencia de tales palabras, o el agregado de las cosas que indica. La comunicación es posible únicamente porque las palabras poseen “ejemplos paradigmáticos” o un “núcleo de significado” que permanece relativamente constante sin importar el contexto en el que la palabra aparezca.

Excepto en circunstancias poco usuales, siempre será correcto considerar una palabra como “vehículo” de tal forma que abarca su “ejemplo paradigmático” esto es, el agregado de cosas que incluiría en todos los contextos comunes, dentro o fuera del Derecho. La palabra tendrá este significado en cualquier regla jurídica, cualquiera que sea su propósito. Cuando se aplica la palabra a su

JORGE A. CERDIO HERRÁN

“ejemplo paradigmático”, el juez no asume ningún papel creativo. Él simplemente aplica el Derecho “como es”³.

Sin embargo, además del núcleo constante las palabras también poseen una penumbra de significado la cual, a diferencia del núcleo, variará de contexto en contexto. Cuando el objeto en cuestión (por decir, un triciclo) cae dentro del área de penumbra, el juez se ve forzado a asumir un papel más creativo. Por primera vez, él debe emprender una interpretación de la regla a la luz de su propósito u objetivo⁴.

Aun en situaciones en las que nuestras dificultades interpretativas parecen recaer sobre palabras individuales, me parece que el análisis del profesor Hart no da cuenta en forma fidedigna de lo que sucede o debe suceder. En su ejemplo del “vehículo”, a pesar de que nos dice que esta palabra posee un núcleo de significado que define en cualquier contexto en forma inequívoca el rango de objetos que abarca, nunca nos dice cuáles serían tales objetos. Sostengo que si la regla que excluye la circulación de vehículos en los parques parece fácil de aplicar en algunos casos, esto se debe a que podemos ver con suficiente claridad a lo que la regla “apunta en general” de tal forma que sabemos que no hay necesidad de preocuparse acerca de las

³ FULLER, L., *Positivism and Fidelity of Law – A Reply to Professor Hart*, en *Harvard Law Review*, 71, 1958, ps. 630. “As I understand Professor Hart’s thesis (if we add some tacit assumptions implied by it, as well as some qualifications he would no doubt wish his readers to supply) a full statement would run something as follows: The task of interpretation is commonly that of determining the meaning of the individual words of a legal rule, like ‘vehicle’ in a rule excluding vehicles from a park. More particularly, the task of interpretation is to determine the range of reference of such a word, or the aggregate of things to which it points. Communication is possible only because words have a ‘standard instance’, or a ‘core of meaning’ that remains relatively constant, whatever the context in which the word may appear. Except in unusual circumstances, it will always be proper to regard a word like ‘vehicle’ as embracing its ‘standard instance’, that is, that aggregate of things it would include in all ordinary contexts, within or without the law. This meaning the word will have in any legal rule, whatever its purpose. In applying the word to its ‘standard instance’, no creative role is assumed by the judge. He is simply applying the law «as it is»”.

⁴ *Ibíd.* “In addition to a constant core, however, words also have a penumbra of meaning which, unlike the core, will vary from context to context. When the object in question (say, a tricycle) falls within this penumbra area, the judge is forced to assume a more creative role. He must now undertake, for the first time, an interpretation of the rule in the light of its purpose or aim. Having in mind what was sought by the regulation concerning parks, ought it to be considered as barring tricycles?”

diferencias entre Fords y Cadillacs. Si en algunos casos parece que podemos aplicar la regla sin preguntarnos cuál es su propósito, no es porque podemos tratar a la formulación directiva como si careciera de propósito. Sino porque, por ejemplo, si la regla estaba pensada para preservar la tranquilidad en el parque o para evitar lesiones a paseantes desprevenidos, sabemos, “sin pensarlo”, que un automóvil ruidoso debe ser excluido.

¿Qué diría el profesor Hart si algunos patriotas locales quisieran montar un camión usado en la Segunda Guerra Mundial sobre un pedestal en el parque, mientras que otros ciudadanos, considerando el propuesto monumento como una ofensa a la vista, fundan su posición en la regla que dice “no a los vehículos”? ¿Cae este camión, que funciona perfectamente, dentro del núcleo o la penumbra?⁵

He expuesto aquí las deficiencias de la teoría del profesor Hart, tal como afectan la interpretación judicial. Creo, sin embargo, que sus defectos van más allá y son producto, en última instancia, de una equivocada teoría del significado del lenguaje en general. El profesor Hart a mi parecer suscribe lo que podríamos llamar una “teoría típica del significado”, la cual ignora o minimiza el efecto que tiene sobre el significado de las palabras el propósito del hablante y la estructura del lenguaje⁶.

⁵ *Ibíd.*, p. 663. “Even in situations where our interpretive difficulties seem to head up in a single word, Professor Hart’s analysis seems to me to give no real account of what does or should happen. In his illustration of the ‘vehicle’, although he tells us this word has a core of meaning that in all contexts defines unequivocally a range of objects embraced by it, he never tells us what these objects might be. If the rule excluding vehicles from parks seems easy to apply in some cases, I submit this is because we can see clearly enough what the rule ‘is aiming at in general’ so that we know there is no need to worry about the difference between Fords and Cadillacs. If in some cases we seem to be able to apply the rule without asking what its purpose is, this is not because we can treat a directive arrangement as if it had no purpose. It is rather because, for example, whether the rule be intended to preserve quiet in the park, or to save carefree strollers from injury, we know, ‘without thinking’ that a noisy automobile must be excluded. What would Professor Hart say if some local patriots wanted to mount on a pedestal in the park a truck used in World War II, while other citizens, regarding the proposed memorial as an eyesore, support their stand by the ‘no vehicle’ rule? Does this truck, in perfect working order, fall within the core or the penumbra?”

⁶ *Ibíd.*, p. 669. “I have stressed here the deficiencies of Professor Hart’s theory as that theory affects judicial interpretation. I believe, however, that its defects go

JORGE A. CERDIO HERRÁN

El objeto de análisis es un “argumento”, el cual se define como un conjunto de enunciados que tratan de persuadir⁷ acerca de la conveniencia de un determinado “modelo”. Por “modelo” se entiende el resultado de seleccionar del mundo un conjunto de datos relevantes bajo algún criterio que el observador adopta (juicio de relevancia), relacionados en forma sistemática (la estructura del modelo) y que cumple con algún propósito generalmente determinado por el interés del observador (finalidad del modelo)⁸.

La cita anterior de Fuller puede ser vista como un argumento postulado desde un modelo (en lo sucesivo el “modelo F”) acerca del lenguaje y las reglas jurídicas, que tiene como propósito persuadir para que se adopte dicho modelo. A su vez, la persuasión funciona en oposición a un segundo conjunto de enunciados derivado de un modelo alternativo (en lo sucesivo el “modelo H”). El modelo F trata

deeper and result ultimately from a mistaken theory about the meaning of language generally. Professor Hart seems to me to subscribe to what might be called ‘the pointer theory of meaning’, a theory which ignores or minimizes the effect on the meaning of words of the speaker’s purpose and the structure of language”.

⁷ Vale la pena aclarar que la palabra “persuasión” tiene carga emotiva desfavorable. En el presente ensayo, se entiende que todo argumento está diseñado para persuadir, en el sentido de modificar la actitud de un interlocutor frente a un determinado modelo. De esta manera, la palabra persuasión no prejuzga acerca de la mala o buena intención del autor del argumento, ni de la corrección de sus propósitos.

⁸ La expresión “modelo” tiene varios sentidos. La definición que se adopta en este trabajo deriva de los usos que esta palabra tiene en la Teoría General de Sistemas: “1) Sistema conceptual (abstracto) representativo de un sistema concreto, esto es, una cosa compuesta de partes que no son mutuamente independientes; que, por el contrario, se encuentran interconectadas. 2) Sistema isomórfico o, al menos, homomórfico de otro sistema y susceptible de ser usado como representación de éste. 3) Representación homomórfica de un sistema concreto, creada por un sistema perceptivo cibernético. 4) Una construcción intelectual destinada a organizar las experiencias.

”Cualquier modelo no es más que una representación parcial y provisoria de un sistema, destinado a un fin que debe ser claramente definido. Los modelos pueden ser físicos, mentales, verbales, gráficos, matemáticos, etc. En la práctica, todos los modelos son incompletos, porque dejan de lado algunas propiedades del sistema, y también imperfectos, porque la técnica de modelización introduce propiedades debidas al soporte del modelo. Un sistema puede tener –y en general tiene– un gran número de modelos diferentes, según los puntos de vista de los constructores de los modelos” (FRANÇOIS, Charles, *Diccionario de Teoría general de sistemas y cibernética. Conceptos y términos*, Gesi, Buenos Aires, 1992, p. 115).

de persuadir acerca de la inconveniencia de aceptar el modelo H. Desde el punto de vista de quien sostiene el modelo F, existe un “problema” con el modelo H.

Por “problema”, se entiende la diferencia entre juicios de relevancia o entre la forma de relacionar los datos seleccionados, dado un mismo juicio de relevancia, apreciada desde un modelo de referencia. Un problema implica tres niveles: los objetos del mundo que selecciona el modelo (los elementos del modelo), la forma en que se decide procesar los datos seleccionados como relevantes del mundo (la estructura del modelo) y un juicio de diferencia entre los elementos y estructura de un modelo respecto de otro. Desde quienes adoptan el modelo F, aseverar que el modelo H tiene un problema implica un juicio de preferencia entre modelos. Bien sea porque se prefieren distintos elementos o porque se elige una distribución distinta de los mismos. Por ello, se considera útil exponer un posible modelo de la cita anterior para entender su funcionamiento⁹.

2. Premisas del modelo

El siguiente conjunto de enunciados pertenece al modelo F:

- (1) El significado del lenguaje está en función del significado de las expresiones lingüísticas.
- (2) El significado de las expresiones lingüísticas está en función del propósito del hablante¹⁰.

⁹ La definición anterior, desde el punto de vista de la teoría general de sistemas equivaldría a sostener que dos sistemas son distintos en función de sus elementos o estructura. Cuando dos sistemas integrados distintos interactúan, las dificultades surgen a partir de estas diferencias.

¹⁰ Dado que toda expresión lingüística, en un contexto comunicativo, es el resultado de un acto de habla de algún agente, se considera que las expresiones “propósito de la formulación lingüística” y “propósito del hablante” son equivalentes. Esta equivalencia puede ser argumentada desde el marco teórico de la teoría de los actos de habla. Véase SPERBER, Dan y DEIRDRE, Wilson, *Relevance*, Blackwell, Oxford, 1986, p. 23. Wilson y Sperber sostienen, básicamente, que la comunicación es exitosa cuando el receptor infiere el “significado del hablante” a partir de la emisión o acto de habla y no a partir de que el receptor reconozca el significado lingüístico de la emisión.

JORGE A. CERDIO HERRÁN

- (3) Por lo que el significado del lenguaje está en función del propósito del hablante.
- (4) El significado de las reglas jurídicas está en función del significado del lenguaje.
- (5) Por lo que el significado de las reglas jurídicas está en función del propósito del hablante.
- (6) La aplicación de las reglas jurídicas está en función del significado de las reglas jurídicas.
- (7) Por lo que la aplicación de las reglas jurídicas está en función del propósito del hablante.
- (8) Los problemas de interpretación jurídica están en función del significado de las reglas jurídicas.
- (9) Por lo que los problemas de interpretación jurídica están en función del propósito del hablante.

Se pueden distinguir dos niveles de análisis para el conjunto de enunciados anteriores, uno lógico y otro pragmático. Desde el punto de vista lógico, el anterior razonamiento es válido formalmente. Nótese que no es posible negar el enunciado 7 y al mismo tiempo afirmar los enunciados 1 a 6. Con lo que 7 es una consecuencia lógica del conjunto de enunciados 1-6; lo mismo vale para el enunciado 9 respecto del conjunto 1-8. En otro nivel de análisis, es cierto que, dada la aceptación de los enunciados 1 a 6, no es posible negar 7, pero aun así, es posible preguntarse por las razones que llevan a aceptar cada uno de los enunciados que aparecen como premisas en el razonamiento. Dado que formalmente no importa el contenido de las proposiciones que se emplean en el razonamiento, ¿por qué emplear tal contenido y no otro?¹¹ Una posible respuesta para adoptar los enunciados ante-

¹¹ Otro problema que surge y que no se abordará, es el de los criterios de traducción del lenguaje natural al formal. La discusión acerca de los criterios para descubrir la forma lógica de los enunciados en el lenguaje natural –y en particular en el lenguaje normativo– supera los propósitos y alcances del presente trabajo. Sin embargo, una de las aristas desde las que se puede abordar el debate que estamos analizando es desde la interpretación lógica de los enunciados jurídicos y, en particular, si el propósito del hablante puede servir como un criterio para identificar la estructura profunda de tales enunciados; que, de esta manera, indican la clase de objetos alcanzados por la regla. Sobre el problema de la estructura lógica de los enunciados jurídicos en general, véase VERNENGO, Roberto

riores es que son *acceptables*¹² –por ejemplo– porque existen los estados de cosas a los que hacen referencia. En este sentido, podría ser útil aceptar el razonamiento anterior porque son enunciados que se corresponden con un estado de cosas del mundo, es decir, son verdaderos bajo el criterio de correspondencia. Sin embargo, si se decide emplear la categoría de verdad para este tipo de enunciados, se presupone (conceptualmente) que se poseen los criterios suficientes para identificar los referentes de tales enunciados¹³, por ejemplo, empleando un criterio

J., *On the logical interpretation of legal sentences*, en *ARSP*, Berlin, Stuttgart, vol. 79, 1993. En algunos contextos comunicativos el significado de los enunciados presuponen ciertas reglas sobre la llamada conducta verbal de los agentes mediante implicaturas verbales. Cuando el proceso comunicativo incluye formulaciones de normas se puede pensar que el sentido de tales formulaciones se completa mediante información pragmática; por lo que su estructura sería pasible del análisis desarrollado por la teoría de las implicaturas. Sin embargo, este tipo de análisis, hasta donde tenemos entendido, no ha tenido eco en la filosofía jurídica. Excepto quizás por el trabajo de Schmill quien partiendo de presupuestos conductistas elabora un modelo de implicaturas que explica la beligerancia y la cooperación entre dos sujetos a partir de un principio de oposición y máximas opuestas a las de Grice. Para el marco general de las implicaturas véase GRICE, H. Paul., *Logic and conversation*, en COLE, Peter y MORGAN, Jerry L., (eds.), *Speech Acts Syntax and Semantics 3*, Academic Press, New York, 1975, ps. 41-58. Reimpreso en GRICE, H. Paul., *Studies in the Way of Words*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1986. También véase LEVINSON, Stephen, *Pragmatics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1983. Para el trabajo de SCHMILL, véase *Condiciones conductistas de las implicaturas*, en SCHMILL, Ulises S., *Teoría del Derecho y del Estado*, próximamente editado en México por Porrúa, 2004.

¹² Cabe distinguir entre la “aceptación” y la “aceptabilidad” de un enunciado. El primer predicado hace referencia a un enunciado que forma parte del conjunto de enunciados identificado por algún criterio que el individuo adopta. La “aceptabilidad” en cambio es un estado disposicional que se predica de los enunciados identificados mediante criterios que el individuo emplea cuando considera útil lograr que otros compartan dicho enunciado. De esta forma, en ciertas condiciones, algunos enunciados son susceptibles de ser aceptables. Entre aceptación y aceptabilidad existe una tensión, ya que los criterios empleados para identificar enunciados aceptables, involucran concesiones individuales, tendientes a facilitar la aceptación colectiva; por lo que, una vez fijados por su intersubjetividad, los criterios de aceptabilidad no identifican el mismo conjunto de enunciados que el individuo acepta. Cfr. GUIBOURG, Ricardo A., *El concepto de razonabilidad y el árbol argumental*, en GUIBOURG, Ricardo, *Pensar en las normas*, Eudeba, Buenos Aires, 1999, ps. 225-35.

¹³ Por supuesto que esto dependerá de la teoría de la referencia que se adopte. En cualquier caso, la afirmación de que un enunciado E es verdadero requiere explicitar el criterio que permite afirmar la verdad de E.

JORGE A. CERDIO HERRÁN

empírico como la observación a través de los sentidos; el cual es un criterio ampliamente aceptado. Más adelante, se considerará la plausibilidad del empleo de este tipo de criterios para el modelo F. Baste con decir que el tipo de enunciados y los criterios que se emplean sirven para ubicar a los distintos modelos posibles a lo largo de un segmento continuo, que tiene en uno de sus extremos a la preferencia individual y a la descripción en el otro.

Por último, es útil notar que, aun si los enunciados del modelo satisfacen los criterios empleados para la descripción, son infinitas las descripciones y los enunciados verdaderos posibles sobre un determinado segmento de la realidad. Precisamente, el juicio de relevancia del cual parte todo modelo es un conjunto de descripciones finitas que el usuario del modelo decide aceptar como punto de partida y, en este sentido, dicho conjunto funciona como los axiomas de un sistema formal¹⁴. En consecuencia, a este respecto, también cabe preguntarse por las razones que sirven de base para la adopción de determinado conjunto de descripciones sobre otro.

Frente al conjunto de enunciados del modelo F, el argumento funciona en contra de otro conjunto de enunciados, los del modelo H. El siguiente conjunto de enunciados pertenece al modelo H¹⁵:

- (1) El significado de las expresiones lingüísticas está en función de su uso.
- (2) Conocer el uso de una palabra es ser capaz de identificar ejemplos típicos a los que la palabra se aplica.
- (3) Los casos identificados típicos a los que la palabra se aplica forman el núcleo de significado de la palabra.

¹⁴ La expresión “sistema formal” designa “un lenguaje formal para el cual se da: (1) Un conjunto de axiomas, considerados como enunciados verdaderos, sin demostración. (2) Un conjunto de reglas, que permiten deducir a partir de los axiomas, un conjunto de teoremas demostrables. Los sistemas formales son las bases de la modelización de los sistemas concretos. Sus axiomas son siempre indemostrables”. FRANÇOIS, ob. cit., p. 167.

¹⁵ Para una interpretación similar acerca de los enunciados que pueden conformar el modelo H, véase ATRIA, Fernando, *The Powers of Application*, manuscrito, Universidad de Talca, Chile, 2002, ps. 86 y ss. Las páginas corresponden a la versión electrónica del manuscrito. El trabajo publicado de Atria puede consultarse en ATRIA, Fernando, *On Law and Legal Reasoning*, Hart Publishing, Oxford, 2002.

- (4) Los casos en donde existen dudas acerca de la aplicación de la palabra forman la penumbra de la palabra.
- (5) El significado de las reglas jurídicas está en función del significado de las expresiones lingüísticas que la expresan.
- (6) Conocer el significado de una regla jurídica es ser capaz de identificar los ejemplos típicos en los que la regla se aplica.
- (7) La aplicación de las reglas jurídicas está en función del significado de las reglas jurídicas.
- (8) Por lo que la aplicación de las reglas jurídicas está en función del uso de las expresiones lingüísticas que la expresan.
- (9) Los problemas de interpretación jurídica están en función del significado de las reglas jurídicas.
- (10) Debido a las características estructurales de los lenguajes naturales, no es posible obtener ninguna regla sin ambigüedad, por un lado, ni vaguedad potencial, por el otro.
- (11) Los problemas de interpretación jurídica surgen sólo por la ambigüedad o vaguedad del significado de la regla.
- (12) Si somos capaces de comprender el significado de las reglas jurídicas, es porque debe haber casos a los que la regla se aplique sin ninguna duda¹⁶.

3. Modelos, problemas y estructuras argumentales.

3.1. Definición del "problema"

El problema que se postula desde el modelo F se construye a partir de una diferencia entre juicios de relevancia que sirven de base para cada modelo. A pesar de esta diferencia, es interesante destacar los enunciados que ambos modelos tienen en común: (1) El significado de una regla jurídica determina su aplicación; (2) las reglas jurídicas se expresan mediante expresiones de algún lenguaje; (3) el significado de las reglas jurídicas *depende* del lenguaje, y (4) los problemas de interpretación jurídica están en función del significado de las expre-

¹⁶ Cfr. HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, Cap. VII.

JORGE A. CERDIO HERRÁN

siones lingüísticas. Los puntos de coincidencia desbrozan el terreno para apreciar que el juicio de relevancia no compartido entre los modelos se centra en lo que se haya de entender por “el significado de una expresión lingüística”. El modelo F sostiene que el significado de las expresiones lingüísticas está determinado por el propósito del hablante: en distintos contextos, dados distintos propósitos, el significado de una misma expresión varía. Lo relevante para determinar la aplicación de una regla jurídica es descubrir su significado. El significado está determinado por el propósito del hablante, por lo que lo relevante para determinar la aplicación de una regla jurídica es identificar el propósito del hablante. El problema del modelo H, desde esta perspectiva, es el juicio de relevancia sobre el que está construido ya que considera irrelevante el propósito del hablante para determinar el significado de las reglas jurídicas. En consecuencia, el argumento está encaminado a persuadir acerca de lo erróneo que sería considerar irrelevante este dato.

3.2. *Estructura del argumento*

El argumento que se formula desde el modelo F puede dividirse en dos pasos. El primero se encamina a mostrar algunas consecuencias indeseables que acarrea adoptar el modelo H. El segundo muestra cómo las consecuencias indeseables que acarrea el modelo H son evitadas y explicadas adoptando el modelo F. A continuación se analiza cómo funciona cada uno de estos pasos.

El primer paso toma la siguiente forma:

Si una situación está comprendida dentro de la clase de ejemplos paradigmáticos de una expresión dada, tal situación forma parte del núcleo de significado de la expresión. Si dicha expresión forma parte de una formulación normativa, entonces la situación forma parte de la clase de ejemplos paradigmáticos a los que la regla se aplica (esto es, forma parte del núcleo de significado de la regla).

Siempre que una regla se aplica a un ejemplo paradigmático no hay interpretación; basta con la mera comprensión de las palabras que la expresan. Comprender las palabras significa identificar el conjunto de situaciones abarcadas por el núcleo de significado.

De tal forma que no es posible encontrar una situación que forme parte del núcleo de significado de la regla y que al mismo tiempo la regla no se aplique a tal situación. Ni tampoco hay necesidad de interpretar la regla si se está frente a un ejemplo paradigmático de la misma. Para analizar la plausibilidad de estas afirmaciones se toma la siguiente formulación normativa: “no pueden entrar vehículos en el parque”. Dicha formulación puede dividirse en dos partes, la partícula deóntica “no pueden” (prohibido) y la descripción de una clase de situaciones “vehículos en el parque”. A continuación se propone un objeto del mundo que es una instancia típica de la palabra “vehículo”: un camión de la Segunda Guerra Mundial en perfecto funcionamiento. Adicionalmente, dicho objeto se pretende introducir a un lugar denotado por el término “parque”. Dado que el camión es una situación típica de la palabra vehículo –y se pretende introducir en el parque– forma parte del núcleo de significado de la misma. En consecuencia, tal situación está prohibida por la regla y, además, la regla es aplicable, sin mayor interpretación, ya que basta con la comprensión del significado de las expresiones para identificar a este ejemplo como un caso regulado por la regla (i. e., denotado por los términos de clase de la formulación normativa). Sin embargo, Fuller agrega un dato adicional, a saber, que el camión es introducido al parque por un grupo de veteranos quienes tienen como *propósito* dejarlo ahí como monumento. El dato adicional no se encuentra vinculado con la discusión acerca de si el camión militar es una instancia típica del término de clase¹⁷. Sin

¹⁷ Es útil tomar y ubicar el ejemplo de Fuller en el contexto de la discusión acerca del significado de los términos empleados en las formulaciones normativas. En la práctica jurídica, frente a un caso concreto, varias son las normas que pueden ser relevantes para decidir el caso individual. De tal suerte que el ejemplo que nos ocupa puede parecer trivial en la práctica. Esto es así porque probablemente una norma municipal o local establece permisos para emplear los lugares públicos, con lo que el ejemplo no suscitaría interés práctico: sería reducido a un mero trámite administrativo. Enfocar el ejemplo de Fuller desde esta perspectiva es plausible, pero cambia aquí el sentido de la expresión “aplicar una regla”. Ahora, dicha expresión designa el conjunto de reglas y criterios que la autoridad debe tomar en cuenta para resolver un caso individual. Dentro de dicho conjunto, seguramente cerciorarse de que los veteranos estén denotados por los términos de clase de la formulación normativa tendrá algún papel importante (aplicabilidad interna); pero no determinará necesariamente el uso de la norma en cuestión. Nótese que es común encontrar en la práctica

JORGE A. CERDIO HERRÁN

embargo, parece relevante con independencia de que la situación forme parte del núcleo de significado de la regla. En otras palabras, hemos identificado una situación que es un ejemplo típico del término empleado por la regla y, sin embargo, la regla no parece aplicable al caso.

Así, según parece indicar Fuller, el hecho de que el camión sea introducido al parque para dejarlo como monumento, no es relevante para la teoría de Hart; no es un dato útil para determinar la aplicación de la regla al caso: no es necesario para comprender lo que la regla requiere. Para Hart, la identificación de objetos del mundo como ejemplos típicos de un término de clase es una cuestión conceptual, independiente tanto del contexto como del propósito del emisor¹⁸.

normas que prohíben actividades en general, junto con otras normas que otorgan competencia para dictar normas permisivas que excepcionan a ciertos individuos de la prohibición general. Tal y como se ha estipulado desde el principio, entenderemos que el argumento de Fuller está encaminado a mostrar la falta de aptitud de las tesis de Hart desde una óptica lingüística: “*Even in situations where our interpretive difficulties seem to head up in a single word, Professor Hart’s analysis seems to me to give no real account of what does or should happen*” (FULLER, ob. cit., p. 663).

¹⁸ Ciertamente esta afirmación podría matizarse en función de la teoría del significado que se le atribuya a Hart. A este respecto, el propio Hart no es muy claro. Algunos han intentado una defensa de la teoría de Hart basada en alguna interpretación de Wittgenstein. Cfr. MARMOR, Andrei, *Interpretación y teoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 2001, ps. 170 y ss. De esta manera, el debate entre ambos teóricos toma un matiz distinto dependiendo de la teoría del significado que se adopte. Si efectivamente Hart adoptó las tesis de Wittgenstein o no, es una cuestión que desconocemos y que tampoco pretendemos debatir. Con todo, a nuestro parecer, el argumento de Fuller sí presupone, en cambio, una cierta visión de Hart acerca de las relaciones entre términos de clase, designación y denotación, al menos en lo que concierne a las reglas. En efecto, parecería que la tesis de Fuller mostraría que la identificación y delimitación del conjunto de situaciones que regula una regla no es equivalente al conjunto de situaciones identificadas y delimitadas mediante la designación de los términos de clase que aparecen en la formulación normativa. Algunas situaciones denotadas por los términos de clase de la formulación pueden quedar excluidas del *ámbito de aplicación* de la regla y otras, que aparentemente no están incluidas en la denotación, sí serían situaciones alcanzadas por la regla. Puesto de esta forma, Hart –en esta interpretación de Fuller– considera aplicable al discurso normativo, implícitamente, la distinción entre designación y denotación que se emplea para analizar la semántica del discurso descriptivo. A este respecto, recuérdese que la designación de un término de clase expresa el criterio de uso de la palabra en un determinado grupo

El esquema de Hart falla porque permite arribar a una conclusión, al menos, *contra intuitiva* (con toda la vaguedad que esta palabra posee). Fuller no emplea las palabras “absurdo”, “inaceptable” o “indecible”, pero de la redacción de su argumento parece plausible interpretar que Fuller sostiene que la inclusión del camión de guerra dentro del alcance de la regla no sería aceptable en un contexto cotidiano. Sería equivocado, de alguna forma, prohibir la entrada del camión militar al parque. El razonamiento de Hart no parece dar cuenta ni de lo que de hecho sucede con los problemas de interpretación ni de lo que *debería* suceder.

El que un juez, por caso, no debería prohibir la entrada del vehículo militar porque ésta es una interpretación errónea del propósito de la regla puede admitir, al menos, un análisis desde tres tipos de presupuestos: (1) descriptivo; (2) evaluativo, y (3) conceptual. Antes de analizar cada uno de estos tres sentidos, conviene mostrar el segundo paso en el argumento del modelo F.

El segundo paso del argumento trata de mostrar cómo el juicio de relevancia del modelo F sirve para resolver el caso planteado incor-

lingüístico, en un momento y espacio definido. La designación que expresa un término se distingue de la operación de identificación de objetos empleando tal criterio. El criterio es de orden conceptual mientras que la operación es empírica. En cualquier caso, el hecho de que el criterio efectivamente sirva para identificar objetos del mundo es enteramente independiente de un sujeto en particular. En este sentido, podemos formular criterios *intensionales* (en el sentido carnapiano) que carezcan de un correlato *extensional*. Cfr. CARNAP, R., *Meaning and Synonymy in Natural Languages*, en CARNAP, Rudolf, *Meaning and Necessity*, 2ª ed., Phoenix Books, Chicago, 1955, ps. 233-47.

El ejemplo de Fuller puede ser interpretado como una objeción sobre lo inadecuado que resulta este aparato conceptual para el análisis del discurso prescriptivo (una objeción que también ha sido planteada, por cierto, por von Wright. Véase VON WRIGHT, *Norma y acción. Una investigación lógica* cit., p. 110). Por de pronto, una primera dificultad en el discurso prescriptivo sería que el propósito del emisor de la regla, como criterio semántico, puede servir para identificar un conjunto de situaciones distinto al identificado mediante la designación de los términos de clase de la formulación normativa. Una tensión similar a la que propone Schauer que existe entre la justificación subyacente a una regla y el uso de la misma; a partir de lo que denomina una concepción *atrincherada* de las reglas. Véase SCHAUER, Frederick, *Playing by The Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Clarendon Press, Oxford, ps. 31-34 y 42-52.

JORGE A. CERDIO HERRÁN

porando el contexto y el propósito del emisor y de esta forma no posee las falencias del modelo H.

El propósito general de la regla sirve para identificar los casos típicos de la misma. De esta forma sabemos que la distinción entre marcas de vehículos es irrelevante. Por el contrario, sí es relevante el fin que se persiga con la introducción del vehículo al parque. Cuando se toma en cuenta el contexto del caso y el propósito general de la regla, se “advierde” que la regla no se aplica al caso del camión militar con fines conmemorativos. En otras palabras, podemos *ver* con suficiente claridad a lo que la regla “apunta en general” y, de esta forma, que la situación de los veteranos no es una instancia denotada por el propósito general de la regla. Sin embargo, resta responder a: ¿De qué depende que veamos con claridad a lo que la regla apunta en general; cómo identificamos tal propósito y cuáles son los criterios para sostener que el caso de los veteranos cae fuera del alcance del propósito identificado?

Por último, conviene notar que ambos modelos parecen aceptar que las normas se expresan en algún lenguaje y que la expresión “regla” no es equivalente a los símbolos lingüísticos que se emplean para formularla. Es decir, ambos modelos aceptan la distinción entre norma y formulación normativa. El argumento de Fuller puede extenderse para formular una objeción más general acerca de los criterios para identificar el material normativo, a saber, que sin tomar en cuenta el propósito del emisor de las reglas jurídicas no es posible identificar las conductas que las reglas jurídicas *modalizan*.

La expresión “identificar el material normativo” es ambigua y su sentido depende de lo que se entienda por “material normativo”. Por ejemplo, supongamos que se acepta la distinción entre formulaciones normativas y normas, esto es entre los símbolos que sirven para expresar las normas y el significado de tales símbolos. Bajo tal supuesto, la expresión “material normativo” puede tomar cuatro acepciones: (1) los actos de habla de un determinado sujeto (autoridad) que usa el lenguaje en forma prescriptiva; (2) los símbolos que son el resultado del acto de habla; (3) el significado de tales símbolos; (4) la conjunción de algunas de las opciones anteriores. El ejemplo del camión militar se relaciona con la opción (3) o con cualquier combinación que toma

al significado de las formulaciones normativas como parte de las características definitorias de la expresión “material normativo”. Esto es así porque se pueden identificar distintas normas en función de la teoría del significado que se presuponga para operar sobre los símbolos lingüísticos. Aunque no nos ocuparemos de este problema¹⁹, parece adecuado tomar en cuenta dichos matices para determinar el alcance que se le puede dar a la interpretación del argumento de Fuller. Claro está que, en cualquier caso, lo que se entienda por la expresión “material normativo” es una decisión lingüística más que una discusión ontológica.

3.3. *Presupuestos del argumento*

El argumento de Fuller puede verse a partir de tres tipos de presupuestos metodológicos: (A) Descriptivos, esto es, afirmaciones acerca de la existencia de un estado de cosas. Las características más importantes de estos presupuestos son que los enunciados formulados son susceptibles de valor de verdad y se poseen criterios que gozan

¹⁹ Hasta donde tenemos conocimiento, ha habido poco interés en la literatura en explorar los presupuestos de filosofía del lenguaje que asumen cada una de estas opciones. Sin embargo, sí se han analizado las consecuencias que alguna de las combinaciones posibles tienen en la definición de la expresión “norma”. En este sentido véase: ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *La concepción expresiva de las normas*, en ALCHOURRÓN y BULYGIN, *Análisis lógico y derecho* cit., ps. 121-154; CARACCIOLO, Ricardo A., *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, y *Existencias de normas*, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, octubre de 1997, Nº 7; MENDONCA, Daniel, *Introducción al análisis normativo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, y *Las claves del derecho*, Gedisa, Barcelona, 2000. Aclarar los presupuestos lingüísticos de teoría del significado sirve para delimitar la extensión del concepto de “norma jurídica”; sin embargo, esto no implica reducir la explicación del término “derecho” al análisis lingüístico. En efecto, siguiendo a Vernengo: “El derecho es algo más que un lenguaje, o si se quiere, el derecho no puede ser representado con un modelo puramente lingüístico, pues la estructura del derecho no es isomórfica con la de ningún lenguaje disponible” (VERNENGO, Roberto J., *El discurso del derecho y el lenguaje normativo*, en *Anuario de filosofía jurídica y social*, Asociación Argentina de Derecho Comparado, Buenos Aires, 1994, Nº 14, p. 167). Con todo, la utilidad del análisis lingüístico de *derecho* recae en la disolución de pseudo-problemas y en la delimitación de conceptos a partir de definir y explicar los presupuestos teóricos subyacentes a los mismos.

JORGE A. CERDIO HERRÁN

de gran aceptabilidad para: (1) acordar los tipos de objetos que denotan los enunciados; (2) identificar los hechos que califican dentro de tales tipos, y (3) resolver intersubjetivamente las disputas que puedan surgir sobre (1) y (2). (B) Valorativos, es decir, los presupuestos de metaética y de ética normativa que se asumen para evaluar los estados de cosas. Y (C) Conceptuales: definiciones empleadas para estipular y que se introducen a lo largo de la argumentación.

Con esto en mente, podemos regresar al primer paso del argumento. La fuerza persuasiva del argumento recae, en parte, sobre la falta de aceptabilidad de la solución propuesta por la regla para el caso de los veteranos. El caso está denotado por los términos de clase empleados en la norma y, sin embargo, la norma no es “aplicable”. Explicar por qué no es aplicable sólo es posible desde el modelo F. A continuación se analiza la fuerza persuasiva del argumento desde cada tipo de presupuesto.

A) *Presupuesto descriptivo*

Bajo esta óptica, que una norma sea “aplicable” designa una relación entre ciertos estados de cosas y proposiciones. El empleo de un criterio descriptivo requiere establecer los estados de cosas que hacen verdaderos enunciados del tipo: “la norma n es aplicable al caso c”²⁰. Dichos estados de cosas, a su vez, deberán ser identificados mediante criterios compartidos intersubjetivamente. El modelo F sostiene que la aplicación de una norma se identifica mediante el propósito de la regla. De esta forma, la expresión “propósito de la regla” designa un criterio para afirmar la verdad de un enunciado del tipo anterior. La fuerza persuasiva del argumento se basa en la verdad del enunciado: “una

²⁰ En este párrafo debemos aclarar una posible anfibología que surge de la palabra “caso”. Fuller no distingue si se refiere a caso en el sentido de descripción genérica empleando predicados de clase (p. ej., “Todos los maestros tienen prohibido beber líquidos”); caso en el sentido de una ejemplificación particular de un enunciado genérico (“El maestro Pepe tiene prohibido beber agua”), o caso en el sentido de un problema normativo que se espera resolver (“El caso de inconstitucionalidad del maestro Pepe frente a las normas administrativas de la universidad”). A menos que se indique lo contrario, asumiremos que la palabra caso se refiere a lo que se ha denominado caso individual en la terminología de ALCHOURRÓN y BULYGIN, véase ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974.

regla es aplicable a un caso si y sólo si el caso es alcanzado por el propósito general que la regla persigue”. ¿Bajo qué condiciones, pues, se puede afirmar la verdad de este enunciado? El argumento no expone la forma en la que hayan de identificarse las condiciones bajo las cuales es verdad dicha afirmación ni el procedimiento empírico para conocer, en cada caso, que la situación en cuestión cae bajo el propósito general que la regla persigue.

B) *Presupuesto valorativo*

Otra alternativa sería que el argumento presuponga una premisa evaluativa. En efecto, la conclusión del argumento es que el juez no debe prohibir la entrada del camión militar al parque, porque este caso no está en contra del propósito que persigue la regla. Esta conclusión puede presuponer que sólo se *deben* aplicar las reglas en función del propósito que persiguen, es decir, preguntarse para qué fue puesta la regla, qué mal trata de revertir o qué bien trata de promover²¹. Toda regla jurídica, toda regulación cumple con alguna de estas dos clases de propósitos: revertir un mal o promover un bien. El empleo de las reglas jurídicas a la luz de esta suerte de principio: “hacer el bien y evitar el mal”, provee al argumento de fuerza persuasiva, en tanto que goza de gran aceptabilidad la idea de que el Derecho, como conjunto de reglas, cumple con ciertos fines considerados valiosos. El intérprete o el usuario del Derecho no puede echar mano del uso lingüístico como herramienta para determinar los casos que regula la regla; en su lugar, *debe* (en sentido prescriptivo) siempre tomar en cuenta la finalidad que se persigue con cada norma. La prohibición de emplear las normas jurídicas sin tomar en cuenta su propósito aparece como un presupuesto implícito en el argumento y que presupone, al menos, una definición de *Derecho* que incluye fines valiosos y la posibilidad de conocer dichos fines. Como se recordará, Fuller define el Derecho como “la empresa de sujetar la conducta humana a la regulación de las reglas”²²; para ello, es inevitable suscribir el punto de vista según

²¹ FULLER, ob. cit.

²² FULLER, L., *The Morality of Law*, ed. revisada, Yale University Press, New Haven, 1970, ps. 96, 106, 122 y 130.

JORGE A. CERDIO HERRÁN

el cual “el hombre es, o puede ser, un agente responsable, capaz de entender y seguir reglas y responder por sus faltas”²³. Lo cual impone límites morales al derecho. De esta forma, el derecho positivo debe ser leal a su *propósito*, el cual es “abrir, mantener y preservar la integridad de los canales de comunicación por los que los hombres puedan acordar los unos con los otros sobre lo que perciben, sienten y desean”²⁴.

En este orden de ideas, la afirmación de que “el propósito de la regla determina su aplicación” no versa ya sobre las relaciones entre lenguaje, reglas y los casos que regulan, ni en la deficiencia de tal o cual teoría del lenguaje. Esto es así, porque la palabra “propósito” ahora tiene otro significado, a saber, la persecución de ciertos fines moralmente deseables o debidos. Es por esto que el modelo F propone tanto una tesis descriptiva como una prescriptiva acerca de los casos que las reglas jurídicas regulan. En sentido descriptivo, el modelo F afirma que el propósito que la regla persigue delimita el conjunto de casos regulados por la norma. En sentido prescriptivo, afirma que el juez sólo debe aplicar las normas jurídicas en los casos abarcados por el propósito valioso que persigue la regla.

Tal y como lo hemos expuesto, el argumento toma su fuerza persuasiva de la doble interpretación del modelo F: oscila entre una tesis acerca de la identificación del significado de las formulaciones normativas y otra acerca del significado *correcto* de las mismas. Cuando se descarta la solución del modelo H por absurda o indeseable, el argumento no deja en claro si se refiere a que el método adoptado por el modelo es incorrecto para la detección del significado o si es indebido (en un sentido valorativo). Si el objeto de la crítica de Fuller es el método empleado, no son aplicables al resultado los términos absurdo o falso, ya que el resultado es congruente con el juicio de relevancia del modelo H. Un punto importante de la fuerza persuasiva del argumento de Fuller es que juega con esta ambigüedad. Decir que el resultado alcanzado por el uso del modelo H es indeseable o indebido, sin aclarar las condiciones bajo las cuales se puede *ver con claridad* (el bien que promueve y el mal que pretende revertir) el propósito de

²³ Ob. cit., p. 53.

²⁴ Ob. cit., p. 186.

cada regla, sirve a la fuerza persuasiva del argumento tanto como si dijera que el resultado es *injusto* o *malo*. Formulaciones que esconden, en el mejor de los casos, un repertorio de buenos deseos dotado de un consenso tan amplio como vacío de utilidad.

C) *Presupuesto conceptual*

Por último, es posible considerar que el argumento presupone una definición por estipulación de los términos que usa. Una regla es aplicada en función de su significado, el cual, a su vez, depende del contexto y del propósito del emisor. La regla que prohíbe los vehículos en el parque no es aplicable al caso de los veteranos de guerra por definición. De esta forma, la aplicabilidad de una norma es un predicado que se reserva a los casos en que se conoce la intención del emisor para determinado contexto. La opción, si bien goza de menor aceptabilidad que el empleo de un criterio descriptivo, o valorativo, parece plausible. Existen ocasiones en las que es útil a los fines expositivos estipular un significado particular. Sin embargo, dos cuestiones surgen de esta opción metodológica. La primera es que necesitamos las características definitorias, el criterio, para saber cuándo estamos en presencia del propósito del emisor, en definitiva, para comprender la definición estipulativa. Lo cual nos coloca en un problema similar, aunque de diverso nivel, al que surgía asumiendo un presupuesto descriptivo (en donde, además, requeríamos de criterios para realizar la operación empírica de verificar la presencia o ausencia de las situaciones denotadas por “el propósito de la regla”). Por otra parte, aun definiendo conceptualmente las características definitorias del “propósito de la regla”, esto no es suficiente para afirmar que el caso de los veteranos de guerra no está denotado por nuestra definición conceptual. Necesitamos un criterio de correspondencia adicional, quizás empírico, que nos indique cómo identificar las instancias típicas. Parecería que el modelo F pretende que el propósito de la regla haga ambas operaciones, que por un lado suministre un criterio de uso de la regla y, por el otro, un criterio para identificar las situaciones que poseen la característica de *ser ejemplos típicos del propósito de la regla*. Esto último parece que es pedir demasiado de una mera definición estipulativa. Nótese que los criterios empleados para la estipulación del significado de los tér-

JORGE A. CERDIO HERRÁN

minos y para la identificación de las instancias denotadas por la definición, son distintos. Un argumento basado en una estipulación conceptual puede ser plausible y útil, por ejemplo, cuando es necesario eliminar la ambigüedad de un término. No así si se emplea una definición estipulativa para decidir que el caso concreto no es una instancia del criterio general. Precisamente, parte de la utilidad de las definiciones estipulativas es proveer mayor claridad en los criterios para la identificación de los objetos que, en su caso, denoten. Pero esta última es una operación enteramente distinta. De lo contrario, el argumento parecería arbitrario, producto de una mera preferencia individual: ¿el caso de los veteranos no cae dentro del propósito del emisor de la regla, por definición!

Por supuesto que esta última afirmación no es sostenida por Fuller en forma abierta. En su lugar, Fuller asume que es obvio que la norma aplicada en su sentido literal no es aceptable, no sería aceptada o, lo que parece lo mismo, lleva a resultados absurdos. Con lo cual parece que el presupuesto asumido es de tipo valorativo.

La norma que prohíbe la entrada de vehículos en el parque no es aplicable al caso de los veteranos porque la solución que la norma brinda no es correcta. ¿Es obvio que la norma no es aplicable al caso de los veteranos? Una respuesta es que, en vista de la definición propuesta o por una circunstancia de hecho, la norma sólo es aplicable a los casos que regula. Dichos casos son exclusivamente los que caen dentro del propósito del emisor en determinados contextos. El emisor de la regla no tenía el propósito de regular el caso de los veteranos ya que el propósito es, por ejemplo, salvaguardar la tranquilidad en el parque. Por lo tanto, la regla no es aplicable al caso. Nótese que fue necesario agregar al modelo F información acerca de cuál es el propósito que *de hecho* se persigue con la regla. Pero este dato no parece evidente por sí mismo. Sin considerar, adicionalmente, las posibles dificultades para ordenar y discriminar entre los múltiples propósitos que pueden atribuírsele a una misma norma.

3.4. Elección entre modelos

Interesa resaltar que el modelo F no elude algunos de los problemas que le atribuye al modelo contrario, debido a las características del

lenguaje natural. En efecto, el propósito del emisor es expresado en el lenguaje de alguna forma. O bien es expresado empleando términos de clase o bien es expresado empleando nombres propios. Este último supuesto sería pragmáticamente costoso y poco útil, ya que el emisor tendría que individualizar cada situación del mundo que desee regular. Si el emisor de la regla emplea términos de clase para expresar el propósito que persigue, dichos términos proporcionan un criterio con características que las situaciones deben cumplir para ser denotadas bajo el propósito de la regla. De este modo, en el ejemplo del camión militar, cabe preguntarse si el propósito de los veteranos es una situación denotada por el propósito del emisor de la regla. Pero tal pregunta emplearía un concepto propio del modelo H: un conjunto de situaciones típicas que formen el núcleo de significado –en este caso, de la formulación lingüística que se emplee para expresar el propósito– que es justamente lo que el argumento del modelo F nos previene de hacer.

Una forma de evitar recurrir al esquema del modelo H es acudir a un meta-propósito del emisor, que nos proporcione un meta-criterio de uso para aplicar el propósito del emisor. Una vez hecho esto, podríamos volver a preguntarnos por las instancias que regula el meta-propósito y así sucesivamente. Otra alternativa es sostener que el caso de los veteranos es una instancia del propósito del emisor porque, en general, los intérpretes de la comunidad entienden que es un ejemplo típico del propósito de la regla. Pero este camino implicaría, de nueva cuenta, modificar la tesis de relevancia del modelo F en favor del H.

En este sentido, en ambos modelos, debido a la utilidad del uso de los términos de clase del lenguaje natural, el intérprete tendrá a su disposición una lista de situaciones que caen bajo los términos de clase de las formulaciones normativas. En teoría, sería posible agrupar algunas de estas situaciones a lo largo de un segmento continuo que tuviera en un extremo a un ejemplo paradigmático y en el otro a una situación no regulada por la norma; en medio de estos extremos pueden existir varias situaciones intermedias. Por ejemplo, supongamos que un grupo de trabajadores de la fábrica Ford desea, con motivo del aniversario del modelo T, dar una vuelta por el parque en uno de estos

JORGE A. CERDIO HERRÁN

vehículos en perfecto funcionamiento. Quizás este caso no esté regulado por la regla bajo la óptica del modelo F (si se identifica que el propósito es preservar la tranquilidad en el parque). Ahora bien, ¿después de cuántas vueltas por el parque puede decirse que la situación ahora contraviene el propósito de la regla? (Supóngase ahora que los veteranos de la fábrica pretenden implantar un récord mundial por el número de horas de circulación de un modelo T en un parque). Ambos modelos enfrentan el problema de decidir las situaciones que consideran típicas y cuáles no (el alcance de la norma). La diferencia se encuentra en el criterio que emplean. El modelo H emplea un criterio descriptivo que remite a la costumbre lingüística. Un caso es una situación típica si de hecho la comunidad lingüística así lo determina en el uso habitual de los términos de clase empleados en la formulación de la norma. El modelo F también pretende emplear un criterio descriptivo, sólo que no parece claro el estado de cosas al que hace referencia. ¿Qué hecho es denotado por la expresión “el propósito que persigue la regla”? De tal forma, por lo menos, que sea intersubjetivo el criterio empleado. De otra forma, el propósito de la regla es una frase que cumple fines retóricos para encubrir, quizás, la preferencia individual del intérprete. Dado que el mero juicio subjetivo del intérprete no goza de aceptabilidad para explicar el uso de la regla en el caso, recubre su decisión metodológica con un ropaje descriptivo que goza de mayor prestigio.

Los casos se plantean como situaciones fácticas, localizadas en el espacio y el tiempo que el intérprete quiere, o debe, decidir si son instancias de la regla general. La decisión emplea algún tipo de criterio, bien sea el propósito del emisor o el uso de la comunidad lingüística. De cualquier forma, el intérprete tiene una amplia gama de instancias que caen dentro o fuera de la denotación del criterio que emplea. Esta operación, *ceteris paribus*, presenta semejanzas con la decisión lingüística que se hace con todos los términos de clase, cuando se tiene que decidir si un objeto particular está denotado por el término. En el caso de términos sensoriales vagos por el continuo, por ejemplo, como tibio, alto, flaco, esta decisión parece más clara. Es decir, si un sujeto comprende el significado de una expresión es porque, al menos, conoce algunos casos en los que se aplica y otros en los que se considera

que la expresión es inaplicable. De esta forma tenemos dos conjuntos de instancias, las de aplicación y las de no aplicación de la expresión.

Sin embargo, es plausible afirmar que habrá instancias que no encajen dentro de alguno de los dos conjuntos. Dos hablantes competentes del mismo idioma podrían tener ambas buenas razones a favor o en contra de clasificar un objeto dentro o fuera de la denotación del término de clase. Aquí, la convención no es definitiva. De hecho, podríamos decir que entre el conjunto de casos que la comunidad acepta como denotados por la expresión y aquellos en los que se considera que no se aplica, existe un equilibrio dinámico acerca de los extremos del continuo. De esta manera, cuando se identifican los casos de aplicación de la expresión, se *detecta* el significado convencional, en el sentido de que podemos apreciar una regularidad en el uso de la expresión para denotar ciertas situaciones. No todas las instancias gozan del mismo nivel de aceptabilidad. Ni tampoco todos los intérpretes de la misma formulación normativa identifican un único conjunto de instancias típicas. Asimismo, el conjunto de instancias que un intérprete acepta no necesariamente es el mismo respecto del conjunto de instancias aceptables para la comunidad. De hecho, tienden a ser empalmes parciales, ya que el conjunto de enunciados que un individuo acepta responde a sus preferencias individuales; mientras que el conjunto de enunciados que un individuo considera aceptables es el producto del juicio que el individuo hace acerca de las buenas razones que creen que tienen otros individuos para aceptar los enunciados. Una suerte de probabilidades subjetivas acerca de la disposición de la comunidad lingüística para aceptar el enunciado interpretativo (i. e., enunciados que adscriben significado a un texto normativo).

Bajo este esquema, una situación no forma parte del núcleo de significado de la regla por sí misma. La facilidad para identificar un caso individual como regulado por la norma reside, en buena medida, en el interés del intérprete. Postular la inclusión de una situación que no goza de aceptabilidad en la comunidad dentro núcleo de sentido tiene pocas probabilidades de ser considerado como adecuado, ya que está más cerca del conjunto de instancias no aplicables. Aquí, el intérprete adjudica, y no detecta, un significado, toma una decisión lingüística.

JORGE A. CERDIO HERRÁN

El juego, por llamarlo de alguna manera, de la argumentación consiste en persuadir al interlocutor para que adopte la misma instancia típica que el intérprete propone. De tal forma que las diferencias entre el conjunto de los casos aceptados por el intérprete y el conjunto de casos aceptables para la colectividad tiendan al mínimo. En la práctica, empero, tal tarea no es *unidireccional* porque cada intérprete tratará de hacer lo mismo, máxime si los intérpretes son vistos como participantes de un juego competitivo bajo incertidumbre parcial. Postular una situación como típica o atípica es una forma de argumentar a favor de la inclusión o exclusión de un ejemplo particular en el conjunto aplicable o no aplicable de la regla y, por ende, a favor de cierto significado del texto.

El modelo H identifica los casos aplicables con el núcleo de certeza, porque es cierto que, en general, el marco de la convención lingüística restringe la postulación de un caso que se venía identificando regularmente dentro del núcleo de significado, como atípico. Pero esto dista de ser necesario. Por el contrario, los ejemplos que en algún momento eran considerados como típicos de una expresión bien pueden dejar de serlo en el marco de la dinámica del lenguaje, un fenómeno ciertamente emparentado con la *textura abierta*. Afirmar que existen en el mundo situaciones que poseen la propiedad de “ser parte del núcleo de significado” parece el resultado de una hipóstasis del lenguaje, un ejemplo en el que, como decía Wittgenstein, el lenguaje se fue de vacaciones. La discusión versa sobre palabras y su aplicación, por lo que las mismas tienen el significado que estemos dispuestos a darles dentro de un juego del lenguaje²⁵.

En este sentido, el argumento de Fuller toma parte de su fuerza persuasiva en señalar una instancia en la que la aplicación de la norma al caso individual no goza de igual aceptabilidad que su no aplicación. Empero, esto no depende del propósito del emisor y, ciertamente, es contingente y relativo a la comunidad lingüística de referencia. Distintas comunidades tendrán diferentes escalas de aceptabilidad para un mismo caso. Bien podemos imaginar una comunidad de personas aficionadas

²⁵ WITTGENSTEIN, L., *Philosophical Investigations*, 2ª ed., Blackwell, Oxford, 1958, p. 141.

a la estética de los jardines abiertos, sin monumentos, a quienes les parezca del todo descabellada la empresa de los veteranos y consideran que va en contra del propósito general de la regla: mantener los jardines de los parques con la menor cantidad de objetos a la vista en favor de la perspectiva y profundidad del plano.

Una aclaración pertinente es que, si bien el argumento de Fuller plantea la falsedad de las tesis de Hart, esta afirmación merece un matiz. La elección entre juicios de relevancia de un modelo no es ni verdadera ni falsa. Ni tampoco los modelos que se generan a partir de un determinado juicio de relevancia. Cuando mucho, se pueden afirmar ciertas condiciones deseables pragmáticamente para los modelos: Si el modelo construido pretende operar con la realidad tratando de incidir en ella, algunos juicios de relevancia tendrán mejores resultados que otros. Entre dos modelos, la elección está dada por sus resultados en la práctica y por su utilidad.

4. Mensajes normativos: entre el propósito y el uso lingüístico

El debate entre Fuller y Hart es interesante y rico en posibles interpretaciones. Dejando de lado la interpretación moral que puede adoptar la expresión “propósito de la norma”, cabe esbozar brevemente un par de ideas acerca de la intención del emisor y el significado de las formulaciones normativas.

Se pueden esbozar las siguientes tres tesis: (a) El significado de las formulaciones normativas está en función del propósito del emisor de tales formulaciones; (b) el significado de las formulaciones normativas está en función del uso o costumbre lingüística de una determinada comunidad; (c) el significado de las formulaciones normativas es detectado o atribuido según los intereses del intérprete y los criterios de aceptabilidad de la comunidad para distintos enunciados interpretativos. Creemos que las tres tesis son vistas parciales de un mismo fenómeno comunicativo.

Las tres tesis presuponen un proceso de comunicación, con un Código lingüístico que expresa algún mensaje. Por defecto, el mensaje es el resultado de atribuir a las palabras el significado que les asigna

JORGE A. CERDIO HERRÁN

la costumbre lingüística, con toda su vaguedad. Ahora bien, en el habla, en principio, el Código lingüístico es el medio para que un emisor (reconocido como tal por un receptor) transmita a otro individuo un mensaje. En este proceso, altamente complejo, además del Código lingüístico están presentes muchos otros medios de comunicación (gestos, entonaciones, variaciones en la postura e incluso silencios). Todos estos medios pragmáticos no son codificados en el lenguaje natural. De hecho, suelen existir ciertas reglas de conducta verbal que permiten complementar, corregir e incluso asegurar la comunicación exitosa del mensaje. Interesa analizar las tres tesis a la luz de contextos de habla cooperativos.

4.1. *Situaciones de habla*

En la discusión que se analiza, el modelo F sostiene que las reglas son elaboradas por cierto motivo, para cumplir ciertos propósitos. Identificar el propósito que persigue la regla es necesario para usarla, esto es, para identificar las situaciones que regula. La intención que persigue el emisor de la regla, en este sentido juega un papel primordial para captar el mensaje que la formulación normativa expresa. El modelo F, en este sentido puede relacionarse con las teorías de los actos de habla que sostienen una relación similar entre los símbolos en los que se expresa un acto de habla y la intención del emisor de dicho acto. En efecto, desde estas teorías, las afirmaciones del modelo F se ven parcialmente fundamentadas. Allí en donde el mensaje sea una norma, la recepción del mensaje es exitosa, entre otras condiciones, si la intención del emisor es identificada. Para mostrar lo anterior se expone un modelo de comunicación de normas a partir de la teoría de los actos de habla. La exposición se divide en cuatro partes: (A) Emisores y receptores; (B) locuciones, ilocuciones y perlocuciones; (C) clasificación de los actos de habla, y (D) identificación del punto ilocucionario.

(A) *Emisores y receptores*

Desde el punto de vista de la interacción social, “lenguaje” es el resultado de los intercambios, verbales o escritos, en los que algún sujeto (a quien se denomina *emisor*) dice (o escribe) algo hacia alguien

más (a quien se denomina *receptor*) en un cierto lugar y tiempo. Se denominan *actos de habla* a estas clases de interacciones entre sujetos²⁶. En todo acto de habla, existe el presupuesto de que el emisor pretende comunicarse con el receptor. En este sentido, se dice que la *intención es reflexiva*²⁷: la intención del emisor de que otro sujeto reconozca que él quiere que acepte el papel de receptor y, en consecuencia, reciba el mensaje del emisor y reaccione frente al mismo. El receptor es cualquier sujeto a quien, al momento de la emisión, el emisor tiene la intención reflexiva de que reconozca el *punto ilocucionario* de la emisión (i. e., el mensaje del emisor).

(B) *Locuciones, ilocuciones y perlocuciones*

Producir una emisión lingüística presupone una jerarquía de actos. Para empezar existe un *acto de emisión*. Es posible identificar los actos de emisión con independencia de que se conozcan los símbolos o fonemas empleados y el mensaje del emisor. La identificación del acto de emisión se realiza mediante la percepción de los sentidos: oyendo una emisión hablada, viendo los símbolos o sintiendo los relieves de la escritura braille, por caso. Cuando un emisor ejecuta un *acto ilocucionario* emplea una expresión identificable e que consiste en una oración o fragmento de oración de un lenguaje L , emitido de acuerdo a las reglas prosódicas o gramaticales π . Una locución se simboliza como (π, e) y su sentido se representa con el símbolo μ . μ es la intención de (π, e) ; una locución requiere que tanto el emisor como receptor posean un entendimiento común acerca de la gramática, léxico, prosodia y fonología de L .

²⁶ Esta caracterización se puede encontrar en la mayoría de la literatura especializada en el tema. Véase AUSTIN, John L., *How To Do Things With Words*, 2ª ed. de J. O. Urmson and Marina Sbisa, Oxford University Press, Oxford, 1962; SEARLE, John R., *Speech Acts*, Cambridge University Press, London, 1969, y *Expression and Meaning: Studies in the Theory of Speech Acts*, Cambridge University Press, Cambridge, 1979, y ALLAN, Keith, *Speech act theory. An overview*, en ASHER, Ron (ed.), *Encyclopedia of Language and Linguistics*, Oxford, Pergamon Press, 1994, vol. 8, ps. 4127-38.

²⁷ GRICE, H. Paul, *Studies in the Way of Words*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1986.

JORGE A. CERDIO HERRÁN

Un segundo tipo de acto es el *acto de referir*. Un emisor ejecuta un *acto de referir* cuando aplica una locución (π, e) , con un sentido μ a un determinado mundo w_i en el momento t_i . En los procesos de comunicación cotidianos, el emisor, en forma simultánea, produce la locución y la aplica para fijar la referencia.

En la jerarquía de actos de habla, los más importantes son los *ilocucionarios*. En una emisión lingüística U , un agente ejecuta un acto ilocucionario cuando usa una locución para referir, de tal forma que U posee la *fuerza ilocucionaria* de una aserción, una confirmación, una negativa, una predicción, una promesa, una petición o una prescripción. Una emisión lingüística puede tener más de una fuerza ilocucionaria; pero siempre expresarán el mismo mensaje. El *punto ilocucionario* es una especie de fuerza ilocucionaria que expresa el mensaje que la locución contiene. Por ejemplo, en la locución: “Prepararé el café” la persona que la produce y el contexto de emisión determinarán la referencia de la locución. Una fuerza ilocucionaria posible es la de una aserción acerca de un acto futuro. En otro contexto, la misma locución puede ser usada con otra fuerza ilocucionaria: prometer. Si esta fuerza ilocucionaria es reconocida como la intención de emisor, entonces se dice que la promesa es el punto ilocucionario de la emisión lingüística. En una locución como “te reto a que te tomes este tequila”, el punto ilocucionario es que el receptor reconozca que el emisor lo está desafiando; la aceptación o rechazo del desafío por parte del receptor constituye el *efecto perlocucionario* de la emisión. De esta forma, el *acto perlocucionario* del emisor es el acto por el que logra un determinado efecto perlocucionario sobre el receptor, como resultado de que el receptor reconoció la locución y su fuerza ilocucionaria. Una perlocución es la respuesta al estímulo verbal del significado de la emisión lingüística. Cualquier respuesta del receptor que no sea el resultado de reconocer la locución y el punto ilocucionario de la emisión no es considerado un efecto perlocucionario. El efecto perlocucionario es importante en la teoría de la comunicación ya que se presume que la razón habitual para emitir actos de habla es causar un efecto en el receptor. Se denomina *intención perlocucionaria* a la intención del emisor de causar un cierto efecto perlocucionario en el receptor mediante el reconocimiento de éste de la fuerza ilocucionaria de la emisión

lingüística de aquél²⁸. Como se verá, la conformidad del emisor en el efecto perlocucionario que exhiba el receptor confirma para éste la inferencia que hace sobre el punto ilocucionario y la referencia de la locución.

(C) *Clasificación de los actos de habla*

Ha habido dos aproximaciones a la clasificación de los actos de habla, una siguiendo a Austin²⁹, quien basa su clasificación en el léxico de los verbos ilocucionarios; la otra, siguiendo a Searle³⁰.

Searle identifica 12 diferencias entre los actos de habla que pueden servir para elaborar una clasificación, pero sólo emplea cuatro diferencias para elaborar una clasificación de cinco tipos de actos de habla; dichas diferencias son: a) El punto ilocucionario. Por ejemplo, una petición trata que el receptor haga algo; una afirmación es la información sobre un estado de cosas; una promesa es la asunción del emisor de que se obliga a realizar una conducta. b) Dirección de ajuste entre las palabras emitidas y el mundo con el que se relacionan. Las aserciones tienen una dirección de ajuste palabras a mundo porque el valor de verdad de la aserción está en función (depende) de la presencia o ausencia de los objetos del mundo que las palabras describan; las peticiones y los ruegos tienen una dirección de ajuste mundo a palabras ya que debe producirse un cambio en el mundo (por un agente) para que se cumpla lo requerido por el emisor. c) El estado psicológico expresado, esto es un enunciado que denota la creencia del emisor

²⁸ Véase BACH, Kent y HARNISH, Robert M., *Linguistic Communication and Speech Acts*, MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1979.

²⁹ AUSTIN, *How To Do Things With Words* cit. Austin identificó cinco clases de verbos ilocucionarios; su clasificación fue refinada y extendida a siete por Vendler. Por su parte, Katz critica el análisis de Vendler. Quizás la colección de verbos ilocucionarios más extensa es la que proponen Ballmer y Brennenstuhl quienes identifican cerca de 4.800 verbos. Véase VENDLER, Zeno, *Res Cogitans*, Cornell University Press, Ithaca, 1972; KATZ, Jerrold J., *Propositional Structure and Illocutionary Force*, Thomas Crowell, New York, 1977; BALLMER, Thomas T. y WALTRAUD, Brennenstuhl, *Speech Act Classification: A Study in the Lexical Analysis of English Speech Activity Verbs*, Berlin, Springer-Verlag, 1981.

³⁰ SEARLE, John R., *A taxonomy of illocutionary acts*, 1975 reimpresso en SEARLE, *Expression and Meaning: Studies in the Theory of Speech Acts* cit.

JORGE A. CERDIO HERRÁN

que es el caso que “p”; en donde “p” es el nombre de una proposición. Una promesa expresa la intención del emisor de realizar una cierta acción; una petición expresa el deseo del emisor de que el receptor realice una determinada acción. d) Contenido proposicional. En una petición, el nombre de la conducta requerida es el contenido proposicional del acto de habla; en una promesa, lo es la acción que el sujeto se obliga a ejecutar.

Con estas distinciones Searle agrupa los actos de habla en 5 categorías:

1. Asertivos (también llamados representantes). Son susceptibles de valor de verdad, poseen una dirección de ajuste palabra a mundo y expresan la creencia del emisor de que es el caso que “p”.

2. Directivos. Son medios para intentar que el receptor ejecute una acción, la dirección de ajuste que poseen es mundo a palabra y expresan el deseo o la voluntad del emisor de que el receptor realice una acción.

3. Promisorios. Comprometen al emisor a realizar algún curso de acción en el futuro. Tienen una dirección de ajuste palabra a mundo y con ellos, el emisor expresa su intención de realizar una acción.

4. Expresivos. Expresan la actitud del emisor frente a un estado de cosas determinado en el contenido proposicional del acto. No hay dirección de ajuste para estos actos de habla; una variedad de estados psicológicos están asociados a esta clase de actos.

5. Declarativos (Constitutivos). Muestran una correspondencia entre el contenido proposicional y el mundo; de tal forma que su dirección de ajuste es tanto mundo a palabra como palabra a mundo. Searle no asocia un estado psicológico con esta clase de actos.

Los actos de habla asertivos, directivos, promisorios y expresivos se denominan *actos interpersonales* ya que están típicamente dirigidos hacia ciertos sujetos. Para que sean efectivos, estos actos requieren que el receptor reaccione a la ilocución del emisor, no basta con la comprensión del punto ilocucionario.

Los actos declarativos, en cambio, son emitidos dentro de la convención de un grupo social y su éxito depende de que el acto lingüístico del emisor sea reconocido y aprobado por la comunidad, institución o grupo, es decir, que el acto cumpla con las condiciones que el grupo

social le requiere a ese tipo de actos para que cuente como una declaración. La reacción del receptor es irrelevante para la eficacia de la declaración (e. g., las declaraciones de matrimonio, bautismo, despido).

(D) *Identificación del punto ilocucionario*

Cuando un acto ha sido ejecutado con éxito y se ha alcanzado el efecto perlocucionario, se dice que el acto es feliz³¹. Desde el punto de vista del receptor del acto de habla, la interpretación comienza a partir de la emisión lingüística U. Para que U sea comprendida se requiere que el emisor identifique: (a) que la locución (π , e) posee el significado μ ; (b) la referencia que el emisor le asigna a la locución, y (c) que reconozca la ilocución contenida en U. El receptor recibe la locución, reconoce el significado lingüístico, busca el contexto en el que la comunicación se lleva a cabo para identificar la aparente referencia y después trata de inferir la intención ilocucionaria³².

³¹ Austin distinguía entre *constatives*, susceptibles de valor de verdad y los actos operativos del lenguaje (*performatives*) que no poseen valores de verdad. En lugar de valores de verdad, de los actos operativos se predica que tienen *condiciones de felicidad*. En una promesa, por ejemplo, “prometo darle de comer al perro”, el acto lingüístico es feliz si el emisor tiene la habilidad y la intención de darle de comer al canino en cuestión y el acto es infeliz si esto no es así. Austin argumenta que hay cuatro condiciones de felicidad para los actos operativos: 1) una condición preparatoria que establece si las circunstancias del acto de habla y los participantes del mismo son adecuados para que sea ejecutado con éxito; 2) una condición de ejecución que determina si el acto de habla ha sido ejecutado correctamente; 3) una condición de sinceridad, que establece que el emisor es sincero respecto al punto ilocucionario y el contenido (en su caso) del acto. Esta condición es similar a la máxima cooperativa de la calidad en la comunicación, y 4) una condición de cumplimiento que determina el efecto perlocucionario del acto de habla. Véase AUSTIN, John L., *Performative-Constative*, en CATON, Charles E. (ed.), *Philosophy and Ordinary Language*, University of Illinois Press, Urbana, 1963, ps. 22-54; BACH, Kent, *Performatives are statements too*, en *Philosophical Studies*, 28, ps. 229-36, 1975, y COHEN, L. Jonathon, *Do illocutionary forces exist?*, en *Philosophical Quarterly*, XIV, 1964, Nº 55, ps. 118-37.

³² La identificación del punto ilocucionario se inicia identificando el *modo* en el que la locución es emitida (i. e., declarativo, interrogativo, imperativo), el modo indica la fuerza ilocucionaria principal (recuérdese que puede haber varias para un mismo acto de habla) de la emisión lingüística. Si bien algunas locuciones que tienen como fuerza ilocucionaria principal una prescripción, a veces la locución no es expresada en forma imperativa (“Deje que le ayude con el bulto”, “ya que estas aquí, toma una

JORGE A. CERDIO HERRÁN

El proceso de inferencia se representa a partir del siguiente esquema³³:

1. El receptor reconoce que el emisor ha emitido U y que presume que se quiere comunicar con él; ésta es la identificación del *acto de emisión*³⁴.
2. El receptor identifica el acto de locución, la referencia y la fuerza ilocucionaria principal (y las demás que posea el acto).
3. El receptor trata de extraer el punto ilocucionario a partir de la fuerza ilocucionaria principal, para ello el receptor asume que alguna razón hay para que el emisor ejecute el acto ilocucionario y busca tal razón en el contexto de la emisión.
 - 3.1. Para lograr esto, el receptor analiza las propiedades semánticas de la emisión, sus componentes, las relaciones sintácticas entre ellos, las máximas de la conversación³⁵ y conoci-

cerveza”, “disculpe por la molestia, “le puedo hacer una pregunta”), en forma general, la fuerza ilocucionaria primaria de una prescripción consiste en que: (a) el emisor propone al receptor que realice una acción A; (b) el emisor creen que el receptor puede hacer A (esta sería la condición preparatoria), y (c) el emisor tiene la intención reflexiva que el receptor tome la emisión lingüística como una razón para hacer A.

³³ El proceso de inferencia es modelizado a partir de los desarrollos de Searle, Bach, y Harnish y Allan. Véase SEARLE, John R., *Indirect speech acts*, en COLE, Peter y MORGAN, Jerry L. (eds.), *Syntax and Semantics 3: Speech Acts*, Academic Press, New York, 1975, ps. 59-82; BACH y HARNISH, *Linguistic Communication and Speech Acts* cit., y ALLAN, Keith, *Linguistic Meaning*, Routledge and Kegan Paul, London, vols. 1 and 2, 1986.

³⁴ Adicionalmente se suele agregar a este esquema el presupuesto de que los sujetos involucrados en la comunicación son hablantes competentes del lenguaje y sus usos, y ambos poseen un conocimiento común respecto de la conducta verbal esperada en los contextos comunes en los que el acto de emisión es producido.

³⁵ Las máximas de la conducta verbal y el principio general de cooperación fueron introducidos por Grice como hipótesis para explicar la forma en la que la conducta verbal de los sujetos que participan en un intercambio verbal produce una comunicación exitosa. El principio general requiere que cada participante haga su contribución tal y como es requerida en cada etapa, con el propósito adecuado o en la dirección de intercambio en la que el sujeto se encuentre. Las máximas, por su parte son cuatro: 1) La máxima de calidad (la contribución debe ser sincera, proscribida a los participantes decir lo que crean que es falso o afirmar algo en ausencia de pruebas que sustenten la afirmación); 2) la máxima de modo o manera (se debe ser claro en el uso del lenguaje, evitar ambigüedades, frases largas o desorden en el discurso); 3) la máxima de cantidad (responder en forma exacta en la cantidad de información requerida, se

miento de sentido común (i. e., conocimiento acerca del tipo de reacciones que la gente espera en tal situación, las razones que habitualmente existen para ese tipo de ilocución). En suma, el receptor emplea conocimiento acerca del lenguaje y su uso, para inferir –a partir de la ilocución principal y las circunstancias de emisión– el contenido posible del punto ilocucionario.

4. Cuando el receptor no puede inferir ninguna ilocución adicional del acto de emisión, el receptor asume que el punto ilocucionario ha sido identificado y el proceso de inferencia termina.

En un contexto de conversación, el efecto perlocucionario sirve de parámetro para confirmar el proceso de inferencia del emisor. Si el receptor presenta el efecto asociado al tipo de ilocución, la inferencia fue correcta. El emisor, a su vez, puede funcionar como corrector para asegurar la comunicación exitosa, por ejemplo, si advierte que la reacción en el receptor no es la esperada. Un ejemplo del esquema para identificar el punto ilocucionario sería el siguiente:

Contexto 'C':

S1: ¿Qué hora es?

S2: Son las 9.00.

Cuando el emisor profiere “Son las 9:00” (U), el emisor tiene la intención de que el receptor razone que:

1. El emisor emite U en el contexto C (Reconocimiento del acto de emisión).
2. U está formada por (π, e) en español y (π, e) significa: “El emisor dice que son las nueve” (μ) (Reconocimiento de la locución).
3. Por “Son” el emisor quiere decir “la hora”. El emisor está empleando (π, e) para designar: “El emisor dice que la hora es igual a las nueve” (Reconocimiento de la referencia).

debe evitar agregar más información de la necesaria en cada intervención); 4) la máxima de relevancia (la contribución a la comunicación debe ser relevante para el flujo de información en curso). Véase GRICE, *Logic and conversation* cit., y LEVINSON, *Pragmatics* cit.

JORGE A. CERDIO HERRÁN

4. El emisor tiene la intención reflexiva de que U sea tomada como una razón para que el receptor crea que el emisor tiene una razón para creer que la hora es igual a las nueve (Reconocimiento de la primera intención ilocucionaria).
5. El emisor está diciendo que hay una razón para creer que la hora es igual a las nueve (Reconocimiento de la primera ilocución).
6. El motivo por el que el emisor está diciendo lo anterior es porque está respondiendo a la pregunta: ¿Qué hora es?, la cual fue formulada por el receptor en el contexto C. El emisor tiene la intención reflexiva de que U sea tomada como una razón para que el receptor crea que la hora actual es igual a las nueve (Reconocimiento de la segunda intención ilocucionaria).
7. El emisor está informando que la hora es igual a las nueve (Reconocimiento de la segunda ilocución).
8. No hay razones para creer que se pueden inferir otras intenciones ilocucionarias y, por ende, el emisor afirma que la hora es igual a las nueve (Conclusión que identifica el punto ilocucionario de U).

Ahora supóngase el siguiente contexto de interacción:

Contexto “C”:

En una calle frente a un espacio vacío entre dos autos, un conductor le pregunta a un peatón:

S1: ¿Puedo estacionarme allí?

S2: No, no puede.

Cuando el emisor profiere “No, no puede” (U) el emisor tiene la intención de que el receptor razone que:

1. El emisor emite U en el contexto C (Reconocimiento del acto de emisión).
2. U está formada por (π, e) en español y (π, e) significa: “El emisor dice que no, no puede” (μ) (Reconocimiento de la locución).
3. Por “No” el emisor quiere decir: “no puede estacionarse allí”. Por “allí” el emisor implícitamente se refiere al lugar ubicado

- en el contexto C. El emisor está empleando (π , e) para designar: “El emisor dice que no puede estacionarse en el lugar ubicado en el contexto C” (Reconocimiento de la referencia).
4. El emisor tiene la intención reflexiva de que U sea tomada como una razón para que el receptor crea que el emisor tiene una razón para creer que no puede estacionarse en el lugar ubicado en el contexto C (Reconocimiento de la primera intención ilocucionaria).
 5. El emisor está diciendo que tiene una razón para creer que no puede estacionarse en el lugar que ubica el contexto C (Reconocimiento de la primera ilocución).
 6. El motivo por el que el emisor está diciendo lo anterior es porque está respondiendo a la pregunta: ¿Puedo estacionarme allí?, la cual fue formulada por el receptor en el contexto C. El emisor tiene la intención reflexiva de que U sea tomada como una razón para que el receptor crea que no es posible estacionarse en el lugar ubicado en el contexto C (Reconocimiento de la segunda intención locucionaria).
 7. El emisor está informando que no es posible estacionarse en el lugar ubicado en el contexto C (Reconocimiento de la segunda ilocución).
 8. Si no hay razones para creer que se pueden inferir otras intenciones ilocucionarias el emisor afirma (informa) que el emisor no puede estacionarse en el lugar ubicado en el contexto C (Conclusión que identifica el punto ilocucionario de U). Sin embargo, dependiendo de factores pragmáticos como la entonación, los gestos o ciertos símbolos convencionales (por ej. si el peatón está vestido con el uniforme de los agentes de tránsito) pueden haber razones para creer que se pueden inferir otras intenciones ilocucionarias. Si el receptor así lo cree, entonces seguirá buscando otras ilocuciones:
 - 8.1. El emisor tiene la intención reflexiva de que U sea tomada como una razón para que el receptor se abstenga de estacionarse en el lugar ubicado en el contexto C (Reconocimiento de la tercera intención ilocucionaria).

JORGE A. CERDIO HERRÁN

- 8.2. El emisor está prescribiendo con U que el receptor se abstenga de estacionar el auto en el lugar ubicado en el contexto C (Reconocimiento de la tercera ilocución).
- 8.3. No hay razones para creer que se pueden inferir otras intenciones ilocucionarias y, por ende, el emisor prescribe que el receptor no puede estacionarse en el lugar ubicado en el contexto C (conclusión que identifica el punto ilocucionario de U).

El punto ilocucionario de U está en función de la intención ilocucionaria del emisor; qué quiso hacer el emisor con U: informar o prescribir. Si resulta ambiguo dentro del contexto de interacción (y asumiendo el principio de cooperación) es de esperarse un intercambio adicional para asegurar la inferencia correcta del punto ilocucionario³⁶.

Ahora, interesa retomar el papel que juega la intención del emisor y el propósito que persigue con el acto ilocucionario. Como se ha visto, la intención del emisor al emplear una locución es necesaria para identificar lo que el emisor hace con el lenguaje, la fuerza ilocucionaria del acto. Si es una prescripción, la intención del emisor es relevante para determinar que el punto ilocucionario de la locución es prescribir que el receptor realice un cierto cambio en el mundo. Adicionalmente, que el acto ilocucionario persiga cierto “propósito” (equivalente al propósito de la regla) tiene un significado doble. Por un lado, se asume (por el principio de cooperación) que el emisor ha iniciado una comunicación por algún motivo. Esto es, que persigue transmitir algún mensaje. En el caso de las prescripciones, el emisor propone al emisor que realice algún cambio en el mundo. Por otra parte, dado que el contenido proposicional del acto ilocucionario es

³⁶ Como se ha advertido desde von Wright, las oraciones deónticas son típicamente ambiguas: con ellas se pueden expresar distintos actos ilocucionarios: informar o prescribir; la distinción del punto ilocucionario no es clara en el plano semántico. Aunque a veces los lenguajes naturales poseen marcadores sintácticos que indican el *modo* de la locución (e. g., signos de admiración, interrogación) son diversos los modos en los que los actos ilocucionarios que son prescripciones pueden expresarse; piénsese, por caso, en las formulaciones normativas como “será castigado quien robe” cuyo modo gramatical no es imperativo.

un determinado acto o abstención, lo que el agente debe hacer para que el acto ilocucionario sea efectivo depende de la referencia que fije el receptor en el proceso de inferencia del punto ilocucionario. Así, el propósito de una prescripción puede querer indicar el motivo por el que el emisor inició el proceso de comunicación (quiso enviar algún mensaje al receptor) o bien el contenido proposicional del acto ilocucionario.

De esta forma, el conocimiento del receptor del lenguaje (sintáctico y semántico) para identificar una determinada locución como significativa, no basta para asegurar el mensaje que el emisor quiere transmitir. Hace falta conocer el contexto y saber qué es lo que significa determinado acto de emisión en tal contexto, así como el efecto perlocucionario asociado con él. Implícitamente, dichos conocimientos determinan la identificación exitosa de la referencia del acto ilocucionario. En otras palabras, para que el mensaje sea comunicado en forma exitosa, al menos, se requiere que el emisor sepa correlacionar las estructuras sintácticas de la locución y la semántica del lenguaje en el que es expresada, con el contexto de emisión, por un lado, y la información pragmática que identifica el uso del lenguaje, por el otro. A pesar de todo ello, el receptor puede equivocarse en la identificación del punto ilocucionario y de la referencia de la locución. Es aquí donde se aprecian tres caminos metodológicos para explicar lo que sucede en ausencia del emisor.

El primer camino metodológico (M1) sería como sigue. Se considera en la teoría de los actos de habla que el receptor puede presentar una gama diversa de reacciones frente a una locución, pero que sólo se considera *efecto perlocucionario* al asociado con un determinado *acto ilocucionario*. Dado que el acto ilocucionario es determinado por la intención ilocucionaria del emisor (lo que el emisor quiere hacer con el lenguaje), se podría concluir que se identifica correctamente el punto ilocucionario si y sólo si, el receptor identifica la intención perlocucionaria del agente. En consecuencia, si un emisor A quiere decir p cuando emite la locución U, entonces A quiere que el emisor crea o realice p; el significado de la locución se transmite (y está contenido) en las palabras que lo expresan. El significado de la locución es reducido a la adecuada identificación de la intención del

JORGE A. CERDIO HERRÁN

emisor³⁷. Para que un receptor de una prescripción cumpla con ella, requiere previamente identificar lo que la misma le requiere (el cambio) y esto es posible mediante la adecuada identificación de la intención de emisor.

Es claro que la teoría de actos de habla ha sido desarrollada para contextos de comunicación cara a cara, los contextos en los que habitualmente los juristas decodifican los mensajes de las formulaciones normativas no son de este tipo. Sin embargo, sigue siendo un lugar común en las prácticas jurídicas considerar que la intención del emisor de las formulaciones normativas, típicamente el legislador, sirve para la decodificación del mensaje (norma). De la anterior exposición de los actos de habla, si la expresión “norma” designa el mensaje producto de un acto ilocucionario del legislador, la intención juega un papel importante en la determinación del punto ilocucionario, junto con el resto de elementos necesarios para la adecuada identificación: comprensión del lenguaje y su uso, el contexto y conocimiento de sentido común. Con todo, una diferencia importante con las normas dictadas por un legislador es que en una comunicación cara a cara el receptor puede equivocarse en el proceso de decodificación del mensaje por muy diversos motivos: ruido en el medio de comunicación, falencias en el uso del Código lingüístico, errores en el soporte que codifica el mensaje. Dado que el emisor quiere asegurar que el mensaje sea recibido en forma exitosa, su papel corrector hace que su intención sea relevante para la decodificación adecuada; este papel no suele jugarlo, en general, el legislador, aunque a veces encontramos normas aclaratorias, llamadas de interpretación auténtica. En ausencia del emisor el receptor debe realizar una decodificación que no puede verificar.

El segundo camino metodológico (M2), afirma que la exitosa decodificación del mensaje no reside en la identificación de la intención del emisor, sino en el uso lingüístico y en el carácter público y compartido de las reglas que rigen la sintaxis, semántica y pragmática del lenguaje común entre emisor y receptor. En este sentido, todo acto de habla *depende del lenguaje*. Afirmar que las locuciones (y sus respectivos puntos ilocucionarios) dependen del lenguaje es una expresión

³⁷ Cfr. GRICE, H. P., *Meaning*, en *Philosophical Review*, 67, 1957, ps. 377-88.

que necesita aclaración. Con ella se quiere decir que las locuciones son formuladas en algún lenguaje y, por tanto, su significado depende de las reglas del lenguaje en el que se enuncian. Por lo que el significado de las locuciones está en función, depende, de las reglas del Código lingüístico y así, se dice, los actos de habla, por ejemplo, que expresan prescripciones dependen del lenguaje. La relevancia de lo anterior estriba en que el acto de referir está en función de la denotación que la semántica del lenguaje asigne (en cada contexto) a los términos en los que la locución está expresada. Por ejemplo, supóngase que un emisor en el contexto de la pregunta: ¿Adónde fue de vacaciones?, responde, “fui al sur de Argentina a Salta”. Aunque la intención del autor sea la de expresar “norte” en lugar de “sur”, las reglas del lenguaje harán que el emisor fije el acto de referir en forma distinta a la que el emisor tenía en mente. Lo anterior respecto del plano sintáctico y semántico. Adicionalmente, cada hablante competente dentro de una comunidad lingüística tendrá la habilidad para detectar la fuerza ilocucionaria de cada locución en función del contexto así como las condiciones en las que cada acto de habla debe ser ejecutado. Los participantes del Código lingüístico usan de manera relativamente uniforme las mismas reglas comunicativas en los tres niveles antes señalados. El papel coadyuvante del emisor en la comunicación exitosa del mensaje es parte de la misma convención que regula el uso del lenguaje y que permite una suerte de juego cooperativo entre emisor y receptor. En ausencia del emisor para tomar parte en este juego, el receptor ha sido entrenado a decodificar el mensaje empleando únicamente su conocimiento sintáctico-semántico.

Mientras que el primer camino metodológico sitúa a la intención del emisor como condición necesaria para la comunicación exitosa, el segundo camino la considera parcialmente irrelevante y pone el énfasis en el carácter público y compartido del lenguaje, su carácter conspicuo, que abarca no sólo la estructura sintáctica y la semántica sino las condiciones pragmáticas de los actos de habla. La relevancia parcial reside en que la ausencia del emisor en el proceso de decodificación no impide que el receptor identifique el mensaje, aunque el éxito en dicho proceso no pueda ser comprobado.

El tercer camino metodológico (M3) pone énfasis en la ausencia

JORGE A. CERDIO HERRÁN

del emisor que juegue el papel de coadyuvante antes apuntado y el efecto que tiene que el receptor, en general, siga el principio de cooperación. Frente a una formulación lingüística el agente asume que algún emisor hay detrás de la misma y que persigue comunicar algún mensaje. En tales situaciones los conocimientos previos de contextos similares, las reglas sintácticas y semánticas serán las únicas herramientas disponibles para decodificar el mensaje. No tiene al emisor delante para evaluar la adecuada fijación de la referencia ni del punto ilocucionario. Se encuentra en una situación de mayor discreción. Si la formulación lingüística que expresa, por caso, una norma permite varios sentidos, el emisor tendrá un marco abierto de posibles mensajes normativos. Siempre acotados, por supuesto, por la estructura profunda de la locución, las reglas semánticas del lenguaje y el contexto de emisión. El mismo abanico de posibilidades se abre con los posibles puntos ilocucionarios de una misma locución: una locución puede tener distintas fuerzas ilocucionarias, por lo que identificar lo que quiso hacer el emisor puede resultar ambiguo en ciertos contextos. Sucede que el receptor no tiene un número ilimitado de posibilidades semánticas ni pragmáticas para decodificar el mensaje normativo; ni esto sucede con todas las locuciones, pero allí donde es posible identificar una pluralidad de mensajes normativos, el receptor tomará una *decisión lingüística*, atribuirá sentido a la locución en lugar de identificarlo. Si alguna restricción tiene para esta decisión es quizá la aceptabilidad que cada propuesta de significado tenga en la comunidad lingüística de referencia. Esta restricción, por cierto, no es fácil de identificar y decididamente es extralingüística.

Cada uno de los tres caminos metodológicos representa vistas parciales que son adecuadas para explicar la forma en la que el sentido de las formulaciones normativas es decodificado en distintas condiciones.

Ciertamente no es difícil conceptuar el material normativo como fenómeno lingüístico en donde un agente normativo emite un mensaje dirigido a otros sujetos con el propósito de conseguir que ejecuten ciertos actos o abstenciones. La autoridad normativa, ya sea un sujeto o un conjunto de individuos, tienen cierto interés en que otros sujetos se comporten de determinada forma. Averiguar cuál es el contenido

mental o neurológico de estos individuos no parece ser tarea del jurista. En cualquier caso, la autoridad normativa emplea, de hecho, el lenguaje para codificar dicho interés.

Averiguar qué quiso codificar un sujeto es equívoco ya que los sujetos que emplean el lenguaje ordinario no le *impregnan* sentido a sus palabras; recuérdese que el lenguaje tiene la característica de ser público y convencional. El interés de la autoridad normativa se basa en estas características; con independencia de sus estados mentales, la misma no puede esperar que los usuarios o receptores de su mensaje obtengan, después de procesar el mensaje, el mismo estado mental. La acción normativa, por decirlo de algún modo, usa el lenguaje y agrega una construcción lingüística a la red de estructuras semánticas que los usuarios emplean en contextos comunicativos.

El modelo ya no es el de un emisor y un receptor, sino el de un jugador dentro de un equipo. El jugador espera que su mensaje sea entendido, recibido, pero no depende de él que así sea; ya que no se trata de que los usuarios adopten el lenguaje privado del legislador. La decodificación del mensaje depende ahora del conjunto de interacciones, dinámicas, por cierto, entre los distintos participantes del juego lingüístico. En un modelo sencillo que represente actos de habla cara a cara, la corrección y cooperación del emisor del mensaje normativo (por una regla pública y compartida de conducta verbal) prima por sobre las interpretaciones del receptor. En su ausencia, es el uso de las reglas semióticas (sintácticas, semánticas y pragmáticas) las que determinan el proceso de identificación de normas.

En el contexto cara a cara, las locuciones del emisor pueden tener diversas interpretaciones y así, la formulación normativa puede expresar diversas normas, pero sólo serán correctas las que sean el producto de una adecuada identificación del acto de referir y del punto ilocucionario que tuvo en mente el emisor. De esta forma, existe sólo un mensaje normativo correcto para cada formulación normativa y por consiguiente una sola norma en este modelo.

En ausencia del contexto cara a cara, es posible atribuir varios mensajes normativos a la misma locución. Lo que equivale a decir que habrá tantas normas como interpretaciones de la misma locución. En este caso, el segundo y tercer camino metodológico antes expuestos

JORGE A. CERDIO HERRÁN

son aplicables: para aquél, el criterio de corrección está dado por la convención lingüística; para éste, existe un marco de posibles mensajes únicamente limitados por la aceptabilidad que posea cada opción en la comunidad de referencia.

La elección entre estos tres caminos metodológicos es similar a la elección entre modelos, obedece a meros fines explicativos y preferencias entre juicios de relevancia.

El primer camino metodológico explica la presencia de un emisor detrás de cada formulación normativa y la presunción de que toda formulación busca transmitir un mensaje normativo querido o pensado por el emisor.

El segundo camino obedece a la finalidad de explicar la forma en la que se comunican los mensajes normativos; mediante el carácter público y convencional del lenguaje. Asume que entre los emisores de las formulaciones normativas y los destinatarios de éstas media un código y una costumbre lingüística compartida, que permite explicar la comunicación de los mensajes normativos.

Por último, el tercer camino metodológico resalta el hecho de que en la práctica de identificación de mensajes normativos, el intérprete aprovecha la discreción que le brinda la ausencia de emisor y la posibilidad de distintos significados para una misma formulación normativa.

Quizás cada camino identifique la forma de explicar juegos lingüísticos de diferentes actores de la práctica interpretativa: legislador (M1), observador (M2) e intérprete (M3), que forman un continuo. Los diferentes caminos permiten que dentro de tal continuo sea posible que los tres estén en desacuerdo acerca de cuáles son los “verdaderos” mensajes normativos.

5. Bibliografía

- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974.
- *La concepción expresiva de las normas*, en ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

- ALLAN, Keith, *Linguistic Meaning*, Routledge and Kegan Paul, London, vol. 1 and 2, 1986.
- *Speech act theory. An overview*, en ASHER, Ron (ed.), *Encyclopedia of Language and Linguistics*, Oxford, Pergamon Press, Oxford, 1994, vol. 8.
- ATRIA, Fernando, *On Law and Legal Reasoning*, Hart Publishing, Oxford, 2002.
- AUSTIN, John L., *How To Do Things With Words*, 2ª ed. de J. O. Urmson and Marina Sbisa, Oxford University Press, Oxford, 1962.
- *Performative-Constative*, en CATON, Charles E. (ed.), *Philosophy and Ordinary Language*, University of Illinois Press, Urbana, 1963.
- BACH, Kent, *Performatives are statements too*, en *Philosophical Studies*, 28.
- BACH, Kent y HARNISH, Robert M., *Linguistic Communication and Speech Acts*, MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1979.
- BALLMER, Thomas T. y WALTRAUD, Brennenstuhl, *Speech Act Classification: A Study in the Lexical Analysis of English Speech Activity Verbs*, Springer-Verlag, Berlin, 1981.
- BULYGIN, E., *Tiempo y validez*, en ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- CARACCILO, Ricardo A., *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.
- *Existencias de normas*, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Nº 7, México, octubre de 1997.
- CARNAP, R., *Meaning and Synonymy in Natural Languages*, en CARNAP, Rudolf, *Meaning and Necessity*, 2ª ed., Phoenix Books, Chicago, 1955.
- COHEN, L. Jonathon, *Do illocutionary forces exist?*, en *Philosophical Quarterly*, XIV, Nº 55, 1964.
- FRANÇOIS, Charles, *Diccionario de Teoría general de sistemas y cibernética. Conceptos y términos*, Gesi, Buenos Aires, 1992.
- FULLER, L., *Positivism and Fidelity of Law – A Reply to Professor Hart*, en *Harvard Law Review*, 71, 1958.
- *The Morality of Law*, ed. revisada, Yale University Press, New Haven, 1970.
- GRICE, H. P., *Logic and conversation*, en COLE, Peter y MORGAN, Jerry L. (eds.), *Speech Acts Syntax and Semantics 3*, Academic Press, New York, 1975.
- *Meaning*, en *Philosophical Review*, 67, 1957.
- *Studies in the Way of Words*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1986.

JORGE A. CERDIO HERRÁN

- GUIBOURG, Ricardo A., *El concepto de razonabilidad y el árbol argumental*, en GUIBOURG, Ricardo, *Pensar en las normas*, Eudeba, Buenos Aires, 1999.
- HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- KATZ, Jerrold J., *Propositional Structure and Illocutionary Force*, Thomas Crowell, New York, 1977.
- LEVINSON, Stephen, *Pragmatics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1983.
- MARMOR, Andrei, *Interpretación y teoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 2001.
- MENDONCA, Daniel, *Interpretación y aplicación del derecho*, Universidad de Almería, Almería, 1997.
- *Introducción al análisis normativo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- *Las claves del derecho*, Gedisa, Barcelona, 2000.
- NAVARRO, Pablo E.; ORUNESU, Claudina; RODRÍGUEZ, Jorge y SÚCAR, Germán, *El alcance de las normas jurídicas*, manuscrito, Mar del Plata, 2000.
- *La aplicabilidad de las normas jurídicas*, Mar del Plata, 2000.
- RODRÍGUEZ, Jorge L., *Lógica de los sistemas jurídicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- SCHAUER, Frederick, *Playing by The Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Clarendon Press, Oxford.
- SCHMILL, Ulises S., *Teoría del Derecho y el Estado*, Porrúa, México, 2004.
- SEARLE, John R., *Expression and Meaning: Studies in the Theory of Speech Acts*, Cambridge University Press, Cambridge, 1979.
- *Indirect speech acts*, en COLE, Peter y JERRY, L. Morgan (eds.), *Syntax and Semantics 3: Speech Acts*, Academic Press, New York, 1975.
- *Speech Acts*, Cambridge University Press, London, 1969.
- SPERBER, Dan y DEIRDRE, Wilson, *Relevance*, Blackwell, Oxford, 1986.
- VENDLER, Zeno, *Res Cogitans*, Cornell University Press, Ithaca, 1972.
- VERNENGO, Roberto J., *El discurso del derecho y el lenguaje normativo*, en *Anuario de filosofía jurídica y social*, Asociación Argentina de Derecho Comparado, Nº 14, Buenos Aires, 1994.
- *On the logical interpretation of legal sentences*, en ARSP, Berlin, Stuttgart, vol. 79, 1993.

VON WRIGHT, G. H., *Norma y acción. Una investigación lógica*, trad. de Pedro García Ferrero, Tecnos, Madrid, 1970.

WITTGENSTEIN, L., *Philosophical Investigations*, 2ª ed., Blackwell, Oxford, 1958.

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»”³⁸.

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.

³⁸ KELSEN, Hans, *El derecho natural y otros ensayos*.

JORGE A. CERDIO HERRÁN

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 Rawls³⁹, 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 significativas⁴⁰, sino que el propio Rawls ha producido un *Reply to critics*, con una respuesta a Lyons y Teitelman en 1972⁴¹ y a Alexander y Musgrave en 1974⁴², 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 teórica⁴³.

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 imparcialidad⁴⁴, Rawls intenta superar la opción que se plantea entre las dos teorías dominantes que provienen respectivamente 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

³⁹ RAWLS, John, *A Theory of Justice*, 1971.

⁴⁰ Daniel en 1974; Hoffer en 1977; Patzig en 1979; Blocker Smith en 1980.

⁴¹ *Journal of Philosophy* LXIX, p. 556.

⁴² *The Quarterly Journal of Economic Review* LXIV, p. 633.

⁴³ *Kantian Constructivism in moral Theory*, t. LXXVII, p. 515.

⁴⁴ *Justice as Fairness, the Philosophical Review*, LXVII, 1958, ps. 164-94.

en 1987 publicado por Harvard University Press (Cambridge Mass, and London England)⁴⁵ 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*⁴⁶.

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, mas 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 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

⁴⁵ *Natural Law and Justice*, Harvard University Press, 1978.

⁴⁶ *Denial of Justice; criminal process in the United States*, New York Free Press, 1977.

JORGE A. CERDIO HERRÁN

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 aspectos 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 miramos 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 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 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. Podemos también pensar en una persona que no alcance 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 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

JORGE A. CERDIO HERRÁN

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 rechacemos 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 este 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 si 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 testamento⁴⁷.

En estos casos, tenemos que decidir de alguna manera a cuál preferimos. 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

⁴⁷ La cita nos recuerda –no sabemos si deliberada o indeliberadamente– al caso examinado por Luis Recaséns Siches en *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho* (Fondo de Cultura Económica, 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”.

JORGE A. CERDIO HERRÁN

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 adaptadas para un fin, y tiene 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 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.

BALANCE DE LA TEORÍA JURÍDICA DE ROBERT ALEXY¹

por RODOLFO L. VIGO

El propósito del presente artículo es hacer un balance de la teoría jurídica discursiva no positivista de Robert Alexy, aunque somos conscientes de que para una comprensión exhaustiva e integral se requeriría un desarrollo completo de la misma. De todas maneras, indicaremos a continuación rasgos o características de la perspectiva alexyana que nos parecen dignas de ser subrayadas conforme a la atención que al respecto les ha prestado la teoría especializada, procurando que ellas resulten comprensibles no obstante la deficiencia apuntada. No ignoramos tampoco que correspondería abrir un debate concreto sobre los presupuestos desde los cuales Alexy ha construido su atrayente teoría jurídica, lo cual habría importado introducirnos especialmente en la teoría kantiana y pragmática subyacente. Sin embargo, entendemos que esa tarea excedería la modesta pretensión que anima a este trabajo, y por ello nos hemos limitado a un relevamiento de las notas siguientes, que destacan aspectos polémicos significativos en el referido profesor de Kiel.

1. El dubitativo fundamento y marco filosófico de la teoría discursiva

¹ El presente artículo es la parte conclusiva de otro más extenso que será publicado en un libro que editarán La Ley y la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires bajo el título *La injusticia extrema no es derecho (de G. Radbruch a R. Alexy)*.

RODOLFO L. VIGO

siva: Alexy ha reconocido su sustento en la filosofía pragmática universal²; sin embargo, luego ha preferido adscribirse a la pragmática trascendental, aunque corregida como “fundamentación pragmático-trascendental débil”³. Mientras que la primera identificación se vincula a Habermas, la segunda supone remitirse a Apel, y, más allá de coincidencias, es sabido que entre ambos filósofos también existen diferencias⁴, por lo que aquellos cambios no resultan menores y requerirían una claridad explícita. Además de esa fundamentación, recordemos que también Alexy ha explicitado la vía de fundamentación acudiendo a seis principios: consistencia (*consistency*), eficiencia (*efficiency*), verificabilidad (*testability*), coherencia (*coherence*), generalizabilidad (*generalizability*) y sinceridad (*sincerity*)⁵. Las dudas genéricas⁶ se

² ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 182.

³ *Ibidem*, p. 306. Adela Cortina no sólo le atribuye a Habermas un trascendentalismo “débil” sino además estima que dicho autor desconfía del mismo término trascendental (cfr. *La ética discursiva*, en CAMPS, Victoria [ed.], *Historia de la ética*, Crítica, Barcelona, 1989, p. 546).

⁴ Adela Cortina se ocupa de las diferencias entre Apel y Habermas en *La ética discursiva* cit., y en *Ética comunicativa*, en *Concepciones de la ética*, Trotta, Madrid, 1992; también DE ZAN, Julio, *Ética, derecho y política en Karl-Otto Apel y Jürgen Habermas*, en MICHELINI, D.; ORTIZ, G. y WESTER, J. (eds.), *Eficiencia y justicia social*, ICALA, Río Cuarto, 1997. Compartimos aquellas interpretaciones que hablan de un creciente y mayor acercamiento de Alexy a las tesis apelianas.

⁵ Cfr. AARNIO, A.; ALEXY, R. y PECZENIK, A., *The Foundation of Legal Reasoning*, en *Rechtstheorie*, Nº 12, 1981.

⁶ Cfr. PAVLAKOS, G., *The special Case Thesis. An Assesment of Robert Alexy Discursive Theorie of Law*, en *Ratio Juris* 11/2 (1998), y *Persons and Norms: On the Normative Groundwork of Discourse-Ethics*, ARSP 85 (1999); HERGET, J. E., *Contemporary German Legal Philosophy*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1996; FETERIS, E. T., *Fundamentals of Legal Argumentation. A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*, Kluwer, Dordrecht, 1999; WESCHE, S., *Robert Alexys Diskurstheoretische Menschenrechtsbegründung*, en *Rechtstheorie*, Nº 30 (1999); DWARS, I., *La rationalité du discours pratique selon Robert Alexy*, APhD 32 (1987); WEINBERGER, O., *Der Streit um die praktische Vernunft. Gegen Scheinargumente in der praktischen Philosophie*, Rechtssystem und praktische Vernunft, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 51, Franz Steiner, Stuttgart, y MUGUERZA, J., *¿Una nueva aventura del barón de Münchhausen? (visita a la “comunidad de comunicación” de Karl-Otto Apel)*, en *Ética comunicativa y democracia*, Crítica, Barcelona, 1991.

acentúan –según autores como Hilgendorf⁷, Gril⁸, Betegón⁹ o Atienza– cuando Alexy incorpora en su fundamentación una premisa empírica, cual es la existencia de un número elevado de personas que no tengan interés de actuar estratégicamente sino sometidos a las reglas del discurso, y frente a ello el catedrático de Alicante es terminante: “el problema aquí no es sólo el que puedan darse situaciones en que no exista un número suficiente de personas que tengan el mencionado interés (esto es, que falle la premisa empírica), sino que yo no veo que se pueda combinar de la forma que Alexy sugiere el modo pragmático-trascendental y el modo empírico de fundamentación. Si el argumento pragmático-trascendental depende, en efecto, de una premisa empírica, entonces el fundamento no es ya pragmático-trascendental, sino empírico. La fundamentación pragmático-trascendental o bien es la fundamentación última, o no es fundamentación”¹⁰.

Es cierto que el profesor de Kiel es de profesión filósofo del derecho¹¹ y no estrictamente un filósofo a secas, por lo que ha preferido muchas veces recurrir a la autoridad de otros autores para fijar su posición. Es por esto que algunas críticas deberían debatirse con los mentores mismos de la ética discursiva, y así en referencia al cuestionamiento señalado de Atienza podemos replicar con la autorizada palabra de Adela Cortina en representación de aquella escuela: “Habitualmente se cree –como es el caso de Schelle– que la filosofía trascendental debe ser totalmente independiente de la experiencia; sin embargo, no hay filosofía trascendental alguna que no se vea obligada a presuponer hechos contingentes, tratados hoy por las ciencias em-

⁷ Cfr. HILGENDORF, E., *Zur transzendentalpragmatischen Begründung von Diskursregeln*, en *Rechtstheorie*, Nº 27 (1995).

⁸ Cfr. GRIL, P., *Alexys Version einer transzendentalpragmatischen Begründung der Diskursregeln im Unterschied zu Habermas*, ARSP 83 (1997), y *Die Möglichkeit praktischer Erkenntnis aus Sicht der Diskurstheorie. Eine Untersuchung zu Jürgen Habermas und Robert Alexy*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998.

⁹ Cfr. BETEGÓN, J., *Sobre la pretendida corrección de la pretensión de corrección*, en *Doxa*, Nº 21 (1998).

¹⁰ ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 220.

¹¹ Cfr. ATIENZA, Manuel, *Entrevista a Robert Alexy*, en *Doxa*, Nº 24 (2001), ps. 671-687.

RODOLFO L. VIGO

píricas. El trascendentalismo no puede seguir manteniendo sin incurrir en falacia abstractiva, la radical separación en el *Ich denke* y el yo empírico, sino que actualmente tiene que relacionarse con hechos empíricos que atañen al sujeto. Lo que sucede es que le afectan de dos modos distintos: o bien estos hechos empíricos se presentan como presupuestos ineliminables del sentido de los signos, o bien, por el contrario, nos encontramos con hechos empíricos cuya validez tiene que ser fundamentada. En esta doble forma de conexión con la experiencia radica –a mi juicio– la idiosincrasia de la pragmática trascendental¹². Es que “trascendental” en la ética discursiva no apunta con ortodoxia kantiana a las condiciones de posibilidad de la experiencia sino de la argumentación (mediación de la filosofía trascendental kantiana con el giro lingüístico)¹³, e incluso en la “parte B” de la ética apeliana se intenta conciliar el rigorismo kantiano con las condiciones existenciales o fácticas de la aplicación de los principios morales. Lejos está de nuestra intención abogar en defensa del paradigma de la racionalidad pragmática, o subestimar el cuestionamiento de Atienza dirigido al corazón de la filosofía trascendental que incluso ya tiene resonancia en las críticas de Hegel a Kant, pero lo que sí nos parece es que abrir el debate en ese terreno implica afrontar la viabilidad pragmática del proyecto postkantiano en torno a las condiciones trascendentales de la validez intersubjetiva de la argumentación.

2. El esfuerzo por superar la irracionalidad en la moral: Frente a las distintas teorías que marginaron e insisten en marginar a la razón de la moral y la ética (en consonancia con los planteos emotivistas tradicionales de Kelsen, Ross, o en la vía de la analítica contemporánea o la importante pléyade de autores posmodernos) la moral discursiva procura, inspirándose en Kant, prolongar el proyecto ilustrado de la modernidad y confirmar los rasgos de universal, cognitivista y formal. El campo escogido para esa peculiar racionalidad práctica será el uso del lenguaje y la racionalidad dialógica consensual-comunicativa pre-

¹² CORTINA, Adelina, *Razón comunicativa y responsabilidad solidaria*, Sígueme, Salamanca, 1985, p. 114.

¹³ Cfr. MALIANDI, Ricardo, *Conceptos y alcances de la “ética del discurso” en Karl-Otto Apel*, en *Tópicos*, 10 (2000), Santa Fe, 2002, Argentina.

supuesta en el mismo, la que en definitiva transita por el discurso argumentativo. Así la razón ya no sólo estará habilitada para la verdad en el campo teórico, sino que también se legitimará en su búsqueda de la “corrección” de normas y juicios de valor. A la hora de relevar las críticas es importante distinguir entre aquellos autores que admiten la racionalidad práctica y aquellos que la niegan, dado que respecto de estos últimos (por ej. Weimberger, Bulygin, Neuman o Braum) no resulta fácil entablar un diálogo mínimamente comprensible y provechoso atento a la distancia desde la que se parte. Incluso a veces se comprueban críticas que se han vulgarizado exitosamente –como en el caso del consenso– que sin embargo suponen una distorsión o lectura equivocada de la teoría dialógica¹⁴.

Con esa amplitud y confianza en una razón discursiva o dialógica “rehabilitada”, el saber jurídico deja de mantenerse en silencio o de convocar a la irracionalidad cuando surge la pregunta por lo valioso, lo justo o lo correcto jurídicamente. El jurista ya no puede operar o comprender integralmente al derecho si lo “purifica” de la moral, atento a que la propuesta afirma la conexión conceptual y necesaria entre derecho y moral. Paradigmáticamente podemos decir que los juristas, además de los caminos enseñados por Aristóteles del bien y la virtud, por Nietzsche del poder y el engaño, por Bentham del utilitarismo, por el cientificismo o el logicismo del Círculo de Viena, o por el relativismo neopragmatista de Rorty, también cuentan con la opción

¹⁴ El mismo Habermas ha reaccionado “Quizá, para prevenir malentendidos, debería hablarse de una teoría discursiva de la verdad en vez de una teoría consensual de la verdad” (*Teorías de la verdad*, en *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, Cátedra, Madrid, 1994, p. 139). También Alexy insiste en el carácter procedimental de corrección y en interpretaciones erróneas sobre el consenso: “Tal consenso no se sigue lógicamente de la determinación de que se han cumplido las condiciones del discurso ideal. Un consenso en una determinada cuestión normativa es algo sustantivo. Las condiciones del discurso ideal tienen, en relación con ello, sólo carácter formal. Una garantía de consenso en cada cuestión sólo podría por ello aceptarse si fuera cierta la premisa empírica de que no hay desigualdades antropológicas de los hombres que se opongan al discurso, y que puedan excluir, también bajo las condiciones del discurso ideal, un consenso en cuestiones prácticas (por tanto, en cuestiones de valoraciones). Esta cuestión no se puede resolver” (*Teoría de la argumentación jurídica* cit., p. 301).

RODOLFO L. VIGO

de Habermas y Apel que ratifican su confianza en la razón práctica proponiendo un nuevo camino pragmático universal o trascendental, camino al que adhiere Alexy y que le permite orientar procedimentalmente a la razón práctica postulando racionalidad en las decisiones y normas jurídicas. El profesor de Kiel concluye inequívocamente: “los problemas de la justicia son problemas morales”¹⁵ y “es posible argumentar racionalmente en materia de justicia; lo que posibilita superar la posición emotivo-subjetiva”, pero la Diskurstheorie no sólo se aparta de “las teorías emotivistas, subjetivistas, relativistas y decisionistas” en tanto desconocen que “los juicios de justicia son verdaderos y propios juicios mediante los cuales avanza una pretensión de corrección”, sino también del “objetivismo radical” en tanto “asimila en medida excesiva los juicios de justicia a normales juicios de hecho”¹⁶. En definitiva existen tres maneras diferentes de vincular la moral con el derecho: “En primer lugar, la moral puede ser vinculada con el derecho positivo a través de la incorporación de principios y argumentos morales; en segundo lugar, por medio de que la moral delimite el contenido posible del derecho, y en tercer lugar, porque la moral justifique un deber de obediencia al derecho”, o sea, los problemas de la inclusión, del límite y de la justificación, respectivamente¹⁷.

Desde el realismo jurídico clásico pensamos que más allá de debilidades o insuficiencias en materia de fundamentación, hay muchas tesis que son un importante esfuerzo por recuperar la razón en el derecho y que resultan un notable enriquecimiento en el plano procedimental, plenamente compatible con los planteos propios de la escuela y que guardan sintonía con esfuerzos similares como los realizados por Finnis en materia de las nueve exigencias básicas de la razonabilidad práctica (*the basic requirements of practical reasonableness*)¹⁸.

3. ¿Una confianza exagerada en la razón discursiva? La razón

¹⁵ ALEXY, Robert, *Recht und Moral*, en HÄRLE, Wilfried y PREUL, Reiner (eds.), *Ethik und Recht*, N. G. Elwert Verlag, Marburg, 2002, p. 87.

¹⁶ ALEXY, Robert, *Giustizia come correttezza*, en *Ragion Pratica*, 1997/9, p. 106.

¹⁷ ALEXY, *Recht und Moral* cit., p. 85.

¹⁸ Cfr. mi artículo *La teoría jurídica de John Finnis*, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* 20, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.

alexiana¹⁹, en consonancia con sus mentores filosóficos, se muestra sorprendentemente raigal (es capaz de someter a crítica racional y modificar “las convicciones fácticas y normativas” originarias en el curso del procedimiento argumentativo)²⁰, equilibrada (por ejemplo entre los bienes individuales y colectivos, o los derechos de libertad liberales y los derechos sociales fundamentales), integral (opera indiscriminadamente en lo político, jurídico o moral), ordenada (capaz de tener un “código” que garantice coherencia, igualdad, sólo argumentos sometidos a prueba, etc.), universal (se apoya en la forma humana de vida más general en tanto común a todas las otras formas de vida), esperanzadora (brinda seguridad moral y los que quedan fuera se condenan a la autodestrucción individual y social), expansiva (la razón reclama su institucionalización y, en particular, pide el Estado democrático con jurisdicción constitucional) y cronológica (Habermas tras Kolberg mira con confianza la etapa posconvencional orientada por una moral de principios y procedimental).

Seguramente la inspiración kantiana tiene mucho que ver con tantas posibilidades derivadas de la razón, pero de todas maneras el recíproco auxilio y respaldo filosófico de Apel y Habermas brindan a la teoría alexyana unos cimientos sólidos y amplios, ello al margen de que se compartan. Es cierto que Alexy procura mantenerse en el plano contrafáctico y pragmático evitando proyecciones automáticas al plano empírico (por ej. clásicamente en materia de derechos humanos), aunque su teoría por momentos deja la impresión de ciertas conclusiones –normalmente intermedias o eclécticas– o saltos institucionales que más que resultar exigidos por su lógica interna parecen ser resultados de opciones ideológicas o axiológicas. Pattaro identifica a la racionalidad alexyana como “razón débil-fuerte” (*weak-strong reason*), en tanto sus premisas resultan plausibles y no necesarias pero sus conclusiones de aquéllas resultan necesarias o sea más fuertes de aquellas de donde se las deduce²¹. No han faltado autores –como Mangiameli–

¹⁹ Cfr. la crítica de DWARS, I., *La rationalité du discours pratique selon Robert Alexy*, APhD 32 (1987), ps. 300-304.

²⁰ ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica* cit., ps. 199 y ss.

²¹ Cfr. PATTARO, E., *Models of Reason, Types of Principles and Reasoning. Historical Comments and Theoretical Outlines*, en *Ratio Juris* 1/2 (1988), ps. 118-119.

RODOLFO L. VIGO

que han acusado a Alexy de incurrir en argumentos retóricos²². Algunos ejemplos de aquellas aparentemente acomodaticias opciones pueden ser: a) las respuestas que evitan los extremos (por ej. entre legalismo y constitucionalismo, el carácter material y formal de la Constitución, etc.); b) la distinción entre los órdenes absurdo y depredatorio respecto del orden de dominación; c) el argumentar desde sistemas jurídicos mínimamente desarrollados (con principios, en gradas, etc.); d) el reivindicar los seis principios del derecho racional de la modernidad; e) el confiar en “las virtudes autocurativas de la jurisdicción constitucional” o en el triunfo de la representación argumentativa de los ciudadanos por parte del Tribunal Constitucional por sobre la representación política en el Parlamento²³; f) en los principios, al reconocer que tienen contenido moral y forma jurídica; g) la identificación entre lo axiológico y lo deontológico; h) al establecer el umbral de injusticia y vincularlo con la violación de los derechos humanos; i) al apelar desde lo jurídico a un “orden social racional y justo”²⁴; j) la distinción entre la injusticia de la norma a la injusticia del sistema jurídico; etcétera.

4. La filiación no-positivista: Autores como Richards²⁵ o García Figueroa²⁶ no están convencidos del no-positivismo de Alexy, e incluso el autor español le reconoce un “positivismo latente” y advierte que esa filiación sería expresa de dejarse de lado la “pretensión de corrección”; por otro lado, esas dudas filiatorias se reproducen entre los autores respecto de Kant²⁷. Lejos estamos de compartir aquella opinión

²² MANGIAMELI, Amato, recensión a la obra de Robert Alexy en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* (1990), p. 162.

²³ ALEXY, Robert, *Derechos fundamentales y Estado Constitucional Democrático*, en CARBONELL M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 40.

²⁴ ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica* cit., p. 280.

²⁵ Cfr. RICHARDS, D. A., *Robert Alexy, A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, en *Ratio Juris*, vol. 2, Nº 3 (1989), p. 303.

²⁶ Cfr. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Principios y Positivismo Jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 363.

²⁷ La adscripción de la teoría jurídica kantiana al iusnaturalismo o al iuspositivismo encuentra respuestas contradictorias y dubitativas, y así A. Philonenko lo califica a ese pensamiento de “equivoco” (Introduction, *Métaphysique des moeurs. Doctrine du Droit*, Vrin, Paris, 1993, p. 31); O. Höffe no duda en reconocerlo iusnaturalista (*In-*

atento a que más allá de reconocer el profesor de Kiel la posibilidad de adoptar distintos marcos conceptuales para definir el derecho, el que adopta Alexy y al que consecuentemente le reconoce mayores posibilidades cognoscitivas, es claramente no positivista. En efecto, su concepto de derecho reconoce la presencia “calificante” de conexiones morales conceptuales y necesarias, y, en consecuencia, su ausencia grave o extrema más que hacer hablar de un derecho deficitario implica negar la existencia misma del derecho. Por supuesto que la pretensión de corrección cumple un papel crucial en la ética discursiva presente en el derecho alexyano, pero esa presencia es insoslayable y crucial por lo que de suprimirse resultaría ya irreconocible la teoría alexyana. Es evidente que en todas las teorías se dan esas claves de bóveda (pensemos en el escepticismo axiológico o en la epistemología kelse-niana) y está claro que en la visión pragmática alexyana esa centralidad la tiene la pretensión de corrección que acompaña a toda aserción.

Ningún positivista coherente puede admitir la tesis alexyana del límite de la injusticia extrema para las decisiones jurígenas autoritativas (incluso las constitucionales) de tal modo que si esas normas superan aquel umbral axiológico dejan de pertenecer al derecho. No duda Alexy en inscribir su teoría discursiva en la tradición del derecho natural²⁸. Recordemos que esa injusticia si bien remite a la pretensión de corrección termina asociándose a los derechos humanos, los que no duda Alexy en remitirlos al liberalismo y al derecho natural, y en adscribirlos a una moral universal. Esa conexión también aparece en los argumentos prácticos generales o morales a la hora de aplicar el derecho, pues ellos están presentes en el discurso jurídico exigidos por la pretensión de corrección y vinculados a la presencia de los principios en todo sistema jurídico mínimamente desarrollado. La conclusión inequívoca del mismo Alexy pone distancia con interpretaciones que debilitan su

troduction a la philosophie pratique de Kant. La morale, le droit et la religion, Vrin, Paris, 1993, ps. 171-174); A. Cortina resiste su inclusión en alguna de esas orientaciones (*Estudio Preliminar “Metafísica de las costumbres” de I. Kant*, Tecnos, Madrid, 1994, p. XLIV); C. Massini habla de iusnaturalismo racionalista para diferenciarlo del clásico (*La concepción deontológica de la justicia: el paradigma kantiano*, en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 1993, p. 353), etc.

²⁸ ALEXY, Robert, *Recht, Vernunft, Diskurs*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1995, p. 141.

RODOLFO L. VIGO

no positivismo: “mi tesis es que hay una relación conceptual necesaria entre el Derecho y la Moral que supone que el positivismo jurídico falla como teoría general”²⁹.

Refiriéndose al profesor de Kiel, Hilgendorf habla de un “derecho natural teñido lingüísticamente”³⁰, y Adela Cortina reconoce en la ética discursiva un cierto “iusnaturalismo procedimental”³¹, aunque deberíamos vincular esa dimensión formal a ciertas conexiones sustanciales sobre las que insistiremos en el punto inmediato posterior. En definitiva, el esfuerzo alexyano de construir un concepto de derecho y de validez jurídica con conexiones conceptuales y necesarias con la moral lo torna un intento inequívocamente alejado de las tesis características de todo iuspositivismo.

Aun cuando este trabajo sólo apunta a la teoría alexyana, la aparición en 1992 del libro iusfilosófico de Habermas, *Facticidad y validez*, que tanta polémica abrió con el otro gran impulsor de la ética discursiva, Apel³², nos obliga a remitirnos a la perspectiva habermasiana en cuanto reconoce que la moral y el derecho no obstante ser diferentes, originarios y complementarios encuentran su fundamento en el concepto de autonomía, o también en la reconstrucción del principio D o del discurso que es procedimental, pero que se proyecta como principio de la moral o de la universalización y también como principio democrático para el dictado de las normas jurídicas que pueden ser justificadas con razones pragmáticas, ético-políticas y morales. Habermas reconoce la conexión necesaria que se da entre derechos fundamentales y soberanía popular como principios del Estado de derecho democrático, pues la “juridificación de la libertad comunicativa significa que el derecho ha de abrirse a fuentes de legitimación de las que no puede disponer a voluntad”³³.

²⁹ ALEXY, Robert, *Derecho y Razón Práctica*, Fontamara, México, 1993, p. 37.

³⁰ HILGENDORF, E., *Zur transzendentalpragmatischen Begründung von Diskursregeln*, en *Rechtstheorie*, Nº 27 (1995), p. 199.

³¹ CORTINA, *La ética discursiva* cit., p. 564.

³² Cfr. DE ZAN, *Ética, Derecho y política en Karl-Otto Apel y Jürgen Habermas* cit.

³³ HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 2001, p. 197. Respecto de esta obra J. A. García Amado entiende que Habermas muestra “cómo la visión positivista de la validez jurídica es insuficiente y errónea, por desconocer

5. ¿Sólo moral procedimental?: Kaufmann³⁴ elocuentemente ha concluido en que “es imposible llegar a contenidos materiales partiendo únicamente de la forma o del procedimiento, o por lo menos contando únicamente con éste. Es evidente el carácter circular de la demostración” que posibilita “misteriosamente” la generación de materia desde la forma. Otfried Höffe ha denunciado la “falacia normativista”³⁵ en que se incurre cuando se pretende extraer normas concretas de conductas sólo de normas formales generales, y así Taylor se encarga de destacar que las teorías que apelan a lo correcto descansan en realidad en una idea de lo bueno³⁶. Weimberger³⁷ advierte que la teoría discursiva se proyecta al plano de los contenidos con una tendencia a dogmatizarlos, y de igual modo Bayón³⁸ alerta sobre los modelos constructivistas en tanto introducción solapada de elementos materiales o sustanciales. Apel llega a escribir: “La realización práctica de la razón a través de la voluntad (buena) siempre necesita un compromiso que

el componente de legitimidad o justicia inmanente a toda validez [...] Habermas precisa de qué modo su filosofía del discurso proporciona una base última e irrefragable para todo ordenamiento jurídico que pueda entenderse legítimo y, con ello, válido en toda su extensión. Y en esto radica también la aportación más novedosa de esta obra de Habermas, por comparación con sus anteriores referencias a esta materia. Sitúa ese fundamento en la preexistencia de un sistema de derechos, si bien no se debe perder de vista que Habermas no busca sentar una serie de postulados morales apriorísticos, sino reconstruir los presupuestos de racionalidad inmanentes al derecho moderno” (*La filosofía del derecho de Jürgen Habermas*, en *Doxa*, Nº 13 [1993], p. 238). También cfr. CÁRCOVA, Carlos María, *Habermas: la validez como construcción discursiva*, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Nº 21 (2001), ps. 73-89.

³⁴ KAUFMANN, A., *En torno al conocimiento científico del derecho*, en *Persona y Derecho*, Pamplona, Nº 31 (1994), p. 19, y *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, Temis, Bogotá, 1992, p. 43.

³⁵ HÖFFE, O., *Estudios sobre teoría del derecho y la justicia*, Alfa, Barcelona, 1988, p. 127.

³⁶ Cfr. TAYLOR, Ch., *Die Motive einer Verfahrensethik*, en KUHLMANN, W. (ed.), *Moralität und Sittlichkeit*, ps. 101-135, y *Sprache und Gesellschaft*, en HONNETH, A. y JOAS, H. (eds.), *Kommunikatives Handeln*, ps. 35-52.

³⁷ Cfr. WEINBERGER, O., *Logische Analyse als Basis der juristischen Argumentation*, en KRAWIETZ, W. y ALEXY, R. (eds.), *Metatheorie juristischer Argumentation*, Duncker & Humblot, Berlin, 1983, ps. 159-232.

³⁸ Cfr. BAYÓN, J. C., *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 228.

RODOLFO L. VIGO

no puede demostrarse”³⁹, e incluso la parte B de su ética intenta proyectar al terreno fáctico y de las responsabilidades de los agentes morales la norma básica universal fundamentada contrafácticamente en la parte A. También Habermas, como vemos en su *Facticidad y validez* o en *La inclusión del otro* (1996), intenta, al margen de su coherencia, hacerse cargo de las críticas que en nombre de lo sustancial y la realidad se le han efectuado a su teoría discursiva.

Estas denuncias de algún modo alcanzan a la moral procedimental alexyana, en donde de pronto hay un reconocimiento de reglas de acción procedimentales (como por ejemplo las de organización del Estado constitucional democrático) pero también de reglas sustanciales (como los derechos humanos)⁴⁰. Precisamente los derechos fundamentales no sólo regulan desde el “máximo rango” y cuentan con la “máxima fuerza jurídica” vinculando a los poderes ejecutivo, legislativo y judicial sino que, además, su objeto tiene la “máxima importancia” decidiendo “acerca de la estructura básica de la sociedad”⁴¹. De todas maneras su esfuerzo insistente y explícito es adscribirse y conservarse en un plano formal, aunque –reiteramos– se advierten frecuentes presupuestos y conclusiones sustanciales o de contenido. En efecto, y para empezar, la competencia comunicativa y su pretensión de corrección presupuesta en el uso del lenguaje, remite a una cierta antropología que desborda lo formal, e incluso Alexy explícitamente excluye la posibilidad de “diferencias antropológicas resistentes al discurso entre los hombres”⁴² y llega a reconocer que “la teoría del discurso rastrea de ese modo en el potencial racional existente en la realidad humana. Ella persigue en este sentido ilustración sobre la naturaleza del hombre y se encuentra en eso, pero solamente en eso, en la tradición del derecho

³⁹ APEL, K. O., *La transformación de la filosofía*, Taurus, Madrid, 1985, t. II, p. 392.

⁴⁰ Cfr. ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 152.

⁴¹ ALEXY, *Derechos fundamentales y Estado Constitucional Democrático* cit., ps. 32 a 34. Incluso Alexy, valiéndose de jurisprudencia constitucional, reconoce que los derechos fundamentales deben irradiar al derecho en su totalidad como “valores o juicios de valor objetivo” (*objektive Wertentscheidungen*) (ibíd., p. 34).

⁴² ALEXY, Robert, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Suhrkamp, Francfort del Meno, 1995, p. 114.

natural”⁴³. Una representante caracterizada de la ética discursiva en la filosofía española como lo es la ya citada Adela Cortina confiesa: “creo que a lo largo de la polémica entre neoaristotélicos y neokantianos se ha ido configurando un concepto excesivamente pobre de ética procedimental, un concepto que puede ampliarse reconstruyéndolo desde las ideas de valor y télos, hasta dar lugar incluso a una ética de virtudes o de actitudes”⁴⁴. El profesor de Kiel procura mantenerse más ortodoxamente procedimentalista, pero no se amilana con la decisiva y reiterada remisión a los derechos fundamentales y al Estado democrático constitucional. Incluso a la hora de explicitar su teoría de la justicia acepta en orden a superar los problemas generados por la “procedimentalización”, “tener en cuenta en la medida adecuada los intereses y las necesidades, además de la tradición y la cultura, de los individuos implicados”, aunque advirtiendo que la teoría discursiva excluye a aquellos que no ponen a prueba los argumentos de sus afirmaciones y sólo aducen convicciones “religiosas, metafísicas o mágicas”⁴⁵. Por otro lado, a pesar de aquel supuesto “procedimentalismo”, Alexy no renuncia a referirse a bienes individuales y colectivos y, en oportunidad de hablar de la justicia, a exigir corrección en la distribución y en la compensación, y señalar que la “teoría discursiva de la justicia” tiene como sus elementos fundamentales a “la libertad e igualdad de las personas, y neutralidad y objetividad de los argumentos”⁴⁶.

6. La racionalidad práctica alexyana: Está fuera de discusión el papel central que cumplió la moral discursiva o dialógica en el llamado movimiento de rehabilitación práctica, al margen de que el esfuerzo fundamentador en el caso de Apel haya intentado llegar a ser último y trascendentalmente fuerte, o resignadamente débil en Habermas. Este último autor incluso ha procurado proyectar diferenciadamente la razón práctica en campos diversificados como los de las cuestiones pragmá-

⁴³ ALEXY, *El concepto y la validez del derecho* cit., p. 47, y *Teoría del discurso y Derechos Humanos*, Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 118.

⁴⁴ CORTINA, *La ética discursiva* cit., p. 554.

⁴⁵ ALEXY, *Giustizia come correttezza* cit., p. 113.

⁴⁶ *Ibídem*, p. 108.

RODOLFO L. VIGO

ticas (adecuación de los medios al fin), éticas (problemas del bien) y morales (de la justicia), postulando que en los discursos pragmáticos hay una fuerte vinculación al saber empírico y distancia respecto a los fines y decisiones volitivas del sujeto; en los discursos éticos las pretensiones de validez universal se debilitan por el contexto histórico, y los discursos prácticos-morales están orientados a la universalidad y a priorizar la justicia sobre el bien⁴⁷.

Alexy desde la tesis de que “la jurisprudencia no puede prescindir de valoraciones” ha procurado elaborar una teoría del discurso práctico y jurídico indicándole al decisor que “se debe orientar en un sentido jurídicamente relevante de acuerdo con valoraciones moralmente correctas”⁴⁸. Con tal objetivo va a elaborar sus reglas del discurso racional y al momento de preguntarse por la fundamentación de las mismas descartará las posibles fundamentaciones técnicas, empíricas y definitorias, y optará por una fundamentación pragmática en tanto considera aquellas reglas que “están presupuestas de manera general y necesaria en la comunicación lingüística, o que son constitutivas de formas de comportamiento específicamente humano”⁴⁹, aunque advirtiendo que son posibles otras vías de fundamentación además de esas cuatro y que cada una de ellas “contiene un aspecto importante”. Si bien la teoría discursiva alexyana se ofrece como procedimental (un enunciado normativo es correcto si y sólo si puede ser el resultado de un procedimiento)⁵⁰, el seguimiento de las reglas discursivas no garantiza sin embargo la obtención del consenso dadas las diferencias antropológicas y valorativas entre los hombres, e incluso el respeto de aquéllas permite la obtención de más de una respuesta correcta. Esta dificultad no la debilita en tanto los participantes en el discurso deben plantear la pretensión de que su respuesta es la única correcta, y porque además

⁴⁷ Respecto de esos tres puntos de vista puede consultarse HABERMAS, J., *Vom pragmatischen, ethischen und moralischen Gebrauch der praktischen Vernunft*, en *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt, 1991, y de BOLADERAS, M., *Comunicación, ética y política (Habermas y sus críticos)*, Tecnos, Madrid, 1996, Cap. 5.

⁴⁸ ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica* cit., ps. 29 y 30.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 183.

⁵⁰ ALEXY, Robert, *La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica*, en *Derecho y Filosofía*, Ernesto Garzón Valdés (compilador), Alfa, Barcelona, 1985, p. 45.

el resultado del discurso es de una “corrección relativa” en el sentido que es “relativo en la medida en que se determina por medio de las características de los participantes, y objetivo en la medida en que depende de la realización del procedimiento definido a través de las reglas del discurso”⁵¹. El procedimentalismo alexyano enfrenta en el capítulo de los principios un serio desafío en tanto “los principios y valores se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente”⁵², aquéllos definiendo lo debido y éstos definiendo lo mejor o lo bueno⁵³. En última instancia la racionalidad práctica alexyana resulta particularmente útil en sentido negativo a los fines de reducir la “irracionalidad” en los discursos jurídicos y porque además reclama una institucionalización en términos de un Estado constitucional y democrático.

No obstante el carácter formal y procedimental del discurso alexyano, éste no renuncia a definiciones sustanciales como “la injusticia extrema” o los derechos humanos, e incluso la ciencia jurídica es definida básicamente como práctica en tanto intenta responder a “qué es lo debido en los casos reales o imaginados”, o más directamente, ella asume de manera privilegiada la perspectiva del juez tratando la solución de casos a través de “la fundamentación de juicios jurídicos concretos de deber ser”⁵⁴.

Además el saber práctico jurídico alexyano admite la analogía en tanto la satisfacción de la pretensión de corrección no es algo de todo o nada, y así por ejemplo “una decisión judicial que aplica correctamente una ley irracional o injusta no satisface, por tanto, en todos sus aspectos, la pretensión de corrección planteada con ella”⁵⁵. Aquella apertura “fuerte” a lo sustancial plantea el inconveniente –a los fines de mantener la coherencia– de su conocimiento, y así García Figueroa⁵⁶ ha criticado de Alexy por inconsistente e impreciso el recurso a la

⁵¹ ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica* cit., p. 304.

⁵² ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 147.

⁵³ *Ibidem*, ps. 139 y ss.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 33.

⁵⁵ ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica* cit., p. 316.

⁵⁶ GARCÍA FIGUEROA, *Principios y Positivismos Jurídicos* cit., p. 376.

RODOLFO L. VIGO

intuición o a lo evidente⁵⁷ cuando se trata de reconocer la superación del umbral de injusticia o la “medida insoportable” (*unerträgliches Mass*).

No vamos a insistir sobre las debilidades de los formalismos y procedimentalismos, en particular cuando se pretende sostener tesis contundentes en el plano sustancial, y en cuanto al recurso a la evidencia, diremos que no parece que en Alexy tenga que ver con la detenida elaboración gnoseológica que sobre el particular ha hecho el realismo jurídico clásico, por ejemplo en autores como Kalinowski⁵⁸ o Finnis⁵⁹, sino más bien un recurso retórico para explicar aquello que parece ofender la más extendida conciencia ética jurídica.

7. ¿El derecho absorbe la moral?: En la moral discursiva por supuesto que no existe el más mínimo riesgo de perspectiva juricista, o sea de alentar comprensiones u operatividades del derecho desvinculado de la moral y la política. Por el contrario la razón práctica resulta inescindible en sus distintas dimensiones, pero quizás el riesgo que existe –como muchos autores señalan críticamente respecto a dicha teoría– es el de una confianza excesiva en la razón práctica institucionalizada a través del derecho, a partir de la cual éste asume un papel tan decisivo e importante que se corre el peligro de que absorba a la moral o que, en definitiva, la moral esté al comienzo pero luego termine diluyéndose en el derecho y la política. Incluso en los mismos fundadores de la ética discursiva, quizás especialmente en Habermas, resultan muy difusos esos límites entre la moral y el derecho, y su

⁵⁷ Cfr. GIDDENS, A., en *Habermas critique of hermeneutics*, en *Studies in Social and Political Theory*, London, 1977, y BERNSTEIN, R. J., *Habermas y la modernidad*, Cátedra, Madrid, 1988.

⁵⁸ G. Kalinowski se ha ocupado extensamente de la evidencia, distinguiendo entre la empírica y la analítica (cfr. *El problema de la verdad en la moral y el derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1979, ps. 133-134; *La justification de la morale naturelle*, en AA. VV., *La morale. Sagesse et salud*, Fayaard, Paris, 1981, ps. 214-215; *Métatheorie du système des règles de l'agir*, en *Revue de l'Université d'Ottawa*, Nº 31 [1961]; *Le droit naturel et la personne humaine*, en *Chronique Sociale de France*, Cahier 3 [1960], etc.). Sobre la doctrina de la evidencia, MILLÁN PUELLES, A., *Léxico Filosófico*, Madrid, 1984, ps. 271-280, y BARRIO GUTIÉRREZ, J., voz *Evidencia*, en *Gran Enciclopedia Rialp*, Madrid, 1981, t. IX, ps. 603-605.

⁵⁹ FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1992, ps. 64 y ss., y *Aquinas*, Oxford University Press, 1998, ps. 86 y ss.

esfuerzo teórico se orienta a procurar “legitimidad por vía de la legalidad”⁶⁰, y en el caso habermasiano el riesgo es que la democracia resulte ser la matriz de la razón práctica. El peligro de esa perspectiva es que se debilita la capacidad crítica moral sobre las decisiones jurídicas o que finalmente la moral propia del ámbito privado o no social se remita a la voluntad individual sin exigencia racional alguna⁶¹.

No obstante haber propuesto Alexy una “teoría integral del derecho”⁶², autores como Richards le han reprochado separar demasiado el discurso jurídico del discurso práctico general⁶³. De todas maneras en la perspectiva alexyana las instituciones jurídicas plasman exigencias morales y no quedan totalmente desvinculadas de las mismas, sino que por el contrario ellas mantienen su presencia para suplir deficiencias y conservar su regulación como “ideal” respecto a las limitaciones e imperfecciones de la realidad. Todo el sistema jurídico se piensa y estructura para asegurar al máximo posible las exigencias de la razón práctica, pues en ese terreno se confirma que cada una de las propuestas o respuestas alexyanas tienen que ver con institucionalizar jurídicamente la razón práctica con la mayor fidelidad posible. En términos de filosofía clásica se podría decir que esa razón discursiva es la causa ejemplar del sistema jurídico y político. Recordemos en particular que

⁶⁰ A. Cortina alerta sobre el riesgo que los procedimientos legitimadores de normas terminen “reduciendo lo moral a una forma deficiente del derecho” (*Ética sin moral* cit., p. 182).

⁶¹ A. Cortina no obstante valorar que Apel y Habermas han incidido en el carácter intersubjetivo de la ética del discurso, advierte que hay un riesgo de “terminar en un cierto colectivismo del consenso: como si los sujetos se disolvieran en la intersubjetividad, como si no estuvieran legitimados para tomar más decisiones morales que las que se consensuen el grupo o la mayoría” (*Ética comunicativa* cit., p. 192). Como nota curiosa recordemos que Kant, superando prevenciones “paternalistas”, admite la punibilidad de conductas meramente individuales pero “antinaturales” (*unnatürliche Verhalten*), como el bestialismo (*Metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 207).

⁶² Cfr. AARNIO, ALEXY y PECZENIK, *The Foundation of Legal Reasoning* cit., y ALEXY, Robert y DREIER, Ralf, *The Concept of Jurisprudence*, en *Ratio Juris*, vol. 3 (1990).

⁶³ Cfr. RICHARDS, D. A., *Robert Alexy, A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, en *Ratio Juris*, vol. 2, Nº 3 (1989).

RODOLFO L. VIGO

los derechos humanos son calificados por Alexy como suprapositivos o morales y que deben ser positivizados por la Constitución si ella pretende estar justificada. La democracia deliberativa y la “medicina” de la jurisdicción constitucional se explican por remisión a la libertad y a la igualdad, especialmente a la libertad en tanto “autonomía pública”. La fórmula alexyana se puede sintetizar: “la moral pide derecho para encarnarse y éste requiere de la moral para legitimarse o justificarse”. Esta fórmula no sería demasiado extraña o novedosa dado que guarda sintonía con una gran tradición iusnaturalista, pero quizás lo peculiar es postularla desde una matriz procedimentalista y con una fuerte preocupación por restringir el campo de actuación a la moral pública.

8. Los diferentes tipos de discursos jurídicos: Tendríamos que empezar este punto subrayando la decisividad que tiene el discurso jurídico en la definición del derecho, en tanto en buena medida sólo sabemos lo que efectivamente forma parte del derecho cuando las normas autoritativamente dispuestas han pasado por su aplicación dado que la validez jurídica incluye la moral, y así luego de ese control interpretativo puede quedar despejada la duda por el umbral de injusticia o el juego ponderativo de los principios. Consignada esa dimensión interpretativa del concepto del derecho, recordemos que Alexy al comenzar en su *Teoría de la argumentación jurídica* el estudio específico del discurso jurídico advierte genéricamente sobre la gran variedad que el mismo ofrece, mencionando las discusiones en la ciencia jurídica, las deliberaciones entre jueces, los debates judiciales, los debates jurídicos en órganos legislativos, etcétera, concluyendo rápidamente que “el aspecto común más importante consiste en que en todas las formas (al menos en parte) se argumenta jurídicamente”⁶⁴. Sin embargo, en el desarrollo detallado y específico posterior, el profesor de Kiel fija su atención en las decisiones jurídicas judiciales, explayándose en lo que llama la justificación interna y la justificación externa.

A ese respecto Atienza ha señalado con acierto la ambigüedad en la que incurre Alexy cuando refiere a los distintos discursos jurídicos. En efecto, para el profesor de Kiel el “discurso jurídico en cuanto tal”

⁶⁴ ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica* cit., p. 206.

o en sentido estricto, es aquel discurso no institucionalizado que se ubica entre los discursos institucionalizados de creación del derecho y el de aplicación judicial. De ese modo aquél carece de regulación normativa jurídica y además no incluye forzosamente a decisión alguna. Simultáneamente recordemos que las limitaciones en las que se instala el discurso jurídico suponen la sujeción a la ley, los precedentes judiciales y la dogmática o ciencia jurídica. Frente a ese marco y precisión aparecen demasiadas dudas y preguntas: 1. El discurso jurídico en sentido estricto pareciera identificarse con la ciencia jurídica o dogmática, y ésta ha recibido de Alexy un amplio e importante tratamiento que termina asignándole funciones imprescindibles en orden a la operatividad del derecho, pero surge el interrogante de si esos análisis –en particular en cuanto a la pretensión de corrección– resultan trasladables a los otros discursos o si las adaptaciones que se requieren alteran raigalmente a esos diferentes tipos. 2. Así como resulta problemático trasladar las reglas del discurso jurídico al ámbito judicial, mucho más problemático resulta su traslado al campo de las decisiones legislativas donde la experiencia universal confirmaría que las decisiones legítimas no escapan a acuerdos y razones estratégicas. 3. Otro elemental interrogante refiere a la problemática de la única respuesta correcta como “idea regulativa”, en el sentido de hasta dónde funciona ella en los diversos discursos jurídicos, y, en su caso, qué implica su adaptación. 4. La lógica que está presente en la “justificación interna” o las reglas de la “justificación externa” (pensemos en los cánones de la interpretación), ¿rigen en el discurso jurídico legislativo? 5. ¿El discurso creador de la Constitución es idéntico al discurso jurídico legislativo? 6. ¿Los déficits de racionalidad se cubren de similar manera al momento de los distintos tipos de creación normativa? 7. Las restricciones que imponen las normas y principios procesales, ¿pueden caracterizar a todo el discurso jurídico? 8. ¿Cuáles son las peculiaridades que tiene el discurso jurídico en materia de hechos?

9. La diferencia entre creación jurídica y aplicación: A pesar de que este punto guarda íntima vinculación con el anterior, queremos puntualizarlo diferenciadamente como un modo de llamar la atención sobre el mismo. La impresión que nos produce en algunos de sus

RODOLFO L. VIGO

pasajes la teoría jurídica de Alexy es que recurre acentuadamente a una distinción muy ligada al modelo de derecho y saber jurídico típicamente decimonónico, entre el momento de la creación normativa y el de la aplicación judicial ordinaria⁶⁵ del derecho. Entre los autores en los que el profesor de Kiel puede respaldarse está Savigny, y por supuesto que aquellos dos momentos diferenciados de creación y aplicación encuentran plena receptividad y aval en el máximo representante de la Escuela histórica. Recordemos que el sistema jurídico alexyano se construye ortodoxamente derivándose por gradas desde la Constitución hasta las sentencias judiciales, pasando por la ley. A ese respecto puede resultar muy ilustrativo el modelo procedimental en cuatro gradas en donde se reconoce en el segundo nivel el momento institucional de la creación del derecho estatal, y aparece en la cuarta grada –también institucional– el proceso judicial. Esa visión exageradamente estructurada y tradicional también se refleja en párrafos como el siguiente: “Como lo muestran tanto la experiencia histórica como consideraciones conceptuales, a través de un proceso de legislación no se puede nunca determinar para cada caso, de antemano, precisamente una solución. Esto sirve de fundamento a la necesidad del discurso jurídico”⁶⁶.

Esa coincidencia con visiones decimonónicas o apoyadas en la confianza en la creación jurídica a cargo del legislador, se hace más visible en la obra iusfilosófica de Habermas cuando criticando la tesis alexyana del discurso jurídico como caso especial del discurso práctico y en aras de la seguridad jurídica llega a defender la tesis de la única decisión correcta y a confiar en un sistema jurídico carente de contradicciones. Incluso Habermas, en coincidencia con Klaus Günther, distingue entre discurso fundamentador (en la creación de normas válidas) y discurso de la aplicación de normas (aquí “no se trata de la validez, sino de la adecuada referencia de una norma a una situación”) que le lleva a

⁶⁵ Insistimos que hablamos de la jurisdicción ordinaria y no de la jurisdicción constitucional porque ésta tiene un papel político y jurídico central a la hora de hacer prevalecer la representación argumentativa de los ciudadanos por oposición a su representación política en el Parlamento, posibilitando así el Tribunal Constitucional la reconciliación entre derechos fundamentales y democracia (ALEXY, *Derechos fundamentales y Estado Constitucional Democrático* cit., p. 40).

⁶⁶ *Ibidem*, p. 315, y cfr. *Teoría de los derechos fundamentales* cit., ps. 531-532.

concluir: “Puesto que la praxis decisoria de los jueces está sometida a la ley y al derecho, la racionalidad de la jurisprudencia remite a la legitimidad del derecho válido. Ésta depende a su vez de la racionalidad de un proceso legislativo que, bajo las condiciones de la división jurídico-estatal de poderes, no queda a disposición de los órganos de la aplicación jurídica”⁶⁷.

Frente a esa visión jerárquica y confiada de la creación jurídica y la aplicación judicial ordinaria, nos parece que ya desde Kelsen se ha relativizado esa diferenciación y que una mirada realista y actual impone acordar que las diferencias entre esos dos momentos es más cuantitativa que cualitativa. En efecto, en la aplicación hay creación y viceversa, por lo que los distintos tipos de una y otra no pueden reconocerse a priori o a través del órgano sino sólo comprobando el resultado mismo, e incluso se ha señalado que la creación judicial significativa tiene que ver con el enunciado normativo general en el que efectivamente subsume el caso que resuelve y que garantiza la normatividad de la conclusión silogística⁶⁸. No advertimos claramente desde la teoría discursiva cuál puede ser la diferencia que tiene el legislador cuando debe decidir dentro de los márgenes de lo “discursivamente posible”, respecto a la que enfrenta el juez o el poder constituyente (Nos preguntamos cuánta tolerancia a la discrecionalidad o a la arbitrariedad puede admitir la teoría alexyana dentro de aquellos márgenes tolerables racionalmente).

Cabe consignar en torno a este punto las críticas que ha planteado Klaus Günter en el sentido de que la teoría alexyana no distingue entre los discursos de fundamentación o justificación de la validez de las normas y los discursos de aplicación. A ellas ha replicado Alexy –nos parece adecuadamente– que la aplicación de las normas puede ser considerada una justificación –aunque individual– de ellas, y que además ambas modalidades discursivas se necesitan mutuamente y forman un *continuum*⁶⁹.

⁶⁷ HABERMAS, *Facticidad y validez* cit., ps. 267 y 292, respectivamente.

⁶⁸ Cfr. mi artículo *Razonamiento justificatorio judicial*, en *Doxa*, Nº 21, vol. 2 (1998), ps. 438 y ss.

⁶⁹ Cfr. GÜNTHER, K., *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1988 y *Critical Remarks on Robert Alexy's Special-Case Thesis*, en *Ratio Juris* 6/2 (1993), ps. 143-156.

RODOLFO L. VIGO

10. El universalismo de la teoría discursiva (etnocentrismo): Distintos autores han criticado a la teoría discursiva porque en definitiva ella se construye desde cierto condicionamiento cultural y en consecuencia su pregonado universalismo es en última instancia un intento que esconde un claro etnocentrismo⁷⁰, o la expresión de una determinada forma de vida identificada con el racionalismo europeo⁷¹, lo que también se confirmaría en el evolucionismo optimista habermasiano inviscerado de los ideales de la Ilustración europea. De ese modo la “más general forma de vida del hombre” (*allgemeinste Lebensform des Menschens*) no es más que “una” cierta forma de vida: la occidental, incluso la racionalidad y ética discursiva es una visión cientificista proyectada a la razón práctica que pretende extenderse universalmente⁷². Frente a esas críticas tengamos presente que Alexy no sólo descarta expresamente la vía cultural para fundar las reglas del discurso sino que –recordemos– a través de ellas confía en que cualquier convicción ética originaria pueda ser convertida someténdola al rigor argumentativo racional de su código de la razón práctica. En definitiva en consonancia con la fundamentación pragmática, el profesor de Kiel advierte que la universalidad descansa en aquella capacidad comunicativa humana como para “plantear seriamente la cuestión ¿por qué?”, y entonces “las reglas del discurso no definen por ello una forma de vida particular, sino algo que es común a todas las formas de vida, sin perjuicio del hecho de que ese algo resulte válido en dichas formas de vida en medida muy distinta. Ello implica que también es posible en principio un discurso entre miembros de distintas formas de vida”⁷³. Esa

⁷⁰ Sobre esta crítica extendida puede consultarse: GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico* cit., p. 351; ATIENZA, *Las razones del Derecho* cit., p. 231; RENTTO, J. P., *Aquinas and Alexy: A Perennial View to Discursive Ethics*, en *American Journal of Jurisprudence*, 36 (1991), ps. 161 y ss.; HERGET, *Contemporary German Legal Philosophy* cit., ps. 53 y 56; HILGENDORF, E., *Zur transzendental-pragmatischen Begründung von Diskursregeln* cit., ps. 199-200; TUORI, K., *Discourse Ethics and the Legitimacy of Law*, en *Ratio Juris*, vol. 2, Nº 2 (1989), y *Legitimität des modernen Rechts*, en *Rechtstheorie*, Nº 20 (1989), p. 222; etc.

⁷¹ Robert Alexy ha replicado por ejemplo en la *Teoría de la argumentación jurídica* cit., p. 305.

⁷² Cfr. WELLMER, A., *Ética y diálogo*, Anthropos, Barcelona, 1994 y CORTINA, *Ética sin moral* cit., p. 187.

⁷³ ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica* cit., p. 306.

confianza en una razón desencarnada da la impresión por momentos de estar postulando una auténtica utopía discursiva, o como lo señala Tugendhat, que la teoría jurídica alexyana remite a un mundo que pareciera “el mejor de todos los mundos jurídicos imaginables”⁷⁴.

Las quejas y riesgos de ese universalismo provienen incluso de miembros de la escuela, y así A. Cortina afirma que “a mi modo de ver, la ética discursiva no debería descuidar la dimensión subjetiva de la moralidad en aras de una exterioridad jurídica o sociológica, porque en el mundo moral al fin y al cabo los sujetos siguen siendo los individuos y sus opciones. Analizar los móviles, las actitudes, el diálogo intersubjetivo y la fuerza axiológica del principio ético, además de las peculiaridades externas del procedimiento moral, es tarea urgente para una ética que no se resigne a reducir la moral a derecho”⁷⁵. Y por supuesto que también desde afuera de la escuela, por ejemplo desde una perspectiva tomista⁷⁶, se reprocha al universalismo discursivo aquel riesgo de una razón práctica excesivamente teórica en tanto transita distante de las circunstancias concretas que son en definitiva las ineludibles coordenadas de la vida moral y las que condicionan el juicio moral. Es obvio que esa exigencia de deontologismo y universalismo devienen de la razón pura práctica kantiana apoyada en un imperativo categórico no contaminado de contingencia, pues no olvidemos el reiterado camino señalado por el Filósofo de Königsberg: “debes considerar tus acciones primero desde su principio subjetivo; pero puedes reconocer si ese principio puede ser objetivamente válido sólo en lo siguiente: en que, sometido por tu razón a la prueba de pensarte por medio de él a la vez como universalmente legislador, se cualifique para tal legislación universal [...] en esta relación recíproca del arbitrio (la que se concibe y regula por el principio jurídico) no se atiende en absoluto a la materia del arbitrio, es decir, al fin que cada cual se propone con el objeto que quiere [...] sino que sólo se pregunta por la forma en la relación del arbitrio de ambas partes, en la medida en que se considera únicamente como libre, y si con

⁷⁴ TUGENDHAT, E., *Zur Entwicklung von moralischen Begründungsstrukturen in modernen Recht*, A. R. S. P., Nº 14 (1980), p. 4.

⁷⁵ CORTINA, *La ética discursiva* cit., p. 567.

⁷⁶ Cfr. RENTTO, *Aquinas and Alexy: A Perennial View to Discursive Ethics* cit.

RODOLFO L. VIGO

ello la acción de uno de ambos puede conciliarse con la libertad del otro según una ley universal⁷⁷.

El realismo jurídico clásico ha recurrido a la prudencia como un puente idóneo que le permite a la razón unir las exigencias universales con las concretas e históricas circunstancias en las que ellas deben proyectarse. Una vez más podemos aludir a Finnis cuando toma del pensamiento clásico el recurso del *spoudaios*⁷⁸ para señalarlo como el punto de vista apropiado a los fines de definir el derecho.

Por supuesto, que la debilidad de ese camino universalista kantiano será –dicho ahora desde convicciones filosóficas distintas– la pérdida de lo circunstanciado y la necesidad de contar con una razón circunstanciada capaz de proyectar y amoldar las exigencias universales, en definitiva, la tarea que desde la filosofía griega se le asignó a la prudencia⁷⁹. Pues ese saber del buen vivir concreto y apoyado en la experiencia, no tiene cabida en la mirada kantiana, e incluso, la vieja *phronesis* padecerá, a partir del Filósofo de Königsberg, un cambio de significado y comenzará a asociarse con los intereses individuales.

11. Lo político y la intencionalidad “política” en la teoría alexyana (la ideología democrática): El formalismo, universalismo y deontologismo no sólo terminan privilegiando la política o el derecho –o sea el discurso institucionalizado– sino que tienen una traducción en el campo político en orden a la profundización de la democracia y a la participación en la misma⁸⁰; aunque también se ha criticado a la moral discursiva de cierta desatención al poder⁸¹. Benhabib⁸² ha reconocido

⁷⁷ KANT, I., *Metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 1994, ps. 32, 21 y 38.

⁷⁸ Cfr. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights* cit., ps. 15 y 103.

⁷⁹ Para un fuerte y apropiado reclamo crítico por la prudencia en relación a la teoría jurídica alexyana puede consultarse con provecho SEOANE, José Antonio, *Un código ideal y procedimental de la razón práctica. La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy*, en SERNA, P. (dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, Comares, Granada, 2003.

⁸⁰ Adela Cortina recurre a esta expresión de “democracia radical” y de “radicalizar la democracia desde un nuevo sujeto moral” (cfr. *Ética aplicada y democracia radical*, Tecnos, Madrid, 1993, ps. 123 y ss.).

⁸¹ Respecto a esa desatención del problema del poder puede consultarse TUGENDHAT, E., *Problemas de la Ética*, Crítica, Barcelona, 1984, ps. 138-139.

⁸² Cfr. BENHABIB, S., *Autonomy, Modernity and Community. Communitarism*

que la ética discursiva conlleva la potenciación de la participación ilimitada y universal tras los principios consensuados que gobernarán la vida pública. Pero el problema es no limitar la propuesta a una democracia meramente formal y anclada en la insolidaridad del egoísmo individualista, y por eso la preocupación de completar las definiciones en el campo de lo institucional político. Habermas⁸³ reivindica para la teoría discursiva el asumir la tradición liberal –centrada en los derechos humanos– y la tradición republicana –vinculada a la soberanía popular–, y también rescata los planteos de Kohlberg en su intento por incluir en su teoría deontológica a la solidaridad o el bien de los otros junto a la justicia⁸⁴.

También en Alexy la lógica del discurso culmina en la institucionalización democrática, y aun cuando no esté dispuesto a deducir directamente del discurso a los derechos humanos, no renuncia a conectar su teoría con el “liberalismo” o el “liberalismo analítico”⁸⁵. Cortina desde los mismos presupuestos filosóficos postula un “socialismo pragmático”⁸⁶ o “procedimental”⁸⁷ o “personalismo procedimental”⁸⁸. Algunos entienden que estas definiciones políticas tienen más que ver con cierta intencionalidad o propósito que con exigencias teóricas, y así García Figueroa⁸⁹ observa en Alexy un ideólogo del Estado de derecho preocupado por el positivismo en cuanto favorecedor de opciones totalitarias como las que vivió Alemania durante el nazismo. En este marco del “contexto de descubrimiento” son interesantes las

and Critical Social Theory in Dialogue, en HONNETH, A.; Mc CARTHY, Th.; OFFE, C. y WELLEMER, A., *Im Prozess der Aufklärung*, Suhrkamp, Frankfurt, 1989, ps. 373-394.

⁸³ Cfr. HABERMAS, J., *Derechos humanos y soberanía popular: la concepción liberal y republicana*, en *Derechos y Libertades*, Nº 3 (1994), Univ. Carlos III, Madrid, ps. 215-230.

⁸⁴ Cfr. HABERMAS, J., *Justicia y solidaridad*, en APEL, K. O.; CORTINA, A.; DE ZAN, J. y MICHILINI, D. (eds.), *Ética comunicativa y democracia*, Crítica, Barcelona, 1991, p. 190.

⁸⁵ ALEXY, Robert, *Vorwort*, en *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie* cit., p. 10.

⁸⁶ CORTINA, *La ética discursiva* cit., p. 557.

⁸⁷ CORTINA, *Ética aplicada y democracia radical* cit., p. 70.

⁸⁸ CORTINA, *La ética discursiva* cit., p. 550.

⁸⁹ GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico* cit., p. 401.

RODOLFO L. VIGO

consideraciones de orden autobiográfico que Apel ha vinculado con el desarrollo de su propia ética pragmática⁹⁰.

Más allá de los esfuerzos –de, por ejemplo, Habermas– dirigidos a diferenciar la proyección de la razón práctica al campo de lo pragmático (adecuación de los medios al fin), de lo ético (problemas del bien) y de lo moral (de la justicia), llegándose a concluir en este último terreno discursivo en una priorización deontológica de la justicia sobre el bien⁹¹, es cierto que el riesgo que late en la teoría discursiva es que la moral sea fagocitada por el derecho, o que en definitiva desde la perspectiva habermasiana se termine priorizando la política hasta absorber a la moral, lo cual paradójicamente podría aceptarlo Rorty cuando concluye en “la prioridad de la democracia sobre la Filosofía”⁹².

Por sobre intencionalidades o explicaciones psicológicas, el mundo político que se perfila a partir de la razón práctica discursiva parece más próximo a una “utopía de la comunicación libre de dominación”⁹³ que a una realidad imaginable. Todo el campo de lo institucional o lo comunitario que vincula y existe entre el individuo y el Estado no pareciera tener una receptividad realista en aquella propuesta⁹⁴, ni tampoco el espacio escasamente dialógico de las relaciones entre Estados. Sobre este último punto particularmente Habermas en sus consideraciones en torno a las democracias existentes se muestra notablemente prescindente de la política exterior. Una vez más, y desde planteos más clásicos, frente a los universalismos desencarnados nos parece una buena receta acudir a la vieja prudencia política para aludir a esos

⁹⁰ Cfr. APEL, K. O., *¿Vuelta a la normalidad? ¿Podemos aprender algo esencial de la catástrofe nacional? El problema del paso histórico (mundial) a la moral posconvencional desde la perspectiva específica alemana*, en *Ética comunicativa y democracia* cit., ps. 70-117.

⁹¹ Cfr. BOLADERAS, *Comunicación, ética y política* cit., ps. 100 y ss.

⁹² RORTY, R., *La prioridad de la democracia sobre la filosofía*, en *La secularización de la Filosofía. Hermenéutica y posmodernidad*, G. Vattimo (comp.), Gedisa, Barcelona, 1992, ps. 31-63.

⁹³ HÖFFE, O., *Politische Gerechtigkeit, Grundlegung einer kritischen Philosophie von Rect. und Staat*, Frankfurt, 1987.

⁹⁴ Adela Cortina se hace eco del reclamo apeliano de una racionalidad comunicativa mediada por la estratégica (cfr., *Ética comunicativa* cit., p. 194).

ineludibles y decisivos terrenos de las subjetividades de gobernantes y gobernados, como también el de las comunidades con sus identidades e historias peculiares. Finnis advierte que a mayor riqueza de los miembros de una sociedad más justificada resulta la presencia de la autoridad para la coordinación, y para resolver esos problemas de interacción o coordinación se encuentra o la vía de la unanimidad (el intercambio de promesas es una variante de este camino) o el de la autoridad. El reconocimiento de bienes comunes (o sea del nosotros y no sólo el bien mío o el tuyo) supone una tarea de obtención o conservación que nos remite a un saber concreto y circunstanciado que en clave aristotélica llamamos “prudencia política”.

A modo de conclusión.

Más allá de eventuales polémicas, lo cierto es que en Alexy encontramos un referente obligado de la filosofía jurídica actual, que a partir de una teoría esencialmente procedural en sus orígenes (con puntos fuertes como la pretensión de corrección y la tesis del discurso jurídico como caso especial del discurso práctico), ha llegado a elaborar –sin abandono de sus premisas, sino más bien como desarrollo o profundización de las mismas– una más amplia teoría jurídica, asentada sobre un concepto del derecho⁹⁵ explícitamente antipositivista o no positivista, que de la mano de los argumentos de la injusticia –“la injusticia extrema no es derecho” (*extremes Unrecht ist kein Recht*)– y de los principios avala en definitiva conexiones conceptuales y normativamente necesarias entre derecho y moral, planteando con ello –parafraseando a Hart– un nuevo (y serio) desafío al positivismo jurídico.

⁹⁵ Dirá Alexy que toda filosofía del derecho es “implícita o explícitamente expresión de un concepto del derecho” (ALEXY, Robert, *La institucionalización de la razón*, en *Persona y Derecho*, Universidad de Navarra, vol. 43-2000, p. 217).

EL DERECHO COMO COMPLEJIDAD DE SABERES DIVERSOS

por MARÍA ISOLINA DABOVE¹

1. Introducción

El motivo principal de este trabajo consiste en observar la estrecha vinculación que existe entre los distintos grados del *saber* y la configuración misma del *mundo jurídico* como objeto cultural. Así pues, desde esta perspectiva, se advierte que el Derecho puede ser considerado un fenómeno complejo, en gran medida, debido a los distintos tipos de conocimiento que intervienen en su construcción. El saber, en este marco, será entendido como aquel *conjunto de “información” referida a hechos o abstracciones, que se expresan en proposiciones “lógicas” y responden a algún criterio de “verdad” admitido como válido para el caso*. Sin embargo, es preciso señalar también que esta definición genérica del conocimiento debe completarse con los conceptos propios de los distintos grados (o clases) de saberes que fueron consolidándose históricamente, tales como la *filosofía, la ciencia, la*

¹ Investigadora del Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario (CIUNR). Profesora de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la UNR y UNICEN. Profesora de Epistemología y Metodología de la Investigación Científica de la Maestría en Derecho Privado y profesora de Metodología de la Investigación Científica del Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho de la UNR. Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid.

MARÍA ISOLINA DABOVE

*tecnología, el saber empírico o popular y el religioso*². Hasta donde entiendo, sobre cada uno de estos términos se ha ido desplegando una rica trama teórica. No obstante, en este artículo sólo expondré una breve caracterización de los mismos, con el propósito de señalar, de manera aproximativa, por qué razón el Derecho puede ser comprendido como una complejidad, resultante de la interacción diversa de todos los tipos de conocimiento mencionados, y no sólo como el producto de la ciencia o la filosofía, en particular. Veamos entonces, en primer lugar, cuáles son los rasgos más destacados de los modelos gnoseológicos vigentes; para poder observar, en segundo término, los modos por los cuales todos ellos posibilitan la construcción del Derecho en la actualidad.

La palabra *filosofía* ha dado lugar a innumerables reflexiones conceptuales, tanto que su desarrollo en Occidente desde el siglo V a nuestros días nos da cuenta de ello. No obstante, para el propósito de este estudio se entenderá por *filosofía* aquel saber que se construye a partir de la puesta en crisis de los supuestos de referencia, en una búsqueda abierta de la sabiduría. Es un tipo de conocimiento en el que las preguntas son más importantes que las respuestas obtenidas con su formulación³. O bien, como dice Bertrand Russell, *la ciencia*

² Ver VEGA, Jesús, *La idea de ciencia en el Derecho*, Biblioteca Filosofía en Español, Oviedo, 2000, ps. 17 y ss. y 44 y ss.; CIURO CALDANI, M. A., *Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1991, t. I, ps. 3 y ss.; PATTARO, Enrico, *Filosofía del Derecho. Derecho. Ciencia Jurídica*, trad. de J. Iturmendi Morales, Reus, Madrid, 1980, ps. 305 y ss.; SCHELER, Max, *Sociología del saber*, trad. de José Gaos, Leviatán, Buenos Aires, 1991, ps. 71 y ss.; BUNGE, Mario, *Las ciencias sociales en discusión*, trad. de Horacio Pons, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1999, ps. 18 y ss.; JONES, W. T., *Las ciencias y las humanidades. Conflicto y reconciliación*, trad. de F. Botton Burlá, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1976, ps. 48 y ss.

³ Ver JASPERS, Karl, *La Filosofía desde el punto de vista de la existencia*, 1ª ed., 7ª reimp., trad. de José Gaos, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, ps. 7 y ss. Para este autor, "...Filosofía quiere decir ir de camino. Sus preguntas son más esenciales que sus respuestas, y toda respuesta se convierte en una nueva pregunta..." Ver también: CIURO CALDANI, *Lecciones...* cit., t. I, ps. 4 y ss.; ABBAGNANO, Nicolás, *Historia de la Filosofía*, 4ª ed., trad. de J. Estelrich y J. Pérez Ballestar, Hora, Barcelona, 1994, t. I; DÍAZ, Elías, *Sociología y Filosofía del Derecho*, 2ª ed., 7ª reimp., Taurus, Madrid, 1992, ps. 235 y ss.; PATTARO, ob. cit., ps. 13 y ss.; VV.

*es lo que conocemos y la filosofía es lo que no conocemos*⁴; de manera que, esta última, tendría un carácter residual o de vanguardia, según cuál sea la perspectiva que adoptemos al respecto⁵. ¿Cómo definir, entonces, a la *ciencia*, a “*aquello que conocemos*”? Sin ocultar la amplitud y vaguedad implícita en este término –en correspondencia a lo señalado por Nino⁶–, creo que, en esta instancia, el saber científico puede ser conceptualizado como aquel conjunto de actos de conocimiento –o *sistema de decisiones metodológicas*⁷–, descriptos e integrados por proposiciones y teorías, que han demostrado su consistencia conjetural (es decir, algún grado de verdad) al hilo de las refutaciones y métodos de falsación aplicables al caso⁸. Por ello, como advierte

AA., *Problemas abiertos en la Filosofía del Derecho*, en *Doxa*, Nº 1, Alicante, 1984, ps. 19 y ss.; ÁLVAREZ GARDIOL, A., *Manual de Filosofía del Derecho*, Juris, Rosario, 2000, ps. 23 y ss.; VIEHWEG, Theodor, *Tópica y Filosofía del Derecho*, trad. de Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1991, ps. 15 y ss. y 29 y ss.

⁴ Ver RUSSELL, B., *Bertrand Russell dice la sua*, trad. de A. Pellegrini, Milano, 1968, ps. 9-10; citado por PATTARO, ob. cit., ps. 48 y ss.

⁵ Señala RUSSELL, B., en *Los problemas de la Filosofía*, 12ª ed., trad. de J. Xirau, Pról. de E. Lledó, Labor, Barcelona, 1992, ps. 134-135: “...la filosofía debe ser estudiada, no por las respuestas concretas a los problemas que plantea, puesto que, por lo general, ninguna respuesta precisa puede ser conocida como verdadera, sino más bien por el valor de los problemas mismos; porque estos problemas amplían nuestra concepción de lo posible, enriquecen nuestra imaginación intelectual y disminuyen la seguridad dogmática que cierra el espíritu a la investigación; pero, ante todo, porque por la grandeza del Universo que la filosofía contempla, el espíritu se hace a su vez grande, y llega a ser capaz de la unión con el Universo que constituye su supremo bien”.

⁶ Ver NINO, C. S., *Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica*, UNAM, México, 1989, ps. 9 y ss.

⁷ Señala el profesor Ricardo Guibourg, en *El sexo de los ángeles. El constructivismo en las ciencias sociales*, en *Lecciones y Ensayos*, Nº 67/68, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, ps. 97: “...Una ciencia, en este sentido, no es otra cosa que un sistema de decisiones metodológicas en el que se insertan los datos de la realidad, una vez identificados e interpretados por el mismo sistema, como los libros de la biblioteca se ordenan en los estantes. Y evoluciona o se modifica del modo en que los estantes se construyen, cuando lo creemos preciso, a la medida de los libros que tenemos o imaginamos que tendremos algún día”.

⁸ Seguimos en este punto la concepción trialista de la ciencia, sustentada por CIURO CALDANI, M. A., *Meditaciones acerca de la ciencia jurídica*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario*, Nº 2/3, ps. 89 y ss. Además, ver: GUIBOURG, R. A.; GHIGLIANI, A. M. y GUARINONI, R. V.,

MARÍA ISOLINA DABOVE

con criterio el profesor Pattaro, existe una interesante relación dinámica entre este tipo de conocimiento y el anterior, mediante la cual *un gran número de problemas tenidos en otros tiempos por problemas propiamente filosóficos, han dejado de serlo en la actualidad, al recibir un tratamiento científico*⁹.

Por su parte, los conceptos de *técnica, tecnología* y sus derivados –que usaré aquí en forma indistinta–, comparten con la ciencia y la filosofía el carácter ambiguo anteriormente reseñado. Pero se diferencian de éstos por constituir un cuerpo de saberes concretos, elaborados con fines absolutamente prácticos, de los cuales se derivan modelos, herramientas o maquinarias, viables para resolver de manera eficaz conflictos cotidianos o extraordinarios¹⁰. Es un saber sistemático, apli-

Introducción al conocimiento jurídico. Apéndice: la ciencia, Astrea, Buenos Aires, 1984; GUIBOURG, R. A., *Deber y saber. Apuntes epistemológicos para el análisis del Derecho y la moral*, Fontamara, México, 1997, ps. 16 y ss.; VV. AA., *El pensamiento científico y el método educativo*, Educando, Buenos Aires, 1999; VEGA, ob. cit., ps. 37 y ss.; POPPER, Karl R., en *La lógica de la investigación científica*, 1ª ed., 1ª reimp., trad. de Víctor Sánchez de Zavala, Tecnos, Madrid, 1999; *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, trad. de N. Míguez y R. Grasa, Paidós, Barcelona, 1972; RUSSELL, B., *La perspectiva científica*, trad. de G. Sans Huelin, Sarpe, Madrid, 1985; *El conocimiento humano*, trad. de Néstor Míguez, Orbis, Barcelona, 1983, ps. 17 y ss.; WRIGHT, Georg Henrik von, *Explicación y comprensión*, trad. de Luis Vega Reñón, Alianza, Madrid, 1980, ps. 17 y ss.; NAGEL, Ernest, *La estructura de la ciencia. Problemas de la lógica de la investigación científica*, 1ª ed., 1ª reimp., trad. de Néstor Míguez, Paidós, Barcelona, 1981; BACHELARD, Gastón, *La formación del espíritu científico*, trad. de José Babini, Siglo XXI, México, 1984; BUNGE, Mario, *La ciencia, su método y su filosofía*, Siglo XX, Buenos Aires, 1985, Caps. 1 y 4, ps. 7 y ss. y 87 y ss.; *Las ciencias sociales...* cit., ps. 18 y ss.; KLIMOVSKY, Gregorio, *Las desventuras del conocimiento científico. Una Introducción a la epistemología*, 5ª ed., A-Z Editora, Buenos Aires, 2001, Cap. 1, ps. 19 y ss.; *Las ciencias formales y el método axiomático*, A-Z editora, Buenos Aires, 2000, ps. 11 y ss.; CHALMERS, Alan F., *¿Qué es esa cosa llamada ciencia?*, 5ª ed., trad. de E. Pérez Sedeño y P. López Mañez, Siglo XXI, Buenos Aires, 1991.

⁹ Ver PATTARO, ob. cit., ps. 49 y 50.

¹⁰ En este sentido ver, especialmente, el artículo de LIZ, Manuel, *Conocer y actuar a través de la tecnología*, publicado en: BRONCANO, Fernando (ed.), *Nuevas meditaciones sobre la técnica*, Trotta, Madrid, 1995, ps. 23 y ss. Y también: HABERMAS, Jürgen, *Ciencia y técnica como "ideología"*, 4ª ed., trad. de M. Jiménez Redondo y M. Garrido, Tecnos, Madrid, 1999; SMITH, Merritt Roe y MARX, Leo (eds.), *Historia y determinismo tecnológico*, trad. de E. Rabasco y L. Toharia, Alianza, Madrid, 1996; ALBORNOZ, Mario, *Indicadores en ciencia y tecnología*, en *Redes. Revista de Es-*

cado a la producción de objetos que satisfacen necesidades vitales. Quizás por ello, parafraseando a Russell, diría que la técnica es *aquello que podemos hacer con lo que conocemos*. Es, en suma, la hija dilecta de la ciencia. El *conocimiento empírico o popular*, en cambio, se va gestando a través de la experimentación espontánea y, en cuanto tal, constituye un saber intuitivo, asistemático, surgido al flujo de un mecanismo simple de ensayo y error. Por ello, da lugar a creencias o *doxa*, relativamente funcionales al despliegue de la vida cotidiana¹¹. En tanto, el *saber religioso* se diferencia de todos los demás, no sólo por los métodos empleados en sus descubrimientos (la fe, la razón, la intuición), sino por su objeto de investigación (lo sobrenatural, Dios)¹².

La buena prensa alcanzada por las ciencias exactas y naturales en el siglo XIX gracias a sus exitosos descubrimientos, contribuyó de manera decisiva a implantar la confianza hegemónica en la ciencia como *real maravilloso*¹³. De allí se explica que nuestra tradición dogmática intentara considerar al Derecho otro fiel exponente de aquel tipo de saber¹⁴. Ilustrativos ejemplos de esta cuestión los encontramos

tudios Sociales de la Ciencia, Universidad Nacional de Quilmes, Buenos Aires, 1994, Nº 1, vol. 1, ps. 133 y ss.; GÓMEZ, Ricardo J., *Progreso, determinismo y pesimismo tecnológico*, en *Redes. Revista de Estudios Sociales de la Ciencia*, Universidad Nacional de Quilmes, Buenos Aires, 1997, Nº 10, vol. 4, ps. 59 y ss.; KATZ, Claudio, *Determinismo tecnológico y determinismo histórico-social*, en *Redes. Revista de Estudios Sociales de la Ciencia*, Universidad Nacional de Quilmes, Buenos Aires, 1998, Nº 11, vol. 5, ps. 37 y ss.

¹¹ Ver CIURO CALDANI, *Lecciones...* cit., t. I, ps. 4 y ss.; RUSSELL, *Los problemas de la Filosofía* cit., ps. 47 y ss.; *El conocimiento humano...* cit., ps. 142 y ss. y 155 y ss.; HESSEN, Johannes, *Teoría del conocimiento*, 1ª ed., 1ª reimp., trad. de José Gaos, Losada-Océano, Buenos Aires, 1997, ps. 102 y ss.; NAGEL, *La estructura de la ciencia...* cit., ps. 15 y ss.

¹² Ver SCHELER, ob. cit., ps. 77 y ss.; HESSEN, ob. cit., ps. 163 y ss.; CERREJIDO, Marcelino y REINKING, Laura, *La ignorancia debida*, Libros del Zorzal, Buenos Aires, 2003, ps. 19 y ss. y ps. 51 y ss.

¹³ Tomo esta expresión del profesor FOLLARI, Roberto, *Epistemología y sociedad. Acerca del debate contemporáneo*, Homo Sapiens, Rosario, 2000, Capítulo 1: *La ciencia como "real maravilloso"*, ps. 11 y ss.

¹⁴ Ver NINO, *Consideraciones...* cit., ps. 9 y ss.; BOURDIEU, Pierre, *Los usos sociales de la ciencia*, trad. de Horacio Pons, Nueva Visión, Buenos Aires, 2000, ps. 12 y ss.; NEWTON-SMITH, W. H., *La racionalidad de la ciencia*, trad. de M. A. Galmarini, Paidós, Barcelona, 1987, ps. 13 y ss.

MARÍA ISOLINA DABOVE

registrados en los escritos de Savigny, Ihering, Kirchmann, Wolf, Kelsen o Ross, entre otros¹⁵. Pero resulta curioso observar que ni siquiera los intentos más serios de elaboración de una Ciencia Jurídica como los mencionados, pudieron impedir que aparecieran en el escenario doctrinal vivos debates al respecto, de inagotable resolución hasta el presente.

Son, pues, precisamente estos planteos no resueltos los que me llevan a pensar que, tal vez, la comprensión gnoseológica del Derecho se muestra insuficiente si pretendemos reducirla absolutamente al reino del saber científico¹⁶. ¿No será, entonces, el momento de observar que en la construcción del mundo jurídico han participado todos los tipos de conocimiento, aunque en diversos grados y forma?; ¿qué el Derecho, en suma, es el resultado de la integración de la *ciencia*, la *técnica*, el saber *filosófico* y el saber *empírico o popular*? Así como también, desde un punto de vista histórico, corresponde aceptar que la elaboración del fenómeno jurídico se vio fuertemente influida por el aporte del conocimiento *mitológico y religioso*¹⁷.

Por otra parte, es muy interesante advertir, además, que las concepciones relativas a los distintos tipos de conocimiento que se fueron gestando funcionan, a su vez, como verdaderos marcos teóricos de producción jurídica. De manera que, al final, todos los elementos que

¹⁵ Material ilustrativo sobre esta cuestión puede encontrarse en: SAVIGNY, KIRCHMANN, ZITELMANN Y KANTOROWICZ, *La ciencia del Derecho*, Intr. de Lorenzo Carnelli, trad. de W. Goldschmidt y C. G. Posada, Losada, Buenos Aires, 1949; WOLF, Erik, *El carácter problemático y necesario de la Ciencia del Derecho*; KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 27ª ed., trad. de Moisés Nilve, Eudeba, Buenos Aires, 1991, ps. 122 y ss.; ROSS, Alf, *Hacia una ciencia realista del Derecho. Crítica del dualismo en el Derecho*, 1ª ed., 1ª reimp., trad. de Julio Barboza, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997; PATTARO, ob. cit., ps. 253 y ss.; VV. AA., *Droit et science*, en *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, Sirey, 1991, t. 36; LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. y rev. de Marcelino Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona, 1994, ps. 81 y ss.

¹⁶ En sentido similar ver: PATTARO, ob. cit., ps. 256 y ss.

¹⁷ Testimonios de esta afirmación los encontramos en las culturas de la Antigüedad –recordemos si no el caso de Antígona– o en el Medioevo. Época, esta última, en la cual se desarrollaron, como sabemos, la Patrística y la Escolástica, dando lugar al ordenamiento de los niveles jurídicos positivos, naturales y sobrenaturales, en un sistema unitario de referencia normativa.

componen el campo del Derecho van plasmando, a su paso, los paradigmas gnoseológicos vigentes en cada cultura y sus métodos de funcionamiento. Así, pues, al compás de este esquema dinámico, es que se va desarrollando una actualización del llamado “*efecto Mateo*”¹⁸. Razón por la cual, puede afirmarse que la línea evolutiva del fenómeno jurídico tenderá a estabilizarse y a expandirse sobre aquellas teorías consagradas por el término medio de las comunidades en cuestión¹⁹. Sobre ello volveré en el próximo apartado.

2. Saberes y Derecho: perspectiva tridimensional

La teoría trialista del mundo jurídico brinda, a mi juicio, una perspectiva interesante para evaluar las hipótesis anteriormente apuntadas. En este sentido recordemos que, para esta postura, el Derecho es un fenómeno complejo, compuesto de *hechos* o conductas –adjudicatarias de potencia e impotencia (repartos y distribuciones)–, *normas* y *valores*, referidos especialmente a la *justicia*²⁰. Es por ello que, a la luz de este

¹⁸ Ver MERTON, Robert K., *The Matthew effect in science*, en *Science*, Nº 159, 1968, ps. 56-63. Este texto también ha sido publicado en: *The sociology of science*, University of Chicago Press, Chicago, 1973, ps. 439 y ss. En KUHN, *La estructura...* cit., ps. 51 y ss., se desarrolla una idea parecida a la sustentada por Robert Merton cuando plantea la teoría del “efecto Mateo”. Dice Kuhn: “Los paradigmas obtienen su status como tales, debido a que tienen más éxito que sus competidores para resolver unos cuantos problemas que el grupo de profesionales ha llegado a reconocer como agudos. Sin embargo, el tener más éxito no quiere decir que tenga un éxito completo en la resolución de un problema determinado o que dé resultados suficientemente satisfactorios con un número considerable de problemas. El éxito de un paradigma [...] es al principio, en gran parte, una promesa de éxito discernible en ejemplos seleccionados y todavía incompletos...”

¹⁹ Es decir, por la comunidad académica o científica (en sentido amplio), o bien, por la sociedad en general (respecto del saber empírico o popular).

²⁰ “...si pasamos revista a lo que en la vida cotidiana suele llamarse ‘lo jurídico’, nos encontramos en primer lugar, con una congerie de conductas llevadas a cabo por jueces, secretarios, funcionarios del Ministerio Público, abogados, etc., y por cualquier habitante del país [...] en segundo lugar, nos enteramos de lo jurídico cuando estudiamos los códigos del país y el sinfín de manuales y tratados dedicados a su análisis; en tercer lugar, conductas y normas nos conmueven, sea que su justicia nos complazca y reconforte, sea que su injusticia nos indigne o subleve. Ver GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción Filosófica al Derecho*, 6ª ed., 5ª reimp., Depalma, Buenos Aires, 1987, ps. 8 y ss.; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Panorama trialista de la Filosofía*

MARÍA ISOLINA DABOVE

marco teórico, cabe señalar que los diversos grados del saber actualmente vigentes se manifiestan en las tres dimensiones que integran el Derecho: en el plano ius-sociológico, en el ámbito normológico y en la ius-axiología²¹. Mas, dado que los elementos normativos comparten con los saberes su consagración lingüística, comenzaré el análisis por este punto.

La *dimensión normológica*, como decía, ofrece relevantes *indicadores* de la participación de saberes diversos en la construcción del mundo jurídico. Estos indicadores pueden ser detectados tanto en los principios y normas constitucionales, como en los preceptos civilistas que inciden con carácter general en el ordenamiento normativo. Nuestra Ley Fundamental, por ejemplo, vincula la distribución de las competencias para actuar con el recurso a tipos de conocimiento diversos, toda vez que mediante este mecanismo, se habilita a los poderes públicos a generar productos jurídicos que difieren entre sí por su alcance y contenido. En definitiva, son precisamente los productos normativos –o *fuentes del Derecho*²²– los que formalizan los distintos tipos de saberes acerca del Derecho y justifican, en forma circular, las facultades de actuación. Repasemos, ahora, algunos ejemplos.

Todos sabemos que, la segunda parte de nuestra Carta Magna establece las bases sobre las cuales se crean, pues, leyes, decretos, ordenanzas, sentencias. Ahora bien, para ejecutar esta acción; es decir, para la elaboración de cada una de las fuentes mencionadas, cabe reconocer también la necesidad de recurrir al auxilio de niveles de conocimiento plurales pero, distinguibles entre sí. Desde esta perspectiva cabe entonces reconocer que, en líneas generales, la *labor legislativa* se desenvuelve al hilo de *perspectivas filosóficas –y políticas–* amplias, ya sean éstas implícitas o explícitas. Así como también, en

del Derecho en la Postmodernidad, en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, 1997, Nº 20; *Lecciones de Historia...* cit.; *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica*, FIJ, Rosario, 2000.

²¹ Cada uno de estos elementos, a su vez, puede ser estudiado en forma aislada, (enfoque microjurídico) o conjunta, (enfoque macrojurídico). En tanto que, además, cabe la posibilidad de abordar el estudio del Derecho desde una óptica estática y dinámica.

²² V. GOLDSCHMIDT, ob. cit., ps. 221 y ss.

el mejor de los casos, se pone en marcha en relación con *saberes científicos interdisciplinarios*. El desarrollo de las fuentes propias del *Poder Ejecutivo*, en cambio, suele requerir de *conocimientos más específicos y técnicos* que en el supuesto anterior. Aun cuando el uso de ese saber en principio va dirigido al sostenimiento de la convivencia, constituyéndose entonces en un *saber político-técnico*²³. En tanto que la *justicia* utiliza con asiduidad los aportes de la *ciencia y de la técnica*, para dar lugar a soluciones privativas de la *política científica*²⁴ y de la *técnica jurídica*. Por último, los tres poderes comparten la posibilidad de acudir al campo del *saber empírico*, cada vez que consideran criterios consuetudinarios para el proceso de elaboración de normas. De ello hablaré un poco más en el análisis sociológico.

La relación normológica entre Saber y Derecho, a su vez, no parece agotarse en los campos institucionales del Estado, cada vez que advertimos que la misma se hace extensiva a todos los sujetos por igual. Recordemos en este sentido, si no, algunos preceptos del Código Civil que recogen esta conexión, tanto desde una perspectiva estructural como dinámica. El *artículo 20*, por ejemplo, consagra a mi juicio un enfoque estructural, al señalar que: *La ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada por ley*²⁵. Y, otro tanto sucede con el *artículo 902*, cuando

²³ El *saber político-técnico* se deriva de la aplicación concreta de los productos técnicos que se realiza en una sociedad, con fines operativos de convivencia. Sobre el concepto de política y sus ramas ver: CIURO CALDANI, M. A., *Derecho y Política*, Depalma, Buenos Aires, 1976.

²⁴ Como en el ejemplo mencionado en la cita anterior, la *política científica* se desarrolla al hilo de los usos sociales de la ciencia, con fines prescriptivos y modificatorios de la realidad, tal como ocurre –entiendo– en el campo jurisdiccional. En torno a la necesidad de distinguir entre ciencia y política científica puede consultarse, entre otros: BOURDIEU, Pierre, *Los usos sociales de la ciencia* cit.; WAINERMAN, Catalina y SAUTU, Ruth (comp.), *La trastienda de la investigación*, Belgrano, Buenos Aires, 1997, ps. 11 y ss.; WRIGHT, *Explicación...* cit., ps. 17 y ss.; PATTARO, ob. cit., ps. 253 y ss.; CIURO CALDANI, *Derecho y Política* cit.

²⁵ Recordemos, además, que el art. 20 se integra con el art. 1º: *Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, domiciliados o transeúntes*. Y el art. 923: *La ignorancia de las leyes o el error de derecho en ningún caso impedirá los efectos legales de los actos lícitos, ni excusará la responsabilidad por los actos ilícitos*.

MARÍA ISOLINA DABOVE

indica que: *Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos*²⁶. Mientras que el punto de vista dinámico se muestra, por su parte, a través de la capacidad normativa que se reconoce a los particulares para producir fuentes formales –verbigracia, contratos–, con la fuerza vinculante de la ley (art. 1197, Cód. Civ.).

Es por ello que, dentro de este entramado normológico, se puede concluir que los operadores jurídicos se vincularán, como mínimo, a través de un fondo básico de *conocimientos empíricos o populares* acerca del Derecho y, como máximo, sobre un conjunto de conocimientos de vanguardia, provenientes de la ciencia, la técnica y la filosofía. Por otra parte, estos bagajes de saberes (mínimos o máximos) serán distintos entre sí, en atención al grado y a la calidad de información que cada una de las partes haya adquirido sobre el caso –esto se observará en la perspectiva ius-sociológica–.

Junto a este panorama general de normas y saberes, resulta interesante subrayar la estrecha vinculación que también se desarrolla entre los conocimientos complejos, derivados de la *ciencia* o de la *ius-filosofía* y la elaboración de productos jurídicos que dan lugar a consecuencias relevantes para el sistema. Indicadores capaces de graficar este caso los encontramos en los artículos 902 y 512 del Código Civil mencionados, ya que, por su intermedio, se consagra de manera directa el vínculo entre responsabilidad y saber. La regla que en consecuencia se establece, como sabemos, bien puede sintetizarse bajo la fórmula siguiente: “A mayor grado de acceso a saberes complejos, mayor será el grado de responsabilidad jurídica que su uso genere”. De manera tal que, al final, el deber de diligencia basado en conocimientos muy sofisticados se tendrá que traducir en la obtención de un espacio más amplio de capacidad, para producir relaciones jurídicas “netas” –es decir, que presenten poco margen de error– en el sistema.

²⁶ Este artículo, como sabemos, se vincula con el 512 al señalar que: *La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar*. Ver también los artículos 910, 911 y 912.

Por último, desde este mismo campo de análisis normológico cabe destacarse el fuerte impacto que ejercen los diferentes grados del saber, en el marco del funcionamiento de las normas y del sistema²⁷. Y ello se evidencia, particularmente, respecto del *reconocimiento de normas* y de las tareas de *interpretación, determinación, elaboración y aplicación*. Una señal sensible de este vínculo puede encontrarse, según creo, en los resultados argumentativos esgrimidos para cada situación, dado que es ésta la vía a través de la cual se plasman los saberes considerados en el caso.

En el plano *ius-sociológico*, por otra parte, los diferentes tipos de conocimiento que intervienen en el Derecho son más patentes e identificables que en la dimensión anterior. Al punto que ello puede observarse tanto respecto de los sujetos que intervienen en cada vínculo jurídico (adjudicaciones o repartos)²⁸; como en relación a las funciones que cumplen, a su objeto, a los caminos o métodos empleados para su concreción y a las razones, fines o propósitos pretendidos a su paso. No obstante, también cabe advertir elementos representativos de esta complejidad en el marco de las planificaciones o costumbres que encauzan órdenes gnoseológicos diversos y en las propias situaciones de desorden *ius-social*.

Así, por ejemplo, los *sujetos* de un reparto se distinguen entre sí por el papel que cumplen en el mismo, de manera que, bien podrían participar en calidad de *productores o repartidores* de saberes jurídicos; o como sus receptores o *recipiendarios*²⁹. Estos sujetos, además, están en condiciones de desarrollar *relaciones autoritarias o autónomas*, de acuerdo al poder o a la cooperación que ejerzan en el reparto de

²⁷ Respecto del funcionamiento de las normas ver: GOLDSCHMIDT, ob. cit., ps. 251 y ss.; CIURO CALDANI, *La conjetura...* cit., ps. 70 y ss.

²⁸ Según el trialismo, las adjudicaciones de potencia e impotencia pueden ser "repartos o distribuciones". Los primeros constituyen conductas realizadas por sujetos claramente identificables; en tanto que las distribuciones son adjudicaciones provenientes de la naturaleza, el azar o influencias humanas difusas. Ahora bien, para nuestro tema, haré mayor referencia respecto de los repartos, toda vez que por su intermedio se centraliza la dinámica jurídica principal. Ver: GOLDSCHMIDT, ob. cit., ps. 47 y ss.; CIURO CALDANI, ob. cit., ps. 58 y ss.

²⁹ Ver GOLDSCHMIDT, ob. cit., ps. 49 y ss.; CIURO CALDANI, ob. cit., ps. 59 y ss.

MARÍA ISOLINA DABOVE

referencia³⁰. Si la vía utilizada se corresponde con el sustento del *poder*, propio de los esquemas autoritarios, dos problemas, creo, merecen destacarse. De un lado, la lucha por el acceso a una cuota de poder –o a su sostenimiento– mediante la porción del *saber* con la que cuente cada parte³¹. Y de otro, la delicada situación que se plantea entre la verdad y el poder, contenidos en el tipo de conocimiento que se pretende para el caso. Por ello, una pregunta acuciante en este plano consiste en advertir si el ejercicio del poder –sobre todo, en el marco institucional– puede realmente ser compatible con el sostenimiento de la verdad, implícita en el saber que se utiliza en el caso. Sobre ello volveré en el análisis axiológico. Si el mecanismo empleado, en cambio, se deriva de los acuerdos o *repartos autónomos*, el saber se irá consolidando al compás de relaciones igualitarias y negociales. Teorías ilustrativas de la relación entre cooperación y saber las encontramos, según creo, tanto en el pactismo moderno, como en los postulados sobre la justicia de John Rawls³².

Otro indicador interesante de la relación saberes-derecho lo constituye, sin dudas, el *objeto* de los repartos³³, puesto que es allí donde se manifiestan las distintas calidades de información que los sujetos aportan al reparto. Bajo este elemento, entonces, se posibilita la cris-

³⁰ Ver GOLDSCHMIDT, ob. cit., ps. 58 y ss.; CIURO CALDANI, ob. cit., ps. 58 y ss.

³¹ Recordemos en este espacio, si no, el gobierno de los sabios pretendido por PLATÓN, en *La República*, 23ª ed., trad. de Patricio de Azcárate, Introd. y rev. de Miguel Candel, Espasa Calpe, Madrid, 1993. Así como también la concepción del saber-poder sustentada por la tradición de Bacon y Foucault. Al respecto puede consultarse: BACON, Francis, *La gran restauración*, trad. de Miguel A. Granada, Alianza –Colección El Libro de Bolsillo–, Madrid, 1985; FOUCAULT, Michel, *Microfísica del poder*, 3ª ed., ed. y trad. de Julia Varela y Fernando Álvarez Uría, Endymión, Madrid, 1992, ps. 185 y ss.; *La arqueología del saber*, trad. de Aurelio Garzón del Camino, Siglo XXI, Buenos Aires, 2002, ps. 298 y ss.; *Historia de la locura en la Epoca Clásica*, 1ª ed., 3ª reimp., trad. de Juan José Utrilla, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica –colección Breviarios–, 1992.

³² Ver RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, 1ª ed., 2ª reimp., trad. de María Dolores González, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1993, Cap. I; GOLDSCHMIDT, *Introducción...* cit., ps. 98 y ss.

³³ Ver GOLDSCHMIDT, *Introducción...* cit., ps. 54 y ss.; CIURO CALDANI, *Meditaciones acerca de la ciencia...* cit.

talización de *respuestas confiables* o *equivocas* para las partes, en función de los intereses y puntos de partida que los protagonistas adopten en cada adjudicación. Además, la integración entre saberes y Derecho se expresa con claridad, en la variedad de caminos o *formas* que se adopten para el establecimiento de cada adjudicación. De manera que, en esta instancia, el recurso a la imposición, al ejercicio directo de la fuerza, a la negociación o a la adhesión, se verá condicionado por su relación con caminos autógenos o heterógenos de producción de saber jurídico³⁴. Por su parte, un lugar destacado ocupan también las *razones* de los repartos (móviles, razones alegadas y razones sociales) en esta historia, ya que son ellas las que permiten la identificación de los tipos de saber empleados por los interlocutores, en el sector de información utilizada para el desarrollo argumental³⁵.

Como tramo final de este análisis *ius-sociológico* se puede observar, todavía, que existe una relación directa entre el orden o el desorden de la vida jurídica y la presencia o ausencia de saberes en la misma. En este sentido me atrevo a suponer que, cuanto mayor sea el caudal de conocimientos considerados en un ámbito, mayor será la tendencia a estructurar el Derecho bajo algún tipo de ordenación social³⁶. Por ello, si en una comunidad prevalecen criterios científicos o tecnocráticos de convivencia, más amplias serán las posibilidades de ordenar las adjudicaciones bajo los esquemas de la *planificación*. En cambio, cuanto mayor incidencia tengan los saberes abiertos o difusos –según se trate de conocimiento filosófico o popular–, mayor será el recurso a la *ejemplaridad* –costumbres– en su mundo jurídico³⁷. Las situaciones

³⁴ Ver GOLDSCHMIDT, ob. cit., ps. 55 y ss.

³⁵ Ver CIURO CALDANI, M. A., *El juez, el abogado y el investigador jurídico*, en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, Nº 15, FIJ, Rosario, 1992, ps. 41 y ss.

³⁶ El orden jurídico se constituye al hilo de la planificación o la ejemplaridad, en tanto que el desorden puede ser institucional (cuando no se saben quiénes gobiernan) o teleológico (se desconoce cuáles son los criterios con los cuales se desarrollan los actos en general). Ver GOLDSCHMIDT, ob. cit., ps. 83 y ss.

³⁷ No obstante, para Saint Simon podía suceder lo opuesto. En efecto, recordemos que en la etapa científica o positiva, las personas se vincularían entre sí, al hilo de uniones libres, por ser hombres libres. Al respecto, creo que para Saint Simon ciencia es sinónimo de filosofía (positiva).

MARÍA ISOLINA DABOVE

de *desorden* o anarquía institucional o teleológica, en las que se observa ausencia, confusión o disfunción de saberes diversos, afloran, por lo demás, con cada crisis de los paradigmas gnoseológicos principales para el caso³⁸.

Desde el punto de vista *axiológico*, la relación entre saberes y Derecho da lugar a la configuración de un complejo valorativo, muy rico en matices analíticos y en consecuencias jurídicas. En ese contexto, un lugar relevante es ocupado por la dupla *información-verdad*, ya que, por su intermedio, calificamos los saberes en ciertos o falsos y delimitamos las “zonas con respuestas”, las “zonas de penumbra”, o las “zonas de ignorancia” respecto de los objetos de conocimiento. Extensamente debatida ha sido también la relación de la *justicia* con la *verdad*. Así como, por su causa, significativo ha resultado siempre el análisis de los vínculos establecidos entre la libertad, la igualdad y el saber.

El Código Civil, por ejemplo, se refiere a esta cuestión en el artículo 911 (y conc.), donde se determina que: *Nadie puede obligar a otro a abstenerse de un hecho porque éste pueda ser perjudicial al que lo ejecuta, sino en el caso en que una persona obre contra el deber prescripto por las leyes, y no pueda tener lugar oportunamente la intervención de las autoridades públicas*. En este texto, como puede observarse, se manifiesta abiertamente la tensa relación que existe entre la libertad y la verdad, o en el poder y el saber, respecto de la posibilidad de “decir” qué significa el término “perjudicial”. Aun cuando se advierta, dicho sea de paso, que Vélez Sársfield resuelve el problema bajo la fórmula liberal de J. S. Mill³⁹.

Por último, es importante subrayar asimismo el interesante papel que desempeña la *utilidad* en relación con la *verdad*. Toda la historia de las teorías del conocimiento, nos da cuenta de ello, aunque haya adquirido marcada trascendencia con el pragmatismo gnoseológico nor-

³⁸ En este sentido cabe recordar los interesantes aportes de KUHN, *La estructura...* cit., ps. 92 y ss.

³⁹ Ver MILL, J. S., *Sobre la libertad*, 1ª ed., 7ª reimp., trad. de Pablo de Azcárate, Pról. de Isaiah Berlin, Alianza, Madrid, colección El Libro de Bolsillo, 1991; BERLIN, I., *Cuatro ensayos sobre la libertad*, trad. de Belén Urrutia, Julio Bayón y Natalia Rodríguez Salmones, Alianza, Madrid, 1988, ps. 201 y ss.

teamericano⁴⁰. Preguntas referidas a la utilidad de las teorías respecto de la práctica, interrogantes acerca de la demarcación entre ciencia pura y aplicada, en torno a los fines del saber filosófico, científico y técnico, o al valor del saber empírico; disquisiciones sobre el vínculo entre la verdad y el progreso están, justamente, en la raíz de esta problemática. Al tiempo que la *verdad* también se asocia con el *poder*, la *cooperación*, la *previsibilidad*, la *solidaridad*, el *orden* y la *paz social*, provocando múltiples consecuencias en el mundo jurídico, según ya vimos.

En otro orden de cuestiones, hay que decir también que los grados del saber se distinguen entre sí en virtud del concepto de verdad que asumamos como válido y de los métodos empleados en su construcción. Desde esta perspectiva, vemos, pues, que los desarrollos de la epistemología actual nos conducen a pensar en la verdad en dos niveles. Uno, referido a los aspectos formales del valor, propio del campo de la lógica. El otro, en cambio, derivado de su concepción material (de correspondencia). Los distintos saberes jurídicos se han ido desarrollando, en efecto, al compás de la aplicación de ambos conceptos de verdad. Al punto que, cuanto mayor ha sido el afán por concretar estas perspectivas axiológicas, mayores han resultado las divergencias provocadas entre sí⁴¹.

Recordemos, si no, la fuerte necesidad que se impuso en la Edad Moderna, de desarrollar una comprensión teórica de los métodos de investigación bajo los auspicios del racionalismo cartesiano y del empirismo de Francis Bacon. Pero, rememoremos también los enormes esfuerzos realizados en pos del logro de la autonomía del saber científico respecto del religioso y popular, haciendo de aquél un representante de la verdad objetiva e integral. En la actualidad, aquella clasi-

⁴⁰ Ver KANT, Immanuel, *Teoría y Práctica. En torno al tópico: "tal vez sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica"*, trad. de Juan Miguel Palacios, M. Francisco Pérez López y Roberto Rodríguez Aramayo, Tecnos, Madrid, 1986; BUNGE, *La ciencia...* cit., ps. 30 y ss.; PUTNAM, Hilary, *El pragmatismo. Un debate abierto*, trad. de Roberto Rosaspini Reynolds, Gedisa, Barcelona, 1999; RORTY, Richard, *Verdad y progreso. Escritos filosóficos*, 3ª ed., trad. de Ángel Manuel Faerna García Bermejo, Paidós, Barcelona, 2000.

⁴¹ Ver VEGA, ob. cit., ps. 17 y ss.

MARÍA ISOLINA DABOVE

ficación purista del saber ha entrado sin duda en crisis, trayendo como colación el esfumado de fronteras entre los saberes y sus grados de confiabilidad. Un ejemplo paradigmático de este enfoque lo encontramos en el epistemólogo Paul Feyerabend, cuando postula la completa equiparación de los conocimientos científicos, mitológicos, filosóficos, técnicos o empíricos, en cuanto a niveles de confiabilidad⁴².

Ahora, si bien la negación de la posibilidad de discernir la calidad de los saberes no parece una postura conveniente por su radicalidad, comparto, sin embargo, una versión más matizada, al confiar en la alternativa constructivista para establecer alguna diferenciación válida funcional. Ello significa, pues, que creo factible sectorizar el conocimiento (o clasificarlo), de acuerdo al papel, a los métodos y a los fines que cada cultura esté dispuesta a reconocer para el área del saber en cuestión⁴³. Así, por ejemplo, desde el pluralismo, se advierte que los distintos tipos de conocimiento se van elaborando al compás de los recortes o *fraccionamientos* que se van haciendo, respecto de las exigencias *particulares* de la verdad⁴⁴. Mas también hay que entender que estos fraccionamientos no son otra cosa que juicios de ponderación y de relevancia acerca de los elementos de cada situación (temporales, espaciales, materiales y metodológicos), gracias a los cuales se van distinguiendo los saberes entre sí.

En este sentido puede decirse, entonces, que el *conocimiento filosófico* expresa el abanico más abierto de verdad, en la medida en que pretende el acceso a un saber desfraccionado en tiempo, espacio, materia y método, que suele denominarse “sabiduría”. La *técnica o tecnología*, en cambio, desarrolla patrones de “certeza”. Siendo ésta un tipo de verdad altamente fraccionada y específica respecto de la materia, el método, el tiempo y el espacio; se producirá allí la seguridad gnoseológica y jurídica. Verdades universalizables en cuanto a tiempo y espacio, podremos encontrarlas con más facilidad en el campo de la *ciencia*. Aquí, se formulan *conjeturas* legalmente generales. Pero sostendrán verdades fraccionadas y recortadas respecto del objeto y de

⁴² Ver FEYERABEND, Paul, *La conquista de la abundancia*, trad. de R. Molina y C. Mora, Paidós, Barcelona, 2000.

⁴³ Ver GUIBOURG, *Deber y saber...* cit., ps. 16 y ss.

⁴⁴ Ver GOLDSCHMIDT, ob. cit., ps. 401 y ss.

los métodos de investigación. Un caso emblemático, en efecto, lo constituye la filosofía positivista de la ciencia. En tanto que el *saber empírico o popular* plasma verdades acotadas o fraccionadas en relación a los métodos de estudio y a la materia. Mas son abiertas en torno al espacio y al tiempo al que se aplican. Los refranes, me parece, grafican claramente esta situación, al referirse a experiencias cotidianas o vitales específicas, en términos de “reglas” generales y uniformes.

Una última cuestión que me gustaría abordar en este análisis axiológico, por su parte, se refiere a la relación que se presenta entre los distintos tipos de verdad contenidos en los grados del saber y los elementos constitutivos de los repartos, del orden de repartos; de las normas y del sistema que los registran. En suma, trabajaremos ahora desde una *perspectiva axiosófica* o material de los valores jurídicos afines a nuestro tema⁴⁵. Por ello, en este especial entramado fáctico valorativo, dos cuestiones, creo, requieren destacarse: la exigencia jurídica de *legitimación aristocrática para los operadores del sistema* y el respeto al *principio de autoridad* (verdad vs. poder) de un lado, y la relación entre *cosa juzgada* y verdad (verdad formal vs. verdad material), de otro.

El mundo jurídico, como sabemos, funciona al compás de la atribución de “votos de confianza” para actuar, claramente dirigidos a determinados sujetos o instituciones. Sin embargo, tampoco hay que olvidar que estos votos se otorgan, a su vez, en atención a la calidad de los saberes y las verdades que los actores del Derecho logren acreditar, para la producción de fuentes normativas. La imputación de competencias que así se desarrolle es la base de la llamada *legitimación aristocrática*, toda vez que permite justificar y fundamentar el accionar de los operadores beneficiados con la misma⁴⁶. En la dinámica actual del mundo jurídico, suele asignársele altas cuotas de legitimidad aristocrática a los abogados, fiscales y jueces para actuar, en virtud de la superioridad científica y técnica que detentan. Pero también se observa que la aplicación de este criterio tiene efecto expansivo en nuestro tiempo, dado que, gracias al desarrollo de carreras de especialización, maestrías y doctorados, se pretende alcanzar niveles de saber, de cre-

⁴⁵ Al respecto ver GOLDSCHMIDT, ob. cit., ps. 417 y ss.

⁴⁶ Ver GOLDSCHMIDT, ob. cit., ps. 420 y ss.

MARÍA ISOLINA DABOVE

ciente confiabilidad. Ahora bien, por otra parte, el despliegue de los criterios de legitimación aristocrática, a mi parecer, ocasiona consecuencias ambivalentes; sobre todo para la práctica jurisdiccional, toda vez que afirma por vía indirecta el respeto al *principio de autoridad* que se deriva de aquél.

En efecto, por este esquema dinámico, los operadores legitimados por su saber quedan mejor posicionados para la elaboración de productos jurídicos, razón por la cual, trabajarán sobre la base de una mayor cuota de poder. En definitiva, porque saben más, pueden más y responden en esa dirección. Reproducen su saber, aumentan su poder e imponen patrones de conducta jurídica, generados por sus conocimientos. Por ello, parafraseando a Marx, quizás podamos decir que el cumplimiento del proceso provoca la puesta en marcha de una ley especial de concentración de “capitales”. En la cual, por “capitales” deberá entenderse la conjunción de los saberes y el poder. El resultado de esta dialéctica, pues, no es otro que el reforzamiento del principio de autoridad, que llega a la situación paradójica de exigir criterios de verdad que, al propio tiempo, se niegan con su sostenimiento institucional.

El segundo problema apuntado en este espacio ha sido el referido a la instauración de la *cosa juzgada* y su vínculo con la verdad. En este caso, la relación se vuelve significativa al menos, según observo, por dos motivos. Porque la cosa juzgada brinda un criterio de demarcación entre el saber técnico jurídico –o político científico– y el conocimiento científico. Mas, también, porque su existencia provoca la necesidad de reclamar para la Ciencia del Derecho una cuota de autonomía que la diferencie de la práctica jurisdiccional. Respecto del primer punto, urge sostener que la cosa juzgada establece un límite importante a la discusión conjetural y a la corroboración de las hipótesis jurídicas planteadas en la litis, al hacer que la sentencia quede firme y ya no pueda ser revisada. Razón por la cual, las inconsistencias no detectadas en el proceso de referencia darán lugar a una sentencia final *iatrogénica* que se erigirá, no obstante, en la base del saber jurídico sobre el tema. La segunda cuestión es relevante, en cambio, por su virtualidad para colocarnos ante una nueva perspectiva de la ciencia que, quizás, nos sitúe más eficazmente ante la pista del papel que podría desempeñar en la dinámica jurídica.

3. El aporte de la Historia del Derecho y los problemas de actualidad

La *Historia del Derecho* nos indica, por su parte, que esta diversidad de saberes no siempre fue tenida en cuenta para la construcción del Derecho como objeto cultural. Veámos al comienzo de este trabajo que, en efecto, desde la antigüedad la composición del Derecho atravesó por múltiples situaciones y perspectivas teóricas, en las cuales no se vieron reflejados intentos de asumir la integración de todos los saberes en su seno. Tres etapas podemos identificar, incluso, en este desarrollo. La referida a la elaboración del Derecho como objeto del saber; el proceso de sistematización del Derecho, y la consideración del Derecho como saber científico uniforme.

En la primera fase de esta historia, que llega a las puertas de la modernidad, se sustentaron una multiplicidad de caminos que llevaron a la *elaboración del Derecho como objeto del saber*. Algunos llevaron a implementar variadas estrategias en pos de la separación del mundo jurídico de las otras áreas culturales, tales como la filosofía, la política o la administración. Pero otros, permitieron sentar las bases institucionales y teóricas de nuestro objeto de estudio. Por ello, en este contexto, se consolidaron las primeras fuentes del Derecho. Con posterioridad, más precisamente hacia el siglo XVIII, el Iluminismo permitirá la inauguración de una nueva era evolutiva: la del *proceso de sistematización del Derecho*, en la cual –como sabemos– se logró materializar la idea de sistema en el Código Civil de Napoleón. Ahora bien, de esta problemática se pasará lisa y llanamente a la *consideración del Derecho como saber científico*. La exégesis y la dogmática decimonónica, verbigracia, nos dan cuenta sin duda de ello⁴⁷.

⁴⁷ Ver KIRCHMANN, Julio Germán von; *El carácter a-científico de la llamada Ciencia del Derecho*, en *La Ciencia del Derecho*, trad. de Werner Goldschmidt, Losada, Buenos Aires, 1949. O también: *La jurisprudencia no es ciencia*, trad. de Antonio Truyol y Serra, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983; WOLF, Erik, *El carácter problemático y necesario de la Ciencia del Derecho*, trad. de Eduardo A. Vásquez, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962; ROCHA CAMPOS, Adolfo, *Apuntes para reforzar la cientificidad del Derecho*, en L. L. Actualidad del 11-5-99; PECES BARBA, G.; FERNÁNDEZ, E. y DE ASÍS, R., *El conocimiento científico del Derecho*, en *Curso de Teoría del Derecho*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2000.

MARÍA ISOLINA DABOVE

En la *actualidad*, este enfoque científico monopolizador del fenómeno jurídico, según comprendo, parece haber entrado en una profunda crisis; sobre todo, al abrigo de los cuestionamientos posmodernos a la idea de “razón” y de “verdad”. Así, pues, la consolidación de la epistemología como rama de la filosofía a partir de la década de los treinta, constituye, en verdad, un síntoma interesante de estas afirmaciones. En tanto que, desde lo jurídico, significativas *paradojas* muestran las contradicciones internas del discurso científico-jurídico de la modernidad. Una de las más llamativas ha sido abordada ya con anterioridad. Me estoy refiriendo, en este sentido, a la contraposición de la figura de la cosa juzgada respecto de la concepción científica actual de la verdad conjetural. La paradoja, en este caso, se manifiesta cuando advertimos que si se pretende cientificidad total para la práctica jurídica, deberían arbitrarse mecanismos por los cuales se neutralizaran los efectos de aquella institución. Cosa que, claro está, no puede decirse sin asumir los graves riesgos de ruptura de la seguridad jurídica que conlleva. Pero, si se deja de lado la pretensión de cientificidad para la práctica jurisdiccional, entonces se hace necesario construir una nueva idea de ciencia, que goce de autonomía respecto de la primera. Lo mismo, creo, puede observarse en relación a la vigencia del principio de autoridad.

Otra paradoja interesante acerca de nuestro tema aparece cuando observamos las exigencias de especialización científica que la posmodernidad impone a los juristas, sin que éstas se vean reflejadas en la práctica jurídica institucional. Resulta contradictorio advertir que en las facultades de Derecho argentinas se venga desarrollando un importante número de maestrías y doctorados, pero que, por otro lado, no siempre logran sostener claros criterios de demarcación entre ciencia y otros grados del saber. Si tomamos, por ejemplo, en consideración el período comprendido entre 1998 y 2002 veríamos que, en efecto, el crecimiento en ese sentido ha sido enorme. La CONEAU ha aprobado 77 carreras de posgrado (maestrías y doctorados)⁴⁸. Pero, como decía hace un momento, el funcionamiento de las mismas no suele mostrar con nitidez la necesidad de ajustar el desarrollo de las tesis a orientaciones metodoló-

⁴⁸ Información extraída de Internet en la página: www.coneau.gov.ar, del 10-10-2002.

gicas científicas⁴⁹. Una última paradoja que motiva reflexión se nos presenta también al notar que, si bien la práctica jurídica pretende para sí el título de ciencia, de otro, excluye a los investigadores de carrera (pertenecientes al CONICET, CIUNR⁵⁰ u otras similares) de los diversos colegios profesionales propios del campo del Derecho.

Por ello, en función de lo expuesto, me parece conveniente postular la tesis en favor del reconocimiento de la autonomía de la Ciencia Jurídica. De esta manera, se podría separar su desarrollo de los otros órdenes gnoseológicos de producción normativa. La construcción de una ciencia del derecho que cuente con esta cuota de independencia respecto de los otros grados del saber nos revela, a su vez, varios temas sobre los cuales se tendrá que avanzar. Así, por ejemplo, llama la atención la necesidad de distinguir las funciones y las metas específicas requeridas para la producción del saber jurídico; tales como la exigencia de desarrollar una ciencia jurídica “conjetural” e “independiente” de la práctica y política jurídica, de un lado, y libre del principio de autoridad y cosa juzgada, de otro. Pero también urge reconocer el carácter político, científico y técnico de la práctica jurídica; tanto como advertir la necesidad de establecer puentes de interacción entre la Ciencia Jurídica y la técnica y política científica de los tribunales.

Caminos de superación de estas paradojas podríamos encontrarlos, por ejemplo, desarrollando más ampliamente asignaturas tales como Epistemología y Metodología de la Investigación Científica, a partir de las carreras de grado de Derecho. Bueno resultaría, además, el incremento de programas de investigación científica, a cargo de profesores con dedicación exclusiva a la actividad académica. O bien, la incorporación de la actuación de los investigadores de carrera, en los Colegios de Profesionales del Derecho, bajo un estatuto especial que contemplara la incompatibilidad de cargas y tareas con el ejercicio del litigio. Entiendo, en suma, que mediante una demarcación clara de las áreas del saber científico será posible, incluso, mejorar los mecanismos

⁴⁹ Esta afirmación la sustenté en función de lo observado en las clases que impartí sobre Epistemología, Metodología y Taller de Tesis.

⁵⁰ El CIUNR es el Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, de la cual depende la Carrera de Investigador Científico de la mencionada casa de estudios.

MARÍA ISOLINA DABOVE

judiciales de control de calidad del mundo jurídico, haciendo del Derecho un instrumento pluralista e integrado.

Entre las exigencias metodológicas que pueden derivarse de esta tarea de demarcación habrá que considerar, al menos, tres cuestiones. Los *problemas conceptuales* de los grados del saber (históricos y actuales). Los *problemas operacionales*, derivados de la especificación de los sujetos y funciones de cada grado del saber (delimitación de los campos de acción), de los fines, de los métodos y de los instrumentos de su construcción. Al tiempo que, en última instancia, se deberán observar asimismo, los *problemas sistémicos* que se pongan de manifiesto a la hora de procurar la integración jurídica de los saberes diversos.

4. Conclusiones

En este trabajo se pretendió sostener que:

- El Derecho se constituye al hilo de todos los tipos de saber: científico, técnico, filosófico, empírico o popular.
- De modo tal que: no es posible afirmar con la dogmática jurídica que “todo el derecho sea ciencia”.
- La pregunta en torno al concepto de Derecho se torna entonces necesaria, al hilo de los tipos de saberes diversos que lo integran.
- Pero, para responder a esta pregunta, es necesario distinguir y demarcar los campos del saber a fin de observar cómo contribuyen a la configuración del Derecho.
- En el marco de la teoría pluralista advertimos la presencia de algunos indicadores de delimitación. Éstos se expresan tanto en el plano normológico (respecto de fuentes y competencias sobre las cuales se atribuye saber o ignorancia, verdad o falsedad), como en la dimensión sociológica (a través de las observaciones de los sujetos, funciones, objeto, formas, razones, clases de reparto realizados; así como también respecto del orden o desorden manifiesto), y en el ámbito de la axiología jurídica. En tanto que sobre este campo en particular, se observó además el fuerte impacto que los criterios de legitimación aristocráticos, el principio de autoridad y la cosa juzgada, provocan respecto de las distintas aproximaciones de verdad.

NORMAS DERIVADAS Y ENUNCIADOS JURÍDICOS¹

por PABLO NAVARRO

I. Introducción

Con frecuencia los juristas respaldan sus afirmaciones acerca del status normativo de una acción en “normas implícitas”. Aun cuando ninguna de las normas promulgadas se refiera expresamente a un cierto caso, los funcionarios y usuarios del derecho acostumbran a extraer de las normas formuladas consecuencias y soluciones para esa controversia. Es verdad que pocas veces los juristas definen con precisión los criterios necesarios para identificar estas normas derivadas, y por esa razón no es sensato asumir que existe entre ellas una unidad que el análisis conceptual pueda poner de manifiesto². A pesar de estas dificultades, es importante subrayar que, a menudo, la expresión “norma derivada” se refiere a normas que son consecuencia lógica de otras normas formuladas³. Las características centrales de las normas *lógicamente* derivadas son las siguientes: (i) son normas *implícitas*, i. e.,

¹ Una versión preliminar de este trabajo fue presentada en el DIGITA de la Universidad de Génova y en las XVII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social (Córdoba, Argentina). Agradezco a Cristina Redondo, Paolo Comanducci, Riccardo Guastini, Pierluigi Chiassoni, Eugenio Bulygin, y Jorge Rodríguez por sus valiosos comentarios.

² GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo*, p. 357 (Barcelona: Gedisa, 1999); véase también: ERNST, Carlos, *Derechos implícitos* (Córdoba: Lerner, 1994).

³ BULYGIN, Eugenio, *Lógica y normas*, en *Isonomía* 1 (1994), p. 35. Por supuesto, el desarrollo más importante de esta concepción se encuentra en ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Normative Systems* (Wein/New York: Springer Verlag, 1971).

PABLO NAVARRO

no han sido expresamente formuladas; (ii) son parte del *contenido conceptual* de otras normas que han sido promulgadas explícitamente; (iii) dependen de las *reglas de inferencia* que se emplean al hacer explícito el contenido conceptual de las normas formuladas.

Conforme a esta caracterización, las normas jurídicas pueden dividirse en dos clases diferentes: la base de un determinado sistema y las consecuencias lógicas que se infieren de esa base normativa⁴. Las normas derivadas son dependientes de otras normas del sistema jurídico, y a diferencia de las normas expresamente formuladas, ellas no pueden, por razones lógicas, integrar la base de un sistema normativo⁵. Sin embargo, aunque con frecuencia se insiste en la importancia de la organización deductiva del material jurídico, también es posible encontrar numerosos teóricos que rechazan firmemente a las normas derivadas⁶. Por ejemplo, Joseph Raz señala expresamente que la incorporación de normas derivadas es incompatible con la explicación de la autoridad jurídica y la naturaleza del derecho⁷. Las razones que Raz ofrece para descartar las normas derivadas pueden ser agrupadas en dos clases diferentes. En primer lugar, su rechazo parece seguirse de una ontología específica acerca de las normas, y, en segundo lugar, sus impugnaciones parecen estar conectadas con su defensa de la autoridad del derecho. De esta manera, Raz conecta la discusión acerca de las normas derivadas con el debate acerca del incorporacionismo

⁴ ALCHOURRÓN, Carlos, *Derecho y lógica*, en *Isonomía* 13 (2000), ps. 11-13.

⁵ Para un análisis de la distinción entre las normas que forman la base de un sistema y las normas dependientes de esa base, véase, CARACCILO, Ricardo, *El sistema jurídico. Problemas actuales*, ps. 31 y ss. (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988), y MORESO, José Juan y NAVARRO, Pablo, *Orden jurídico y sistema jurídico*, ps. 37 y ss. (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993).

⁶ Véase, por ejemplo, KELSEN, Hans, *General Theory of Norms* (Oxford: Oxford University Press, 1991), en especial, los Capítulos 57 a 61; MARMOR, Andrei, *Positive Law and Objective Values*, p. 69 (Oxford: Oxford University Press, 2001); SCHMILL, Ulises, *Derecho y Lógica*, en *Isonomía* 1, ps 11-26 (1994); HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, *Sobre la concepción lógica de las normas*, en *Isonomía* 18 (2003), ps. 79-110.

⁷ Al respecto, véase los trabajos de RAZ, *Legal Positivism and the Sources of Law, The Institutional Nature of Law*, en *The Authority of Law* (Oxford: Oxford University Press, 1979). *Authority, Law and Morality, The Inner Logic of the Law, On the Autonomy of Legal Reasoning*, en RAZ, Joseph, *Ethics in the Public Domain* (Oxford: Oxford University Press, 1994).

o positivismo incluyente. Por consiguiente, las consecuencias de su análisis tienen una enorme importancia no sólo en la explicación de la naturaleza del derecho sino también como una reconstrucción de los compromisos conceptuales del positivismo jurídico. A diferencia de los debates generados por las ideas de Raz sobre la autoridad o el positivismo incluyente⁸, las consecuencias de su doctrina de los enunciados jurídicos y las funciones del derecho no han suscitado mayores polémicas en la filosofía jurídica contemporánea. Esta falta de análisis crítico no significa, sin embargo, que las tesis defendidas por Raz carezcan de interés. Por el contrario, su doctrina de los enunciados jurídicos conduce a rechazar las normas derivadas, y las razones que subyacen a su propuesta se vinculan de manera directa con aspectos centrales de una teoría del derecho. En particular, Raz intenta mostrar que admitir la existencia de normas derivadas borra la distinción entre creación y aplicación del derecho.

El objeto principal de este trabajo es refutar este tipo de argumentos. Dado que Raz ha desarrollado sólo de manera incidental la conexión entre normas derivadas y funciones del derecho, la atribución de estos argumentos es más bien de naturaleza exploratoria que explicativa. Por ello, aunque en muchos pasajes de este artículo el análisis será apoyado en citas textuales de Raz, la pretensión no es ofrecer una exégesis de su pensamiento. Más bien, el propósito es explorar argumentos que se pueden extraer de sus propuestas, con independencia del apoyo explícito que ellos hayan recibido.

II. Enunciados aplicados, puros y lógicamente puros

La discusión acerca de las normas derivadas está íntimamente conectada al problema del conocimiento del derecho y las condiciones de verdad de los enunciados jurídicos, i. e., afirmaciones acerca de lo que se debe (puede) hacer conforme al derecho. Como hemos señalado, las normas derivadas son relevantes ya que son usadas para determinar el status normativo de una acción, y por esta razón tienen una directa relevancia sobre las condiciones de verdad de los enunciados jurídicos.

⁸ Véase, por ejemplo, WALUCHOW, W., *Inclusive Legal Positivism* (Oxford, Oxford University Press, 1994).

PABLO NAVARRO

Los enunciados jurídicos son una clase de enunciados normativos. Un enunciado es normativo cuando la existencia de una norma es una condición necesaria para su verdad⁹. Raz señala que la existencia de las normas es un hecho específico, y en el caso de las normas jurídicas, ello significa que estos hechos son fuentes sociales que pueden ser identificadas sin usar argumentos morales. A su vez, Raz rechaza la equivalencia entre enunciados normativos y proposiciones que afirman que existe una norma que resuelva específicamente el caso en cuestión¹⁰:

La existencia de las normas es sin dudas un hecho. Podemos decir “Es un hecho que existe una norma que...” y si tal enunciado es verdadero, entonces es un hecho que existe tal norma. Pero, aun si todo enunciado deóntico verdadero o justificado enuncia un hecho (“el hecho de que uno debe ϕ ”, etc.) no se sigue que cualquiera de estos enunciados establezca que hay una norma.

La teoría de los enunciados jurídicos de Raz ofrece dos distinciones importantes. Por una parte, la diferencia entre enunciados puros y aplicados, y por otra parte entre enunciados puros y lógicamente puros. Los enunciados puros son verdaderos en virtud de la existencia de ciertas normas, y los enunciados aplicados son aquellos cuya verdad depende de la existencia de normas y de la ocurrencia de ciertos hechos. Por ejemplo, el enunciado que señala que Juan debe ser condenado con prisión es verdadero en virtud de una norma que castiga con prisión el homicidio y del hecho de que Juan cometió un homicidio. Mientras la diferencia entre enunciados puros y aplicados sirve para mostrar que las calificaciones normativas de las acciones no dependen únicamente de las decisiones de las autoridades normativas, la distinción entre enunciados puros y enunciados lógicamente puros tiene una profunda influencia en la individuación de las normas y en la reconstrucción de las funciones del derecho. Como veremos más adelante, estas distinciones sugieren que Raz no considera que las consecuencias ló-

⁹ RAZ, Joseph, *The Concept of a Legal System*, 2ª ed., p. 49 (Oxford: Oxford University Press, 1980). Véase, también, RAZ, Joseph, *The Identity of Legal Systems*, en *The Authority of Law* cit., p. 80.

¹⁰ RAZ, Joseph, *Legal Validity*, en *The Authority of Law* cit., p. 147.

gicas de las normas formuladas puedan también ser consideradas “normas”. Ello conlleva una solución radical al problema de las normas derivadas ya que lisa y llanamente el derecho no contendría tales entidades.

1. *Enunciados puros y lógicamente puros*

La existencia de una norma es una condición necesaria para la verdad de los enunciados normativos. A su vez, un enunciado normativo es puro cuando la existencia de una norma es suficiente para hacerlo verdadero. De allí se sigue que un enunciado es puro cuando la existencia de una norma es una condición necesaria y suficiente para su verdad. Dado que un enunciado jurídico puede ser verdadero por diferentes razones (i. e., sus condiciones de verdad están sobredeterminadas), es posible que un enunciado puro también pueda ser calificado como un enunciado aplicado cuando entre sus condiciones de verdad se pueden señalar otros hechos diferentes a la existencia de una norma. Por esta razón, Raz analiza una clase especial de enunciados puros y afirma que los enunciados jurídicos *lógicamente puros* son aquellos cuyas condiciones de verdad incluyen únicamente a los hechos creadores de derecho¹¹. Los enunciados del tipo “Hay una norma que p” son lógicamente puros ya que son verdaderos únicamente en virtud de hechos creadores de derecho¹², o dicho de otro modo, por razones lógicas, no pueden ser enunciados aplicados. Sería tentador sostener que la forma lógica de los enunciados lógicamente puros es siempre la de un enunciado existencial que afirma la existencia de una cierta norma. Sin embargo, para Raz, estos enunciados acerca de la existencia de normas son sólo una subclase de enunciados lógicamente puros y, por ello, señala¹³:

Puede pensarse que “Hay una norma que p” es la forma característica de todos los enunciados jurídicos lógicamente puros de igual manera a que “jurídicamente p” es la forma característica de todos los enunciados jurídicos. Pero éste es un error. Muchos enunciados

¹¹ RAZ, Joseph, en *Postscript*, en *The Concept of a Legal System* cit., p. 220.

¹² RAZ, en *Postscript* cit., p. 218.

¹³ RAZ, en *Postscript* cit., p. 219.

PABLO NAVARRO

jurídicos lógicamente puros no pueden expresarse mediante el uso del operador “Hay una norma...” Considérese el enunciado: “Las mujeres mayores de 45 años deben pagar el impuesto a los ingresos”. Es verdadero y sólo verdadero en virtud del derecho. Las leyes impositivas determinan que la responsabilidad de pagar impuestos a los ingresos es independiente del sexo o edad; de allí que las mujeres mayores de 45 años, como cualquier otro, sean responsables de pagar impuestos a los ingresos. Seguramente hay un enunciado lógicamente puro que establece que las mujeres mayores de 45 años deben pagar impuestos a los ingresos y que ello sea el resultado del derecho mismo y no el resultado de cualquier otro hecho aplicativo. Tal enunciado lógicamente puro es expresado mediante enunciados tales como (1) “Conforme al derecho las mujeres mayores de 45 años deben pagar impuestos”. El enunciado (2) “Hay una norma que las mujeres mayores de 45 años deben pagar impuestos”, lejos de ser sinónimo de (1), es en realidad falso mientras que (1) es verdadero. Que las mujeres mayores de 45 años deben pagar impuestos es el resultado de las disposiciones generales de las leyes impositivas. No hay una ley especial sobre su responsabilidad.

Este párrafo muestra con claridad que Raz distingue entre, al menos, dos tipos de enunciados lógicamente puros. Por una parte, aquellos enunciados que pueden ser presentados mediante el giro lingüístico “Conforme al derecho...” y, por otra parte, aquellos enunciados que afirman “Hay una norma que...” Con esta distinción, Raz rechaza que los enunciados lógicamente puros sean equivalentes a proposiciones que afirman que existe una cierta norma.

Sin embargo, la expansión de la clase de enunciados lógicamente puros genera dudas acerca de las diferencias entre estos enunciados y los enunciados jurídicos puros. Si un enunciado es lógicamente puro cuando no puede ser verdadero más que en virtud de hechos creadores de derecho, entonces es dudoso que el ejemplo de Raz, “Conforme al derecho las mujeres mayores de 45 años deben pagar impuestos” sea un ejemplo de enunciado lógicamente puro. En cualquier caso, la diferencia no radica en una cuestión de la *forma lógica* (i. e., en la naturaleza y función) de un cierto enunciado, sino más bien en cuestiones contingentes acerca de las normas que ha promulgado el legislador. Por consiguiente, parece más conveniente restringir el uso de

la expresión enunciados *lógicamente* puros a aquellos enunciados que no pueden ser usados más que para afirmar que existe una cierta norma.

Esta solución, sin embargo, es rechazada por Raz y ello provoca algunos problemas en su teoría de los enunciados jurídicos. La existencia de una norma, que es un dato clave para determinar si un enunciado es puro, lógicamente puro o aplicado, depende de criterios específicos, como por ejemplo, su promulgación por parte de una autoridad competente. Dado que las normas formuladas no se refieren explícitamente a la mayoría de las situaciones que ellas resuelven, parece forzoso admitir que hay algún *otro* hecho que permite conectar a una norma expresamente formulada con las situaciones generales o particulares a las que ellas implícitamente se refieren. Por ejemplo, para que una norma que establece que todos los ingleses deben pagar impuestos a las ganancias sea aplicable a las mujeres inglesas mayores de 45 años son necesarias ciertas convenciones lingüísticas y reglas de inferencia, etcétera. Estas reglas permiten correlacionar la norma expresamente formulada con otras situaciones que no han sido explícitamente mencionadas por las autoridades. Pero, ello equivale a afirmar que el hecho de que la norma “Todos los ingleses deben pagar impuesto a las ganancias” haya sido formulada por una autoridad no es una condición suficiente para la verdad del enunciado jurídico “Las mujeres inglesas mayores de 45 años deben pagar el impuesto a las ganancias”. Como los enunciados jurídicos puros son aquellos en los que la existencia de una norma es una condición necesaria y suficiente para su verdad se sigue que (i) o bien Raz se equivoca cuando afirma “Las mujeres inglesas mayores de 45 años deben pagar impuestos a las ganancias” es un enunciado lógicamente puro, o bien (ii) Raz se equivoca cuando sostiene que no existe una norma que establece específicamente que las mujeres mayores de 45 años deben pagar impuesto a las ganancias.

Una manera de disolver este problema sería admitir que el enunciado “Las mujeres inglesas mayores de 45 años deben pagar impuestos a las ganancias” es lógicamente puro ya que su valor de verdad depende de la existencia de una norma derivada, que se encuentra implícita en la formulación de la norma “Todos los ingleses deben pagar impuesto

PABLO NAVARRO

a las ganancias”. Como es bien conocido, esta es la solución que proponen Alchourrón y Bulygin cuando sostienen¹⁴:

Es un hecho de capital importancia que los juristas consideran como *derecho* válido no sólo los enunciados identificados como válidos de conformidad con los criterios de identificación vigentes, sino también los enunciados que son *consecuencias* de tales enunciados. Así, para dar un ejemplo trivial, pero suficientemente ilustrativo, de lo que queremos decir, parece indudable que si en una ley figura el enunciado “Todos los ciudadanos mayores de 22 años tienen derecho al voto” y esa ley se acepta como derecho válido, entonces el enunciado “Los ciudadanos de 30 años de edad tienen derecho al voto”, que es una consecuencia (se infiere) del enunciado anterior, también será considerado como un enunciado de derecho válido, aunque no figure expresamente en dicha ley.

Sin embargo, Raz se resiste a esta conclusión y su rechazo está intrínsecamente ligado a la distinción entre enunciados puros y aplicados, y con la reconstrucción de los procesos de creación y aplicación del derecho. Veremos en detalle este argumento en la próxima sección.

2. *Enunciados puros y aplicados*

La distinción entre enunciados puros y aplicados es introducida por Raz de la siguiente manera¹⁵:

Un enunciado normativo es puro si la existencia de ciertas normas es suficiente para hacerlo verdadero. Es un enunciado aplicado si hay una norma y un hecho que son conjuntamente suficientes para hacerlo verdadero, pero ninguno de ellos por separado es suficiente para su verdad. Un enunciado es puro y aplicado si hay dos conjuntos independientes de condiciones que son suficientes para su verdad, y en virtud de uno es puro y en virtud del otro es aplicado.

Supongamos un sistema que contiene las siguientes normas: (1) “Todos los habitantes de una ciudad mayor de 10.000 habitantes deben pagar el impuesto A” y (2) “Todos los habitantes de Córdoba deben

¹⁴ ALCHOURRÓN y BULYGIN, *Normative systems* cit., ps. 69-70.

¹⁵ RAZ, *The Concept of a Legal System* cit., p. 49.

pagar el impuesto A”. Conforme a este sistema, el enunciado “Los habitantes de Córdoba deben pagar el impuesto A” es tanto un enunciado puro como aplicado, ya que en virtud del hecho de que Córdoba tenga más de 10.000 habitantes se aplica a los cordobeses la norma (1), y, a su vez, el enunciado jurídico es puro ya que la existencia de la norma (2) es suficiente para su verdad.

A diferencia de lo que ocurre con los enunciados puros, en el caso de los enunciados aplicados la existencia de una norma es únicamente una condición contribuyente de su verdad. La distinción entre enunciados jurídicos puros y aplicados es especialmente importante por dos razones: (A) la descripción apropiada del derecho y (B) la naturaleza de los hechos creadores de normas jurídicas.

1.A) *La descripción apropiada del derecho*

El conjunto de todos los *enunciados puros* que se refiere a un sistema jurídico describe completamente ese sistema, y el contenido de ese sistema puede ser identificado mediante la indicación del “conjunto total” de enunciados puros verdaderos que se refiere a ese sistema. Es obvio que dos diferentes conjuntos de enunciados pueden ser equivalentes, o un conjunto puede estar implicado por otro, y por ello un mismo sistema normativo puede admitir más de una descripción completa por medio de diversos conjuntos totales de enunciados. Una descripción completa de un sistema jurídico es una *descripción apropiada* sólo si cada enunciado describe completamente una norma y ninguna norma es descripta por más de un enunciado. El *conjunto apropiado* depende de los criterios de individualización de normas, i. e., del modo en que se articulan diferentes fragmentos del material normativo para formar una norma completa. Una tesis central de Raz es que los criterios para individualizar normas dependen de la estructura de un sistema jurídico, y por consiguiente no es posible separar una descripción apropiada del derecho de su reconstrucción sistemática¹⁶.

De acuerdo con esta propuesta, el problema de las normas derivadas puede ser formulado de la siguiente manera: Supongamos un conjunto

¹⁶ RAZ, *The Concept of a Legal System* cit., p. 170.

PABLO NAVARRO

de enunciados normativos (EN) que son verdaderos en virtud de las consecuencias lógicas de normas formuladas por una autoridad. La primera pregunta a considerar es si este conjunto EN forma parte de una descripción completa de un sistema jurídico. Dado que una descripción completa incluye sólo a enunciados puros es necesario responder previamente a otro interrogante: ¿Los enunciados del conjunto EN son puros o aplicados? Si las normas derivadas sólo justificasen la verdad de enunciados jurídicos aplicados, entonces la descripción de estas normas no forma parte ni del conjunto total ni del conjunto apropiado. En virtud de que el conjunto total agota la descripción de las normas del sistema, ello implica que las normas derivadas no son parte de ese sistema jurídico. Más adelante consideraremos esta alternativa.

Por el contrario, si la existencia de las normas derivadas fuese suficiente para la verdad de un enunciado normativo, ello convertiría a EN en enunciados puros. Por consiguiente, bajo esta hipótesis, los enunciados de EN forman parte del conjunto total. Esta última solución, sin embargo, no está libre de problemas. Dado que las consecuencias lógicas de un conjunto son infinitas, se sigue que existirían infinitas normas derivadas, y ello da lugar a la pregunta acerca de si infinitos enunciados puros pueden formar parte de una descripción apropiada de un sistema. Dado que no parece plausible sostener que un conjunto infinito de enunciados es una descripción apropiada de un sistema, la conclusión es que la identificación y descripción de normas derivadas tiene que ser cuidadosamente distinguida de la identificación y descripción de las normas del sistema. En otras palabras, aunque Raz sostiene que una descripción apropiada es una descripción completa de un sistema normativo, la pertenencia de las normas derivadas mostraría que el conjunto total de enunciados, que describe completamente a un sistema, no coincide con su descripción apropiada.

Una manera de evitar esta conclusión es señalar que una *descripción apropiada* es una descripción *satisfactoria* con relación a ciertos propósitos de los juristas o teóricos del derecho. En algunas ocasiones, una descripción útil sólo incluye las normas generales promulgadas por el legislador, mientras que en otras ocasiones, una descripción útil

tendrá que hacer referencia a normas consuetudinarias, precedentes u otras fuentes del derecho. Por ejemplo, Eugenio Bulygin sostiene¹⁷:

...el sistema jurídico (y, por ende, el orden jurídico) ha de ser reconstruido de manera tal que su base sólo incluya normas generales y no las normas individuales, como, por ejemplo, las sentencias judiciales. La descripción completa del derecho vigente en un momento dado no incluiría seguramente tales normas individuales; una especificación completa de las normas generales vigentes en el momento requerido sería considerada, sin duda, como una descripción satisfactoria. Por estas razones considero conveniente limitar la base del sistema a normas generales; las normas individuales formarán parte del sistema sólo a título de consecuencias lógicas en virtud del principio de deducibilidad.

Mientras que una descripción *satisfactoria* de la base de un sistema normalmente no incluirá a las normas derivadas, una descripción *completa* tendrá que tener en cuenta que un sistema comprende un infinito número de normas derivadas. Aunque esta solución pueda parecer contraintuitiva, no se aleja de las prácticas ordinarias de los juristas. De hecho, los juristas no se ocupan de una descripción completa de un sistema, y sólo se limitan a la tarea de analizar sistemáticamente una parte de las normas que forman la base de un sistema normativo¹⁸.

1.B) *La naturaleza de los hechos que crean y aplican normas*

Una manera de evitar las complicaciones analizadas anteriormente sería considerar como enunciados aplicados a los enunciados que son verdaderos en virtud de las consecuencias lógicas de las normas formuladas. Ello exige analizar brevemente la naturaleza de los hechos que aplican normas y su relación con los hechos que intervienen en la creación de normas jurídicas. En la concepción del positivismo que defiende Raz, los hechos que hacen verdaderos a los enunciados puros son las fuentes del derecho, y su existencia y contenido tienen que ser establecidos sin necesidad de desarrollar argumentos morales. A

¹⁷ BULYGIN, Eugenio, *Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos*, en *Doxa*, Nº 9 (1991), p. 262.

¹⁸ ALCHOURRÓN y BULYGIN, *Normative System* cit., ps. 68-69.

PABLO NAVARRO

su vez, entre los hechos que determinan el valor de verdad de un enunciado aplicado no pueden contarse a los hechos *creadores* de normas, ya que ello transformaría a cualquier enunciado jurídico puro en un enunciado aplicado. La clase de hechos relevantes para determinar el valor de verdad de los enunciados normativos puede, entonces, dividirse en dos categorías: hechos creadores y hechos aplicativos de normas. Ahora bien, ¿el hecho de que una norma derivada sea una consecuencia lógica de otra norma formulada cuenta como un hecho creador o aplicativo?

En principio, parece razonable admitir que las clases de los hechos creadores y los que aplican normas son mutuamente excluyentes respecto al valor de verdad de un enunciado jurídico, pero es menos claro si ambas clases de hechos son conjuntamente exhaustivas. Esta cuestión es directamente relevante para el problema de las normas derivadas. Las normas derivadas dependen de las reglas de inferencia en el sentido de que sólo puede preguntarse por las normas implícitas de un determinado conjunto de normas una vez que se han identificado las reglas de inferencia que determinan las consecuencias lógicas de ese conjunto. Sin embargo, es poco razonable señalar que el hecho de que ciertas reglas de inferencia permitan extraer una cierta conclusión normativa es un hecho creador de normas. Por consiguiente, los hechos que determinan el valor de verdad de un enunciado que se refiere a normas derivadas son de dos clases: los hechos creadores de normas formuladas y el uso de determinadas reglas de inferencia. En conclusión, esta distinción sugiere que las normas derivadas sólo pueden fundamentar la verdad de enunciados aplicados.

Lo mismo ocurre con las convenciones lingüísticas. Por ejemplo, supongamos que en una cierta comunidad existe una regla que determina que los contratos celebrados en domingo son sacrílegos, y además existe una norma que establece que los contratos sacrílegos son inválidos. El enunciado que afirma que los contratos celebrados en domingo son inválidos no es verdadero únicamente en virtud de la existencia de la norma que dispone la invalidez de contratos sacrílegos sino que también es necesario que exista una regla semántica que incluya a la clase de contratos celebrados en domingo en la clase de los contratos sacrílegos. Ello parece descartar que ese enunciado sea jurídicamente

puro. Pero, el enunciado “los contratos celebrados en domingo son inválidos”, ¿es un enunciado aplicado? Raz parece conectar la respuesta a esta pregunta con la distinción entre creación y aplicación del derecho.

III. Creación y aplicación del derecho

La razón para distinguir entre enunciados lógicamente puros y otros enunciados tiene que estar apoyada por consideraciones teóricas relevantes. Raz intenta destacar que los enunciados lógicamente puros tienen una especial relación con los hechos creadores de derecho, y por ello, estas distinciones conectan directamente con las funciones de creación y aplicación del derecho. Según Raz¹⁹:

La distinción entre enunciados lógicamente puros y otros enunciados jurídicos es importante porque refleja la diferencia entre hechos de creación y hechos de aplicación del derecho, que es una distinción que se encuentra entre los fundamentos de nuestra comprensión del derecho.

Admitir la existencia de normas derivadas impediría distinguir claramente entre la creación y aplicación de normas, y dado que ésta es una diferencia central en nuestra reconstrucción del derecho, es preciso abandonar la doctrina que las normas derivadas.

La reconstrucción del esquema conceptual de Raz sugiere que el problema de las normas derivadas tiene una fácil solución ya que únicamente existen aquellas normas expresamente formuladas. Los enunciados que identifican consecuencias lógicas de las normas expresamente formuladas no muestran que existan otras normas sino que sólo aplican normas generales a otras situaciones. En otras palabras: las normas derivadas no serían “genuinamente” normas, es decir, dado que no hay un hecho que sea la “fuente” de las normas derivadas, la afirmación acerca de la existencia de normas derivadas sería sólo una manera elíptica de aplicar una norma general a otras situaciones. La idea central de Raz puede extraerse del siguiente ejemplo²⁰.

¹⁹ RAZ, *Postscript* cit., p. 219.

²⁰ RAZ, *Legal Validity*, en *The Authority of Law* cit., p. 147.

PABLO NAVARRO

Considérense los siguientes tres enunciados: (1) Todos deben mantener sus promesas. (2) Las mujeres deben mantener sus promesas. (3) Juan debe darme \$ 5 (porque él ha prometido eso). Claramente sólo el primero establece (*states*) una norma... los otros dos son verdaderos en virtud de la norma que establece el primero. Ellos por sí mismos no establecen normas. Ellos aplican normas a situaciones generales o particulares.

Esta frase sugiere que los enunciados jurídicos, cuya verdad depende de las consecuencias lógicas de las normas derivadas, son enunciados aplicados. La función de estos enunciados es, precisamente, aplicar normas generales a otras situaciones generales o a circunstancias particulares. Así, en tanto que ninguna de las autoridades ha declarado explícitamente que Juan debe darme \$ 5, el fundamento del enunciado “Juan debe darme \$ 5” no es la existencia de una norma individual que prescribe “Juan debe darme \$ 5” sino la aplicación de una norma general a ciertos eventos particulares. Pero, como hemos señalado anteriormente, si la función de los enunciados aplicados es aplicar normas, entonces, el enunciado “Las mujeres inglesas mayores de 45 años deben pagar impuestos a las ganancias” sería un enunciado aplicado ya que su función es aplicar la norma “Todos los ingleses deben pagar el impuesto a las ganancias”. Raz rechaza esa posibilidad y no sólo niega que el enunciado “Las mujeres inglesas mayores de 45 años deben pagar impuestos a las ganancias” sea un enunciado aplicado (aun cuando aplica la norma general) sino que además remarca que este enunciado es lógicamente puro (aun cuando no fuese verdad que este enunciado afirme que existe una norma según la cual esas mujeres tienen la obligación de pagar los impuestos).

Una complicación adicional en la reconstrucción de los enunciados jurídicos que propone Raz surge por la siguiente razón. Raz advierte que identificar y aplicar las consecuencias lógicas de una norma promulgada parece una tarea conceptualmente ligada al reconocimiento de la validez de las normas expresamente formuladas por la autoridad. Como bien señala Raz, la distinción entre normas explícitas y normas implícitas está presupuesta por un modelo “comunicativo” de derecho.

Según este modelo, el derecho es paradigmáticamente producido por acciones deliberadas, que se manifiestan en la formulación de normas²¹:

Al referirse al derecho implícito uno tiene en mente [...] el hecho familiar de que el derecho dice más de lo que explícitamente establece, que hay más en su contenido que aquello expresamente establecido en fuentes tales como la legislación y los precedentes judiciales.

Esta idea debe ser evidente por sí misma para cualquiera que conciba al derecho como una creación de acciones humanas, y particularmente, como emergiendo de actos comunicativos tales como la promulgación de leyes o sentencias judiciales. Es un rasgo universal de la comunicación humana que aquello que se dice es más que lo que se estableció expresamente e incluye lo que está implicado.

Las tesis de Raz apuntan a reconciliar la relevancia del contenido conceptual implícito en las normas expresamente formuladas y una concepción de las normas, que vincula su existencia a decisiones explícitas de las autoridades²². En otras palabras: Raz admite que el derecho incorpora mucho más de lo que explícitamente se promulga, pero no está dispuesto a admitir que ese contenido conceptual implícito sea una buena razón para afirmar que existen “normas derivadas”.

Es conveniente evitar cuidadosamente una disputa verbal acerca del uso de la expresión “existencia de normas” ya que rara vez una discusión sobre las palabras sirve para resolver problemas teóricos. Mediante los términos “norma jurídica” Raz se refiere a las normas que las autoridades jurídicas han formulado expresamente, y, como hemos señalado al inicio de este trabajo, una característica de las normas derivadas es que ellas son implícitas, es decir no han sido formuladas. Así, si todas las normas son formuladas se sigue trivialmente que no existen “normas” derivadas. Pero esta conclusión no es una solución del problema de las normas derivadas, sino sólo una manera de ignorarlo. Por ello, en lugar

²¹ RAZ, Joseph, *Dworkin: A New Link in the Chain*, en *California Law Review* LXXIV (1986), ps. 1106-1107.

²² La reconstrucción formal más depurada de este enfoque ha sido proporcionada por Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin en *La concepción expresiva de las normas*, en ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Análisis Lógico y Derecho*, ps. 121-153 (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991).

PABLO NAVARRO

de avanzar una polémica sobre cómo debemos utilizar la expresión “norma jurídica”, introduciremos otra noción de norma, y analizaremos si esta noción de norma puede servir para explicar la creación y aplicación de normas jurídicas. En caso de que la nueva noción de norma pueda cumplir esta tarea, gran parte del atractivo de la propuesta de Raz habrá desaparecido y podremos explorar otros argumentos y alternativas sin las restricciones que surgen de sus definiciones.

Una característica central de las normas es que determinan normativamente acciones o estados de cosas. Una acción está normativamente determinada cuando es prohibida o permitida por una norma o conjunto de normas. Esta capacidad de modalizar acciones es el rasgo paradigmático de cualquier norma. Tanto las normas jurídicas como las morales regulan conductas, calificándolas como obligatorias, prohibidas o permitidas, y toda calificación deóntica de una acción es suficiente para sostener que hay una norma que califica esa conducta. Esta concepción de las normas permite superar muchos de los inconvenientes que frustraron los trabajos de aquellos que pretendían mostrar que la forma, estructura o contenido de las normas sirven como criterio para distinguir entre normas jurídicas y normas morales. Así, aunque las obligaciones jurídicas son el resultado paradigmático de decisiones expresas de las autoridades, comunicadas a sus destinatarios mediante una formulación específica, ello no quiere decir que la diferencia entre normas jurídicas y morales resida en el hecho de que las normas jurídicas son expresamente promulgadas y las morales carecen de formulación específica. La razón es que aun cuando fuese verdad que la existencia del derecho está conceptualmente ligada a la existencia de autoridades que formulan expresamente normas, no se sigue de allí que *todas* las normas del derecho sean explícitamente promulgadas. Más bien, la diferencia entre las normas jurídicas y morales radica en que las normas jurídicas forman parte de sistemas normativos con rasgos específicos, i. e., normatividad, coactividad e institucionalización. Al respecto, Raz señala²³:

Considero que el deseo de adscribir a cada regla del derecho los rasgos característicos del derecho en su totalidad, es responsable de

²³ RAZ, Joseph, Prefacio a la edición española, en *El Concepto de Sistema Jurídico*, p. 6 (México: UNAM, 1986).

NORMAS DERIVADAS Y ENUNCIADOS JURÍDICOS

la tendencia de considerar a todas las reglas del derecho como constituyendo una o dos clases. Una regla es una regla jurídica porque pertenece a un sistema de reglas que posee el carácter de derecho, aun si la propia regla es indistinguible de una regla moral o de cualquier otra regla.

Si las normas son calificaciones deónticas de las conductas, con independencia de que ellas hayan sido formuladas expresamente por las autoridades, entonces puede ser falso afirmar –como hace Raz– que el enunciado aplicado “Juan debe darme \$ 5” no tiene fundamento en una norma específica. Podría sostenerse que existe una norma individual que se deriva como consecuencia lógica de una norma general acerca de las promesas y ciertos hechos particulares, e. g., la promesa de Juan. Como hemos señalado, esta concepción de las normas no se centra en la formulación de una prescripción sino en la calificación normativa de una acción. Para esta concepción, si el enunciado normativo “Juan debe darme \$ 5” es verdadero entonces también es verdadera la proposición “Existe una norma que prescribe Juan debe darme \$ 5”. En otras palabras, la existencia de una norma no es otra cosa que la modalización deóntica de una conducta. Si el operador deóntico afecta a una clase de situaciones o clases de individuos, la norma es de carácter general, mientras que cuando la modalidad deóntica afecta a individuos determinados o situaciones específicas, la norma es individual.

Dado que los enunciados (1) “Todos deben cumplir las promesas” y (2) “Juan debe darme \$ 5” tienen diferente significado, es posible sostener que sus condiciones de verdad reflejan la existencia de distintas normas. Mientras que el fundamento del primer enunciado es la existencia de una norma general, el fundamento de verdad del segundo es la existencia de una norma individual. Sin dudas (2) puede ser considerada como una *aplicación* de (1) a una situación particular, pero ello es irrelevante para determinar si *existe* una norma individual, además de la norma general que prescribe que todos deben cumplir sus promesas. Después de todo, como hemos señalado al comienzo de este trabajo, un rasgo característico de las normas derivadas es que ellas se encuentran “implícitas” en las normas promulgadas.

Estas relaciones entre normas derivadas y la creación y aplicación

PABLO NAVARRO

del derecho es especialmente relevante para dar cuenta de la noción de justificación de decisiones judiciales. En particular, hay que destacar que no toda formulación de una norma cuenta como creación de derecho, ni toda derivación de una norma individual muestra que los jueces no han creado derecho. Una decisión judicial se encuentra justificada cuando puede ser reconstruida como una inferencia normativa válida. Sin embargo, la mención de una norma en una inferencia normativa no es suficiente para justificar una decisión normativa, sino que es necesario *usarla* como premisa²⁴. Cuando la premisa de una inferencia normativa es una norma (y no un enunciado que menciona una norma), no es sorprendente que encontremos *otra norma* en la conclusión. Si existe esa otra norma en la conclusión, entonces es también verdadero el enunciado que describe que existe una norma derivada.

A este argumento podría replicarse de la siguiente manera: es verdad que la norma general que se invoca como premisa en una decisión judicial es diferente de la norma que se obtiene como conclusión en la inferencia normativa del juez. Sin embargo, eso sólo muestra que la formulación de la norma individual por parte del juez es una condición necesaria para la existencia de esa norma. Las normas individuales sólo existirían cuando han sido formuladas por el intérprete o el órgano de aplicación de la norma. Por ejemplo, Kelsen sostenía que las normas individuales existían sólo cuando han sido formuladas por una autoridad competente. Sin embargo, este decisionismo radical es rechazado por Raz de la siguiente manera²⁵:

Esto conduce directamente a la conclusión de que el razonamiento práctico es imposible y el discurso teórico es igualmente imposible o completamente inútil. El parlamento puede legislar que todos deben pagar un porcentaje de los ingresos como un impuesto. Con-

²⁴ ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico*, en ALCHOURRÓN y BULYGIN, *Análisis Lógico y Derecho* cit., p. 319. Véase, también, BULYGIN, Eugenio, *Lógica Deóntica*, en ALCHOURRÓN, Carlos *et al.* (eds.), *Lógica. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, ps. 139-140 (Madrid: Trotta, 1995).

²⁵ RAZ, Joseph, *Kelsen's General Theory of Norms. Critical Study*, in *Philosophia* 6 (1976), p. 503.

forme a esta nueva doctrina kelseniana, no se sigue que debo pagar el impuesto. Sólo si y cuando una autoridad me ordene pagar tendré que pagar el impuesto. Pero no hay razón por la que el funcionario deba ordenarme esto. Es verdad que hay una norma que requiere a los funcionarios que exijan el pago a los evasores, pero por la misma lógica enloquecida ni este funcionario ni alguna otra autoridad están obligados a exigirme el pago.

De este párrafo se desprende que la calificación normativa de un comportamiento no requiere de una decisión explícita por parte de las autoridades, y de igual manera sugiere que el hecho de que una autoridad formule una norma no cuenta siempre como creación de derecho. Más bien, el juez formula una norma que ya estaba implícita en el ordenamiento. En otras palabras, no tiene sentido decir que el juez *ha creado* una norma particular cuando sólo ha formulado expresamente una consecuencia lógica de la norma general y otros hechos relativos al caso individual. Un juez que formula explícitamente una norma que se deduce de otras normas del sistema no ha *creado* una nueva norma sino que ha *aplicado* otras normas²⁶.

Si las normas son paradigmáticamente modalizaciones deónticas de las conductas, entonces las autoridades crean “nuevas normas” sólo en la medida en que cambian el status normativo de las acciones o estados de cosas. En otras palabras, dado que las normas jurídicas tienen por función calificar el comportamiento, parece natural sostener que el derecho cambia únicamente cuando se modifica aquello que debemos o podemos hacer. Si el legislador formula una prescripción completamente redundante, entonces no ha creado una nueva norma ya que no se han modificado nuestros derechos y obligaciones. De igual manera, cuando se cambia la “interpretación” de una norma es frecuente que se opere también un cambio en el derecho ya que, sin alterar la formulación normativa, los intérpretes correlacionan casos y calificaciones normativas de manera diferente.

Estos argumentos muestran que la formulación de las normas, que es un fenómeno de indiscutible relevancia en el análisis del derecho,

²⁶ BULYGIN, Eugenio, *Sentencia judicial y creación de derecho*, en *Análisis Lógico y Derecho* cit., ps. 359-361, y *Los jueces, ¿crean derecho?*, en *Isonomía* 18 (2003), ps. 11-14.

PABLO NAVARRO

no sirve como demarcación de los procesos de creación y aplicación del derecho. Por esta razón, una vez que se advierte que esta última clasificación no aporta nada a la discusión sobre la existencia de las normas derivadas, es conveniente abordar el problema de las normas derivadas desde una perspectiva diferente a la que ofrece Raz, y, de esta manera, dar cuenta de la práctica de los juristas de defender sus afirmaciones en normas que se derivan de las que ha formulado expresamente el legislador.

IV. Conclusiones

En este trabajo hemos intentado clarificar la semántica de los enunciados jurídicos y, mediante el análisis de sus condiciones de verdad, se han sentado las bases para una solución al problema de las normas derivadas. La estrategia de este artículo ha sido avanzar sobre algunas de las tesis que Raz ha sostenido y que conducen a un rechazo de la existencia de ese tipo de normas. Se ha mostrado que, aun cuando Raz niegue la existencia de normas derivadas, admite que existe un contenido implícito en el derecho, que tiene la misma función y relevancia que las normas derivadas. Podría sostenerse que la diferencia entre “contenido implícito” y “normas derivadas” es meramente verbal y que, por consiguiente, el debate con Raz es únicamente una disputa terminológica, es decir una polémica acerca del uso de palabras. Una vez que se hacen explícitas las definiciones, la única opción sería seguir las estipulaciones propuestas por Raz o proponer otras diferentes.

Esta sería, sin embargo, una manera incompleta, por decir lo menos, de reconstruir el debate. Al respecto es conveniente recordar, como señalaba Hart²⁷, que:

...las dos alternativas que esta vía sumaria de tratar el problema ofrece (“¿Observaremos la convención lingüística existente o nos apartaremos de ella?”), no son exhaustivas; porque, al lado de ellas, está la alternativa de explicitar y examinar los principios que han guiado el uso existente.

²⁷ HART, H. L. A., *The Concept of Law*, 2ª ed., en RAZ, J. *et al.* (eds.), p. 215 (Oxford: Oxford University Press, 1994).

En este sentido, un examen cuidadoso de los usos de una expresión puede revelar que “la extensión de los términos generales de cualquier disciplina sería nunca carece de su principio o fundamento racional, aunque puede ocurrir que éste no sea obvio”²⁸. Por ello hemos explorado las razones que respaldan la concepción de Raz sobre la existencia de normas derivadas y hemos mostrado que ellas se vinculan a la función del derecho de regular su propia producción. Al mostrar que las normas derivadas no desdibujan la diferencia entre creación y aplicación del derecho, y que ellas son bastante útiles para explicar la tarea que desarrollan los juristas al sistematizar un determinado conjunto de normas expresamente formuladas, hemos allanado el camino para analizar claramente si la incorporación de normas es compatible con la autoridad del derecho. Esta tarea, sin embargo, deberá ser emprendida en otro trabajo.

²⁸ HART, *The Concept of Law* cit., p. 215.

CRÍTICA LITERARIA E INTERPRETACIÓN JURÍDICA, LOS SENDEROS QUE SE UNEN EN LA INDETERMINACIÓN

por CLAUDIO MARTYNIUK*

¿Acaso cuanto más atentamente se estudie un texto, más insidiosamente se le borre el sentido o la legibilidad?

Un género que podría emparentarse con la literatura fantástica es la crítica literaria. Lo extraño, lo maravilloso, el asombro ante las cosas extraordinarias que suceden en un texto, la contradicción entre el sentido manifiesto y el oculto, las aporías y la indeterminación, entre otros puntos de una línea que podría extenderse aún más, dan cuenta de un parecido de familia. A punto tal es así que, por ejemplo, las aventuras de Paul de Man, verdadero gurú de Yale, fueron seducción, polémica y, por fin, ironía literaria.

Paul de Man, refinado cultor en los Estados Unidos de las tesis de Jacques Derrida, acentuó la visión de que la lectura de cualquier texto se estanca en una suerte de aporía. Los niveles retóricos y literales del texto impiden decidir el sentido. Con de Man se ingresa al mundo de la ilegibilidad. Vale decir que el crítico literario, el especialista máximo en la lectura, queda perdido en la duda. La influencia de su obra fue determinante en una generación. La crítica al falocentrismo

* Director del proyecto de investigación *Los hechos sociales a través de la literatura*, Universidad de Buenos Aires.

CLAUDIO MARTYNIUK

por parte del feminismo, el desmontaje del etnocentrismo de parte de la crítica racial, el develamiento de la manipulación política de un texto legal que es indeterminado fue asumido por el movimiento Critical Legal Study, relativismo, muerte del autor, todos ejes extremos que conducían a una crítica nietzscheana de todo lo establecido. Hasta se dijo que el significado es fascista.

Sin embargo, de Man muere en 1983 y cuatro años después, New York Times informa que se hallaron artículos de Paul de Man, escritos entre 1940 y 1942, en la Bélgica ocupada por los alemanes. Eran artículos colaboracionistas de de Man. Paul de Man nazi: su teoría que impide llevar adelante una lectura empieza a ser concebida como una estrategia para impedir que se lean sus artículos como antisemitas y colaboracionistas. Para neutralizar el significado de sus escritos, habría montado sus tesis acerca de la ilegibilidad y de las aporías de los textos.

Derrida se conmueve, y escribe “Como el sonido del mar profundo dentro de una conchilla: la guerra de Paul de Man” ¿Cómo interpretar la frase de Man acerca del *antisemitismo vulgar*? ¿Todo antisemitismo es vulgar o acaso exista un antisemitismo aceptable más refinado? Derrida intenta mostrar cómo la deconstrucción es antitotalitaria, desnuda una intención –vale decir una categoría deconstruida por su misma teoría–.

Gilbert Adair, crítico y escritor británico, escribió una novela claramente basada en de Man. *The Death of the Author* (1992)¹ es una historia policial narrada en primera persona por el profesor Léopold Sfax, celebradísimo autor del libro *La espiral viciosa* y profesor de la imaginaria Universidad de New Harbor, quizá la más prestigiosa de la Ivy League norteamericana. El profesor narra que una estudiante le ha pedido autorización para escribir su biografía y narra sus sensaciones y los probables malentendidos que su reacción le causara a la alumna. Narra cómo esperó diecisiete años ese momento y comienza a narrar una autobiografía. Después comienza a narrar la falsedad de esa biografía y a dar cuenta de su participación en un periódico colaboracionista en el París ocupado por los nazis. Narra también a sus

¹ *La muerte del autor*, Península, Barcelona, 1995.

libros como una estrategia de neutralización de su responsabilidad. Narra cómo, con esa estrategia se hizo famoso, y cómo con la idea de la muerte del autor se convirtió en un reconocido autor. Rechazó, más que la primacía del autor, su misma existencia; definió la presencia del autor como una ausencia. Sostuvo que ningún texto puede ser interpretado en ningún plano y que, puesto que los textos eran entidades autorreferenciales, nunca se lograría que las palabras que los articulaban, las cuales a su vez sólo estaban conectadas a otras palabras, reflejaran un mundo *real* exterior a los textos. Que, desde un punto de vista teórico, la consideración de la existencia real e histórica del escritor constituía una absoluta pérdida de tiempo. Que el desciframiento meticuloso de un texto podía demostrar que todos los textos desenmascaraban y socavan la ideología que en apariencia respaldaban. Que, por fin, todo significado, toda inteligibilidad, toda posibilidad de interpretación, se disolvía en una barahúnda de voces desconectadas, en una infinita regresión a los signos lingüísticos vacíos. ¿Cómo entonces, por decir algo ya dicho, criticar al holocausto desde una teoría así?

Luego de una trama policial donde están ausentes los motivos de un primer asesinato, que parece sólo destinado a borrar las huellas del segundo crimen –la muerte de la estudiante que perseguía el pasado de Sfax– otro estudiante con su teoría, consuma la muerte del autor. Pero el mismo autor relata como un discípulo francés lo defiende. *Léopold Sfax no es lo que se piensa que es*: ilustra el aprisionamiento hermético de sus textos, la indeterminabilidad del significado. ¿Qué quiso decir con *antisemitismo vulgar*? Ya ni el autor dice saberlo. Pero el autor, desde su muerte, descubre la verdad de su teoría: la muerte no es más que el nombre desplazado de un predicamento lingüístico.

Quizás así, los libros no dependan más de un género y todos pertenezcan a la literatura, como lo afirmó Maurice Blanchot. Teoría, poesía, ficción y legislación. Todo unido. Pero, ¿y qué de las relaciones preexistentes que mantienen los textos entre sí y que le dan un sentido diferencial a cada uno de ellos? Parece olvidarse una regla, aquella misma que utilizó H. L. Hart para criticar a las tesis más radicales del escepticismo ante las reglas, aquella que muestra una práctica social

CLAUDIO MARTYNIUK

compleja. Parece omitirse una diferencia, predicando el acontecimiento de la diferencia, exaltando la decisión que la establece. Reflexionando sobre el sentido, se deshace la memoria, se impone la voluntad para hacer sentidos. Criticando esencialismos, se absolutiza la indeterminación. Jugando con las aporías, se hizo de ellas la única realidad textual.

Tomando a la ligera la imposibilidad de leer

“Lo que emerge es un proceso de la lectura en el cual la retórica es un entrelazamiento desarticulado del tropo y de la persuasión o –lo que no es enteramente lo mismo– de los lenguajes cognoscitivo y performativo. Lo que esta conclusión implica no es fácil de desentrañar, como tampoco es fácil expresarlo de modo sumario, al margen de las lecturas específicas”².

Con estas palabras Paul de Man narra hasta donde llegó leyendo a Rousseau. Estableció una teoría de la lectura en la cual se destaca que un texto no practica lo que predica. En su texto la maestría técnica no alcanza a ocultar el fracaso de su pretensión teórica. O, al revés, la presencia de su pretensión hace tosca a su interpretación de la interpretación. Increíblemente, la sombría red de categorías que deconstruye sigue siendo el paisaje más familiar. Y esto por coherencia. ¿De Man no enseña acaso que la lectura ha de comenzar con una mezcla inestable de literalidad y de sospecha? ¿No afirma que la cuestión es si un texto es aquello que el texto describe, representa o afirma, dando por sentada la existencia de una distancia, una distancia que sólo se eliminaría en una lectura ideal donde el sentido leído estuviera destinado a coincidir con el sentido afirmado? ¿No sería, así leído, el texto de Man la narración alegórica de la deconstrucción de la misma teoría de la interpretación que narra? Y, si todo termina significando algo diferente de lo que representa, de lo propuesto, ¿no cesa el texto de ser la exigencia de un repudio a sus intenciones y una vuelta a lo que niega? ¿No clama por una lectura que fuera ese algo diferente a su lectura –lo cual vendría a ser una recaída a la suavidad de la lectura acrítica, al placer de la disolución empática–?

² DE MAN, Paul, *Alegorías de la lectura*, Lumen, Barcelona, 1990, p. 10.

El vuelo de Man conduciendo a los lectores a poner sus pies en la página. Y seguiría teniendo razón, siempre la tendrá, acerca de ese entrelazamiento desarticulado entre tropo y persuasión. Socavar su autoridad, convertir la teoría de la lectura en una mera ilusión. No se contradice. No es una mala retórica intentar poner su texto en contra de su proyecto –si es que pueda afirmarse un proyecto–. Hasta parece un imperativo el hacerlo, un imperativo derivado de la manera en que en el texto se analizan, se leen otros textos. ¿Por qué el libro de Man debiera de ser inmune a sus predicaciones? ¿Acaso no es un texto?

Considerada como persuasión, la retórica es performativa, pero, cuando se la considera como sistema de tropos, deconstruye su propia realización (performance). La retórica es un texto en la medida en que permite dos puntos de vista incompatibles, mutuamente autodestructivos, y, por lo tanto, plantea un obstáculo insuperable para cualquier lectura o para cualquier comprensión. La aporía entre el lenguaje performativo y el constativo es tan sólo una versión de la aporía que se plantea entre tropo y persuasión que al mismo tiempo genera retórica y la paraliza, dando lugar a la aparición de una historia.

Si la crítica de la metafísica está estructurada como una aporía entre el lenguaje performativo y el lenguaje constativo, esto es lo mismo que decir que está estructurada como retórica. Y puesto que, si se desea conservar el término “literatura”, no se ha de vacilar en asimilarlo a la retórica, de ello se seguiría que la deconstrucción de la metafísica o la “filosofía” es una imposibilidad³.

De Man haciendo historia. Imposibilitando su deconstrucción. Diseminándose en una aporía. El carácter intrincado de la situación se debe obviamente a de Man, a su manera de utilizar el lenguaje para hablar acerca del lenguaje, para hacerlo confrontar, para hacer una representación canónica. Podría decirse lo mismo que él dice de Rousseau: “una falsa conciencia como ésta puede quedar perfectamente dentro de los confines de un yo organizador que entiende y controla su dinámica”⁴.

³ Ob. cit., ps. 155-6.

⁴ Ob. cit., p. 194.

CLAUDIO MARTYNIUK

La retórica sirve, ha servido, como llave para el descubrimiento del yo –quizás el de Man–. Aunque ello implica, según enseña de Man, la necesidad de deconstruir la noción misma de subjetividad y/o viceversa.

Dentro del laberinto epistemológico de las estructuras figuradas, la recuperación de la subjetividad se realiza mediante el rigor con que el discurso deconstruye la noción misma del yo. El que da origen a este discurso no es ya entonces el incauto yo de sus propios deseos; está tanto más allá del dolor y del placer como lo está del bien y del mal o, concretamente con respecto a esto, más allá de la fuerza y la debilidad. Su conciencia no es feliz ni desdichada y tampoco posee poder alguno. Sigue siendo, sin embargo, un centro de autoridad en la medida en que la propia destructividad de su lectura ascética testifica la validez de su interpretación. La inversión dialéctica que transfiere la autoridad de la experiencia a la interpretación y transforma, por un proceso hermenéutico, la total insignificancia, la nada del yo, en un nuevo centro de sentido es un gesto muy familiar en el pensamiento contemporáneo, cuyo fundamento es llamado abusivamente modernidad⁵.

Parecería que tan pronto como sabe lo que afirma, sólo puede actuar engañosamente, suponiendo que si no actúa no puede afirmar lo que sabe. Sus leyes entonces devienen demasiado retorcidas, aunque siempre pretenciosas; pero no pueden funcionar como habían sido programadas. El impostor ha quedado suficientemente identificado: se llama el *autor*. Pero este individuo es también una figura retórica. Y gracias a los equívocos del lenguaje, a las alegorías textuales y a la complejidad retórica, de Man comunica por fuerza la promesa de su propia verdad. A esto se debe también que *Alegorías de la lectura* genere historia. O que de Man fuera un hacedor de historia.

Retórica (tomando en serio a la imposibilidad de leer)

Theodor Viehweg ha constatado cómo en el ámbito cotidiano de la acción y de la decisión, el *pensamiento dogmático* referido a la opinión y a la formación de opiniones parece indispensable:

Pues, si se quiere guiar acciones y esquemas de acciones con una fundamentación (o justificación) racional, manifiestamente hay que

⁵ Ob. cit, ps. 202-3.

*presuponer un sistema que contenga afirmaciones dogmatizadas, es decir, que estén abstraídas a toda cuestionabilidad. Un sistema que, por el contrario, requiere que toda afirmación sea puesta en tela de juicio, es decir, un sistema cetético o de investigación, no serviría para estos fines*⁶.

El jurista sabe que siempre interpreta, también cuando constata que, *in casu*, una prescripción no requiere mayor interpretación. Pero se trata siempre de una hermenéutica al servicio de una dogmática que sostiene un esquema de acción con una doctrina básica unificante, que estabiliza un cuerpo central de principios, a la par que admite una elasticidad y flexibilidad que lo preservan, al hacerlo susceptible de ser interpretado de diferentes formas.

Adoptando el espíritu hermenéutico, cuando ya L. Wittgenstein anunció su teoría de los juegos del lenguaje, Theodor Viehweg opondrá argumentación a demostración; sistemas tópicos –dialéctica argumentativa clásica– a sistemas deductivos; sistemas abiertos a nuevos puntos de vista a sistemas cerrados por clausuras técnicas. De esta manera avanzará en el campo del derecho considerado como un sistema tópico abierto, dependiente del contexto comunicativo, en el cual la argumentación se torna dialógica, situacional y pragmática, sin posibles determinaciones sintácticas o semánticas.

*Cuando se busca una fundamentación que incluya la determinación de los axiomas, uno se encuentra, por así decirlo, automáticamente con la retórica. Posiblemente, en su desarrollo ulterior, ella es adecuada para retrotraer toda nuestra actividad intelectual a un contexto práctico, en el cual se vinculan las condiciones lógicas y éticas de esta actividad*⁷.

Esta perspectiva torna comprensible las dificultades, complejidades e incertidumbres que aparece en toda reconstrucción formal de la dinámica de los sistemas normativos. Así lo constata Roberto Vernengo:

En rigor, toda interpretación jurídica es un acto de cambio jurídico, de reconstrucción racional del derecho objetivo. O, si se quiere, una actividad propia de la dinámica de los sistemas normativos, en que

⁶ *Tópica y filosofía del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1991.

⁷ Ob. cit., p. 172.

CLAUDIO MARTYNIUK

*se producen extensiones, derogaciones y modificaciones en la composición normativa del conjunto. Estas operaciones pueden responder a ciertos criterios de racionalidad destinados a asegurar la consistencia del sistema. Las prácticas que los juristas denominan “interpretación lógica” son procedimientos de cambio del derecho destinados a mantener la racionalidad idealmente postulada de todo sistema social*⁸.

Cambio y reconstrucción del derecho; racionalidad y consistencia en su dinámica: hablando de la interpretación se habla: (i) de derecho *objetivo*; (ii) de su *reconstrucción* racional; (iii) del *cambio* del conjunto normativo, y (iv) del criterio de *racionalidad*: la *consistencia* de un sistema social.

Ciertas interpretaciones de una norma podrían dar más que meros significados, otra norma, una lectura, no una decodificación, y esta lectura a su vez podría ser interpretada por otra norma o por otra proposición normativa, y así *ad infinitum*. Kelsen enseñó cómo por este proceso una norma hace nacer otra norma. Y esto es una retórica pura, distinta de una gramática pura que postulara la posibilidad de un significado no problemático. Por eso la formalización del discurso normativo parece alcanzar sólo verdad por la vía negativa, es decir por la exposición de un error, de una inconsistencia. También es cierto que esta visión retórica, de hacerse única, acaba en una indeterminación, en una sostenida incertidumbre incapaz de escoger entre dos lecturas, circunstancia disgustante que expone imposibilidad de saber lo que el lenguaje en general, pero el de las normas en particular, está urdiendo. Quizás por estas razones, y a pesar de las buenas intenciones dworkianas, el lenguaje cada vez más riguroso de la teoría normativa dista de ser el lenguaje en el que más confianza las personas han depositado para nombrar sus derechos y transformarlos.

Se puede postular que en una lectura *ideal* de una norma, el sentido *leído* es el sentido *afirmado*. Pero si toda lectura es verdaderamente problemática, sí resta sospechar una ausencia de convergencia entre la comprensión y el significado afirmado. Esta circunstancia

⁸ VERNENGO, Roberto J., *La interpretación literal de la ley*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, ps. 132-3.

hace que la lectura, el acto interpretativo comience con una mezcla inestable de literalidad y de sospecha.

Ante una distancia infranqueable entre el lector y el autor de la norma, la interpretación se convierte en metáfora de la ley y genera una metafísica de la presencia que transfiere todo el poder al intérprete y a su voz, en desmedro de la autoridad de la norma como enunciado y de la teoría normativa como escritura simbólica. Esa metafísica postula la presencia de la verdad en el hombre, como si éste fuera una conciencia reveladora, como si fuera un yo capaz de alcanzar un significado completo y sustancial.

El discurso normativo presenta una especial ambivalencia con respecto a las figuras de su propio discurso: la categoría de interpretación subyace en las mismas normas positivas, y la categoría de sujeto que sostiene la voz del intérprete, es la persona configurada por dicho discurso.

El *Legislador* es una figura, un narrador ficticio. Su *Voluntad* es una coartada para proteger a las normas de las interpretaciones *subjetivas*, que pongan en cuestión su propia enunciación. Pero ese legislador, igual que cualquier otro lector, también puede equivocarse en la lectura de su propio texto.

*La máquina legal nunca funciona exactamente como había sido programado. Siempre produce algo menos o algo más que el aspecto teórico, original*⁹. Desde este prisma no totalmente ajeno a Kelsen, toda interpretación sería un hecho, no una representación, y el lenguaje normativo (¿aun el que describa la existencia y el funcionamiento de las normas?) sería performativo. Si las teorías normativas se refieren a la acción, resulta problemático hablar de ellas en términos de verdad. La única excepción son las teorías lógicas, y esto por una razón sencilla: sin respeto a reglas lógicas y gramaticales centrales no es concebible texto, ni significado alguno; pero este abordaje formal, fundado en una concepción coherentista de la verdad, no cubre la divergencia y la distancia existente entre la estructura lógica y el significado que puede resultar del acto interpretativo.

El discurso normativo parece requerir ser considerado como per-

⁹ DE MAN, *Alegorías de la lectura* cit., p. 308.

CLAUDIO MARTYNIUK

formativo y *constativo*. Un sistema generativo, abierto, no determinado referencialmente, complementado con un sistema clausurado, estructurado conforme a pautas semánticas propias, transformable conforme a sus propios mecanismos. Esta divergencia entre los enunciados normativos y los actos que se generan es de naturaleza epistemológica, pero alcanza a la narración y a la política, haciendo que las promesas comunicadas, a partir de su carácter equívoco, tengan la capacidad de generar acontecimiento, de hacer historia.

Parafraseando a Spencer Brown, ahora, junto al físico que describe la materia, se encuentra el observador social y ambos están, conforme a sus propias consideraciones, contruidos por los ladrillos y las fuerzas del mundo que describen. Están hechos de un conglomerado de los mismos detalles que describen, obedeciendo a leyes generales tales como las que ellos han manejado para encontrar y para registrar. Así, no podemos escapar del hecho de que el mundo que conocemos está construido para verse a sí mismo.

Pero para hacer eso, deben primero cortarse a sí mismos en al menos un estado que ve y en al menos un estado que es visto. En esta condición desgarrada y mutilada, lo que sea que ve se ve sólo parcialmente a sí mismo. Podemos quedarnos con esto, que el mundo es indudablemente sí mismo (esto es, indistinto de sí mismo), pero, en cualquier intento de verse a sí mismo como objeto, debe, igual de indudablemente, actuar de modo que se haga a sí mismo distinto de, y por lo tanto falso a, sí mismo. En esta condición siempre se eludirá parcialmente a sí mismo.

En este sentido, con respecto a su propia información, el arte, la filosofía, la epistemología, las ciencias, la sociología, la crítica literaria y las teorías normativas se expanden para *escapar del paradigma*, de los instrumentos teóricos y tecnológicos a través de los cuales nosotros tratamos de capturar a esos productos nuestros que nos producen.

Escolio: la fragilidad de la teoría de Martha Nussbaum

Sosteniendo que la teorización ética se realiza mediante un diálogo reflexivo entre las intuiciones y creencias de los interlocutores y una serie de concepciones éticas complejas, Martha Nussbaum reco-

noce una filiación aristotélica. Se aproxima a la verdad ética tal como la entiende Aristóteles:

Cuando, mediante la reflexión y el diálogo con los demás, hayan llegado a un ajuste armonioso de sus opiniones individual y colectivamente, se habrá alcanzado la verdad ética según entiende Aristóteles la verdad en general: verdad antropocéntrica, pero no relativista (en la práctica, la búsqueda rara veces llega a su término o es lo bastante completa; así pues, el resultado será sólo el mejor candidato actual a la verdad). Para pasar de la opinión a la teoría, a menudo se considera útil trabajar con los textos, orientando al interlocutor en la elucidación y valoración de la postura compleja de otra persona (o, mejor, de varias posturas distintas) sobre un problema determinado. Ello permite un cierto distanciamiento con respecto a los propios prejuicios teóricos. Además, si la selección de textos es lo bastante cuidadosa podremos confiar en haber examinado las principales posibilidades¹⁰.

La elaboración de juicios correctos no estaría así alejada de la situación del ser humano corriente, como en cambio lo postulaba Platón. También implica acercar y establecer un diálogo entre textos filosóficos y literarios, ya que es factible, como lo habrían pensado algunos griegos, que se trate de géneros en cuyo marco se pueda reflexionar sobre la vida humana y sus problemas; es más, el agrupamiento de las obras bajo uno u otro género es tan convencional como problemático y apartado de la tradición originaria. ¿Cómo entender a Platón si se es ciego a su contexto poético, a su uso de imágenes, a su estilo? Pero además, al entender a los poemas trágicos –en especial porque sus contenidos no pueden escindir-se del estilo– como una reflexión ética, se cuestiona la validez de las fronteras interdisciplinarias tradicionales. Y todo ello para iluminar la complejidad de la deliberación humana real y estimular la reflexión sobre uno mismo, la investigación sobre lo que sentimos y pensamos. Justamente, la poesía aporta la dimensión emotiva a la perspectiva racional, y eso también forma parte de un proyecto ético de naturaleza aristotélica.

¹⁰ NUSSBAUM, Martha C., *La fragilidad del bien. Fortuna y ética en la tragedia y la filosofía griega*, Visor, Madrid, 1995, p. 39.

CLAUDIO MARTYNIUK

La literatura queda ligada a las experiencias y necesidades humanas, algo que la aspiración a la autosuficiencia racional del discurso filosófico (platónico) no puede alcanzar. Además, la obra dramática contribuye a comprender mediante la motivación de la reflexión y la discusión, y esta contribución plantea el problema del estilo: el didactismo que predomina en la escritura filosófica tiene un sustituto o, mejor, un complemento interpelador, inquisitivo a través de la identificación, de la búsqueda compartida por personajes y lectores. También así se discute el lugar del elemento emocional, la apelación al sentimiento y el efecto pasional que puede tener un discurso, la continuidad que establece con la experiencia.

Es el Platón de *La República* quien denuncia a la poesía por su cultivo de lo irracional y su excitación de las pasiones. Es desde entonces que la filosofía se individualiza como saber.

La pluralidad de valores y el conflicto en el que se insertan ante casos extremos, la posibilidad de hallar una solución correcta, la función de los principios y la ordenación racional, el proceso de deliberación, el factor emotivo, todo eso se halla ya en *Antígona* a través de la contradicción entre los imperativos de la ciudad y de la familia expresados por dos visiones unilaterales: Creonte y Antígona enseñan, para Hegel, la necesidad de superar dilemas y conflictos.

La idea de Walt Whitman, el poeta como árbitro de lo diverso e igualador de su época y de su tierra, junto con el sentido de que la filosofía forma parte del discurso público y que, trascendiendo el encierro académico, está vinculada a la decisión práctica, conducen a Martha Nussbaum a reivindicar en sus escritos teóricos a la imaginación literaria. Y concibe su defensa como vía de disminución de los prejuicios y odios. La fuerza perturbadora de la literatura tendría este poder.

Como suscita emociones poderosas, desconcierta e intriga. Inspira desconfianza por la sensiblería convencional, y provoca una confrontación a menudo dolorosa con nuestros pensamientos e intenciones. Podemos enterarnos de muchas cosas sobre la gente de nuestra sociedad y sin embargo mantener ese conocimiento a distancia. Las obras literarias que promueven la identificación y la reacción emocional derriban esas estrategias de autoprotección, nos obligan a

*ver de cerca muchas cosas que pueden ser dolorosas de enfrentar, y vuelven digerible este proceso al brindarnos placer en el acto mismo de enfrentamiento*¹¹.

Se reduce a la literatura, en particular a la novela, que entiende como una forma viva de ficción que sirve de eje de la reflexión moral. Y lo hace porque su tema básico es la interacción entre las aspiraciones generales humanas y ciertas formas particulares de la vida social que alientan o frustran dichas aspiraciones; también por la popularidad de este género, y ello sin dejar de valorar a la poesía lírica y a la tragedia clásica. También por considerar que la música es etérea e indeterminada, lo cual limitaría su función en la deliberación pública. Admite la condición narrativa del cine y aceptaría extender su propuesta a este arte. Pero se atiene a la novela realista, con su dispositivo de interpelación del lector que conduce a compartir las esperanzas, temores y preocupaciones de los personajes. Se trata de una inmersión evaluativa, de un proceso de identificación y de distanciamiento crítico que “deberían cumplir una función en la construcción de una teoría política y moral adecuada”; que “desarrolla aptitudes morales sin las cuales los ciudadanos no lograrían forjar una realidad a partir de las conclusiones normativas de una teoría moral o política, por excelente que sea”¹². Es así, como para el Quijote, que la lectura de novelas podría ser un puente, dice Nussbaum, hacia una visión de la justicia y hacia la realización social de esa visión.

Es así, también, como la justicia poética aparece como una metáfora de aquello que la teoría pura no ha podido lograr. Ni cientificista, ni escéptica, Martha Nussbaum despliega una suave, refrescante y profunda ingenuidad, una inquietante mirada infantil.

Usa la vida griega para demostrar la posibilidad de la unidad quimérica del ideal con lo real, para religar a la ciudad con el saber y con el sentimiento, para alcanzar un frágil bien y para evitar el dolor; en definitiva, para habitar en uno de esos excepcionales momentos de verdad. La literatura parece un modo de reconciliación y, también, una esfera axiológica.

¹¹ NUSSBAUM, Martha C., *Justicia poética. La imaginación literaria y la vida pública*, Andrés Bello, Barcelona, 1997, p. 30.

¹² Ob. cit., p. 38.

CLAUDIO MARTYNIUK

Un presupuesto es el fracaso de los proyectos epistemológicos puros, lo cual se expresa en la crítica al objetivismo platónico, una vía argumentativa que podría seguirse hasta la filosofía de la ciencia contemporánea, y que al buscar la verdad y el bien en el mundo de las apariencias arranca de una consideración pluralista de la experiencia. Es, justamente, esta imposibilidad de experimentar de modo unívoco lo que valida los diversos modos de acceder al universo sensible y, sobre todo, la comprensión que se logra de esa diversidad a través de la lectura de novelas. Y Martha Nussbaum por esa vía arriba a una filosofía estética moralizante.

Este resultado concede una atención dominante a los factores subjetivos y expresivos que transmite una obra de arte a fin de obtener, como efecto de su recepción, una convergencia de opciones éticas y estéticas. Belleza y bondad: educación por el arte; incidencia de la narración para la acción; quizás, paternalismo. La autoconciencia moral y estética son presupuestas en un sujeto receptor, quien así podrá entusiasmarse o emocionarse. Aquí, entonces, aparece un eje subjetivista, quizá psicologista. Y es más, este enraizamiento del arte en la conciencia es lo que llevaría a calificar a una obra como buena. Paradójicamente, así un sujeto emprende un camino que lo lleva fuera de sí, hacia la comprensión que no tenía de sí mismo y, fundamentalmente, de los otros.

La imaginación ordenando la percepción de la realidad, incitando la acción devuelve *la razón* a las posturas románticas. Y en ese orden, desde los griegos hasta la novela realista, Martha Nussbaum expresa una apreciación europea de la belleza, guiada por el ideal de vida universalmente buena y bella. Esta aspiración, ¿no es tan sólo la leve manía de descubrir conexiones?

Sabe Nussbaum que alma y precisión no coinciden. Desde Platón hasta el neoutilitarismo fracasaron todos los programas de conmensurabilidad y ordenación de valores. No es kantiana, por eso vuelve, como enseñaba Nietzsche, a los griegos; pero como Kant parece situar a la estética entre el conocimiento y la moral, entre el presente y el futuro ecuánime de la humanidad. También sabe que el arte es espera de plenitud, que es posibilidad soñada de experimentar otra condición del hombre, aquella que nadie sabe verdaderamente qué es. Y ese

saber es reconocimiento de que en el arte se halla aquello desvanecido para la religión: la utopía. El arte expresa el legítimo interés del hombre por el futuro. El arte da cuenta de la distancia entre el *sein* y el *sollen*; así lo expresan Antígona y Hamlet a través del enfrentamiento a un mundo hostil, a través de la rebelión o, más bien, de la constatación antropomórfica de que es imposible la resignación. En los textos de Martha Nussbaum la experiencia del arte parece religiosa, redentora¹³.

¿Cómo buscar definiciones en la estética para el hacer si se está en una situación donde todo es correcto y nada lo es?

¿Cómo buscarlo si la industrialización llagó al arte y hace que las obras se dirijan al consumo? Justo el arte, que parecía definido por

¹³ Con un aire familiar al intento de Martha Nussbaum, Ronald Dworkin considera que es posible mejorar la comprensión del derecho si se compara la interpretación jurídica con la interpretación literaria. En realidad parece referirse a la comparación entre la teoría jurídica y la teoría estética. En ambas los enunciados interpretativos presentan tanto elementos descriptivos como valorativos. Se aparta de visiones que intentan develar intenciones autorales y, también, de aquellas que sólo ven en la interpretación la imposición del punto de vista subjetivo del intérprete. Llama al núcleo de su razonamiento "hipótesis estética": "Lo que la interpretación de un texto pretende es mostrar 'la obra' como la mejor obra de arte que «puede ser»" (DWORKIN, Ronald, *Cómo el derecho se parece a la literatura*, en *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Universidad de los Andes, Colombia, 1996, p. 150).

No se trata de convertir a una obra en otra distinta: la interpretación no puede escindirse de una teoría de la identidad de la obra. Y, en ese sentido, reconoce que la interpretación contiene aspectos institucionales; a la vez que rechaza la idea de que la interpretación tenga un mero carácter político, sin ningún núcleo discursivo, racional.

En la estética, como en todo campo normativo, una teoría exhaustiva deberá contener tesis epistemológicas, tesis sobre la vinculación entre experiencia, autoconciencia y formación de valores. Sobre esta base se interroga acerca de la posible conexión entre filosofía política y estética, entre los diferentes modelos que articularía en ambos campos el liberalismo o el marxismo, lo cual lo lleva a la impresión de que en la filosofía alcanzarían a unirse, de alguna manera, arte, derecho y política.

En medio de su desarrollo se formula cuestiones tales como la existencia de un núcleo cognoscitivo en la literatura, o las referidas a los criterios para juzgar una obra. Hasta se pregunta si un criterio para juzgar como bueno al arte no estaría dado por la capacidad de estimular o informar las vidas de los receptores de la obra, pregunta cuya respuesta positiva es el presupuesto de muchos de los desarrollos teóricos de Martha Nussbaum. Pero sobre esto, no parece que pueda darse ninguna teoría, quizás sólo alguna descripción capaz de desenredar confusiones, quizás para ver los núcleos de verdad que están oscurecidos por un espejo distorsionador.

CLAUDIO MARTYNIUK

oposición al economicismo y a la fetichización de los contenidos. Justo el arte, que parecía la vía hacia la autenticidad.

La referencia del arte serían los valores y las emociones, la intencionalidad, su capacidad de crear cierto estado de ánimo en el receptor. La eficacia es la muestra del daño que padece una vida, el vacío y la descomposición; las carencias del hombre contemporáneo es lo que debería, según Adorno, testimoniar el arte.

El arte, entre la naturaleza y la libertad, entre la alienación y la imaginación, entre la pretensión de validez universal y la expresión de una subjetividad. El arte y una idea de que la belleza puede –debe– liberar al hombre de las condiciones de existencia inhumanas. El arte como instrumento de pacificación universal. La utopía del arte cuando la política deviene instrumental, cantar en lugar de ordenar; transformar el interior y luego, quizá, transformar la sociedad.

Aproximar conocimiento, sensibilidad y acción. También el surrealismo lo pretendió, y el mismo Breton reconoció que sí, que el movimiento triunfó en la pintura, en la literatura, pero que fracasó en la moral nueva. Era la pretensión de Lautreamont. *La poesía tiene como finalidad la verdad práctica*, decía en los *Los cantos de Maldoror*. Pero en el surrealismo se encuentra una búsqueda estética contraria a la tradición y al realismo que, en el terreno literario, exalta Martha Nussbaum.

Y es que las vanguardias artística del siglo han tenido un suelo que Martha helenista no recorre ni reconoce: la pérdida de sentido de las palabras, la ausencia de conexión con la vida y la realidad. Es así, más que a través de los diálogos de Platón, como un escritor en nuestro mundo se plantea la cuestión de la escritura, y es así como el acto de escribir alcanza una dimensión ética. El trasfondo es conmovedor, ya que quizás las palabras no puedan servir a la imaginación creativa (quizás sí la música). Un mundo alejado de la justicia poética, donde las palabras mismas son falsas, donde el silencio es un valor. Ya sin adoctrinamiento moral, con dudas sobre la eficacia de las palabras, con pérdida de la seguridad propia de la tradición mimética; con una catarsis que sigue siendo identificación pero que deviene en conocimiento de la imposibilidad, del artificio, de la saturación de barbarie en las palabras. Se ha perdido el aura, como bellamente lo dijera Walter

Benjamin; se aleja la única e irrepetible experiencia de la distancia. Ya hacer visible la misteriosa totalidad de los objetos parece una utopía. Estamos en el tiempo de la técnica, y Martha vuelve la mirada hacia atrás, hacia la quimera de la hermosa apariencia.

Pero apariencia sin más, el arte en la era de la reproducción técnica es también evasión, encubrimiento, mercancía masificada, vehículo ideológico que condiciona la recepción individual. Ya no parece posible conjurar a la Medusa; parece cosificación aunque siempre existan perlas escondidas entre los desperdicios de lo real.

La práctica del arte en las sociedades contemporáneas se caracteriza por su desvinculación de cualquier cuerpo normativo, lo cual no quita que los diversos proyectos estéticos –y la estética es una disciplina moderna– se empeñen en delimitar un horizonte de posibilidades imaginarias. Las vanguardias artísticas de este siglo serán el ejemplo extremo de esta actitud.

Adorno afirmó que *lo que sería distinto todavía no es*, aunque parece ser la nostalgia de una vida más feliz, los valores de una Arcadia extraviada, la profundidad de un dominio interior, de un alma veraz. El arte como técnica para hacer un hombre entero. Como en la estética de Marcuse, a través del arte el hombre libre inmerso en una situación de alienación puede expresar su libertad en calidad de negación de esa alienación. Pero siempre el resultado parece no ir más allá de la promesa indeterminada.

Arte, artificio como la justicia, aquello que Hume caracterizaba como virtud artificial. Artificio en un artefacto, la ciudad, el instrumento creado por el hombre para el sometimiento del azar y el dominio de la naturaleza: refugio, barco en el mar que rinde tributo a las mismas fuerzas que quiere someter (de ahí que jamás en una ciudad el arte pueda ser pleno; sólo una celebración circunscripta). Artificios para enderezar una planta torcida, técnica para la práctica, valor para encarnar el sinsentido. Prolongaciones del cuerpo, fuentes de conflicto.

LA CONSTITUCIÓN HORIZONTAL*

por LUIZ FERNANDO COELHO¹

1. Introducción

La teoría jurídica tradicional, heredera del iusnaturalismo racionalista pero construida sobre la filosofía positivista y la concepción positivista de la ciencia, construyó una noción principiología de Constitución, que se manifiesta en los estatutos constitucionales de la mayoría de los Estados contemporáneos. Es la Constitución-garantía, que acepta de modo general que la inserción en la Carta Magna de declaraciones relativas a los derechos básicos del hombre y del ciudadano, conquistados a lo largo de la historia de la humanidad, es garantía de efectividad de tales derechos. Por eso, ese tipo de constitución se denomina precisamente constitución-garantía.

Además, tal noción presupone una racionalidad analítica que se objetiva ideológicamente en el ordenamiento jurídico. Por eso es también una constitución principiología, porque está constituida por principios que permanecen por encima de las demás normas jurídicas, en tanto estas normas mantienen con los principios una relación deductiva.

Teniendo en cuenta la realidad actual del mundo, sometido a los dictados del modo capitalista de producción, firmemente fundado en la más sofisticada tecnología informática y, más aún, impregnado por la ideología del “fin de la historia”, que no vislumbra alternativas económicas fuera del actual modelo neoliberal, este estudio tiene por

* Traducción: R. A. Guibourg.

¹ Universidades UNIPAR de Umuarama; NIVEM, de Marilia; presidente de ABRAFI.

LUIZ FERNANDO COELHO

objeto demostrar que el principiologismo constitucional se encuentra ahora superado. Se procura demostrar que, frente al fracaso del principiologismo constitucional como instrumento de solución de los grandes problemas sociales, la teoría constitucional evolucionó hacia el dirigismo constitucional y en pos de un nuevo concepto, que denominamos “Constitución horizontal”.

Como metodología, el estudio desecha el tradicional enfoque dogmático, que busca estudiar lo social desde la óptica de las leyes, para, inversamente, considerar el orden jurídico y la Constitución desde la óptica de la sociedad. Se parte así de un análisis de la sociedad contemporánea, considerando la formación de microsistemas sociales y su articulación con los sistemas y subsistemas específicos del derecho, y se trata de comprender la forma como se estructuran las relaciones sociales, en especial las desiguales de dominio y obediencia que conducen a la sumisión de los intereses de la macrosociedad a los de los grupos microsociales hegemónicos, valiéndose del derecho positivo y manipulando la Constitución.

2. La ideología de la racionalidad objetiva del derecho y la Constitución principiológica vertical

El sentido común comprende la *existencia* del derecho a partir de dos factores: uno que lo delimita en el tiempo y en el espacio, y otro que lo ve como articulación de elementos y coherencia de formas. Ambos convergen en la idea de sistema, que incluye el orden jurídico como objetivamente racional en la articulación de los elementos que lo componen, formando un conjunto cuyo criterio es la cohesión de sus normas singulares.

La representación gráfica de esa concepción es la forma piramidal, donde la punta de la pirámide normativa está ocupada por la Constitución, las leyes ordinarias forman un segundo peldaño, los reglamentos el tercero y las normas individuales el cuarto. Puede haber escalones intermedios, según el modo como los Estados organicen sus respectivos procesos legislativos; pero, de cualquier modo, toda norma jurídica ocupa un *locus* específico dentro de la pirámide normativa.

La sociedad es vista así desde la óptica del derecho positivo, que

refleja en ella su forma jerárquica piramidal y la entiende de manera atomista, como un aglomerado de individuos dispuestos en una escala de poderes también jerárquica, sujeta al poder político del Estado. Éste, en lo interno, también está jerarquizado y forma peldaños en la administración gubernamental: una jerarquía de mando y obediencia. Hasta hace poco, esa racionalidad se reflejaba en las organizaciones sociales y en la estructura empresarial, con la administración de tipo “candelabro”, que ya no se practica gracias a la adopción de modernas técnicas de administración por objetivos.

Por otro lado, nuestra concepción jurídica occidental incluye el presupuesto ideológico de que el derecho es uno solo: el conjunto de las leyes del Estado, y, además, como fruto del Iluminismo, que el derecho se halla impregnado de una forma de racionalidad que excluye la normatividad dirigida a las especiales circunstancias del momento histórico, en el sentido de internalizar la idea de que el legislador estableció racionalmente las reglas jurídicas como norma general², que las leyes del Estado se vinculan entre sí formando un sistema analítico dotado de completitud. O sea que las normas que constituyen el sistema están organizadas jerárquicamente, en una jerarquía analítica coronada por la Constitución; un orden jurídico piramidal.

Esa concepción repercute en las nociones de legalidad, validez y legitimidad. La *legalidad*, que no difiere de la *constitucionalidad* sino en extensión, alude a la ubicación de la norma en el conjunto formado por las otras normas jurídicas. Está ligada a un concepto lógico-formal de “sistema”, puesto que el fundamento para definirlo es la coherencia lógica entre lo que la norma dispone y lo que está dispuesto por otras normas. Éstas se consideran jerárquicamente superiores, y esa jerarquía analítica comienza en la Constitución y termina en las normas individuales.

El correlato de esa noción de legalidad es la de *validez*. Si la norma jurídica posee los requisitos que permiten considerarla inserta en el sistema formado por las demás, respetando las condiciones fijadas por las reglas jerárquicamente superiores, se la considera válida. El efecto

² CLÈVE, Clémerson M., *O Direito e os direitos. Elementos para uma crítica do direito contemporâneo*, San Pablo, Académica, 1988, esp. Cap. II.

LUIZ FERNANDO COELHO

práctico de la validez es que la norma debe ser aceptada como obligatoria por los miembros de la comunidad a la que se la destina, obligatoriedad que se impone por la coacción ejercida por el Estado, o poder de policía. Otro efecto es la aptitud de la norma válida para establecer vínculos entre sujetos de derecho, que pasan a ser titulares de derechos subjetivos y de deberes jurídicos, *obligaciones* en derecho privado. A tales vínculos corresponde el concepto de *relación jurídica*.

Es claro que el problema de la validez es mucho más complejo, ya que impone distinguir entre validez formal y validez material. La primera, además del aspecto analítico mencionado, presupone la observancia de una serie de procedimientos, generalmente incluidos en la Constitución, que forman el *proceso legislativo*. Tales normas son definidas por Hart como *secundarias*, porque se refieren a normas *primarias* de obligación, y, entre éstas, como *reglas de cambio*, las que disciplinan la creación de nuevas normas³. En cuanto a la validez material, se toman en cuenta los contenidos concretos de las normas referidas a los actos intersubjetivos convertidos en obligatorios, lo que suscita controversias interdisciplinarias, especialmente de naturaleza sociológica, política y filosófica. Para ser considerada materialmente válida, la norma debe atenerse a los conceptos, valores, objetivos, ideales, ideología y principios generales que informan la vida social de un pueblo en época y lugar determinados, elementos consagrados por la tradición, por las prácticas consuetudinarias y por las leyes. Esos factores subyacen en los llamados *principios generales del derecho* y son declarados a menudo en tratados y convenciones internacionales y en la Constitución. Aun el concepto de *coercitividad*, que alude a la posibilidad de que el Estado use la violencia para cohibir el incumplimiento actual o potencial de las obligaciones definidas en la norma, pasa a integrar la validez en esa perspectiva, como uno de sus caracteres esenciales.

El sustento de la *positividad* del derecho es la validez material, pues alude al hecho de que sus normas se refieren a conductas efectivamente existentes, en sentido actual o potencial. Y así la vigencia,

³ HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, 2ª ed. (trad. de Genaro R. Carrió), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977.

la eficacia y la validez, conceptos que igualmente remiten a la existencia espacio-temporal del derecho, constituyen aspectos de la positividad. Ésta significa que un sistema jurídico es válido y vigente en época y lugar determinados cuando corresponde no sólo al conjunto de las demás normas del orden jurídico, sino también a la elaboración científica referente a su creación, interpretación y aplicación. En otras palabras, el contenido del derecho positivo no se agota en lo que es definido por sus fuentes formales: se completa con su conceptualización, con el trabajo doctrinario y con los principios de orden general que constituyen los mandatos jurídicos más elevados y menos sujetos a mutación.

El gran teórico de la validez formal es Hans Kelsen, cuyo purismo metodológico lo llevó a construir la teoría de la norma fundamental, el substrato modalmente indiferente del *deber ser*⁴, cuya validez se presupone para fundar, también analíticamente, la Constitución histórica de la que derivan las leyes del ordenamiento.

Esa característica de la racionalidad objetiva sustenta la atribución de un carácter de *autolegitimidad* al orden normativo identificado en el derecho positivo. Como consecuencia, el pensamiento jurídico actual ya no busca los fundamentos de la legitimidad en factores metajurídicos, como la voluntad de Dios, de los dioses, de la Providencia o de alguna inteligencia metafísica o sobrenatural, y ni siquiera en la *volonté générale*, o en la voluntad de segmentos significativos del pueblo, por medio de sus representantes. Si entendemos que existe un solo derecho y que éste es “científico”, fruto de la elaboración racional del Estado legislador, aceptamos implícitamente que este derecho es legítimo en sí mismo, independientemente de cualquier otro factor. La teoría de la *Grundnorm*⁵ es la manifestación doctrinaria inicial de la ideología de la autolegitimidad del derecho, del orden jurídico y de la Constitución.

⁴ VILANOVA, Lourival, *Teoria da Norma Fundamental*, en *Escritos Jurídicos e Filosóficos*, vol. 1, San Pablo, Axis Mundi/Ibet, 2003, p. 301.

⁵ KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, 2ª ed. (trad. de João Baptista Machado), Coimbra, Arménio Amado, 1962. También WARAT, Luis Alberto, *A pureza do poder. Uma análise crítica da teoria jurídica*, Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, 1983.

LUIZ FERNANDO COELHO

A pesar de que la teoría jurídica contemporánea ostenta mayor preocupación por los aspectos ontológicos de las normas jurídicas, situando sus características esenciales en el nivel de la validez material y de la eficacia, como repercusión psicológica de las expresiones normativas del derecho, la tradición dogmática enfatiza mucho más sus aspectos exteriores, en el sentido de distinguirlas de las otras formas de control social.

Para ese concepto de orden jurídico vertical, son imprescindibles las ideas de sistema, de coherencia y de completitud. La existencia pura y simple de las normas de derecho positivo no basta. Se torna necesario que esas normas se entrelacen de tal modo que pierdan su fuerza normativa cuando se separan del conjunto. En consecuencia, encaradas como un todo, esas normas constituyen un sistema, cuyo fundamento es la existencia de cierta razón para que puedan imponerse a las conductas de los miembros de la colectividad. Esa razón es la jerarquía existente entre ellas, que son válidas porque otras, consideradas de grado jerárquico superior según un criterio analítico de validez, así lo disponen. No hay entonces, teóricamente, posibilidad de lagunas en el interior del ordenamiento: en la hipótesis de que se verificasen situaciones aparentemente no previstas, el propio orden jurídico contiene en sí mismo, según el principio de *plenitud*, la solución normativa para tales situaciones. Recordando a Cossio, puede afirmarse que el derecho es un continuo de licitudes y una discontinuidad de ilicitudes.

En ese contexto, las cartas fundamentales de las naciones modernas se afirman como repositorio de principios generales que garantizan las conquistas de las revoluciones burguesas. Esa tendencia general puede demostrarse en relación con los grandes sistemas constitucionales de la actualidad, sistemas tipo a los que pueden reducirse las constituciones de la mayoría de las naciones contemporáneas: los tipos constitucionales inglés, norteamericano, francés y soviético, aunque este último tipo haya perdido muchas de sus características originales después del derrocamiento del socialismo. No obstante esto, esos tipos fundamentales se definen como repositorios de principios y garantías incorporados, tras siglos de lucha, al patrimonio moral de la civilización occidental.

Las definiciones políticas de la Constitución siguen en general la

idea de un sistema abierto de reglas y principios, conjunto de elementos conexos entre sí, tendientes a un fin que representa el objetivo de ese sistema, su razón de existir. Y los principios constitucionales se reconocen, en una sociedad política dada, como valores superiores que no son caracterizados por su positividad, sino por su aceptación social. Se los tiene por contenidos que expresan los valores superiores adoptados en una sociedad política dada, materializados y formalizados.

Aunque el concepto de constitución atribuya prioridad al aspecto normativo, al conjunto de normas que organiza los elementos constitutivos del Estado⁶, la teoría constitucional ha señalado su aspecto sociológico, distinguiendo entre constitución efectiva o material, conjunto de los factores reales del ejercicio del poder, y constitución formal, que no pasa de la condición de enunciados lingüísticos y otras formas de expresión. Y Carl Schmitt enfatizó el lado político, definiendo la Constitución como una decisión política fundamental del Estado y de la Nación⁷.

Ha de notarse que la evolución del constitucionalismo siguió las sucesivas ampliaciones del espacio destinado al hombre como sujeto de derecho. De ser un sujeto individual abstracto, construido por el Iluminismo, pasó al espacio social como sujeto concreto de derechos laborales, previsionales y sociales y, desde allí, al espacio más amplio del efectivo ejercicio de la ciudadanía, ya sea como titular de derechos difusos, como consumidor y ciudadano, ya sea simplemente como ser humano y parte de la naturaleza que debe ser preservada, como hombre titular de derechos ambientales.

El panorama actual de la evolución constitucional asiste a nuevas ampliaciones, mucho más allá de los derechos reconocidos por el Estado, tales como el espacio bioético y el espacio cibernético. Así se modifica el status jurídico de la persona humana: se redefinen los derechos inherentes a la condición de sujeto de derecho, no ya limitado en términos geográficos y nacionales, sino como sujeto global de derechos humanos, bioéticos y virtuales, y también como sujeto de de-

⁶ SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9ª ed., San Pablo, Malheiros, 1992, p. 10.

⁷ *Ibíd.*

LUIZ FERNANDO COELHO

rechos comunitarios transnacionales. El constitucionalismo actual tiende a absorber esa ampliación y registra propuestas de constituciones comunitarias, en el sendero de la proyectada constitución de la Unión Europea.

La consecuencia más notable de tal ampliación es la disminución en la capacidad del Estado para controlar los nuevos espacios y las condiciones de ejercicio de los derechos y obligaciones que en ellos se suscitan. Además, no se trata sólo de la creación de nuevos derechos, sino incluso de la proyección de los antiguos derechos, que pasan a ejercerse en aquellos espacios; se constituyen relaciones jurídicas entre sujetos despersonalizados, sustituidos por su réplica virtual o por el código que los individualiza. Y así se destruye la relación ontológica entre espacio jurídico y espacio territorial, entre derecho y nación, entre Estado y orden jurídico.

Ha de señalarse finalmente que, por debajo de esa concepción analítica y principiológica del orden jurídico, subyace una concepción juricista del Estado y de la sociedad, que reduce ambas entidades a su representación normativa vertical y piramidal.

3. La superación del principiologismo y del dirigismo constitucional

La Constitución principiológica fue un importante instrumento para la consolidación de las conquistas de la civilización en cuanto se refiere a los derechos fundamentales del hombre y del ciudadano, a la proclamación de la dignidad de la persona humana como valor supremo. Pero ese papel no impidió que se la usara también para albergar las tentativas de suprimir esos derechos, o que fuese manipulada, por vía de hermenéutica constitucional o mediante modificaciones textuales, muchas veces violentas, con vistas a mantener privilegios aristocráticos y reproducir un orden social injusto, que incluyera desigualdades intolerables.

La evolución del constitucionalismo se desarrolló *pari passu* con la expansión del capitalismo, que pronto se impuso como instancia prácticamente única de la producción de riqueza de las naciones. Aunque la ideología del capitalismo ha estado al servicio de los bastiones

de la fe liberal, de los valores de la libertad individual y de la igualdad jurídica entre los ciudadanos, del respeto a la libre iniciativa y al incentivo para el progreso social mediante el trabajo, valores por los que se habían peleado revoluciones burguesas desde el siglo XIII, ella también tuvo y tiene todavía un lado perverso, revelado en el aspecto predatorio del que se reviste en relación con otros modos de producción a los que se opone, en la continuidad de la explotación del hombre por el hombre y en su ausencia de ética para perseguir su principal motor psicológico-social, el *lucro*.

Ese aspecto depredador se observa fácilmente en el estudio atento de la evolución histórica de la humanidad, aun después del reconocimiento filosófico, político y jurídico de los valores de dignidad de la persona humana.

La primera tendencia del modo de producción capitalista es la pretensión de convertirse en exclusivo, lo que exige una continua expansión del mercado interno. En las formaciones capitalistas centrales, esa expansión enfrenta los límites naturales de la población y de las energías productivas, lo que provoca la necesidad de someter las formaciones capitalistas periféricas. En éstas, el modo capitalista dominante somete a los otros, ligados a la economía natural; los priva de su funcionalidad y los somete a la suya, sin disgregarlos ni destruirlos totalmente. Ese fenómeno de la economía de las naciones ha sido detectado hace ya mucho tiempo por el pensamiento marxista. En Rosa Luxemburgo leemos que las organizaciones sociales primitivas constituyen la base de la existencia material de las sociedades y, en la medida en que representan un obstáculo a la expansión del capitalismo como forma prevaleciente de producción, el método inicial del capital es el sistemático aniquilamiento de las organizaciones sociales no capitalistas que enfrenta en su proceso de expansión. En todas las formaciones de economía natural, destaca aquella autora, lo decisivo es la producción para el consumo propio, de lo que se sigue que no hay demanda de mercaderías extrañas al consumo y, por consiguiente, las formas de economía natural ofrecen rígidas barreras, en todos los sentidos, a las necesidades del capital. De allí concluye que el capital, dondequiera que se instale, necesita emprender ante

LUIZ FERNANDO COELHO

todo un combate mortal contra la economía natural en la forma histórica con la que se presenta⁸.

En ese choque entre el capitalismo y las formaciones de economía natural que ponen obstáculos a la acumulación, los dos factores más importantes para superarlo son justamente el sistema legal y el uso puro y simple de la violencia, al abrigo de las leyes o contra ellas. En otras palabras, escudado en la Constitución o en rebeldía contra ella.

En Brasil, como en el resto de los países situados en la periferia del capitalismo, la destrucción predatoria de las formas de economía natural ligadas a la explotación de la tierra, al pastoreo, a la industria y al comercio familiar, al artesanado y otras formas espontáneas, que incluyen también las microempresas y otras iniciativas generadoras de empleo, engendró el abandono del campo, la destrucción de la pequeña propiedad rural y el absurdo crecimiento de las aglomeraciones urbanas, donde las élites económicas y la clase media se ven sitiadas por una inmensa población que habita villas de emergencia. Es el caldo de cultivo adecuado para la invasión del narcotráfico, de la prostitución, de la explotación de los menores, de la mendicidad y de la corrupción. Y cualquier tentativa de revertir ese proceso perverso, promoviendo, por ejemplo, una reforma agraria mediante la redistribución de la tierra, o poniendo en práctica una política de fomento para la pequeña empresa, encuentra obstáculos en la dificultad del acceso al crédito, en el enfrentamiento de los monopolios y cárteles disimulados y también en la incompreensión ideológica de los que todavía vislumbran los fantasmas del comunismo y de la destrucción de los valores cristianos.

Ciuro Caldani destaca otra paradoja del capitalismo contemporáneo: esta estructura *incluye*, casi sin fronteras, las personas, los materiales y los espacios que necesita, y *excluye* todo el resto. Por eso, especialmente cuando se trata de personas, puede decirse que el actual proceso de globalización es al mismo tiempo un proceso de *marginalización*, que avanza en nuestros días con la fuerza especial propia del capitalismo desarrollado, cuyas técnicas lo llevan a ocupar todo el ámbito

⁸ LUXEMBURGO, Rosa, *La acumulación del capital*, Buenos Aires, 1963, ps. 334 y ss., *apud* ASTESANO, Eduardo, *Historia Ecológica y Social de la Humanidad*, vol. I, Buenos Aires, Castañeda, 1979, p. 282.

planetario⁹. Enfatiza el autor que ya no puede hablarse de una *división del trabajo social*, sino de una creciente *exclusión del trabajo*¹⁰. Como consecuencia, asistimos hoy a tal profundización de las desigualdades, como medio de incrementar la producción competitiva, que una especie de darwinismo social arroja a la fosa común de la exclusión social al hiposuficiente, al débil, al enfermo, al viejo, al inmigrante, al pobre: ellos sucumbirán en la lucha contra el más fuerte. El darwinismo neoliberal globalizado patrocina la producción en serie de ricos en los países pobres y de pobres en los países ricos. Esa tendencia a la marginación de las personas se articula con una implicación avasallante engendrada por la propia lógica del sistema, la exigencia de acumular las riquezas producidas por el trabajo social, articulación que deriva de la misma lógica intrínseca del capitalismo.

Ese cuadro nada favorable al futuro de la humanidad viene en el seno de una ética *aética*, dirigida hacia el lucro a cualquier precio. Cuando afirmamos que se trata de una lógica intrínseca, lo hacemos porque el afán de lucro desempeña en la historia el papel de una constante, una especie de ley natural, ya que toda la actividad política de la humanidad, desde tiempos inmemoriales, se resume en la tecnología de dominar las fuerzas productoras del hombre para que ellas no se desvíen de su objetivo primordial: el lucro. Y, para que el lucro sea todavía más lucrativo, para que la aplicación del dinero se traduzca en mayor cantidad de plusvalía, es necesario que el lucro genere lucro, en un proceso continuo de *acumulación de capital*. Paralelamente a la necesidad de la producción, se genera la necesidad de una acumulación creciente de sus resultados, lo que importa afirmar que los ricos tienden a ser cada vez más ricos y menos numerosos, mientras los pobres permanecen en la meseta de pobreza intrínseca al sistema.

Equiparar el desarrollo del capitalismo en el sentido predatorio y acumulativo del lucro con los efectos de marginación no implica atribuirle la inexorabilidad propia de la ley natural. Antes bien, se trata

⁹ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Globalización/Marginación: ¿Implosión demográfica?*, en *Bioética y Bioderecho* Nº 5, Rosario, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, 2000, p. 10.

¹⁰ *Ibíd.*, p. 11.

LUIZ FERNANDO COELHO

de una manifestación de la imperfección humana, que puede corregirse mediante la toma de conciencia en la lucha contra la alienación.

La historia no lo desmiente y ninguna retórica economicista, ninguna sofisticación discursiva podrá desmentir ese hecho prosaico: que el capitalismo tiende a perfeccionarse a medida que avanza la tecnología de la explotación del hombre por el hombre, que engendró las formas primitivas, medievales y modernas de esclavitud, las formas modernas y posmodernas de colonialismo mercantil, industrial y tecnológico y, ahora, el colonialismo cibernético. ¿Tendremos acaso todavía un colonialismo bioético, cuando la tecnología de la clonación humana reproductiva cree seres humanos con caracteres genéticos manipulados en interés del capital y de la hegemonía de las *well ordered societies*?¹¹

Ningún eufemismo será capaz de disfrazar el hecho de que, amparado en una tecnología cada vez más compleja, cuyo dominio tiende a restringirse a países cada vez más ricos y a sus pocas organizaciones empresarias transnacionales, el capitalismo euroamericano ingresa en otra fase, caracterizada por una nueva forma de acumulación que trasciende las fronteras geopolíticas de los Estados nacionales.

De esa manera, el capitalismo contemporáneo retoma su primitiva y esencial tendencia a la acumulación, con vistas a preparar el desarrollo de un nuevo modo de producción adecuado a la etapa actual de la civilización.

Esa nueva fase del capitalismo se funda firmemente en el neoliberalismo, que es al mismo tiempo una filosofía, una ideología y un proyecto político que aboga por el Estado mínimo; aquel que, mediante un proceso de desregulación de la economía, se aparta del mercado y remueve todos los obstáculos que se opongan a la libre competencia, reservándose sólo las tareas inherentes a la educación, la salud pública, la cultura, el ocio y la administración de justicia; aun en esos sectores, el Estado debe estimular en cuanto sea posible las iniciativas empresarias.

Ésa es, en síntesis, la ideología que se lee en las entrelíneas de los tratados de economía política y en los documentos que apoyaron la

¹¹ RAWLS, John, *Uma teoria da Justiça* (trad. de Vamireh Chacon), Brasilia, Universidade de Brasilia, 1981.

política del gobierno inglés elegido por el Partido Conservador en 1980 y la del gobierno Reagan. Esas políticas sirvieron de inspiración y de modelo para los programas políticos neoliberales del mundo subdesarrollado, incluido Brasil, y de la mayoría de los países de América Latina, bajo la supervisión de las organizaciones económicas mundiales. Están impregnadas de la misma ideología y subordinadas a los mismos intereses de la dominación económica mundial. Es también la política del gobierno Bush, disfrazada bajo el manto de la sacrosanta cruzada contra el terrorismo que estratégicamente se pregona mundial, cuando en verdad es un hecho trágico de la historia contemporánea: una tragedia que sólo afecta a las naciones y Estados directamente involucrados en conflictos por la liberación de los pueblos oprimidos y a los espacios políticos que aspiran a la independencia.

La ética del capitalismo queda legitimada por mecanismos ideológicos que la disfrazan bajo principios, valores, conquistas, beneficios y otros mitos albergados por la Constitución principiológica. La lógica del capitalismo es el nexo de imputación que vincula la explotación del hombre por el hombre con la acumulación de capital, hoy cada vez más identificada como concentración de la renta, pero de todos modos disimulada con eufemismos y mentiras filosóficas, pseudocientíficas e ideológicas, tales como desarrollo, bienestar social, orden y progreso, que en el fondo se subordinan a la necesidad de generar riqueza material.

Evidentemente, la producción material de la riqueza no es un mal en sí misma, ya que la racionalidad humana la impone como causa y efecto del progreso de la humanidad. Pero, si bien la generación de riqueza no es un mal, cuando ella se articula con la necesidad de acumulación y con la marginalización pueden cuestionarse sus ventajas en relación con las personas, los pueblos y las naciones marginados, ya que el efecto distributivo de la producción de riqueza se convierte en un objetivo secundario, tolerado sólo si no obstaculiza la producción misma y no interfiere en el proceso de acumulación. El mal, entonces, radica en la falta de una ética del discurso capitalista, discurso que, centrado en la defensa intransigente de la propiedad privada y de la libre iniciativa (entendida ésta como la separación entre el Estado y la economía), hace prevalecer su propósito de acu-

LUIZ FERNANDO COELHO

mulación y marginación en todos los espacios de la vida social hasta asumir una dimensión planetaria.

La visión histórica del siglo pasado no deja margen de duda, pues ostenta la dura realidad de las dictaduras, del hambre y de la miseria, los grandes conflictos étnicos, ideológicos y políticos que provocaron las dos guerras mundiales y casi llevaron a la humanidad al colapso. ¿Cuál será el resultado del mantenimiento de esa tendencia y de esa ética en el horizonte histórico que ahora se abre, cuando las naciones ricas y poderosas no conciben sino el uso de la violencia como solución a sus problemas internos, que identifican estratégicamente como problemas de todas las naciones?

En este escenario se vislumbra el drama jurídico de las constituciones contemporáneas: la dificultad para convertir la enunciación de principios en un conjunto de derechos susceptibles de acción judicial, especialmente cuando se trata de derechos sociales relativos a la educación, a la cultura, a la previsión y a la salud, que representan innovaciones en el derecho constitucional clásico. El gran problema del derecho constitucional contemporáneo reside en cómo encuadrar en derecho el Estado social, cómo inaugurar y establecer nuevas técnicas e instrumentos capaces de garantizar efectivamente los derechos sociales básicos.

Para volver a la afirmación anterior, a saber, que la evolución constitucional se ha desarrollado según las exigencias de la lógica y de la ética del capital, la toma de conciencia de esa realidad condujo a que se procurase devolver al Estado su papel en la conducción de la economía y se volviese a pensar la función del derecho positivo y de la propia Constitución como instrumentos para la promoción social de los ciudadanos. Se demostró necesaria la evolución del constitucionalismo hacia un nuevo concepto, en el que la Constitución sea más que una declaración de principios e implique el planeamiento de la acción estatal para la solución de los problemas sociales.

El hecho es que el constitucionalismo clásico, que buscara consolidar el Estado de derecho y asegurar las conquistas de la libertad, la democracia y los derechos fundamentales, empezó a ser cuestionado cuando se verificó que esos principios eran en realidad ineficaces.

Uno de los exponentes de ese proceso doctrinario de toma de con-

ciencia, Norberto Bobbio, se refiere a las promesas incumplidas de la democracia¹². Lênio Streck destaca que el Brasil ya experimentó el Estado social y el Estado democrático de derecho, pero que tales estatutos políticos no pasaron de constituciones formales no realizadas, meros textos desprovistos de eficacia¹³.

El resultado de ese nuevo análisis fue el dirigismo preconizado por algunos juristas, entre los que se destaca Canotilho, con su noción de *constitución dirigente*¹⁴, objeto de su tesis de doctorado acerca del impacto de la Constitución portuguesa de 1976¹⁵.

Pese a haberse divulgado en Brasil la noción de constitución dirigente a partir de la obra de Canotilho, la idea es bastante antigua: se remonta al *New Deal* de Roosevelt y a los planes quinquenales soviéticos, y fue incluida en la teoría constitucional en la Europa de la década de 1960, cuando se construía la teoría jurídica del planeamiento económico.

Hasta el principio de la Segunda Guerra Mundial, y excepción hecha de las experiencias socialistas de planeamiento económico global, las decisiones políticas relacionadas con la economía se producían en un ámbito bastante restringido. Pero la destrucción de las estructuras de producción, distribución y consumo que los países europeos heredaron de la guerra forzó a transferir al Estado el poder de decisión, sin que ese intervencionismo se encarase como un atentado a las libertades fundamentales. El *New Deal* del presidente Roosevelt terminó con el viejo preconcepto liberal, y la Suprema Corte de los Estados Unidos, al conceder respaldo jurídico a las decisiones políticas, acabó por modificar la propia mentalidad jurídica norteamericana, que había transformado los precedentes judiciales en una especie de fetichismo del pasado para refrenar la realización del futuro.

¹² BOBBIO, Norberto, *Qual Socialismo?* (trad. de Isa de Salles Freaza), 2ª ed., Río de Janeiro, Paz e Terra, 1983.

¹³ STRECK, Lênio, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999, ps. 51 y ss.

¹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed. (reimpresión), Coimbra, Almedina, 1999, p. 1079.

¹⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (comp.), *Canotilho e a Constituição Dirigente*, Río de Janeiro, Renovar, 2003, texto de presentación.

LUIZ FERNANDO COELHO

En Europa se trató de dar forma de categoría jurídica a una noción antes restringida a la economía política. Cuando se hacía apremiante la exigencia de intervención estatal en la economía de los países sin caer en el estatismo y en la socialización de la propiedad de los medios de producción –tipo de planificación adoptada en los países socialistas– la idea que finalmente prevaleció fue la de introducir direcciones meramente indicativas, por medio de la legislación ordinaria y de la Constitución. Planeamiento indicativo o imperativo: ésa era la gran pregunta que la teoría constitucional fue llamada a responder¹⁶. El dirigismo estatal de la economía, sin llegar a la socialización, precedió entonces el desarrollo del derecho europeo unificado, *Europarecht*, el derecho de la antigua Comunidad Económica Europea que desembocó en la Unión Europea. En ese contexto, los juristas de la Escuela de Friburgo introdujeron la planificación como concepto jurídico, imprimiendo con ello una dimensión prospectiva a la Constitución. *Der Plan ist die Verfassung* –“el plan es la Constitución”– proclamaba Joseph Kaiser¹⁷.

En un estudio publicado en 1979, en homenaje a Manoel de Oliveira Franco Sobrino, el autor de este trabajo ya señalaba que, en torno de la noción jurídica de planeamiento, se modifica el concepto mismo de derecho: ya no se trata del orden jurídico estático, formal, abstracto y apriorístico, al cual deben amoldarse las conductas concretas, sino de un orden dinámico constituido por modelos de acción, flexibles, realistas y concretos; en suma, un planeamiento de la acción estatal para el bienestar colectivo creciente y para la ampliación del Estado de derecho. Orden jurídico y planeamiento serían, por lo tanto, *categorías de la juridicidad*, opuestas entre sí en la medida en la que una es estática y retrospectiva y la otra dinámica y prospectiva. Claro está que esa oposición debe ser reexaminada: ella no se verifica en la realidad, puesto que hay una complementación dentro del mismo orden jurídico. La Constitución de los principios sería retrospectiva y, en la medida en que el planeamiento pasase a integrar el tex-

¹⁶ HOUIN, Roger, *La Planification Française*, en *Planung II*, Baden-Baden, Nomos, 1966, ps. 149 y ss.

¹⁷ KAISER, Joseph, *Exposé einer pragmatischen Theorie der Planung*, en *Planung I*, Baden-Baden, Nomos, 1965, p. 25.

to constitucional, imprimiría a la Constitución una nueva dimensión, dirigida hacia el futuro¹⁸.

Con la restauración de la idea de planeamiento constitucional, bajo la palabra “dirigente” se busca atribuir a la Constitución una función prospectiva: la de programar el desarrollo social y las condiciones de efectividad de los derechos y garantías consagrados en su texto. Se trata de transformar la Constitución en un instrumento jurídico para la solución de los grandes problemas de la sociedad, darle eficacia y retirarla del circuito cerrado, meramente formal, en el que se originaron sus nobles e idealistas declaraciones.

La teoría constitucional procura así adecuar la Constitución a la creciente complejidad de una sociedad abierta y plural, pero cargada de conflictos, incongruencias, incomprensiones y frustraciones. En otras palabras, el problema de la Constitución dirigente cobra relevancia cuando apunta a la actual ineficacia de las cláusulas constitucionales de contenido social, económico y cultural. Como la realización de ese contenido exige una transformación de estructuras sociales, el desafío de una constitución dirigente es el de la concreción constitucional, que incluye la tarea jurídica dedicada a la regulación normativa y a su interpretación, integración y aplicación.

La Constitución dirigente se caracteriza como una carta abierta, dirigida al futuro de cara a la transformación social. Es determinante de instrumentos que hagan posible su realización y marco de dispositivos que impongan su concreción.

En verdad, lo que se busca con la doctrina de la Constitución dirigente es realizar efectivamente la Constitución formal, dándole operatividad, transformándola en Constitución material; si no por medio de dispositivos que así lo determinen, por lo menos con la posibilidad de realizarla mediante otros instrumentos normativos y judiciales. Se procura, además, la protección de la misma norma suprema contra eventuales desvíos del orden político del país. La Constitución

¹⁸ COELHO, Luiz Fernando, *Considerações sobre Economia e Planejamento no Direito Administrativo*, en *Direito Administrativo Aplicado e Comparado*, t. I, San Pablo, Resenha Universitaria, 1979, ps. 143-165.

LUIZ FERNANDO COELHO

dirigente debe trazar los rumbos a seguir, las metas que los gobiernos deban alcanzar progresivamente.

Otro aspecto a subrayar es una consecuencia directa de esa concepción. En una constitución dirigente debe haber planes más o menos precisos de transformación profunda del orden político, económico y social, particularmente de orden económico. Esto tiene una consecuencia jurídica fácilmente deducible. Una constitución dirigente incluye gran número de normas programáticas, es decir normas que no son completas, normas que requieren ser complementadas para volverse aplicables y efectivas. Así, una constitución dirigente es, en cierto modo, una constitución incompleta, porque exige ese complemento legislativo posterior para sus normas programáticas.

Desde el punto de vista histórico, se verifica en verdad una evolución ideológica, en la que el Estado pierde su supremacía en la dirección de la economía, cede su lugar al ámbito privado y, luego del fracaso de esa retirada, trata de retomar su lugar. Para hacerlo, cambia el concepto de constitución, que de principiología y garantista pasa a ser dirigente, aunque sin perder su característica básica de analiticidad y de repositorio de principios fundamentales.

Pero ni la Constitución principiología y garantista ni la dirigente alcanzan a corresponder a la realidad mucho más compleja del orden social contemporáneo, cuyo análisis conduce a vislumbrar un nuevo concepto de constitución.

4. Microfísica y pluralismo de la sociedad compleja

El nuevo examen de aquellos presupuestos subyacentes al concepto de constitución empieza por el análisis de los factores que hacen especialmente compleja la sociedad actual.

El primero de esos factores es el predominio, hoy mundial, de la forma capitalista de producción. Como se ha visto al estudiar las condiciones que llevaron al dirigismo constitucional, la victoria del capitalismo como modo predominante –prácticamente exclusivo– de producir la riqueza social no sólo mantiene los viejos problemas ya detectados por las ciencias sociales: también engendra nuevos problemas, como consecuencia de la globalización y del avasallador dominio de la informática.

El segundo factor proviene del análisis de la sociedad contemporánea, que nos revela un enmarañado complejo de vínculos entre los individuos. En esas relaciones de carácter social, familiar, educativo, político, económico o religioso, y en otras que se observan en todos los sectores de la sociedad, se forman microsistemas sociales. Son agrupamientos de individuos que establecen una complicada red de relaciones intersubjetivas, que apuntan a la satisfacción de sus propios intereses como individuos y como grupos. De esta manera, no se aprecia la existencia fáctica de una sociedad abstracta, ni de un Estado abstracto, sino la de microsociedades, microcosmos más grandes o más pequeños que se forman según la proximidad de las relaciones interindividuales.

Los individuos, por sus diversidades y de acuerdo con sus características, pertenecen a microsistemas diferentes. A pesar de la disparidad, tales grupos se articulan entre sí, puesto que los microsistemas no viven aislados. A partir de allí, los individuos no pertenecen a un solo microsistema, ya que cada uno de ellos, además de articularse con los otros, trata de mantenerse y reproducirse. El conjunto de esos microsistemas constituye la sociedad, que es el macrosistema.

Dada la equivocidad de la palabra y de la idea misma de “sistema”, es preferible hablar de grupos microsociales.

El diseño de esa sociedad pierde así su forma piramidal representada por el orden jurídico y se asemeja a una intersección de formas ovaladas, donde cada óvalo, representativo de un microsistema, atraviesa a los demás y es atravesado por ellos. Hay, por consiguiente, un núcleo común a todos que, al mismo tiempo que se presenta como una reducción de los óvalos, al constituir el punto del todo social en el que todos convergen –el sentimiento nacional, por ejemplo– envuelve a todos en la misma esfera social. Cada óvalo, que representa un grupo microsociedad, reproduce así los demás óvalos y los demás grupos sociales y, al mismo tiempo, reproduce el conjunto de todos ellos.

La configuración real y formal de cada grupo es influida por el derecho positivo. En función del modo como el derecho influye en cada grupo, podemos separarlos en tres grandes categorías: *grupos jurídicamente reconocidos*, *grupos jurídicamente indiferentes* y *grupos jurídicamente marginados*.

LUIZ FERNANDO COELHO

Los primeros son admitidos por el ordenamiento positivo, con personalidad jurídica o sin ella. Son fácilmente reconocibles la familia, los religiosos, los consumidores, los trabajadores, las asociaciones civiles, los aborígenes, los niños y adolescentes, los ancianos, los presidiarios, los servidores públicos civiles –en las esferas del legislativo, del judicial, del ejecutivo y del ministerio público– y militares, los comerciantes y empresarios, los industriales, los productores rurales y los prestadores de servicios. Pero el análisis sociológico puede llevar al reconocimiento de otros grupos, unidos por lazos comunes que el derecho positivo protege.

El grupo *jurídicamente indiferente* no cuenta con el soporte del derecho positivo, pero ejerce una acción política, a favor o en contra del Estado, aunque no fuera de la ley. Son, por ejemplo, las organizaciones no gubernamentales, llamadas ONG, las empresas transnacionales y algunas sectas religiosas no reconocidas. La acción política de tales grupos se dirige predominantemente a influir en los Estados para la adopción de políticas adecuadas a sus propios intereses o valores.

Los marginados son grupos que desarrollan una acción contraria a las leyes del Estado. Algunos se consideran legítimos, cuando su acción apunta a la defensa y a la eficacia de valores que corresponden al sentimiento común de la colectividad, aun cuando la intolerancia de la autoridad estatal los condene a la marginalidad. Un ejemplo clásico, en Brasil, es el Movimiento de los Sin Tierra (MST), que lucha por la reforma agraria por medio de ocupaciones ilegales de propiedades rurales. Otros, carentes de toda legitimidad, sólo se dedican a la práctica de acciones ilegales. Como ilustración pueden incluirse los *bicheiros* (comunidad de quienes viven de y trabajan en la práctica de la contravención llamada “juego del bicho”, al margen de la ley pero tolerada por las autoridades)¹⁹, los narcotraficantes, los proxenetas y las prostitutas, los contrabandistas, especialmente la multitud de pequeños comerciantes que atraviesan la triple frontera, en la ciudad de Foz de

¹⁹ Tipo de lotería creada en Brasil a fines del siglo XIX, originalmente para fomentar las visitas al Jardín Zoológico. En ella, los números se agrupan en 25 conjuntos, cada uno de los cuales lleva el nombre de una especie animal (N. del T.).

Iguaçu, con mercaderías de contrabando, a quienes se llama “paseros”, etcétera. Los periódicos brasileños dan cuenta de que los narcotraficantes, concertados con autoridades corruptas, llegaron a construir verdaderos estados paralelos en las favelas de Río de Janeiro y de San Pablo.

Cada grupo microsocioal instituye en su ámbito reglas de conducta y de compromiso bien definidas. Los miembros que lo componen tienen un rasgo cultural común en lo que concierne a valores históricos y objetivos. Eso no significa que tales microsistemas sean monolíticos, homogéneos ni movidos por un amplio consenso. Con todo, sus miembros se reúnen en torno de un objetivo común cada vez que la seguridad y la sustentabilidad del grupo corre alguna clase de riesgo. Ese comportamiento, muchas veces inconsciente, tiene por objetivo la propia preservación y manifiesta, por lo tanto, la existencia de una red de relaciones.

Sin embargo, ese microsistema no es autosuficiente, ya que sus miembros dependen fundamentalmente de los valores, de las potencialidades y de los elementos disponibles en otros microsistemas. Así, no se puede afirmar que haya microsistemas “puros”.

Por esta razón, sin perder su identidad, exceden sus límites territoriales e invaden el espacio de otros microsistemas, buscando en esa interrelación un equilibrio. Consecuentemente, un anciano puede pertenecer, simultáneamente, a su propio microsistema, la comunidad de los ancianos, pero también al familiar, al de los consumidores y al de los trabajadores. Un narcotraficante, del mismo modo, puede pertenecer simultáneamente al propio microsistema de los narcotraficantes, que en la actualidad asume dimensiones globales, y también al de la familia y al de los presidiarios. De esta manera, es ilusorio imaginar que, en una sociedad organizada, un grupo determinado consiga limitar el radio de penetración de sus raíces a su propio campo de actuación: los microsistemas se dirigen naturalmente a una imprescindible interdependencia.

Los intereses de esos conjuntos de microsistemas que se entrecruzan forman el macrosistema. Éste, identificado como la sociedad en su conjunto, se halla formado por varios microsistemas dotados de sus peculiaridades específicas, que buscan –dentro de lo posible– una convivencia armónica con los demás. Pero en ese proceso de articulación

LUIZ FERNANDO COELHO

algunos grupos acaban por imponerse a los demás, sea porque razones históricas los dotan de fuerza política, sea porque consiguen alguna clase de liderazgo carismático o fundado en la tradición (para emplear los tipos ideales weberianos de dominio legítimo).

Surgen así los grupos microsociales hegemónicos, que a su vez se articulan para mantener su hegemonía y se apoderan de los instrumentos de control social, infiltrándose en las organizaciones sociales e incluso en los órganos gubernamentales. Los conflictos intergrupales que así se forman tienen tal magnitud que llegan a restringir o a amenazar la hegemonía del grupo e incluso su continuidad.

De allí que la sociedad, para ser segura y estable, requiere un orden superior apropiado para dominar todos esos microsistemas, de modo que ellos puedan relacionarse entre sí, y evitar o postergar la aparición de conflictos, así como resolver los que sean inevitables.

El derecho, la forma más elaborada de control de los comportamientos individuales en el medio social, se desarrolla al compás de esos conflictos. En su comprensión usual como derecho positivo, es el conjunto de normas que se hacen obligatorias en virtud del poder de coacción del Estado.

El derecho positivo puede definirse así como el sistema de normas establecidas por el poder político, que se imponen obligatoriamente para regular la vida social de un pueblo en una época dada. Esta denominación es genérica y abarca las manifestaciones sectoriales de la normatividad, consideradas fuentes del derecho porque son cooptadas por el sistema de las leyes.

Esa concepción del derecho positivo y del orden jurídico estriba en una serie de presupuestos ideológicos disfrazados bajo la forma de principios generales científicamente elaborados o descubiertos en la "naturaleza de las cosas", pero que no son otra cosa que mitos para asegurar la creencia en el derecho positivo como fuente exclusiva de solución de los conflictos interindividuales e intergrupales, así como la creencia en el Estado como orden jurídico. Entre esos mitos, los más significativos son los de unicidad y estatalidad del derecho y el de la racionalidad objetiva del orden jurídico, que sustentan el presupuesto de la autolegitimidad.

La crítica del derecho, sin embargo, al enfatizar el aspecto mito-

lógico y legitimador de tales presupuestos, pone de resalto el hecho de que ellos ocultan la realidad social constituida por los grupos microsociales para favorecer a algunos de ellos que han adquirido hegemonía sobre los demás y, por eso, manipulan el orden jurídico y la propia Constitución para la defensa de sus intereses.

Ese panorama de la sociedad y de la función histórica del derecho positivo, siempre dependiente de los intereses de los grupos microsociales hegemónicos dentro de las formaciones nacionales y estatales, encuentra nuevos contornos cuando se contempla la actual articulación de la sociedad de las naciones y, consecuentemente, de sus grupos internos, con otros grupos que trascienden las presentes fronteras geopolíticas y se proyectan sobre el espacio global.

Se verifica hoy un proceso de desvanecimiento de las situaciones a las que se refieren los conceptos de nación y de ciudadanía. Esto llevó a Habermas a hablar de una sociedad posnacional, enfatizando que la forma clásica del Estado nacional se encuentra en disolución a medida que la comunidad europea se transforma en una unión política²⁰. Ese nuevo orden mundial se ha llamado *heterotopía*²¹, palabra que alude a la pulverización y a la multiplicidad de los centros de decisión política y empresaria, que ya no se limitan a las fronteras geopolíticas de los Estados nacionales y se hallan en diversos lugares distribuidos por el mundo, y también *poliarquía*²², término que alude a la existencia de múltiples centros de poder más o menos equilibrados.

La sociedad contemporánea ostenta tal complejidad de intereses, valores, proyectos y exigencias de individuos y de grupos que llega a constituir una red de dimensiones globales expresada en estructuras de los más diversos aspectos, instituidas y construidas por amplias redes comerciales, por sistemas de producción y distribución, por el sistema financiero mundial y también por el mercado de trabajo, estructuras que trascienden las fronteras geopolíticas y culturales.

²⁰ HABERMAS, Jürgen, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, vol. II (trad. de Flavio B. Siebeneichler), Río de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, p. 280.

²¹ DREIFUSS, René Armand, *A Época das Perplexidades*, 2ª ed., Petrópolis: Vozes, 1977, ps. 242, nota 30. El autor aclara que la idea de *heterotopizar* los países proviene de Foucault.

²² Ídem, p. 244.

LUIZ FERNANDO COELHO

La expansión mundial de la red de grupos microsociales que luchan por la hegemonía, sumada a los grupos jurídicamente reconocidos, marginados o indiferentes en el interior de las naciones, lleva a indagar si todavía pueden mantenerse las concepciones tradicionales de derecho, de orden jurídico y de constitución.

En el pensamiento sociológico-jurídico, ese panorama cataliza las corrientes de pensamiento denominadas *pluralistas*, que admiten la coexistencia de más de un orden jurídico en el mismo espacio geopolítico, muchas veces contra el derecho oficial. Pero recientemente, la teoría sociológica de la autopoiesis de los sistemas sociales, en el cauce del antiguo funcionalismo sociológico, provee un nuevo soporte teórico para un nuevo examen de la función del derecho en la sociedad.

El pluralismo jurídico vino a ocupar un importante *locus* teórico en la ciencia del derecho a partir de los estudios sociológicos que propiciaron una percepción de la naturaleza irreal de las reglas y conceptos legales. La teoría jurídica siempre cuestionó este principio del derecho único, como también los presupuestos ideológicos de la estatalidad y de la racionalidad, y considera posible atribuir juridicidad a grupos menores, excluidos los marginales, pero dentro del Estado. Hay estudios sociológicos que advierten la aparición de una juridicidad espontánea dentro de comunidades que, por algún motivo, permanecen al margen del derecho oficial²³.

Mientras tanto, la inmensa variedad de formas y teorías pluralistas torna extremadamente difícil sintetizar sus principios doctrinarios básicos, aunque es posible distinguir un punto de convergencia: la referencia al hecho de que el derecho efectivo está inserto en la sociedad, trasciende los órganos estatales y se caracteriza por la coexistencia de varios derechos en el mismo espacio social. Si no son positivos, están en el mismo plano de validez material y de eficacia. El problema se relaciona así con las fuentes materiales, al admitirse otras fuentes de positividad jurídica, además de los poderes del Estado.

Si en la concepción monista sólo un tipo de grupo social, el grupo político, detenta el poder para crear y dictar normas jurídicas, para el

²³ SANTOS, Boaventura de Souza, *O Discurso e o Poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 1988.

pluralismo todo grupo con alguna consistencia está habilitado a crear normas que adquieran el carácter de verdaderas normas jurídicas. Esa definición es corroborada por Reale, para quien una doctrina, en rigor, puede considerarse pluralista cuando afirma la existencia de otras fuentes de positividad jurídica y otros criterios para caracterizar la positividad, además del que proviene de la coercibilidad del poder público²⁴.

Pueden encontrarse antecedentes históricos de esa concepción en las tesis iusnaturalistas de Althusius y de Grocio, que reconocieron la existencia de un orden jurídico de la sociedad opuesto al orden jurídico estatal propiamente dicho. Pero también cabe citar como pionero a Savigny, por sus reacciones al legalismo exegético francés y al movimiento de codificación del derecho germánico.

El pluralismo jurídico constituyó el meollo de la escuela del derecho libre, de Ehrlich y Kantorowicz²⁵, que impugna el principio de la primacía de la ley y pone de relieve la importancia real de las normas jurídicas que brotan de los grupos sociales²⁶. Y Georges Gurvitch llega incluso a admitir que el derecho no necesita del Estado, ya que el fenómeno jurídico nace del seno de la comunidad. En la misma línea de argumentación, Lévy-Bruhl considera mucho más evidente el pluralismo jurídico determinado por las normas emanadas de los organismos internacionales²⁷. Y León Duguit reconoce la existencia de una ley social como implicación de la esencia ontológica del ser humano –*zoon politikon*– con el objeto de regular las actividades habituales de los miembros de la sociedad. Esta ley del grupo social puede en determinado momento transformarse en norma jurídica, porque el con-

²⁴ REALE, Miguel, *Teoria do Direito e do Estado* (4ª ed.), San Pablo, Saraiva, 1984, p. 268.

²⁵ FRIEMANN, W., *Théorie Générale du Droit*, Paris, LGDJ, 1965, p. 202. Cfr. EHRLICH, Eugen, *Fundamentos da Sociologia do Direito* (trad. de René Ernani Getz), Brasilia, UnB, 1986, p. 377; también SOUTO, Cláudio y FALCÃO, Joaquim, *Sociologia e Direito*, San Pablo, Pioneira, 1980, p. 132.

²⁶ KANTOROWICZ, Hermann, *A luta pela ciência do direito*, en SAVIGNY; KIRCHMANN; ZITELMANN y KANTOROWICZ, *La Ciencia del Derecho* (colección de textos), Buenos Aires, Losada, 1949, ps. 325-373.

²⁷ LÉVY-BRUHL, H., *Sociología del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1964, ps. 13-19.

LUIZ FERNANDO COELHO

junto de las conciencias individuales alcanza la comprensión de que la sanción material de tal norma puede ser socialmente organizada²⁸.

Un ala del pluralismo jurídico se articuló con la teoría de la institución y consideró que una forma independiente de ordenamiento jurídico es esencial a toda institución de carácter estable y permanente. En la opinión de Santi Romano, este ordenamiento institucional puede tener vida autónoma fuera del Estado: se caracteriza por el hecho de constituir una conciencia jurídica que se vale a sí misma gracias a su organización interna, y no pierde su juridicidad *aunque sea ilícita*²⁹. El sociólogo brasileño Miranda Rosa analiza el derecho como hecho social y, siguiendo la línea de Ehrlich y Gurvitch, afirma que ya está superada la discusión acerca de la existencia de una inmensa variedad de normas que muy bien pueden ser incluidas en la categoría de normas jurídicas, a pesar de no haber sido producidas por el Estado³⁰. Otro importante estudio sociológico es el de Sousa Santos, que llevó a cabo una valiosa investigación en una favela de Río de Janeiro. Allí analizó una situación de pluralismo jurídico con vistas a elaborar una teoría sobre las relaciones entre Estado y derecho en las sociedades capitalistas³¹.

Esas vertientes doctrinarias iniciales del pluralismo jurídico encuentran hoy nuevas expresiones. Una de ellas es la obra de Antônio Wolkmer, que atribuye juridicidad a decisiones, declaraciones y manifestaciones tendientes a transformarse en normas auténticamente jurídicas en el seno de organizaciones que luchan por los derechos de los sectores más necesitados de la sociedad. Esta forma de pluralismo trata de una producción normativa organizada, institucionalizada por haber adquirido cierta estabilidad, pero al margen del derecho oficial o en contra de él³².

²⁸ CARBONNIER, Jean, *Sociologia Jurídica*, Coimbra, Almedina, 1969, ps. 220 y ss.

²⁹ ROMANO, Santi, *Princípios de Direito Constitucional Geral* (trad. de María Helena Diniz), San Pablo, RT, 1977, ps. 92-93; también REALE, *Teoria do Direito e do Estado* cit., p. 272. Sobre DUGUIT, ps. 257 y ss.

³⁰ ROSA, Felipe A. de Miranda, *Sociologia do Direito*, 5ª ed., Río de Janeiro, Zahar, 1977.

³¹ SANTOS, Boaventura de Sousa, *Notas sobre a História jurídico-social de Passárgada*, en SOUTO y FALCÃO, *Sociologia e Direito* cit., ps. 109 y ss. También *O Discurso do Poder* cit.

³² WOLKMER, Antônio Carlos, *Pluralismo Jurídico*, São Paulo: Alfa-Omega, 1994, p. 323.

Esa noción de estructura original característica de las sociedades oprimidas, o de grupos oprimidos en la sociedad, puede contener su *derecho del oprimido*, que se asemeja a la producción normativa plural descrita por Souza Santos. Se trata de una juridicidad alternativa, que nuclea el derecho plural expuesto por Wolkmer. Este autor define un pluralismo de tenor progresista, que llama *comunitario participativo*. Salvadas las peculiaridades de cada posición doctrinaria, esta forma de pluralismo es mencionada también por Canotilho, en la línea trazada por Teubner, como un *derecho reflexivo*, fundamentalmente constituido por el conjunto de reglas que definen los esquemas relacionados con grupos y organizaciones de la época actual³³. Señala Canotilho que la existencia de tales normas identifica una nueva constitución, en la que se establecen las condiciones para una autorregulación social operada por los actores neocorporativos³⁴.

Cabe recordar que una forma de pluralismo identificado como el derecho del oprimido tiene sus antecedentes en la obra de Dusse³⁵ y Gutiérrez³⁶, quienes trataron de una teología del oprimido, con referencia al pueblo como sujeto histórico dotado de memoria, identidad y *estructuras* propias.

Este pluralismo infraestatal siempre fue estudiado como una curiosidad filosófica del derecho; como un objeto sociológico cuya comprobación como realidad concreta de las relaciones humanas no llegaría a conmover las estructuras del Estado. Mientras tanto, en función de las transformaciones sociales, políticas y culturales de dimensiones globales a las que asistimos, la tesis pluralista gana nueva fuerza: adquiere una nueva forma que ya no es la tradicional, sino la de un *pluralismo transnacional* de carácter institucional y también virtual, como consecuencia de la transnacionalización de los procesos decisorios y de las

³³ CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* cit., p. 1079.

³⁴ *Ibíd.*

³⁵ DUSSEL, Enrique D., *Filosofia da Libertação na América Latina*, San Pablo, Loyola, 1976. También *Filosofia da Libertação: crítica à ideologia da exclusão*, San Pablo, Paulus, 1995, y *Ética da libertação – na idade da globalização e da exclusão*, Petrópolis, Vozes, 2000.

³⁶ GUTIÉRREZ, Gustavo, *Teologia da Libertação*, Petrópolis, Vozes, 1979.

LUIZ FERNANDO COELHO

nuevas formas jurídicas que se incrementan a medida que los intereses en juego establecen límites a las intervenciones gubernamentales.

Se manifiesta de este modo un auténtico *jus novum* como un derecho emanado de diferentes centros de poder y de decisión, tales como las organizaciones internacionales del tipo de la Unión Europea y del Mercosur, además de las antiguas organizaciones mundiales inspiradas en la Organización de las Naciones Unidas, como la Organización Internacional del Comercio; pero también hay que citar en este campo las organizaciones sociales virtuales, no institucionales, que llegan a convivir con las antiguas organizaciones no gubernamentales (ONG), las empresas transnacionales, las instituciones financieras mundiales, las oficinas multinacionales de auditoría, las asociaciones corporativas y los movimientos representativos de la comunidad internacional.

Además de esas entidades, la teoría jurídica y política debe considerar la existencia de organizaciones marginales dedicadas al narcotráfico, a la explotación de la prostitución, al comercio de niños y a la más diversas formas de actividad ilícita, organizaciones que crean su propia regulación normativa. Son las célebres *mafias*, que generan negocios del orden de los billones de dólares e instrumentan los sistemas financieros de todo el mundo para reciclar y lavar fabulosas cantidades de dinero obtenido en actividades ilegales.

En sus diversas formas y modalidades, el comportamiento corrupto de las mafias trasciende las fronteras de los Estados nacionales, mina y desvirtúa las instituciones, provoca el descrédito de las agencias específicas de gobierno y produce efectos deletéreos en el desarrollo económico, con pérdida de eficiencia y desperdicio de recursos; además, repercute políticamente cuando anula los esfuerzos públicos y privados para mejorar la sociedad al favorecer la inestabilidad política, la desconfianza y la desilusión del pueblo, la frustración y el drenaje de energía de los funcionarios públicos y de los trabajadores privados, el refuerzo del cinismo, la certeza de la impunidad, el despreimiento de toda la sociedad en la eficiencia de sus instituciones. En suma, genera males públicos transnacionales que no se limitan a la acción de las organizaciones criminales, sino implican burocracias gubernamentales, empresarios del fraude y delincuentes de cuello blanco. Uno de los aspectos negativos más peligrosos de ese fenómeno es la ocu-

pación de las instancias de solución de conflictos por organizaciones marginales, en los espacios ocupados por el crimen organizado, por el narcotráfico y por organizaciones fundamentalistas de carácter religioso o político.

Ese derecho marginal se desarrolla contra el Estado, pero trata de cooptarlo mediante la imposición de la ley del más fuerte o bien por la corrupción; su influencia se hace más evidente a medida que el derecho oficial y la autoridad estatal dejan de cumplir los objetivos que figuran en sus constituciones y en sus leyes.

La sociedad compleja plural demuestra, por lo tanto, la pulverización de los centros de poder y de decisión, tanto en el plano interno de las naciones como en el externo.

El proceso comienza por minimizar la soberanía: en lo interno, como poder de hacer las leyes; en lo externo, como autonomía dentro del concierto de las naciones, y culmina con la transformación de ese concepto como unidad óptica que consolida la organización social característica del mundo actual. Se destruye la relación ontológica entre Estado y derecho, efecto que no se limita a la volatilización de la soberanía: revela además el surgimiento de nuevos centros de poder y de decisión que no son absorbidos por el derecho positivo; por el contrario, este derecho tiende a ser absorbido por la normatividad que emana de aquellos centros. Con esto, en las relaciones entre el derecho y el Estado, no se trata de que el Estado se deja reemplazar por otros centros de normatividad social: se trata de que la coercitividad misma, como categoría fundamental del derecho, pierde su alcance ontológico.

Finalmente, la relación lógica entre el Estado y el derecho, así como entre los términos de las proposiciones normativas del derecho, pasa a tener una configuración puramente instrumental, que vincula los medios con los fines, pero no la racionalidad analítica que imputa los consecuentes a los antecedentes y refuerza el concepto piramidal del orden jurídico y social.

En el plano externo, el pluralismo transnacional articulado con las nuevas formas de juridicidad y con la misma juridización del espacio cibernético, interfiere en el modo de comprender la sistematicidad del derecho. Éste deja de identificarse en el orden jurídico tradicional, de carácter racional, en el que las normas se apoyan unas en otras y traen

LUIZ FERNANDO COELHO

implícita su validez en virtud de ese encadenamiento analítico, para ceder lugar a la nueva concepción de un orden jurídico global donde ese encadenamiento no sucede entre las normas, sino entre los millares de microsistemas normativos que corresponden a las intersubjetividades de conductas en el interior de los grupos microsociales. El orden jurídico se trivializa, se pulveriza y se diluye.

Este efecto se transforma, a su vez, en un nuevo instrumento para mantener y reproducir los órdenes sociales injustos: si es preciso dividir para vencer, la pulverización de los sistemas jurídicos facilita el dominio, no ya de unos Estados sobre otros, de unos pueblos sobre otros pueblos, sino de empresas sobre pueblos y naciones, de algunos sobre todos. Por otra parte, ese proceso refleja una tendencia fuertemente intervencionista que prescinde de cualquier criterio de intervención política que no corresponda a los intereses de las naciones ricas; una política legitimada por la creencia de que la supremacía de esas naciones en el contexto internacional es una hegemonía benevolente. Se trata de adoctrinar a los demás países acerca de la validez universal de los principios, prácticas e instituciones del mundo plenamente desarrollado, ahora dirigido por la nación norteamericana³⁷.

5. Autopoiesis de la sociedad compleja

Si examinamos la evolución del concepto de sistema jurídico, verificaremos que, a lo largo de la historia, puede entenderse en tres planos de comprensión: primero como sistema filosófico, que comprende las grandes reconstrucciones conceptuales del universo, peculiar de la filosofía clásica del Iluminismo, ya que el sistema jurídico se edificaba sobre los principios filosóficos y era parte integrante del sistema filosófico mayor. La segunda es la idea racionalista de sistema que, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, condujo al formalismo y a la progresiva matematización del conocimiento; después de un período de decadencia, resurgió con el neopositivismo.

Esa tendencia formalista encontró una primera expresión, todavía

³⁷ HUNTINGTON, Samuel, *A superpotência solitaria*, en *Política Externa*, vol. 8, Nº 4, marzo/mayo 2000, San Pablo, Paz y Tierra, 2000, ps. 12 y ss.

en el contexto de la Ilustración, en la idea de Leibniz acerca de una *mathesis universalis*. Llevado a sus últimas consecuencias, coincidió con las corrientes dogmáticas de la interpretación jurídica, con la primacía de los valores de seguridad y certeza³⁸ y con el predominio de la epistemología y de la lógica sobre el problema ontológico del derecho. El extraordinario desarrollo de la lógica jurídica proposicional a partir de la década de 1950 se inserta en este marco, en el que cabe citar la obra ejemplar de los juristas de la escuela analítica de Buenos Aires.

La tercera vía para comprender la idea de sistema en el derecho busca superar la cosmovisión atomista y mecanicista del paradigma dominante del saber jurídico tradicional, impregnado de racionalidad analítica, y absorber las aproximaciones estructuralistas y holísticas del fenómeno jurídico como objeto de conocimiento, que vislumbramos en las doctrinas historicistas, organicistas, sociológicas y dialécticas. Esa orientación puede detectarse en las teorías contemporáneas que consideran los aspectos cibernéticos del derecho como instrumento de control, o su inserción dentro de una teoría general de los sistemas autorreferentes, y también en la actual orientación crítica, que vincula el derecho con el conjunto dialéctico de los demás aspectos de la vida social. En este caso, el derecho se aprecia como un subsistema, yuxtapuesto o identificado con los subsistemas político, económico, cultural, social, etcétera, que son mantenidos y reproducidos por el sistema jurídico, en tanto éste influye en los demás y los torna legítimos frente al sentido común³⁹.

Hacia esta última orientación se dirige el actual pensamiento sociológico acerca del derecho, que induce un nuevo y profundo exa-

³⁸ Sobre verdad y certeza en el derecho, ver CARNELUTTI, Francesco, *Verdade, dúvida e certeza* (trad. de Eduardo Cambi), en *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, Nº 9, Curitiba, julio/septiembre 1998, ps. 447-662. También *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, en *Rivista de Diritto Processuale*, vol. 10, Padua, Cedam, 1965, y ARENHART, Sérgio Cruz, *A verdade substancial*, en *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, Nº 3, septiembre/diciembre, Curitiba, 1996.

³⁹ GRZEGORCZYK, Christophe, *Évaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit*, en *Archives de Philosophie du Droit*, t. 31, Paris, Sirey, 1986, ps. 281 y ss.

LUIZ FERNANDO COELHO

men del concepto de sistema en el derecho y profundiza el análisis de los fundamentos de su organicidad.

Dentro de ese enfoque, la teoría de la autopoiesis de los sistemas sociales provee importantes elementos para aquel nuevo examen⁴⁰.

El concepto de *autopoiesis* fue introducido por los biólogos Maturana y Varela para caracterizar los seres vivos como sistemas que se reproducen en virtud de sus propias potencialidades naturales⁴¹. Al aplicarse a las ciencias sociales, pasó a considerarse un sistema como autopoietico cuando alcanza cierto grado de autonomía ante los demás sistemas componentes del mismo espacio social, entendida tal autonomía como capacidad de reproducción, por analogía con lo que sucede en la autopoiesis de los seres vivos.

Luhmann interpretó esa noción como un principio vital aplicable a todos y a cada uno de los sistemas, un modelo explicativo del funcionamiento de los sistemas biológicos, psíquicos y sociales⁴² y, por extensión, al sistema jurídico de una sociedad. Teubner sigue esta línea de pensamiento⁴³.

La noción de sistema presupone su oposición a un entorno; como éste puede contener varios sistemas, la autopoiesis da por supuesto que cada uno de ellos tiene autonomía y clausura, esto es, que se basta a sí mismo y que sus elementos componentes están integrados entre sí. Las unidades componentes del sistema, estructuradas de forma bastante variable, son el elemento que muestra una diferenciación capaz de distinguir el sistema respecto de su entorno.

No se trata de que tales unidades sean partes de una totalidad. La diferenciación del sistema no significa que el todo se descomponga en partes: lo que sucede es que cada sistema parcial reconstruye el sistema omnicompreensivo al cual pertenece y de cuya autopoiesis par-

⁴⁰ LOSANO, Mario G., *I modelli sistemici dalle scienze biologiche alle teorie di Luhmann*, Milán, CUESP, 1999.

⁴¹ MATURANA, Humberto, y VARELA, Francisco, *De Máquinas y Seres Vivos*, Santiago, Universitaria, 1973.

⁴² LUHMANN, Niklas, *Soziale System. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt a. M., Surkamp, 1985.

⁴³ TEUBNER, Günther, *O Direito como sistema autopoietico* (trad. de José Engracia Antunes), Lisboa, Fundação Calouste-Gulbenkian, 1989.

ticipa, en tanto esa diferencia es específica del sistema parcial. En el contexto de aquella diferenciación, cada transformación tiene también por efecto transformar el entorno de los demás sistemas parciales; hay por lo tanto una interdependencia entre los sistemas que tiene como resultado final la formación de sistemas parciales como sistemas autopoieticos operativamente cerrados, y, así, un sistema en cuyo seno se forman otros sistemas se reconstruye por medio de una distinción ulterior entre sistema y entorno; todo el sistema que se forma dentro de otro sistema, que a su vez se transforma en entorno, reproduce el sistema-entorno, lo que implica una dialéctica en la que el todo se identifica con la parte.

Mientras tanto, la sociedad, por incluir todas las manifestaciones de lo social, es un sistema sin entorno, que se caracteriza por otro factor que le es inherente: la *comunicación*.

Como las posibilidades de los sistemas parciales están condicionadas a los límites externos del sistema de la sociedad y al ambiente interno así delimitado de ese sistema, se produce una reducción del grado de libertad de los sistemas parciales, lo que caracteriza la integración de los sistemas.

Si el sistema total determina de qué manera están ordenados los sistemas parciales, sus respectivas relaciones se revisten con formas desarrolladas a lo largo de la historia. Entre ellas sobresale la diferenciación funcional, referida a la función que el sistema diferenciado desempeña en relación con el sistema completo: esa forma de diferenciación implica que, para el sistema considerado, una determinada función tiene prioridad sobre las demás. Y así, por ejemplo, puede considerarse que la toma del poder político por un grupo hegemónico en una sociedad dada es una función que prevalece sobre las demás funciones sociales, y el desarrollo económico de la sociedad, aunque en el plano ético pueda ser más importante, pasa a relativizarse en la medida en que se la considere tan sólo una condición para el éxito de la función política.

Al confrontar ese cuadro con el análisis microfísico de la sociedad, obtenemos una explicación sociológica y funcional de la permanencia de la pobreza, a pesar del éxito del capitalismo.

Desde el punto de vista de su manera de diferenciarse, se comprende

LUIZ FERNANDO COELHO

la sociedad moderna como una sociedad funcionalmente diferenciada. En los sistemas funcionales, la autopoiesis se estructura según reglas decisorias que fijan las condiciones en las cuales deben asociarse los valores en oposición. Tales reglas configuran un programa y la oposición entre valores caracteriza un código binario: la autopoiesis de esos sistemas funcionales se estructura según la distinción entre código binario y programa.

Aquel mecanismo de interacción-identificación-reproducción configura, en verdad, un proceso dialéctico. Cada sistema social se mantiene por medio de la manipulación, por parte de los operadores del sistema, de un código binario propio. Éste es el filtro de mantenimiento del sistema, formado por la tesis y la antítesis del hecho social que importa al sistema. Todas las informaciones captadas en el entorno son sometidas al código para verificar su importancia o su indiferencia para el sistema, y serán recibidas según los factores operativos del mismo sistema receptor. Para Luhmann, cada sistema tiene una función específica, la solución de determinado problema del entorno o medio ambiente. Así, por ejemplo, el sistema político debe resolver problemas políticos; el jurídico, problemas jurídicos; el social, problemas sociales, y así sucesivamente. Si determinado sistema encara la solución de problemas extraños a su función, por ejemplo, si el sistema político, destinado a gobernar el entorno, intenta resolver los problemas sociales, si el sistema económico destinado a la producción, a la circulación y al consumo, trata de resolver problemas políticos, la sociedad estará sufriendo un desvío pernicioso para la clausura y la autopoiesis⁴⁴ e igualmente pernicioso para el mantenimiento y la reproducción de los sistemas en general, especialmente de los sistemas constituidos por grupos microsociales hegemónicos.

La sociedad es así apreciada por Luhmann como un entorno compuesto por varios sistemas sociales, en el que cada uno interactúa con

⁴⁴ LUHMANN, Niklas, *Ilustración sociológica y otros ensayos* (versión castellana de H. A. Murena), Buenos Aires, Editorial Sur, 1973. También *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, Milán, Società Editrice Il Mulino; *Sociologia do Direito 1*, Río de Janeiro, Biblioteca Tempo Universitario; *Sociologia do Direito 2* (trad. de Ricardo Bayer), Río de Janeiro, Edições Tempo Brasileiro, 1985.

su medio ambiente, la sociedad, pero se mantiene por medio de un código binario, de modo que el sistema sea cognitivamente abierto y operativamente cerrado⁴⁵.

La autopoiesis, por lo tanto, es una condición para la autonomía absoluta: el sistema autopoietico es aquel que define sus propios límites en relación al entorno en el que funciona, desarrolla su propio código operativo, implementa sus propios programas, reproduce sus propios elementos en un circuito cerrado y obedece sus propias leyes de desarrollo. Cuando un sistema adquiere tal grado de autonomía, ya no puede ser controlado por fuerzas extrañas a él.

El sistema se caracteriza por la autopoiesis como un ideal a alcanzar y, en este sentido, ésta es apreciada como característica de las sociedades contemporáneas, que asisten al desarrollo de la economía, del derecho y de la política como sistemas dirigidos a la solución de los problemas previamente definidos en sus propios términos, en tanto los cuestionamientos que provienen de otros ambientes distintos del propio son despreciados como irrelevantes o son manipulados para evitar cualquier perturbación: en suma, el énfasis en la autonomía operativa excluye la interdependencia entre los diversos subsistemas sociales⁴⁶.

El sistema jurídico es uno de esos subsistemas y, como los demás integrados al mismo entorno, interactúa con ellos y, al mismo tiempo, se identifica con el entorno y lo reproduce.

El principio de autopoiesis del sistema jurídico asume la tesis de que el derecho sólo existe como sistema comunicacional. Entiende que el orden jurídico contiene una dinámica propia que le permite autosustentarse y autodesarrollarse, con prescindencia de los demás sistemas de control social; en otras palabras, como define Teubner, el derecho constituye un sistema autopoietico de segundo grado que se autonomiza frente a la sociedad, en tanto la sociedad es un sistema autopoietico de primer grado, dada su autorreferencia⁴⁷.

⁴⁵ LUHMANN, Niklas, *Teoría de la Sociedad* (trad. de Miguel Romero Peres y Carlos Villa Lobos), Guadalajara, Universidad de Guadalajara, Universidad Iberoamericana e Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Occidente, 1993, ps. 279-286.

⁴⁶ JESSOP, Bob, *State Theory*, University Park, State University Press, 1990, p. 320.

⁴⁷ TEUBNER, Günther, *Recht als autopoietisches System*, 1989. Ver también LUHMANN, Niklas, *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt a.

LUIZ FERNANDO COELHO

El código binario específico del derecho se identifica con la oposición entre lo *legal* y lo *ilegal*. Si ésta es la dialéctica de lo lícito/ilícito, todas las informaciones que el derecho capta en su entorno son sometidas a ese código, para valorarlas según su importancia o su indiferencia para el sistema. En estas condiciones, serán recibidas según el factor operativo del propio sistema receptor.

Esa evocación tardía del platonismo político legitima la postura jurídico-dogmática que, por ejemplo, atribuye al magistrado la función de juzgar dentro del ordenamiento jurídico y de acuerdo con él, ya que le compete aplicar las leyes y no resolver problemas económicos, políticos o sociales. El juez debe atenerse a lo jurídico, en virtud de la misma lógica del sistema en el que se halla inserto y de las exigencias provenientes de su entorno, que es la sociedad como un todo.

La tesis de la autopoiesis constituye un nuevo fundamento para resolver la cuestión de la legitimidad del derecho como sistema, en la medida en que la autopoiesis, que ostenta la característica de inexorabilidad derivada de la naturaleza misma de la sociedad, trae aparejada la tesis de la autolegitimidad del orden jurídico, tesis que se reproduce en la teoría de Luhmann y de Teubner e implica la convicción de que el sistema jurídico se mantiene y se renueva en virtud de sus propias fuerzas intrínsecas.

Aquí es donde la teoría de la autopoiesis del derecho revela su carácter ideológico dirigido a legitimar cualquier sistema jurídico, por repugnante que sea. Considerar el derecho en calidad de sistema autopoietico, como si eso fuera el resultado de su propia evolución en el sentido del perfeccionamiento progresivo, implica transformarlo en algo legítimo por sí mismo. Y la legitimidad del sistema jurídico es condición de su aceptación por los miembros de la sociedad donde rige.

De este modo, si, en virtud de la racionalidad intrínseca del sistema

M., Surkamp, 1984; LUHMANN, Niklas, *Sociología del riesgo* (trad. de Javier Torres Nafarrate), Universidad Iberoamericana y Universidad de Guadalajara, México, 1992; ARGÜELLO, Katie, *Niklas Luhmann e o Direito: elementos para uma crítica à teoria sistémica*, en *Revista de Direito Alternativo*, Nº 3, Académica, 1994, ps. 157 y ss.; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, *Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal*, en *Direito e Neoliberalismo, elementos para uma leitura interdisciplinar*, Curitiba, EdIBEJ, 1996, ps. 51 y ss.

jurídico en la concepción analítica, se prescinde de una legitimidad metajurídica, ese carácter de autolegitimidad encuentra nuevos fundamentos, de los cuales el más expresivo es justamente la idea luhmanniana de un sistema autorreferente y autosuficiente en su potencialidad intrínseca de mantenerse y renovarse.

Nada más equivocado que esa versión sofisticada de las teorías funcionalistas que comparan la sociedad a un *feed back*, una máquina cibernética que se retroalimenta una vez alcanzado un punto de saturación. Freud ya se había referido a ese proceso de compensación que permite satisfacer determinadas ansias sociales y, así, evitar que las tensiones exploten en perjuicio del mantenimiento del orden y del equilibrio de la sociedad⁴⁸. Y transferir al sistema jurídico ese principio, que tiene algún sentido cuando se trata de la sociedad como un todo, parece una tentativa de aislar lo jurídico de su contexto macrosocial.

No hay, en realidad, un sistema autopoietico de derecho que pueda aplicarse a cualquier conjunto normativo, juridizado o no. El esquema de la autopoiesis no es más que una abstracción que permite comprender mejor la sociedad y el modo como sus unidades se articulan, se defienden, se mantienen y se reproducen. Lo que se reproduce no es el derecho como sistema, ya sea analítico o funcional. Lo que se mantiene y reproduce es la sociedad, como microfísica de poder, estructura y dominio.

Paradójicamente, la doctrina jurídica tiende a reducir toda la complejidad de lo social y del fenómeno jurídico, que escapa al paradigma funcionalista-sistémico, a la simple antinomia de conceptos, categorías y valores opuestos, tales como público y privado, actor y demandado, individuo y sociedad, capital y trabajo, derecho subjetivo y obligación, etcétera, oposiciones que acaban por reducirse al *código binario* del sistema jurídico, legalidad/ilegalidad, que no corresponde a lo que sucede en la vida social. Tales oposiciones no son consecuencia de una autopoiesis específica, sino de una imposición dogmática.

Por lo tanto, la teoría de la autopoiesis del sistema jurídico funciona

⁴⁸ FREUD, Sigmund, *O Mal-estar na Civilização* (trad. de Jayme Salomao), en *Obras Completas*, vol. XXI, Río de Janeiro, Imago, 1980. También *O Futuro de uma Ilusão* (trad. de José Octavio de Aguiar Abreu), en *Obras completas*, vol. XXI, Río de Janeiro, Imago, 1974.

LUIZ FERNANDO COELHO

dentro de la doctrina de manera análoga a la teoría pura del derecho, ya que ambas establecen criterios para que el derecho positivo sea considerado legítimo independientemente de criterios metajurídicos. Y así el derecho nazi, el derecho de los estados autoritarios, los despotismos, las dictaduras serán igualmente legítimos porque se apoyan en su norma fundamental y se hallan dotados de las características que, en función autopoietica, facilitan su reproducción.

6. El orden jurídico circular y la Constitución horizontal

Al articularse la tesis pluralista con la de la autopoiesis, se define finalmente la sociedad como constituida por una compleja red de relaciones, donde cada unidad corresponde a un grupo microsocia y un mismo individuo puede pertenecer, al mismo tiempo, a diferentes grupos. Esa pertenencia a varios grupos es uno de los factores de articulación de los microsistemas involucrados en el proceso de reproducir en su interior los grupos con los que se relacionan y, al mismo tiempo, reproducir el medio ambiente constituido por la sociedad.

La sociedad, por consiguiente, no está escalonada de manera vertical y jerárquica, sino *horizontalmente* articulada, estructura ésta que se proyecta a los ordenamientos jurídicos plurales y al macroordenamiento formado por el derecho positivo. Este último puede pensarse como el conjunto de las leyes emanadas del Estado, cuya validez material y cuya eficacia, sin embargo, dependen del alcance de esas leyes, de la medida en la que ellas penetran los grupos.

De este modo, no hay un orden jurídico único, estatal, racional y legítimo, sino diversos microórdenes normativos a disposición de los respectivos miembros de cada grupo. Como cada microsistema está compuesto por individuos con características propias, la mayor parte de las veces distintas de las características de los individuos de otros microsistemas, cada uno de ellos, por sí o en conjunto con otros, tiende a imponerse a los demás. Tal es la génesis de los conflictos interindividuales, de clase, religiosos, políticos, etcétera, en una escala avasallante que conduce a los grandes conflictos identificados como revoluciones político-jurídicas o guerras. En el interior de las sociedades más o menos definidas, el choque se produce entre los microsistemas

cuando cada uno busca imponer sus propios intereses sociales, valiéndose de su propio derecho interno y, en la medida de lo posible, del derecho positivo. Éste es el medio por el que cada grupo usa su propio poder para cooptar la autoridad, adaptar la hermenéutica del derecho y poner el orden jurídico a su servicio.

En función de los factores que determinan el pluralismo y la autopoiesis de los sistemas sociales, en los niveles micro y macro, queda comprometida la idea, firmemente arraigada en el pensamiento positivista, de que el derecho es esencialmente el derecho del Estado nacional, que se identifica con el derecho positivo. La ciencia política ya no tiene cómo sustentar la unidad conceptual del Estado a partir de su inseparabilidad de la idea de nación, y la ciencia del derecho ya no puede tratar su objeto como garantía de la unidad social, en cuanto sociedad, y de unidad política en cuanto Estado. En otras palabras, cuando la sociedad se fragmenta, el derecho también se fragmenta.

De lo señalado en los apartados anteriores se desprende que la positividad proviene del hecho de que las normas sociales a las que se atribuye esa característica son las que efectivamente prevalecen sobre todas las otras normas sociales, incluso las vigentes en el interior de los grupos microsociales. En virtud del predominio político de una clase o grupo social hegemónico, se revisten de positividad las normas que esa clase o ese grupo elaboran para imponerlas a los demás, aparte de aquellas vigentes antes de ese predominio político, pero que son cooptadas por el nuevo poder dominante.

Éste es el sentido en el que puede entenderse la afirmación de Del Vecchio, cuando dice que todo pueblo tiene necesariamente un derecho positivo propio que corresponde a la voluntad que en él predomina. El mismo autor comprueba que una norma se vuelve positiva cuando aparece una voluntad social preponderante, dotada de fuerza histórica suficiente para afirmarla e imponerla de modo tal que logre ser observada⁴⁹.

Puede afirmarse, por lo tanto, la coexistencia de un derecho positivo

⁴⁹ DEL VECCHIO, Giorgio, *Lições de Filosofia do Direito* (trad. de L. Cabral de Moncada), 3ª ed., Coimbra, Arménio Amado, 1959, ps. 141-142.

LUIZ FERNANDO COELHO

con los derechos *no positivos*. Éstos comprenden las normas que pueden reunir todos los caracteres que definen la juridicidad pero no cuentan con el poder político de un grupo social o de una articulación de grupos que, formando partidos políticos, organizaciones no gubernamentales o grupos de presión, las impongan.

La positividad no se confunde, pues, con la juridicidad. Aquella está relacionada con las circunstancias históricas de predominio de un derecho en un espacio y en un tiempo determinados; la segunda, con la vigencia, la validez material y la eficacia de las normas sociales emanadas de alguna autoridad legítima en el seno de un grupo microsocial, dentro de una sociedad plural y autopoietica.

Los microsistemas se reproducen por sus propias fuerzas y de acuerdo con sus condiciones ideológicamente preestablecidas en el sentido de su mantenimiento-reproducción. En consecuencia, las manifestaciones históricas de la juridicidad, sea como derecho positivo, sea como conjunto de ordenamientos plurales, también se reproducen en la medida en la que se infiltran en los microsistemas sociales y son manipuladas por ellos en el mismo sentido de mantenimiento-reproducción. Puede afirmarse, entonces, que el derecho no existe sin los microsistemas.

Mientras tanto, cada microsistema produce su propio orden jurídico, que tiende a positivarse como ideal a alcanzar, en la medida en que el derecho positivo, históricamente, es el sistema que alcanzó mayor grado de perfeccionamiento lógico y técnico y, por eso, tiende a cooptar a los demás. Las normas positivas que tienen origen en los grupos microsociales reflejan los intereses y la voluntad de esos grupos en el orden jurídico.

Los conflictos entre los diversos microsistemas están en la base de cuestiones que deben ser resueltas por la teoría del derecho y por el derecho positivo. Nótese que el constitucionalismo, como teoría del derecho constitucional, se dirige a la solución de conflictos intergrupales, que pueden agruparse en tres categorías de problemas.

El primer problema proviene del hecho de que, en virtud del alto grado de diferenciación estructural y funcional de las sociedades contemporáneas, cada subsistema social tendería a respetar, básicamente, las reglas forjadas en su interior y a despreciar las normas jurídicas

emanadas del poder central del Estado. Hay así una contradicción estructural entre el derecho interno de cada grupo y el derecho positivo, ya que cada microsistema se consideraría independiente y autosuficiente para gobernarse por sí mismo, ignorando el orden estatal. Cuanto más complejos son los sistemas sociales, menor sería la autoridad institucional del Estado en términos de control directo de las innumerables interacciones entre individuos, grupos, clases y colectividades.

El segundo problema nace del hecho de que, en virtud de su dimensión teleológica y de su tendencia a la especialización según los criterios de la división del derecho en ramas –derecho público, privado, constitucional, administrativo, laboral, procesal, etcétera– el derecho positivo tiende a tratar las relaciones sociales básicas como categorías excesivamente particularizadas, destruyendo su autenticidad y minando su identidad. Este derecho, que tiene por objetivo la aplicación de la Justicia, sin desigualdad ni divisibilidad, perdería así su esencia. Se trata de una contradicción de naturaleza a la vez ontológica, cuando se aparta la justicia del concepto de derecho, y axiológica, cuando ese aislamiento de la justicia repercute en la adopción de otros valores, que se consideran igualmente justos como especificaciones históricas de la justicia como categoría general.

Por fin, el tercer problema surge del hecho de que, por causa de la gran movilidad social y de los profundos cambios ocurridos en los sistemas político-administrativo y socioeconómico, un derecho positivo de carácter cada vez más técnico y finalista acabaría siempre por enfrentar problemas de racionalidad sistémica. Cuanto más multiplicara ese derecho positivo sus normas y leyes específicas para intervenir “técnicamente” en la dinámica de una sociedad heterogénea y compleja, menores serían su coherencia interna y su organicidad, lo que revelaría, con el tiempo, una progresiva incapacidad para dar cuenta de las tensiones y de los conflictos a partir de un conjunto mínimamente articulado de premisas decisorias.

La falencia de los órganos encargados de administrar y distribuir la justicia, reunidos en el Poder Judicial, y la consecuente multiplicación de instancias alternativas para la solución de conflictos, demuestran ampliamente lo dicho.

La temática del poder político es revisada así totalmente, a la vez

LUIZ FERNANDO COELHO

que queda extremadamente debilitada la idea tradicional de su identificación exclusivamente en términos de legislación, de Constitución, de Estado o de aparato estatal. Ese poder es más complejo y extenso que un conjunto de leyes o una organización estatal, pues no es posible ya considerar al Estado como el aparato central y exclusivo del poder: ha de tenerse en cuenta la presencia creciente de innumerables poderes locales y específicos que se destinan a un área de actuación determinada. En verdad se desarrollan, en función de la complejidad plural y autopoietica de la sociedad, otras formas de ejercicio del poder, que no corresponden al Estado pero están íntimamente ligadas a él para permitir su mejor funcionamiento. Así sucede porque los microsistemas que no hayan surgido como resultado de una acción directa del Estado, ni se muestren como continuidades de su poder, funcionan en diferentes niveles de la sociedad y pueden no estar integrados al Estado.

Es función de estos poderes complementar al Estado como instrumento específico de su sistema de poderes, ya que ni siquiera con la extinción de tal sistema se lograría hacer desaparecer los innumerables sistemas que en su torno gravitan.

Este tema es abordado por Foucault en una perspectiva que invierte la lectura de la génesis del poder, sin partir del centro hacia la periferia, de arriba hacia abajo, sino de lo micro a lo macro, rechazando la idea de que todo poder esté siempre vinculado con el Estado. Además de esa inversión, vislumbra el autor la perspectiva holística y microfísica del poder político, ya que se lo ejerce por medio de las instancias de juridicidad y articula con otras cuestiones relativas a la medicina social, al hospital, a la prisión y a la sexualidad, entre otras. Para ese autor, *“la verdad no existe fuera del poder o sin el poder [...] la verdad es de este mundo; es producida en él gracias a múltiples coerciones y produce en él efectos reglamentados de poder”*⁵⁰.

Debe descartarse la idea de que los microsistemas sociales sean extensiones de poder estrechamente ligadas al Estado, órgano central y único con plenos poderes para distribuir parcelas de poder en escala descendente. Lo que sucede es una catalización, que no llega a ser

⁵⁰ FOUCAULT, Michel, *Microfísica do Poder* (trad. de Roberto Machado), Río de Janeiro, Graal, 1979.

una centralización, de poderes microsociales que no parten del Estado, sino de otros sectores de la vida social que poseen existencia propia. El Estado ya no es el punto de partida como origen de todo poder, porque las relaciones del poder pueden surgir también fuera de él y, a pesar de ser autónomas, acaban por ser formas más generales de dominio que se sitúan dentro del Estado y tratan de cooptarlo por todos los medios posibles, incluso el de la violencia, lo que explica la realidad de las guerras y las revoluciones.

A partir de estas consideraciones, podemos mostrar la estructura del poder, que es la primera característica del Estado cuando se abandonan los modelos centralizadores. Volviendo a Foucault, el poder no debe pensarse como fundamentalmente emanado de organismos –Estado, escuela, prisión, hospital, asilo, familia, fábrica, barrio obrero– que se apoyan unos en otros, formando un sistema que se revela en el sistema del derecho positivo. En el análisis del poder debe tenerse siempre en mente el reconocimiento de una correlación plural de fuerzas constitutivas de las relaciones de dominio, relaciones que atraviesan todo el cuerpo social.

El derecho, fenómeno social, se ejerce en los espacios del cuerpo social como arte o técnica de limitación de los comportamientos de los individuos, lo que exige una vigilancia perpetua, atenta y eficaz. Se hace presente para dirimir los conflictos generados en virtud de las diferentes formas de constitución de los microsistemas que, aun divididos, integran el todo: el macrosistema. Su campo de eficacia no se limita a las formas legítimamente constituidas de sujeción política o económica: alcanza también a modos de actuar, destinados a operar sobre las posibilidades de acción de las otras personas.

De esa forma, se hace necesario imponer una nueva interpretación para demostrar el movimiento de las luchas que buscan la producción de la verdad y del poder, así como analizar las alteraciones que forman parte de los sistemas y las normas de producción de conocimientos que dan sentido y fundamento a los sistemas de poder.

De acuerdo con lo dicho, existen grupos jurídicamente reconocidos, grupos jurídicamente indiferentes y grupos marginados.

En lo que atañe a los grupos jurídicamente reconocidos, la Constitución establece las bases del tratamiento normativo vinculado con

LUIZ FERNANDO COELHO

ellos. Los jurídicamente indiferentes y los que transcurren al margen de la ley tienden a buscar protección y a cooptar a los agentes de la aplicación de la ley para ponerlos a su servicio, por medio de la corrupción o de la manipulación del orden jurídico.

Éste es uno de los aspectos poco estudiados del ejercicio profesional de la abogacía: el empeño en encontrar resquicios en las leyes para infringirlas con mayor seguridad. La situación es tan grave que ya se comprobó la existencia de organizaciones criminales que costean a algunas personas cursos básicos de derecho o preparatorios para la carrera jurídica. El objetivo de esa acción es facilitar la futura manipulación del orden jurídico en su favor: a favor del crimen.

El poder político, entendido en sentido amplísimo como fuerza al servicio de una idea, en un Estado de derecho extrae del derecho positivo la legitimidad de su acción. Por otro lado, el poder político se halla legitimado para alterar el mismo derecho, al entenderse que es legítima una alteración producida por el poder que actúa de acuerdo con el derecho.

Esto corresponde a la propia esencia de la dinámica del Estado y se articula con el concepto dogmático de legitimidad, cuyo modelo clásico es el de la teoría de la norma fundamental, de Kelsen, apoyada en la presuposición lógico-trascendental de la validez de una primera constitución hipotética. Para ese autor, toda modificación en el interior del ordenamiento debe ser determinada por el propio ordenamiento⁵¹. Una alteración drástica y asumida, que no sea autorreferente, puede entenderse como una *revolución*.

En ese contexto, la Constitución vertical, sea principiológica o dirigente, aparece como un obstáculo permanente que debe ser removido. El éxito de esa remoción, por los medios históricamente empleados, con la legitimación del derecho positivo y de las exigencias de la democracia y del Estado de derecho o sin ella, revela que la Constitución no actúa analíticamente, sino que funciona como un referente para el éxito de los cambios a introducir en la sociedad. Ella es, por lo tanto, horizontal: está situada en el mismo plano de las demás normas producidas en el seno de los grupos microsociales. Es horizontal porque

⁵¹ KELSEN, *Teoria Pura do Direito* cit., p. 35.

el orden jurídico es horizontal. No existe jerarquía analítica entre las leyes: lo que existe es la posibilidad de mayor o menor eficacia, según los intereses de los grupos sociales hegemónicos y en la medida en la que ellos disponen de parcelas considerables de poder, político o microfísico.

El constitucionalismo dogmático, surgido del idealismo ingenuo de la tradición jurídica occidental, siempre enfatizó los aspectos positivos de la Constitución. Aun el dirigismo constitucional presenta la Constitución como directriz, norma que rige para el futuro, aun cuando se trate de un futuro que nunca llega. El Brasil, por ejemplo, cuya Constitución de 1988 se presenta como ejemplo de dirigismo, sigue y seguirá siendo en los próximos cincuenta años el eterno “país del futuro”, según la expresión acuñada por Stefan Zweig.

Sin embargo, cuando se verifica que la Constitución ha servido para eternizar privilegios y mantener situaciones de flagrante injusticia social, el poder político que intente implementar soluciones se ve en situación de impotencia, pues la rigidez constitucional se lo impide en nombre de la protección del derecho adquirido, del acto jurídico perfecto y de la cosa juzgada, elevados a la condición de cláusulas pétreas que no pueden ser objeto ni aun de enmiendas a la Constitución. Sólo podría cambiar la situación una nueva asamblea nacional constituyente, con poderes legitimados en los términos del Estado de derecho para la elaboración de una nueva carta magna, proceso de viabilidad extremadamente dudosa.

La hipertrofia del derecho positivo o del poder político en relación con el otro subsistema genera anomalías en el Estado de derecho que ellos componen. Se trata de la arbitrariedad, cuando el poder es desproporcionadamente más poderoso que el derecho, y de la exacerbación de la burocracia, cuando las organizaciones gubernamentales asumen el papel de fines en sí mismos, olvidando su carácter instrumental para la prestación del servicio público, la pacificación social y la limitación de las iniciativas del poder a fin de resguardar su legitimidad.

La pureza del sistema es una propuesta desacertada. Hay factores externos que influyen en los procesos con los que se transforman el poder político y el derecho positivo. Un poder político en situación

LUIZ FERNANDO COELHO

de hipertrofia respecto del derecho positivo, sin embargo, se vuelve más susceptible a las influencias exteriores al sistema.

Es posible que un grupo que detente el poder político se sienta demasiado fuerte y se valga de medios ilegítimos para manipular el derecho positivo y la Constitución. Medios ilegítimos son aquellos influidos por causas diferentes de las previstas en el ordenamiento, o con finalidades distintas de las que él establece. En ese caso, el poder político trata de alterar el derecho positivo, manteniendo empero la aparente continuidad del orden constituido. Tal alteración puede, incluso, revestirse con un manto de legitimidad, ya que el poder hipertrofiado es también el que declara e interpreta la norma jurídica. Ese fenómeno provoca una verdadera subversión del derecho constituido, capaz de “legitimar” manifestaciones de poder que no serían posibles según el orden jurídico auténtico del Estado.

El constituyente impone limitaciones a los poderes constituidos, explícita o implícitamente. Al excederse esos límites, aun con el pretexto de ejercer un poder aparentemente legítimo, se afrenta al Estado de derecho y a la Constitución.

Las condiciones para transgredir los límites constitucionales aparecen cuando grupos microsociales hegemónicos encuentran en el derecho positivo, y principalmente en la Constitución, obstáculos a sus intereses; trabas de tal magnitud que puedan frenar o amenazar la hegemonía del grupo o aun su continuidad. Así se genera la búsqueda de medios para remover los obstáculos constitucionales, que pueden resumirse en cuatro procesos básicos: la revolución, la hermenéutica constitucional, la cooptación de los órganos jurisdiccionales y la modificación del concepto de constitución.

Con la revolución se produce el cambio brusco y violento del texto constitucional. Ese concepto ya está presente en Kelsen, que se refiere a las alteraciones constitucionales, o a la sustitución de una constitución por otra, en desacuerdo con las previsiones de la Constitución modificada o sustituida. En ese caso, asevera, ocurre una *revolución*, que puede definirse así como toda modificación *ilegítima* de un orden jurídico⁵². En el sentido político y jurídico, Vilanova entiende la revo-

⁵² *Ibídem*.

lución como un proceso de mutación jurídica que no acata las limitaciones de un ordenamiento: por eso se trata de una reasunción de la fuerza, de una discontinuidad constitucional y una continuidad estatal⁵³.

La hermenéutica constitucional trata de adecuar el texto a los intereses prevalecientes por medio de los métodos de interpretación e integración de las leyes sistematizados por la hermenéutica jurídica como teoría de la interpretación, integración y aplicación de las leyes. Cuando esa tarea no logra su objetivo, sea por la incoherencia entre lo que se propone y lo que queda propuesto en el orden analítico, sea por la resistencia de parcelas significativas de la población, cuyos grupos microsociales también ven amenazados sus intereses, aparece el recurso de las enmiendas constitucionales. Éstas, además de su función complementaria y reglamentaria, son instrumentos para la interpretación auténtica de la Constitución.

La cooptación de los órganos jurisdiccionales es el empleo del Poder Judicial que, así, pasa a desempeñar una acción política favorable a tales intereses. Esa acción empieza por legitimar los cambios surgidos de la revolución y continúa con la desnaturalización o el simple apartamiento de los principios constitucionales que garantizaban aquellos derechos, cuyo mantenimiento choca con los intereses de los nuevos dueños del poder.

En Brasil algunas opiniones actualmente en boga pretenden ampliar esa capacidad política del Poder Judicial, instituyendo la avocación y la doctrina judicial vinculante.

Además, se propugna la posibilidad de instituir un órgano externo de control del Poder Judicial, compuesto de personas extrañas a los cuadros de la magistratura, tesis ésta de gran relevancia en el Brasil actual. Si esa medida hace posible vaciar el corporativismo y establecer cierta supervisión de la conducta ética de los magistrados, también podrá ampliar las posibilidades de control político del Poder Judicial por grupos microsociales hegemónicos que se hayan apoderado del poder político, volviéndolo más dócil para la aprobación judicial de las reformas que ellos desean.

⁵³ VILANOVA, Lourival, *Teoria Jurídica da Revolução*, en *Escritos Jurídicos e Filosóficos* cit., p. 269.

LUIZ FERNANDO COELHO

Por la avocación, los tribunales superiores, independientemente de las reglas procesales de competencia, pueden llamar a sí el juicio de cualquier causa que esté tramitando en otras instancias judiciales. Por la doctrina judicial vinculante se entiende que una decisión superior se impone obligatoriamente a situaciones análogas que sean juzgadas en los grados inferiores de la jurisdicción.

Es claro que el acierto de esas medidas dependerá notablemente del prestigio y de la honorabilidad de los tribunales. En los Estados Unidos, la actuación política de la Suprema Corte integra la historia del derecho norteamericano. En parte porque su Constitución, principiología, es bastante amplia en la enunciación de sus principios, lo que permite adaptarlos a las necesidades suscitadas por las transformaciones sociales; pero en parte, también, porque el prestigio de la Suprema Corte, dada la cultura y la honorabilidad de sus jueces, la acredita ante la nación para desempeñar ese papel⁵⁴.

Finalmente, el cambio del concepto de constitución llega montado sobre el cambio del concepto de orden jurídico.

El orden jurídico que corresponde al orden social es un ordenamiento horizontal, circular, en el que las leyes son apenas referentes de la acción política y se articulan de acuerdo con las necesidades derivadas de la acción política de los grupos microsociales hegemónicos. En ese sistema horizontal de leyes, decretos y reglamentos, la Constitución ocupa el lugar central, no encima de las leyes, sino en el mismo plano horizontal, ejerciendo una función de coordinación.

Coherentemente con la verdadera estructura de la sociedad, que es la articulación de grupos microsociales, la Constitución deja de ser analítica, vertical y principiología, y pasa a ser un núcleo de referencia, en el mismo plano de las otras leyes. No se trata de que éstas puedan derogar la Constitución, sino de que, en el mundo de los hechos, la interpretación, la reforma o el apartamiento de la Constitución suceden cuando los grupos microsociales hegemónicos encuentran en ella un obstáculo a sus intereses que no pueda trasponerse por los procedimientos preconizados en el orden jurídico positivo.

⁵⁴ FRIEDMANN, W., *El Derecho en una Sociedad en Transformación* (trad. de Florentino M. Torner), México, Fondo de Cultura Económica, 1966, ps. 41 y ss.

La visión crítica del derecho dirigida al constitucionalismo demuestra, así, que la Constitución horizontal es el concepto que corresponde a la realidad de la vida social. Si entendemos que la práctica es diferente de la teoría, podemos decir que, en teoría, la Constitución sigue siendo vertical y principiología pero, en la práctica, o sea en la realidad de la historia, está en un plano horizontal, como referente para la acción política por medio del derecho. Según la distinción de Stammler entre constitución material y formal, puede decirse que, en las naciones actuales, la Constitución formal es principiología y resguarda, bajo la forma de principios, los derechos y garantías históricamente reconocidos a los ciudadanos. Pero es principiología también para defender los privilegios y los *abusos adquiridos*, cuya titularidad recae sobre individuos y grupos que, a lo largo de la historia, siempre se valieron de las leyes para su propio beneficio, raras veces identificado con el beneficio de la mayoría de los ciudadanos. A su vez, la Constitución material siempre fue y sigue siendo horizontal, en la medida en que puede ser modificada al gusto de las circunstancias históricas, en interés de los grupos microsociales en conflicto y para asegurar la hegemonía de algunos de ellos, aun articulados en el nivel transnacional.

La conciencia del papel real de la Constitución como referente hermenéutico para la eficacia del derecho puede conducir a que ella se transforme en un instrumento para la liberación de las personas y de los pueblos oprimidos.

MARSHALL, KELSEN, BARAK Y EL SOFISMA CONSTITUCIONALISTA*

por MICHEL TROPER (Universidad de París X)**

El fallo *Marbury* es importante por más de una razón. Ante todo, lo es evidentemente para la historia constitucional norteamericana. Los historiadores pueden discutir si ese fallo sirvió realmente para fundar el control de la constitucionalidad de las leyes, si esta institución se fundó en realidad antes o después, si los autores de la constitución sabían lo que hacían y, en caso afirmativo, si tenían conciencia de estar innovando o si, por el contrario, creían inscribirse en la tradición de Coke, pero lo esencial es que, hoy en día, los tribunales y los juristas norteamericanos se refieren a *Marbury*¹.

Pero el fallo es importante también para la historia constitucional del mundo, ya que nunca, en ningún lugar, se había establecido hasta entonces un control de constitucionalidad de las leyes y debió pasar más de un siglo para que se lo instituyera en otro sitio, aunque bajo formas diferentes.

Es importante también –es posible advertir esto, precisamente, luego

* Agradezco a Charles Baron y a Pasquale Pasquino, que tuvieron la generosidad de leer cuidadosamente una primera versión de este texto y formularme comentarios muy esclarecedores.

** Traducción: R. A. Guibourg.

¹ Entre los innumerables trabajos históricos, se mencionarán aquí RAKOVE, J., *The Origins of Judicial Review: a Plea for New Contexts*, en *Stanford Law Review*, vol. 49, Nº 5, mayo 1997, ps. 1031 y ss., y WOOD, G., *The Origins of Judicial Review Revisited, o cómo la Corte de Marshall hizo más con menos*, en 56 *Wash & Lee L. Rev.* 787 (1999).

MICHEL TROPER

de la institución del control de constitucionalidad en Austria— por la manera como ese control se fundó en los Estados Unidos: no por la constitución, sino por autofundación, ya que fue la propia corte suprema la que decidió reconocerse ese poder. Este tipo de fundación del control de constitucionalidad fue empleado más tarde, especialmente en Francia en 1971 —la famosa decisión sobre la libertad de asociación se ha llamado justamente “el *Marbury vs. Madison*” francés— y después en Israel en 1995².

Es importante, además, porque el texto de ese fallo contiene casi todos los argumentos estándar a favor de la institución del control de constitucionalidad de las leyes, de modo que esos mismos argumentos pueden invocarse —y así ha sucedido— en circunstancias históricas completamente distintas.

El razonamiento antihistórico es, precisamente, lo que aquí se examinará. No hay duda de que la argumentación del *Chief Justice* Marshall no se halla completamente separada del contexto norteamericano; pero es preciso, para apreciar no sólo su alcance general sino también su pertinencia, hacer abstracción de algunas de las razones que Marshall invoca y concentrar el análisis sobre aquellas cuya estructura es retomada por otros autores y por otros tribunales, en otros lugares y en otros tiempos. Estas justificaciones, precisamente porque son generales, resultan las más importantes, hasta tal punto que Marshall habría podido descartar las otras.

Se mencionarán aquí, muy brevemente y sólo para recordarlos, tres argumentos contingentes que se hallan vinculados estrechamente al propio texto de la constitución norteamericana y que, por lo tanto, no son susceptibles de generalización. Uno de ellos es el que algunos consideran el más fuerte³, el “*arising-under argument*”, que se funda en las disposiciones del artículo 3º, sección 2, párrafo 1º:

El poder judicial se extenderá a todas las causas, en derecho (Law) y en equidad (Equity) que se susciten bajo el imperio de la presente

² “*United Misrahi Bank Ltd vs. Migdal Village*”, Supreme Court (Israel), C. A. 6821/93, 49 (4) P., D. 221 (1995).

³ VAN ALSTYNE, *A Critical Guide to Marbury vs. Madison*, en *Duke Law Journal*, enero 1969, Nº 1, ps. 1 y ss.

*constitución, de las leyes de los Estados Unidos, de los tratados concluidos o que se concluyeren bajo su autoridad*⁴.

Otro tanto puede decirse del argumento tomado de la “*supremacy clause*” de la constitución, es decir el artículo VI, párrafo 2:

*La presente constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se adopten para su aplicación, y todos los tratados concluidos o que se concluyan, bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la ley suprema del país; y los jueces de cada Estado quedarán obligados a ella, no obstante cualquier disposición contraria contenida en la constitución o en las leyes de cualquiera de los Estados*⁵.

Además, Marshall invoca el juramento impuesto a los jueces de decidir según la constitución⁶.

Entre los argumentos de alcance general, dos son bastante débiles. Se trata primero de la idea según la cual el control de constitu-

⁴ El argumento parece fuerte porque, para zanjar adecuadamente los litigios suscitados bajo el imperio de la constitución, es preciso leer la constitución. En realidad, entre esos “*cases arising under the constitution*”, algunos no tienen relación alguna con una ley del congreso, de tal modo que este artículo no implica el control de constitucionalidad de las leyes; cfr. VAN ALSTYNE, ob. cit.

⁵ Sin embargo, como justamente observa David Currie, Marshall no apela al lenguaje de la constitución sino con hesitación. En efecto, la *supremacy clause* es en realidad un argumento *contra* el control de constitucionalidad de las leyes, porque no sólo atribuye supremacía a la constitución, sino también a los tratados y a las leyes federales. Además, puede pensarse que se trata de una supremacía sobre los Estados o sobre el poder ejecutivo, y no sobre el Congreso. En efecto, el artículo establece la supremacía de las leyes de los Estados Unidos, es decir de las leyes federales, adoptadas por el Congreso, y evidentemente no podría concebirse una supremacía de las leyes de los Estados Unidos, es decir las leyes adoptadas por el Congreso, sobre las leyes adoptadas por el congreso (CURRIE, D., *The Constitution in the Supreme Court*, Chicago, University of Chicago Press, 1985, especialmente ps. 70 y ss.). Conviene agregar que, si sólo se imponen las leyes adoptadas en aplicación de la constitución, esto no satisface necesariamente el argumento de Marshall porque la expresión puede significar simplemente que los actos deben hacerse de la manera prescrita por la constitución, lo que sólo implica un control de procedimiento, pero no de fondo (VAN ALSTYNE, ob. cit.).

⁶ También aquí el argumento es bastante débil, porque otras autoridades además de los jueces, por ejemplo el presidente, están sujetas al juramento y nadie pretende que ese juramento implique el derecho de rehusarse a aplicar una ley inconstitucional.

MICHEL TROPER

cionalidad de las leyes sería “consustancial a toda constitución escrita”. Marshall no podía ignorar que muchas constituciones escritas, especialmente las de la mayoría de los Estados norteamericanos, no contenían mecanismo alguno de control y que algunas, como la constitución francesa de 1791, descartaban expresamente ese control y prevenían penas para los jueces que se inmiscuyeran en el ejercicio del poder legislativo⁷.

Del mismo modo, es poco convincente el argumento tomado de la naturaleza misma del poder judicial. Los tribunales, escribe Marshall, en caso de conflicto entre una ley y la constitución, tienen el deber de decir cuál es la regla aplicable. Ésa sería “*la esencia del deber judicial*”⁸. En realidad, esta acción corresponde tan poco a la esencia del deber judicial que en muchos países –e incluso en Francia– los jueces están obligados a aplicar la ley, aun si la estiman contraria a la constitución⁹.

Queda entonces un argumento esencial, que Marshall presenta con gran habilidad como la evidencia misma y que funda a la vez en la tradición y en la lógica “*Afortunadamente –escribe– la dificultad es menor que [el interés de la cuestión]*”. Es el que resulta del siguiente razonamiento:

- a) La constitución es superior a la ley.
- b) Una ley contraria a la constitución no es derecho, es nula.
- c) Si es nula, no debe ser aplicada.

Este argumento, en realidad, está lejos de ser tan simple como Marshall quiere presentarlo. Por una parte, habría que justificar la inferencia de a) a b) y de b) a c). Pero, como se ha observado a menudo, esta justificación no se expresa. Por otra parte, parece que no se ha notado suficientemente la fragilidad de la premisa “la constitución es superior a la ley”.

⁷ Cfr., en este sentido, CURRIE, David, *Marshall overstated the case badly by asserting that judicial review was essentially attached to a written constitution* (ob. cit., p. 71, nota 49).

⁸ Aquí se emplea exclusivamente la excelente traducción de ZOLLER, Elizabeth, en *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, PUF, 2000.

⁹ Cfr. VAN ALSTYNE, ob. cit., especialmente p. 23.

Esta premisa es, precisamente, la que me propongo examinar aquí. Se la encuentra bajo formas análogas en la opinión de numerosos partidarios del control de constitucionalidad de las leyes. Es el caso de Sieyès, cuando proclama que la constitución es obligatoria o no es nada¹⁰. Es evidentemente el caso de Kelsen o también el del presidente de la Corte Suprema de Israel, Aarón Barak. No todos extraen de ella las mismas conclusiones, pero todos parecen admitir que la constitución es suprema. Pero, ¿por qué? La simple pregunta de Marshall todavía ha de simplificarse más –y además desdoblarse– para enunciarla en los siguientes términos: ¿cuáles son los argumentos que conducen a admitir que la constitución es suprema por naturaleza y, sobre todo, en qué consiste esa supremacía?¹¹

Para poner en claro los vicios del razonamiento es preciso primero extraer la definición explícita o implícita de la supremacía.

I. La tesis de la supremacía de la constitución¹²

A. *La tesis de la supremacía en Marshall*

Marshall no da ninguna definición expresa de la supremacía, por lo que hay que tratar de extraer de la decisión una definición implícita. El texto autoriza dos posibilidades: decir que una constitución es suprema o simplemente superior a la ley ordinaria significa que una ley ordinaria no puede modificar la constitución o bien que una ley contraria a la constitución es nula.

Si ser suprema es, para una constitución, presentar una o la otra

¹⁰ Convención Nacional, término del año III.

¹¹ La primera parte de la pregunta se trata frecuentemente en Francia bajo el título de “fundamento de la supremacía de la constitución”, pero la segunda se plantea más raramente. La obra de referencia es BECHILLON, Denys de, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, Economica, 1996. Ver especialmente p. 27.

¹² La superioridad de una norma sólo es relativa a otra norma, mientras la supremacía es absoluta en el sentido de que la constitución es superior a todas las otras normas e inferior a ninguna. Pero es inútil distinguir aquí entre superioridad y supremacía, porque el problema de las leyes inconstitucionales se plantea exactamente del mismo modo, aun si se supone una norma superior a la constitución. En lo sucesivo, los dos términos se emplean indistintamente.

MICHEL TROPER

de esas cualidades, que no se confunden entre sí, la constitución, ¿es realmente suprema? Los argumentos de Marshall a favor de una respuesta afirmativa son de dos clases: por una parte, los que apuntan a demostrar que la constitución presenta tales caracteres objetivos que debe considerarse como suprema, según el derecho vigente, y por la otra los que justifican esa supremacía; es decir, tratan de persuadir de que sería bueno que la constitución fuera suprema. Los argumentos del segundo tipo no serán examinados aquí. Se piensa, por ejemplo, en la idea de que la supremacía de la constitución es buena porque significa la supremacía de la voluntad del pueblo sobre la de sus representantes. Esa idea no nos concierne ahora porque no se trata de un verdadero argumento o de una verdadera tesis, sino de un juicio de valor. En efecto, podría concebirse que la supremacía de la constitución se juzgase excelente, pero que tal supremacía no fuera puesta en práctica por el derecho positivo o, al contrario, que ella se considerase deplorable aunque, de hecho, estuviera vigente.

Sólo se examinarán aquí los primeros argumentos, los que conducen a Marshall a sostener que la constitución es realmente suprema.

El primero es la voluntad de los que la elaboraron:

“Es seguro que quienes elaboran las constituciones escritas las conciben pensando que ellas deben formar el derecho fundamental y supremo de la nación y que, por consiguiente, el principio de un gobierno tal que un acto legislativo contrario a la constitución es nulo”.

No se trata aquí de un argumento histórico extraído de los trabajos preparatorios. La voluntad a la que Marshall se refiere no es la de los miembros de la convención de Filadelfia, sino la voluntad de “*quienes elaboran las constituciones escritas*”; dicho de otro modo, la de todos aquellos que elaboran tales constituciones.

Es, evidentemente, una pura petición de principio. No es en absoluto seguro —e incluso hay excelentes razones para pensar lo contrario— que todos los que han elaborado constituciones escritas hayan concebido esta constitución como un verdadero derecho. En varios casos, en cambio, pudieron concebirla como un acto solemne destinado a organizar los poderes públicos y a inspirar su acción, o bien como un

mecanismo que lograría imponerse por la acción de los frenos y contrapesos antes que como una verdadera regla obligatoria¹³. Al fin de cuentas, aun si la encaran como un derecho fundamental, no se sigue de allí que quieran que un acto legislativo contrario a la constitución sea considerado nulo. Tal vez algunos deseen, a lo sumo, que tal acto pueda anularse.

Se puede agregar que la voluntad de los autores es, en realidad, perfectamente indiferente. Sucede frecuentemente, en efecto, que el autor de un mandato cualquiera proclame que se trata de algo fundamental, sin querer con eso conferirle una real supremacía. Puede imaginarse, por ejemplo, una ley ordinaria que ordenase al legislador futuro actuar según tal procedimiento o dar a otras leyes tal o cual contenido. Esta ley, evidentemente, no tendría carácter obligatorio y podría dejarse fácilmente de lado en virtud del adagio *lex posterior priori derogat*. Ninguna norma es, pues, superior por la única razón de que su autor la conciba como superior.

Queda el segundo argumento, extraído de la idea según la cual, a falta de supremacía, la constitución podría ser modificada por una ley ordinaria:

*“o la constitución es un derecho superior, supremo, inalterable por medios ordinarios, o está en el mismo plano que la ley ordinaria y, tal como las otras leyes, es modificable según la voluntad de la legislatura. Si la primera parte de la proposición es verdadera, una ley contraria a la constitución no es derecho; si la segunda es verdadera, las constituciones escritas no son sino absurdas tentativas de los pueblos para limitar un poder que es por naturaleza ilimitado”*¹⁴.

El resto del razonamiento está implícito y podría formularse así: “ahora bien, la primera parte de la proposición es verdadera y, por tanto, una ley contraria a la constitución no es derecho”.

Hay que observar, sin embargo, que la premisa es ambigua. La primera proposición puede tener dos significados, que se apoyan en

¹³ TROPER, M., *Le Droit, la théorie du droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, capítulo *La machine et la norme. Deux modèles de constitution*, ps. 147 y ss.

¹⁴ Fallo “Marbury vs. Madison”, en ZOLLER, ob. cit., p. 102.

MICHEL TROPER

dos definiciones implícitas de la superioridad de la constitución y conducen en realidad a razonamientos diferentes:

- a) La imposibilidad de modificar la constitución por medios ordinarios es una prueba de la superioridad de la constitución, pero no la definición de tal superioridad, que debe por tanto consistir en otras características que Marshall no identifica (por ejemplo, en el hecho de que una ley contraria a la constitución no es derecho).
- b) La imposibilidad de modificar la constitución no es una prueba, sino la definición misma de su superioridad.

En los dos casos, Marshall proporciona un argumento para establecer que la constitución es superior a la ley (es inalterable por medios ordinarios), pero en el primer caso se ignora en qué consiste esa superioridad y nada puede deducirse de allí. En el segundo, hay una definición de la superioridad, pero Marshall no demuestra que la superioridad implique que la ley contraria no es derecho.

B. *La tesis de la supremacía en Kelsen*

En Kelsen, el razonamiento llega a conclusiones parcialmente diferentes pero se apoya en premisas idénticas: la constitución es suprema.

Hay que subrayar que Kelsen no trata, como Marshall, de justificar de antemano la supremacía mediante la idea de que la constitución ha sido hecha por el pueblo soberano o que es necesaria para limitar el poder de los representantes. Esto sólo llegará cuando se trate de dar cabida a la tesis comúnmente llamada en Francia, a partir de Louis Favoreu, “teoría del guardagujas” y de justificar el control de constitucionalidad desde el punto de vista de la teoría democrática. Según esta teoría, la corte constitucional no se pronuncia en realidad sobre el fondo de las leyes, sino se limita a indicar que la medida encarada debe adoptarse en forma constitucional antes que legislativa¹⁵. La democracia, pues, saldría del control reforzada porque el poder constituyente se pronuncia mediante una mayoría calificada, de suerte que una proporción más extensa del pueblo expresa su voluntad de adoptar la regla¹⁶.

¹⁵ FAVOREU, L., *Les décisions du Conseil Constitutionnel dans l'affaire des nationalisations*, en RDP, 1982, ps. 419 y ss.

¹⁶ Para la crítica de este argumento, cfr. TROPER, ob. cit., ps. 173 y ss.

A diferencia de Marshall, Kelsen expone en qué consiste la supremacía: en cierta forma de superioridad, que es en sí misma la relación entre una norma y otra que constituye su fundamento de validez:

*“una norma es válida si y porque ha sido creada de cierta manera, determinada por otra norma: esta última constituye así el fundamento inmediato de validez de la primera. Para expresar la relación en cuestión, puede usarse la imagen espacial de la jerarquía, de la relación de superioridad-subordinación; la norma que regula la creación es la norma superior...”*¹⁷

La constitución, entonces, es superior a la ley porque regula la producción de las leyes. Es suprema simplemente porque no hay, por encima de ella, otra norma jurídica positiva, en la que la constitución encontrase el fundamento de su propia validez¹⁸. La supremacía no es, en verdad, un concepto indispensable para justificar el control de constitucionalidad de las leyes: basta con la superioridad.

Pero, ¿qué significa que una norma A “constituye el fundamento de validez” de otra norma B? Que B es válida, que es una norma jurídica, que pertenece al orden jurídico porque el acto del que ella es significado se ha cumplido de conformidad con esa norma A.

De esa superioridad de la constitución Kelsen, como Marshall, hace derivar el control constitucional. Conviene subrayar que no se contenta con justificar la creación de una corte constitucional, capaz de hacer “verdaderamente” obligatoria la constitución: sostiene que si la constitución guarda silencio “sobre el punto de saber quién debe examinar

¹⁷ KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, trad. francesa de la 2ª ed. alemana por Ch. Eisenmann, 1962, p. 299. En la edición en español, según traducción de Roberto J. Vernengo, se lee el siguiente texto: “Dado que, atento el carácter dinámico del derecho, una norma vale en tanto y en la medida en que ha sido producida en la forma determinada por otra norma; esta última configura el fundamento inmediato de validez de la primera. La relación entre la norma que regula la producción de otra norma, y la norma producida conforme a esa determinación, puede representarse mediante la imagen espacial de la supra y subordinación. La norma que regula la producción es una norma superior, mientras que la producida conforme a esa determinación es la norma inferior” (KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1981, p. 232) [N. del T.].

¹⁸ En el mismo sentido, EISENMANN, Ch., *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d’Autriche*, Paris, Economica, 1986 (1ª ed., 1928), p. 9.

MICHEL TROPER

o controlar la constitucionalidad de las leyes, se sigue en principio que los órganos de aplicación de las leyes, y en particular los tribunales, tienen el poder de proceder a ese examen o control. Puesto que tienen el poder de aplicar las leyes, deben necesariamente establecer si lo que pretende ser una ley tiene objetivamente ese carácter y significado de ley; y eso no sucede sino con los actos conformes a la constitución”¹⁹.

Es inútil subrayar la contradicción entre esta idea y que Kelsen expresa algunas líneas más arriba: “*la afirmación de que una ley válida, una ley ‘en vigor’ es contraria a la constitución, ‘inconstitucional’ es una «contradictio in adjecto»*”²⁰.

Tampoco es útil demorarse en una diferencia importante entre Marshall y Kelsen. Para Marshall, una ley contraria a la constitución es nula, *void*, de manera que el juez no hace más que verificar y declarar esta nulidad, mientras, para Kelsen, ella no es nula sino solamente anulable.

En todo caso, la estructura del razonamiento y la conclusión son las mismas: a) la constitución es superior a la ley; b) esta superioridad determina la nulidad o bien la anulabilidad de la ley contraria y, si la constitución guarda silencio, el poder de los jueces para ejercer el control de constitucionalidad²¹. Esta misma estructura se encuentra en Barak.

C. *La tesis de la supremacía en Barak*

A decir verdad, el razonamiento de Barak es un poco más complejo y particularmente audaz en virtud de la especificidad del derecho israelí,

¹⁹ Ob. cit., p. 361. La versión española ya mencionada contiene el siguiente texto: “Si la constitución carece de disposiciones sobre quién tenga que examinar la constitucionalidad de las leyes, los órganos que la constitución autoriza a aplicar las leyes, y, por lo tanto, en especial los tribunales, serán los así facultados para emprender ese examen. Puesto que si están facultados para aplicar leyes, tienen que poder establecer si algo, cuyo sentido subjetivo es ser una ley, cuenta objetivamente también con ese sentido, y sólo tiene ese sentido objetivo, cuando corresponde a la constitución” [N. del T.].

²⁰ Para la crítica de esta tesis, Cfr. TROPER, ob. cit.

²¹ En el mismo sentido, EISENMANN, ob. cit., ps. 100-103.

que conduce a establecer un control de la constitucionalidad de las leyes cuando no hay constitución escrita. Hay algunas diferencias entre el razonamiento de Barak y el de Marshall, pero ellas no son esenciales.

Después de la independencia se eligió una asamblea, la Knesset, para actuar a la vez como asamblea constituyente y asamblea legislativa. Como esta asamblea no redactó constitución alguna, las Knesset siguientes se eligieron con los mismos poderes. Sin embargo, algunas leyes, llamadas fundamentales porque tenían por objeto la organización de los poderes públicos, fueron protegidas (*entrenched*) o hechas rígidas, en el sentido de que esas mismas leyes especificaron que no podrían modificarse sino por mayoría calificada, aun si ellas mismas habían sido adoptadas por mayoría simple. En el primer tiempo, la corte suprema decidió que las sucesivas Knesset estaban vinculadas por esta condición y no podían modificar esas leyes por mayoría simple a pesar del principio *lex posterior*, hasta tal punto que las leyes adoptadas por mayoría simple no eran válidas²².

En un fallo de 1995, *United Mizrahi Bank vs. Migdal village*²³, la corte dio un paso más, de alcance considerable, y se reconoció el poder de ejercitar un control a fondo sobre las leyes que amenazaran las leyes fundamentales, aun las no rígidas.

El razonamiento complejo y aparentemente inverso al de Marshall puede esquematizarse del siguiente modo: las leyes fundamentales rígidas prevalecen sobre las leyes adoptadas por mayoría simple porque emanan del poder constituyente, mientras las leyes ordinarias no emanan sino del poder legislativo. Las leyes fundamentales en su conjunto forman la constitución de Israel, no en razón de la mayoría que las haya adoptado, sino del carácter constituyente de la Knesset y de la experiencia nacional. Parece, pues, que es la existencia de

²² KLEIN, C., *Théorie et pratique du pouvoir constituant. Critique des discours sur le pouvoir constituant*, Paris, PUF, 1996, en especial ps. 57 y ss.; KLEIN, C., *L'apport du juge à l'émergence d'une constitution: l'exemple israélien*, en BRONDEL, S.; FOULQUIER, N. & HEUSCHLING, S. (eds.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, ps. 173 y ss.

²³ Extractos de este fallo excepcionalmente largo figuran en la obra de DORSEN, Norman y ROSENFELD, Michel, *Comparative Constitutional Law*.

MICHEL TROPER

una constitución lo que se prueba por la supremacía y no la supremacía por la existencia de la constitución.

Pero, en realidad, la supremacía se funda sobre una distinción entre poder constituyente y poder legislativo y el presidente Aarón Barak, que redactó el fallo, admite como verdad evidente que si esos dos poderes son separados, el primero es superior al segundo. Así, para uno como para el otro, hay superioridad de la constitución sobre la ley ordinaria.

Sean cuales fueren las razones para admitir la superioridad de las leyes fundamentales, una vez establecida esta superioridad, Barak extrae de ella las mismas consecuencias que Marshall y Kelsen:

*La constitución es la norma suprema del sistema jurídico [...] ¿Cuál es la sanción de una ley inconstitucional? La respuesta a estas preguntas depende ante todo de las disposiciones de la propia constitución. Es frecuente que la constitución instituya –y que tenga el poder de instituir– las sanciones jurídicas contra una ley inconstitucional... [Barak menciona aquí la Carta canadiense de los Derechos y Libertades y las constituciones de varios países europeos posteriores a la Segunda Guerra Mundial]. Pero ¿cuál es la regla cuando la constitución guarda silencio acerca de este punto? La respuesta a esta pregunta depende de la cultura y de la tradición en las que se inscriba el sistema jurídico [en este punto cita a Hart, *Concept of Law*, y luego distingue dos tradiciones diferentes. Según la primera, que dominaba en Europa en el siglo XIX], la constitución es obligatoria para las autoridades del Estado. Sin embargo, la violación de una disposición de la constitución no conduce a la nulidad de la ley y los tribunales no tienen el poder de imponer la sanción que consiste en su anulación [...] pero “este punto de vista es hoy minoritario”.*

Otra tradición y otra cultura jurídica conducen a la conclusión de que la ciencia constitucional, en este punto, recomienda la anulación de la ley que contradice la constitución y a su corolario, según el cual la verificación de tal contradicción no corresponde al poder legislativo sino a un tribunal. Según este punto de vista, el silencio de la constitución implica el control de constitucionalidad de las leyes y el poder de los tribunales para declarar que la ley inconstitucional es nula.

Se comprende por qué Barak se refiere así a la tradición jurídica. Ha comprendido perfectamente dos de las debilidades de la presentación de Marshall y Kelsen. La primera consiste en inferir directamente de la superioridad de la constitución el poder de verificar (o pronunciar en el caso de Kelsen) la nulidad de la ley inconstitucional, cuando no hay aquí un nexo lógico, ya que es frecuente que los tribunales sean privados del poder de sancionar la inconstitucionalidad de las leyes. La segunda remite a la idea de que podría haber leyes objetivamente contrarias a la constitución sin que una autoridad especialmente habilitada haya podido comprobar oficialmente tal inconstitucionalidad.

Barak trata de remediar estos dos defectos a la vez recurriendo al principio “hay que someterse a la opinión mayoritaria”, pero sin precisar en el seno de qué grupo (de profesores de derecho, de juristas prácticos, de países) habría que buscar la opinión mayoritaria, ni por qué habría que someterse a ella. El remedio, pues, no es tal.

Pero lo esencial en lo que nos concierne aquí es enfatizar que Barak, como Marshall y Kelsen, afirma que la superioridad de la constitución significa o implica que la ley contraria a la constitución comporta un vicio, que puede ser sancionado o no, pero que en todo caso marca el incumplimiento de una obligación. Ahora bien, no es en absoluto seguro que la superioridad de la constitución tenga realmente ese significado.

II. Los vicios de la argumentación

En los tres casos, la validez del razonamiento se ve mancillada por las respuestas a veces explícitas, pero más frecuentemente implícitas a tres preguntas diferentes:

- ¿Qué es lo que justifica que la constitución se considere superior a la ley ordinaria?
- ¿En qué se reconoce que una ley es contraria a la constitución y quién puede reconocer esta contradicción?
- ¿Qué significa “superior”?

A. *El presupuesto de la supremacía del poder constituyente*

Las respuestas a la primera pregunta pueden parecer sensiblemente

MICHEL TROPER

diferentes en los tres autores. En Marshall, en efecto, la constitución es superior porque emana del propio pueblo soberano, que con ella ha tratado de limitar el poder de sus representantes, mientras que en Kelsen y en Barak lo es porque constituye el fundamento de validez de las leyes. En realidad se trata de respuestas equivalentes, en la medida en la que Kelsen y Barak admiten que una regla que no puede adoptarse en forma legislativa puede ser adoptada en forma constitucional, mediante una mayoría calificada y, por tanto, más democráticamente.

Pero este tipo de respuesta implica una de estas circunstancias: o bien que el pueblo ejerce realmente su soberanía al adoptar la constitución pero no cuando sus representantes adoptan leyes, o bien que la soberanía admite dos niveles²⁴. La soberanía, entonces, es incompatible con la idea de que el sistema político es una democracia o, al menos, impide definir la democracia como un sistema en el cual el pueblo ejerce realmente la soberanía y no es solamente su titular último.

B. *El presupuesto de la interpretación-conocimiento*

Los tres autores consideran el caso de una ley contraria a la constitución, a fin de preguntarse qué conducta deben adoptar los tribunales respecto de tal ley. Presuponen así que es posible saber que una ley es contraria a la constitución antes de anularla. De este modo, para los tres, la inconstitucionalidad existe antes de la sanción. Por otra parte, si se sostuviera lo opuesto, es decir que no se puede hablar de inconstitucionalidad sino después de que un tribunal haya pronunciado la sanción, el problema que ellos intentan resolver (¿Cuál es la sanción de la inconstitucionalidad?) ni siquiera podría plantearse.

El mismo Kelsen, después de haber declarado con razón que la expresión ley inconstitucional es una *contradictio in adjecto*, se pregunta cómo una ley contraria a la constitución puede ser válida. Si se trata de una *contradictio in adjecto*, la pregunta no tiene sentido alguno. Sí puede distinguirse, es cierto, una ley conforme desde el punto de vista dinámico, pero contraria desde el punto de vista estático. Pero, para afir-

²⁴ Cfr. TROPER, M., *La logique de la justification du contrôle de la constitutionnalité des lois*, en *Mélanges Pactet*, 2002, en prensa; *The Logic of the Justification of Judicial Review of Legislation*, en I. CON, Nº 1, 2003, ps. 99 a 121 y ss.

mar la contradicción desde el punto de vista estático, hay que saber cuál es el significado de la constitución y cuál el de la ley. Ahora bien, el significado no es una cualidad empírica, sino el producto de una interpretación. Mientras no se ha hecho una interpretación, no se puede afirmar que la ley es contraria o conforme, y, si esta interpretación es formulada por simples particulares, habrá varias interpretaciones diferentes y, por lo tanto, varios juicios de conformidad, sin que ninguno de ellos pueda considerarse superior a los otros. Si en cambio, como Kelsen acabará por admitir, hemos de remitirnos a un intérprete auténtico, por ejemplo una corte constitucional, esta corte no está para sancionar la inconstitucionalidad de la ley, sino ante todo para producirla.

Esto es lo que Barak parece comprender cuando se interroga acerca de la suerte que haya de reservarse a las leyes objetivamente contrarias a la constitución sin que una autoridad especialmente habilitada haya podido comprobar oficialmente esta inconstitucionalidad, ya que sostiene que, en caso de silencio de la constitución y de acuerdo con la cultura jurídica actualmente dominante, corresponde a los tribunales declarar la inconstitucionalidad y sancionarla. Pero esta formulación sólo muestra que Barak tiene conciencia del problema, no que lo haya resuelto. Incluso lo ha agravado porque, según su presentación, es necesario que haya primero una inconstitucionalidad y después que esta inconstitucionalidad sea declarada.

Sin embargo, si se admite que no hay inconstitucionalidad en tanto alguna contradicción entre la constitución y la ley no haya sido proclamada por una autoridad expresamente habilitada para hacer esa proclamación, el silencio de la constitución no significa que los tribunales sean competentes, como afirman Marshall, Kelsen y Barak, sino, por el contrario, que no hay jamás una ley inconstitucional.

C. *El concepto de “supremacía”*

1. *La crítica de Nino*

Carlos Nino presentó una crítica lógica del fallo *Marbury* que es sensiblemente diferente de la que aquí se expondrá²⁵. Se funda sobre

²⁵ NINO, C., *A Philosophical Reconstruction of Judicial Review*, en *Cardozo Law Review*, vol. 14, números 3-4, 1993, ps. 285-332, y también en ROSENFELD, M.

MICHEL TROPER

una distinción entre dos conceptos de “validez”: la pertenencia de una norma al sistema jurídico y su carácter obligatorio. Si se acepta esta distinción, dice, se comprende que una norma pueda ser obligatoria aunque no reúna las condiciones para pertenecer al sistema jurídico (y especialmente la condición de conformidad con la norma superior). Éste es precisamente el caso de los sistemas que no tienen control de constitucionalidad de las leyes y es también el de los Estados Unidos cuando la inconstitucionalidad de una ley no ha sido declarada oficialmente, por lo que la norma debe aplicarse. Según Nino, Marshall no tuvo en cuenta esta distinción al presuponer que una norma desprovista de validez-pertenencia es necesariamente no obligatoria.

Sin embargo, no parece posible seguir a Nino por tres razones: la primera es, como se ha visto, que la expresión “ley inconstitucional” es una contradicción en los términos, a que mientras la ley siga en vigor, es decir mientras no haya sido anulada, es válida y encuentra el fundamento de su validez en la constitución; la segunda razón es que, aun si no se suscribe esta teoría, para admitir que una ley inconstitucional es sin embargo obligatoria es necesario suponer una norma que la haga obligatoria, de tal modo que la aplicación de la ley inconstitucional sea al menos conforme a esa otra norma. La tercera razón remite a la propia distinción entre pertenencia y carácter obligatorio. Esta distinción no tiene sentido, como lo revela una célebre controversia entre Alf Ross y Hans Kelsen, si por “obligatorio” no se entiende moralmente o absolutamente obligatorio²⁶. Como contrapartida, si “obligatorio” sólo significa “obligatorio en relación con una norma superior”, los dos conceptos de validez se confunden.

2. *El carácter tautológico*

Se habla de jerarquía entre dos normas X e Y o de superioridad de X sobre Y en una u otra de las siguientes situaciones:

- (1) X ha establecido los procedimientos para promulgar Y.
- (2) X ha prescripto dar a Y cierto contenido.

(recopilador), *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy: Theoretical Perspectives*, Durham y Londres, Duke U. P., 1994, ps. 799 y ss.

²⁶ Cfr. TROPER, *Le droit, la théorie du droit...* cit., ps. 19 y ss.

- (3) X ha prohibido dar a Y cierto contenido.
- (4) Una norma del tipo X puede abrogar o modificar una norma del tipo Y, mientras que una norma del tipo Y no puede abrogar ni modificar una norma del tipo X.
- (5) Si Y es contraria a X, es nula de pleno derecho.
- (6) Si Y ha infringido una de las tres primeras prescripciones, una norma Z ordena a los tribunales o a un tribunal especial anular Y.
- (7) Si Y ha infringido una de las tres primeras prescripciones, una norma Z explícita o implícita prohíbe a los tribunales aplicar Y.
- (8) En caso de conflicto entre el contenido de X y el de Y, una norma Z ordena a los tribunales aplicar X.

Ahora bien, estos conceptos de superioridad son diferentes y no coinciden entre sí. Según el derecho francés, por ejemplo, las leyes son superiores a los decretos en el sentido de que éstos no deben tener un contenido contrario al de las leyes; pero no es la ley, sino la constitución quien determina la autoridad competente para producir decretos y, en este sentido, las leyes no son superiores a los decretos. Del mismo modo, en los sistemas constitucionales que no contienen control de constitucionalidad de las leyes, la constitución es superior a las leyes en la medida en que ella determina el modo de producción de las leyes y, en caso necesario, prescribe darles cierto contenido; pero no es superior a ellas en el sentido de que una ley contraria a la constitución pudiera ser privada de validez.

Sin embargo, Marshall presupone equivocadamente esa coincidencia cuando afirma que la supremacía es una cualidad de la constitución que consiste en la imposibilidad de revisarla por medio de una ley ordinaria (sentido 4) y por tanto en la nulidad de la ley contraria a ella (sentido 5) y en el sentido 7.

Kelsen y Barak incurren en la misma confusión cuando afirman que la superioridad de la constitución en el sentido 1 implica la superioridad en el sentido 7, cuando no hay entre tales sentidos ninguna relación lógica.

Aparece aquí la tentación de objetar –es la única defensa concebible– que la superioridad de la constitución sólo consiste en la regla 7 y que la

MICHEL TROPER

imposibilidad de revisar la constitución por una ley ordinaria no es la definición de esa superioridad, sino su *signo*. Pero entonces el razonamiento remite a una simple tautología, ya que la prohibición de aplicar la ley contraria a la constitución no deriva del principio de supremacía de la constitución: es lisa y llanamente la definición de ese principio, con lo que sólo se establece que, si está prohibido aplicar la ley inconstitucional, entonces está prohibido aplicar la ley inconstitucional.

En una apreciación preliminar a su crítica de la lógica de *Marbury*, Carlos Nino aseguraba que, si esta lógica era realmente vinculante, los constitucionalistas que hablan de la legitimidad del control de constitucionalidad pierden el tiempo, porque si es lógico no necesita otra justificación²⁷. A partir de la falta de demostración lógica, pues, ¿habría que concluir que el control de constitucionalidad de las leyes debe considerarse desprovisto de justificación?

Parece que Nino manifestaba una confianza excesiva en la lógica aplicada al pensamiento jurídico. Sin duda, en las ciencias y más generalmente en todas las disciplinas intelectuales, un defecto de razonamiento afecta el resultado, que ha de tenerse por privado de toda validez. Pero una decisión jurisdiccional, tal como una decisión legislativa, no es la conclusión de un razonamiento válido y su validez sólo significa que pertenece al sistema jurídico. En este sentido, es evidente que el fallo *Marbury*, como los de numerosos tribunales constitucionales de todo el mundo, es perfectamente válido, sean cuales fueren los defectos del razonamiento con el que se haya querido justificarlo. La falta de pertinencia lógica de la motivación sólo prueba que una decisión, e incluso una serie de decisiones, no obtiene su validez de la validez del razonamiento, sino de la autoridad de quien la adopta y —es preciso decirlo— de la aceptación de los otros o de su falta de resistencia.

²⁷ “*The logical necessity of judicial review that follows from Marbury vs. Madison has rarely been commented on by constitutional scholars, who instead devote their energies to the legitimacy of judicial review. Nevertheless, if Marshal’s logic were cogent, these scholars would be wasting their time, since what is logically necessary does not need an evaluative justification, unless that justification addressed the presupposition of the logical necessity, that is, the supremacy of the constitution*” (NINO, ob. cit.).

Pero es posible llegar a otras conclusiones. La primera es que el razonamiento de Marshall logró persuadir y expresa la ideología oficial de los Estados modernos. El término “ideología” es aquí débil, porque no se trata sólo de un conjunto de creencias y de valores, sino de la jerarquía de las normas. Ahora bien la jerarquía de las normas es el modo de ejercicio del poder en el Estado moderno. Así, lo que hizo Marshall no fue deducir el control de constitucionalidad de las leyes a partir de la jerarquía de las normas, sino, al contrario, construir la jerarquía de las normas asegurando el control de la constitucionalidad. Importa poco que su razonamiento esté contaminado por vicios lógicos. Marshall dio una forma al poder del Estado moderno.

Sería erróneo, sin embargo, creer que, puesto que la decisión se impone de todos modos, es indiferente que se la justifique de una manera o de otra. El tribunal está constreñido a utilizar un razonamiento que, aun si incluye vicios lógicos, ha sido y es aún percibido como socialmente aceptable. Cuando se trata de fundar una nueva práctica, este modo de razonar sirve como estándar y modelo para apreciar todos los razonamientos de la dogmática jurídica. A partir de *Marbury*, no se puede razonar sino de un modo que se ajuste a la lógica de Marshall. En otros términos, aunque sea contrario a los principios lógicos, el fallo *Marbury* no sólo ha creado una norma y una institución nuevas, sino también una lógica específica y desde entonces obligatoria para la institución del control de constitucionalidad de las leyes.

JOHN LOCKE Y EL PROBLEMA DE LA TOLERANCIA

Un aporte a la historia del surgimiento de la doctrina de los derechos humanos

por JOAQUÍN MIGLIORE

Introducción

Determinar el origen de la teoría de los derechos humanos no resulta, evidentemente, una tarea sencilla. Pese a la indudable importancia que ella ha tenido tanto en el campo político como en el jurídico, no existe acuerdo entre los distintos autores ni sobre el momento en que fuera explícitamente reconocida y formulada, ni sobre los motivos que la originaron. Así, por solo citar algunos ejemplos, Michel Villey ha sostenido, en múltiples escritos, que un hito clave en la elaboración de dicha doctrina es la figura del franciscano medieval Guillermo de Ockham, padre, a su entender, de la doctrina de los derechos subjetivos¹, Leo Strauss asigna una particular relevancia a la figura de Hobbes², coincidiendo en este punto con Norberto Bobbio³, Brian Tierney sugiere que deberíamos buscar sus antecedentes en la jurisprudencia de los decretalistas medievales del siglo XII⁴, en tanto que Jellinek,

¹ VILLEY, Michel, *Occam*, en GRANERO, Horacio R. (comp.), *Introducción al Derecho, Recopilación bibliográfica*, Educa, Buenos Aires, 1997.

² STRAUSS, Leo, *Natural right and history* (1953), The University of Chicago Press, Chicago, 2003.

³ BOBBIO, Norberto, *Thomas Hobbes* (1989), FCE, México, 1995.

⁴ TIERNEY, Brian, *The idea of Natural Rights*, William B. Eerdmans Publishing Company, Grand Rapids, Michigan, 2001.

JOAQUÍN MIGLIORE

en su conocido estudio sobre la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, insiste en que dicha doctrina es de derecho “germánico”⁵.

Los autores no parecen coincidir, siquiera, respecto de si el concepto de “derechos humanos” supone una ruptura con la perspectiva clásica o si, por el contrario, continúa la tradición de la filosofía antigua y medieval. Así, por ejemplo, MacIntyre ha podido afirmar en su ya clásico *After Virtue* que dicha noción es esencialmente *moderna* (“no existe ninguna expresión en ninguna lengua antigua o medieval que pueda traducir correctamente nuestra expresión *derechos* hasta cerca del final de la Edad Media: el concepto no encuentra expresión en el hebreo, el griego, el latín o el árabe, clásicos o medievales, antes del 1400 aproximadamente, como tampoco en inglés antiguo, ni en el japonés hasta mediados del siglo XIX por lo menos. Naturalmente de esto no se sigue que no haya derechos humanos o naturales; sólo que hubo una época en que nadie sabía que los hubiera. Y como poco, ello plantea algunas preguntas. Pero no necesitamos entretenernos en responder a ellas, porque la verdad es sencilla: no existen tales derechos y creer en ellos es como creer en brujas y unicornios”)⁶, en abierta oposición a lo sostenido, por ejemplo, por Jacques Maritain⁷ (autor del que, por otra parte, se declara explícitamente deudor), para quien las modernas declaraciones de derechos

⁵ VILLEY, *Occam* cit., en GRANERO, *Introducción al Derecho...* cit.; JELLINEK, *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, Madrid, 1908.

⁶ MacINTYRE, Alasdair, *Tras la virtud*, Crítica, Barcelona, 1987, p. 95.

⁷ “La verdadera filosofía de los derechos de la persona humana –sostiene Maritain– descansa, pues, sobre la idea de ley natural. La misma ley natural que nos prescribe nuestros deberes más fundamentales, y en virtud de la cual obliga toda ley, es también la que nos asigna nuestros derechos fundamentales”, MARITAIN, Jacques, *Los derechos del hombre y la ley natural*, Buenos Aires, 1956, p. 76. Esta idea del derecho natural, agrega: “es un legado del pensamiento cristiano y del pensamiento clásico. No remonta a la filosofía del siglo XVIII, que la ha deformado más o menos, sino a Grocio, y antes de éste a Suárez y a Francisco de Vitoria; y más lejos a Santo Tomás de Aquino; y más lejos aún a Cicerón, a los estoicos, a los grandes moralistas de la antigüedad, y a sus grandes poetas, Sófocles en particular. Antígona es la heroína eterna del derecho natural, que los antiguos llamaban *la ley no escrita*, y el cual es el nombre que mejor le cuadra”, *ibídem*, p. 70.

sólo pueden justificarse si las ponemos en relación con la teoría clásica de la ley natural, y buscamos en ella su fundamento.

Teniendo en vista la diversidad de opiniones que se han dado acerca de la cuestión, en su notable libro sobre los orígenes de la noción de derecho natural, Brian Tierney sugiere que un análisis *histórico* más detallado del desarrollo de esta doctrina resulta imprescindible, a los fines de arrojar luz sobre el debate. La investigación histórica no puede, por sí misma, “resolver todos los problemas de los filósofos modernos y los teóricos de la política, pero puede ayudarnos a acercarnos a ellos de una manera más informada y sofisticada”⁸. Aceptando su sugerencia, consideramos que analizar la evolución del pensamiento de John Locke en esta materia, especialmente en lo que hace al problema de la tolerancia religiosa, puede ayudar a comprender mejor algunas de las circunstancias que permitieron el surgimiento del concepto de “derechos humanos”. Su figura nos parece particularmente significativa por varios motivos: porque unánimemente se reconoce que su pensamiento contribuyó decisivamente a formular esta noción; porque, al igual que en el caso de los derechos humanos, su pensamiento, como el de pocos, ha suscitado interpretaciones radicalmente divergentes; pero, fundamentalmente, porque a pesar de los innumerables tratados que se han dedicado al análisis de sus obras, el descubrimiento y la paulatina publicación, posterior a la guerra, de varios escritos juveniles, muchos de ellos aún no traducidos al español, y que han alcanzado poca difusión en los ámbitos académicos de habla hispana, pueden quizá arrojar nueva luz sobre el problema.

La cuestión Locke

Si nos atenemos a los estudios realizados sobre Locke hasta poco después de la segunda guerra mundial, dos lecturas, en lo esencial, se habían realizado sobre su pensamiento político: la de quienes, como Leo Strauss, en su clásica obra *Natural Law and History*, lo consideraban representante de una ruptura iniciada en la modernidad y continuador de la filosofía de Hobbes, y la de quienes, como el gran

⁸ TIERNEY, *The idea of Natural Rights* cit., p. 2.

JOAQUÍN MIGLIORE

historiador anglicano A. J. Carlyle, sostenían, por el contrario, que Locke reexpone “en otros términos la tradición de los estoicos, del derecho romano, de los Padres de la Iglesia y la Edad Media”⁹.

Según Carlyle, las nociones esenciales del sistema de Locke, tales como ley natural, limitación de la potestad legislativa, *rule of law*, pacto como origen de la comunidad política, etcétera, sólo pueden comprenderse a la luz de la teoría política medieval. “Es lamentable –afirma refiriéndose al *Segundo Tratado sobre el Gobierno*– que muchas personas inteligentes lo consideren como una obra aislada y revolucionaria y no se den cuenta de que el *Tratado* de Locke es, en primer lugar, una reafirmación de las tradiciones fundamentales de la cultura política de la Edad Media”¹⁰. Al igual que el historiador de las ideas políticas George H. Sabine, Carlyle sostiene que Locke hereda dicha cultura del gran teólogo anglicano Richard Hooker, cuya obra capital, *The Laws of Ecclesiastical Polity*, deudora en muchos aspectos del pensamiento de Santo Tomás, constituye una de las últimas grandes síntesis de lo que podría denominarse la tradición medieval. “Se ha subrayado hace mucho tiempo –continúa diciendo Carlyle– que Locke apela de cuando en cuando a la autoridad de Hooker, y a la verdad lo hace por muchas razones; porque la defensa teórica de la monarquía absoluta se basaba en gran parte en la doctrina del derecho divino, y por tanto era especialmente importante –en aquel momento y en Inglaterra– demostrar que la concepción de la autoridad política de Hooker era muy diferente. Es de lamentar, sin embargo, que no siempre se haya comprendido que Hooker no se limitaba a exponer su propia teoría de la autoridad política, sino que reafirmaba magistralmente las grandes tradiciones de la cultura política de la Edad Media, y que, por tanto, al apelar Locke a Hooker, estaba asegurando la continuidad de la cultura política moderna con la medieval”¹¹. En consecuencia la

⁹ CARLYLE, A. J., *La libertad política. Historia de su concepto en la Edad Media y los tiempos modernos*, FCE, México, 1982, p. 180.

¹⁰ *Ibíd.*, p. 177.

¹¹ CARLYLE, *La libertad política...* cit., p. 177. En el mismo sentido se pronunciaba, por aquellos años, George Sabine: “*The Laws of Ecclesiastical Polity* es notable porque constituye la última gran exposición de lo que podría denominarse la tradición medieval [...] a la larga, la importancia del libro consiste en que proporcionó un medio de que esa tradición medieval pasase, con algunos cambios necesarios, a

interpretación de Carlyle tendía a distinguir radicalmente el pensamiento político de Locke del sistema de Hobbes, pese a las indudables afinidades que existen entre ambos autores desde el punto de vista de la gnoseología. “Locke, siguiendo a los estoicos, a los jurisconsultos romanos, a los Padres de la Iglesia y a los pensadores medievales, mantiene una concepción directamente contradictoria con la de Hobbes”¹².

Para Leo Strauss, por el contrario, el pensamiento político de Locke, a pesar de sus continuas alusiones a Hooker, depende, en lo esencial, de la filosofía de Hobbes. Su teoría de los derechos humanos, en particular, se originaría, directamente, en la ruptura que el autor del *Leviathan* produjera respecto de la doctrina clásica del derecho natural. La tradición predominante hasta el momento –sostiene Strauss– había definido a la ley natural teniendo en vistas el fin o la perfección a la que el hombre, en cuanto ser racional y animal social está llamado. La novedad que Hobbes aportó, siguiendo la tradición de Maquiavelo, fue mantener la idea de ley natural pero divorciándola de la idea de perfección humana. El motor más poderoso de las acciones humanas no es, según Hobbes, la razón sino la pasión y, de entre las pasiones, la más fuerte es el temor a una muerte violenta en manos de otros. La ley natural debe, en consecuencia, ser deducida del *deseo de autopreservación*, fundamento natural del único derecho incondicional y absoluto. La noción capital que sirve, pues, de cimiento a la sociedad política es la de *derecho* y no la de deber, y todos los deberes han de poder derivarse de este derecho fundamental e inalienable a la autopreservación. En consecuencia, “si el hecho moral fundamental y absoluto es un derecho y no un deber, tanto la función como los límites de la sociedad civil deben ser definidos en términos de derechos naturales y no de deberes naturales. El Estado tiene por misión, por tanto, no el favorecer o promover una vida virtuosa, sino salvaguardar

la filosofía política moderna de la era posterior a las guerras civiles. John Locke reconocía con agrado lo que debía al ‘juicioso Hooker’ y el carácter conservador de su resumen de los resultados producidos por la Revolución inglesa se debió en grado no pequeño a la continuidad de sus ideas con las del autor de *The Laws of Ecclesiastical Polity*”, SABINE, George H., *Historia de la teoría política*, FCE, México, 1972, p. 325.

¹² CARLYLE, *La libertad política...* cit., p. 179.

JOAQUÍN MIGLIORE

el derecho natural de cada uno”¹³. Si podemos llamar liberalismo, continúa, “a aquella doctrina política que contempla como hecho político fundamental a los derechos del hombre, distinguiéndolos de los deberes, y que identifica la función del Estado con la protección o salvaguarda de estos derechos, deberemos afirmar que el fundador del liberalismo fue Hobbes”.

La primacía de los derechos se encuentra, además, intrínsecamente ligada a otra noción que, sólo con Hobbes, afirma Strauss, “se convertirá en un tópico esencial de la filosofía política: la de estado de naturaleza”¹⁴. La tradición a la que Hobbes se oponía, “había asumido que el hombre no puede alcanzar la perfección de su naturaleza sino por medio y en la sociedad civil y que, además, la sociedad civil es anterior al individuo. Era esta suposición la que llevó a la idea de que el hecho moral primordial es el deber y no los derechos”¹⁵. La idea de que el hombre tiene por naturaleza “derechos” presupone, por el contrario, el individualismo que concibe al hombre como esencialmente completo con independencia de la sociedad civil.

Herederio de esta perspectiva, Locke habría también partido de la noción de estado de naturaleza y considerado que el derecho natural primario es el derecho de autopreservación. “El primer y más poderoso deseo que Dios puso en el hombre no es la preocupación por los otros, ni, incluso, el deseo de la propia plenitud, sino el deseo de autopreservación”¹⁶. De allí que: “el deseo de felicidad y la búsqueda de la felicidad tienen el carácter de un derecho absoluto, de un derecho natural. Existe, pues, un derecho natural innato, mientras que no existe ningún deber natural innato [...] Este derecho antecede a todo deber [...] El más fundamental de todos los derechos es por lo tanto el derecho de autopreservación”¹⁷. Movido por la “cautela”, Locke habría callado, con todo, lo recibido de su poco aceptado antecesor, y decir sólo aquello que pudiese resultar oportuno a sus intereses políticos; cautela que además explicaría, sostiene Strauss, tanto las aparentes inconsistencias

¹³ STRAUSS, *Natural right and history* cit., p. 181.

¹⁴ *Ibíd.*, p. 184.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 183.

¹⁶ *Ibíd.*, p. 225.

¹⁷ *Ibíd.*, ps. 226-227.

de su pensamiento cuanto las permanentes citas de Hooker, y las alusiones a la teoría clásica de la ley natural.

Lo nuevo de su sistema consistiría, sin embargo, en el convencimiento de que el deseo de autopreservación y la búsqueda del propio beneficio, lejos de requerir de un gobierno absoluto, precisan y se alcanzan mediante la limitación del poder. Pero, “sobre todo, dado que la autopreservación y la felicidad requieren de la propiedad, puede decirse que el fin de la sociedad civil es la preservación de la *propiedad*, la protección de los miembros de la sociedad que son propietarios frente a las demandas de los indigentes —o la protección de los que son industriosos y racionales contra los haraganes y peleadores— es esencial a la felicidad pública o al bien común”¹⁸. De allí que la clave del sistema de derechos esté en el derecho de propiedad. “El derecho natural a la propiedad es el corolario del derecho fundamental a la autopreservación”¹⁹. Esta doctrina sobre la propiedad se nos hace directamente inteligible, sostiene Strauss, si la comprendemos como manifestación del “espíritu del capitalismo”. Si, a partir del siglo XIX, se ha hecho cada vez más difícil a sus lectores entender el porqué de la fraseología de la ley natural, “ello se debe a que damos por sentado lo que Locke no consideraba todavía una evidencia: Locke todavía piensa que tiene que probar que la ilimitada adquisición de bienestar no es injusta o moralmente incorrecta”²⁰.

La obra de Carlyle, *La libertad política. Historia de su concepto en la Edad Media y los tiempos modernos*, data de 1942. *Natural Law and history*, la todavía influyente interpretación de Leo Strauss, de 1950. En el período posterior a la guerra habrán de producirse, sin embargo, notables aportes a la interpretación de Locke. El más importante, sin duda, fue el descubrimiento de la *Lovelace Collection*, conjunto de manuscritos juveniles de Locke que, conservados en manos privadas desde que fueran redactados y en posesión del Conde de Lovelace hacia la segunda guerra mundial, fueron, a raíz del conflicto, trasladados a la Bodleian Library de Oxford. La parte más importante

¹⁸ *Ibíd.*, p. 234.

¹⁹ *Ibíd.*, p. 235.

²⁰ *Ibíd.*, p. 246.

JOAQUÍN MIGLIORE

de dichos escritos la constituyen los *Essays on the Law of Nature* (1663-1664), obra en la que se ponen de manifiesto las fuentes clásicas de su pensamiento²¹, y los *Two Tracts on Government*, redactados hacia 1660/62, pocos años antes de que Locke trabara relación con Lord Ashley Cooper, primer Conde de Shaftesbury, en los que defiende, respecto de las relaciones entre la Iglesia y el Estado, posiciones cercanas a las del anglicanismo, postura que, como es sabido, abandonará posteriormente para adherir a las del partido revolucionario. A partir del año 1947, momento en que la Universidad tomara posesión formal de la misma, numerosos documentos han sido, paulatinamente, dados a conocer. De 1954 data la edición de Oxford de los *Essays On the Law Of Nature*, realizada por Von Leyden. En 1967, Philip Abrams, desde Cambridge, publica los *Two Tracts on Government* y tiempo después es realizada una nueva edición del *Essay on Toleration*, habiendo sido estos ensayos, junto a otros fragmentos juveniles y *The Fundamental Constitutions of Carolina*, reunidos por Mark Goldie y editados por la Universidad de Cambridge en 1997.

La edición crítica realizada en Cambridge por Peter Laslett de los *Two Treatises of Government* publicada en 1959 y que tenía en cuenta dichos manuscritos ha sido un segundo aporte, capital para la reconsideración del pensamiento político de Locke. Como el propio autor lo manifestó en su prólogo a la obra, tuvo en vista tres objetivos al realizarla: 1) demostrar que Locke no escribió en 1689 para justificar la Revolución de 1688 (Laslett ponía en evidencia, mediante la biografía de Locke y el análisis de los textos que sirvieron de borrador a los *Dos Tratados*, que esta obra, más que una justificación de la Revolución ya realizada es, en realidad, casi un programa, completo antes de los hechos de 1688, que pone de manifiesto el compromiso político del autor); 2) probar que Locke no había escrito “teniendo a Thomas Hobbes en la mano o en la mente, ni para refutarlo, como todos recientemente lo suponíamos, ni para adoptar su doctrina sin confesarlo, como algunas autoridades ahora lo sostienen”, y 3) hacer ver que Locke “no escribió como un filósofo, aplicando a la política

²¹ Cfr. MIGLIORE, Joaquín, *John Locke y el problema de la ley natural*, en *Libertas*, Nº 32, mayo de 2000, Año XVII, ps. 185-224.

las consecuencias de su visión totalizadora de la realidad”²², lo que implicaba sostener que existían contradicciones insalvables en su filosofía.

La preocupación religiosa de Locke, la importancia que tiene, para la elaboración de su sistema el problema de las relaciones entre la Iglesia y el Estado, y las etapas en la evolución de su pensamiento hasta el período maduro de la *Epistola de tolerantia*, son, sin duda, algunos de los puntos sobre los que los nuevos descubrimientos han arrojado más luz. Quisiéramos detenernos en esta evolución, ya que la clave para comprender el surgimiento de la idea de derechos del hombre en Locke se encuentra, a nuestro entender, no tanto en su teoría de la propiedad, como afirma Strauss, cuanto en su preocupación por defender la libertad de conciencia y determinar las relaciones entre el poder secular y el religioso.

Lo que los nuevos textos ponen de manifiesto es que la *Epístola de tolerantia* constituye, en realidad, la culminación de un proceso que arranca muchos años antes de que fuera publicada en 1689. Los *Two Tracts on Government* (1660/2) representan un primer abordaje del tema. El *Essay on Toleration* (1667) y *The Fundamental Constitutions of Carolina* (1669) que recoge legislativamente los principios sentados por la obra anterior, esbozan, veinte años antes que la famosa epístola, las soluciones que el Locke maduro habría de dar al problema.

Como todo el pensamiento político de Locke, estas obras pueden explicarse, en gran medida, atendiendo a las circunstancias históricas que las vieron nacer, y fueron las guerras de religión y el conflicto anglicano-puritano los problemas que Locke tuvo en vista al momento de redactarlas. Prácticamente todo el pensamiento del siglo XVII volverá una y otra vez sobre esta cuestión. La superación de los enfrentamientos fue buscada por dos caminos antitéticos. El primero tentará una respuesta reafirmando la primacía del Estado y subordinando las iglesias al mismo. Son muchos los autores que insisten en que Bodin, el erastianismo de un John Selden y el pensamiento de Hobbes tienen que interpretarse desde esta perspectiva. Todos ellos coinciden en atri-

²² LOCKE, John, *Two Treatises of Government* (1689/90), Peter Laslett ed., Cambridge University Press, Cambridge, 1970, p. X.

JOAQUÍN MIGLIORE

buir potestad al Estado en la resolución de las controversias religiosas cuando ellas pudieran afectar el orden secular. El segundo procurará en cambio resolver el conflicto apelando a la separación de competencias entre la Iglesia y el Estado. Tampoco dentro de esta postura los acuerdos son unánimes. Y conviene no confundir, pues sus esencias son distintas, la defensa de la libertad de pensamiento realizada por un Spinoza, basada en el ataque a la Revelación, y que será continuada en el Iluminismo por Hume –quien fundamenta dicha libertad en el relativismo– con la tesis puritana que pretendía más bien distinguir entre las esferas de lo público y lo privado, reservando la religión a este último ámbito²³. Y ello porque no necesariamente la separación entre Iglesia y Estado puede ser vista como un ataque a la religión. Es famosa la *Areopagítica* de Milton, con su defensa, hecha en pleno período del interregno, del derecho de publicación de libros sin censura previa. Y es evidente que no puede Milton ser acusado de secularismo. El *Agreement of the people*, elaborado por los Levellers en 1647, señalaba, asimismo, que el poder legislativo no debería entrometerse en materias religiosas. Y esto no sólo en Inglaterra. El derecho a la libertad religiosa fue también reconocido por el tronco puritano emigrado a América hacia comienzos del siglo. Roger Williams, al fundar la ciudad de Providence, en 1636, estableció por el pacto fundacional que sus habitantes prometían obedecer a las leyes dictadas por la mayoría, pero *only in civil things*, considerando a la religión como no sometida a la legislación. En 1663, Carlos II concedió a los colonos de Rhode Island que en adelante nadie sería molestado, condenado ni procesado a causa de sus opiniones religiosas²⁴. Este principio se reconoció tam-

²³ Pedro Bravo Gala, en su presentación a la *Carta sobre la Tolerancia* de Locke hace notar que “Milton se pronuncia por la separación de la Iglesia y el Estado y afirma que ni una ni otro tienen derecho a intervenir en la elección de nuestras creencias y opiniones, ya que la supresión de la libertad supone el aniquilamiento de la dignidad del individuo, cuya razón libremente ejercida es el presupuesto de una vida humana auténtica”. Estas ideas están expuestas fundamentalmente en *A Treatise of Civil Power in Ecclesiastical Causes*, 1659. LOCKE, John, *Carta sobre la Tolerancia* (ed. a cargo de Pedro Bravo Gala), Tecnos, Madrid, 1985.

²⁴ “Our royal will and pleasure is, that noe person within the sayd colonye, at any time hereafter, shall be any wise molested, punished, disquieted or called in question, for any differences in opinione in matters of religion, and doe not actually

bién, con más o menos amplitud, en las otras colonias. La Constitución elaborada por Locke por encargo de Shaftesbury para Carolina del Norte, también fijaba, como después lo veremos, el principio de la tolerancia para los disidentes. Situado en medio del partido puritano, Locke se presenta en la *Letter Concerning Toleration* como un claro defensor de la segunda de las tesis, es decir, de la separación de la Iglesia y el Estado: “Estimo necesario, sobre todas las cosas, distinguir exactamente entre las cuestiones del gobierno civil y las de la religión, fijando, de este modo, las justas fronteras que existen entre uno y otro”²⁵. Sin embargo, esta postura parece haber sido la culminación de un largo proceso por el que nuestro autor, cercano en sus primeros escritos a las posiciones del anglicanismo (que le reconocía al soberano potestades para legislar en materia religiosa), se habría ido inclinando cada vez más hacia la defensa de la separación entre la Iglesia y el Estado.

Los *Two Tracts on Government*

Las cuestiones indiferentes

Los primeros escritos conocidos de Locke que se preocupan por el problema de la tolerancia son los *Two Tracts on Government*. Apparentemente ellos habrían sido redactados entre 1660 y 1662, es decir, inmediatamente después de que Carlos II asumiera el trono tras el interregno de Cromwell. El objetivo que nuestro autor tuvo en vista al escribirlos fue el de contestar a la pregunta sobre “si el magistrado civil puede legítimamente imponer y determinar el uso de cuestiones indiferentes en referencia a la creencia religiosa”²⁶. Como señala Mark

disturb the civil peace of our sayd colony; but that all and everye person and persons may, from tyme to tyme, and at all tymes hereafter, freely and fully have and enjoye his dand their owne judgments and consciences, in matters of religious concernments”. JELLINEK, Jorge, *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1908, p. 162.

²⁵ LOCKE, John, *A Letter Concerning Toleration*, Hackett Publishing Company, Indianapolis, 1983, p. 26.

²⁶ LOCKE, John, *Political Essays*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997, p. 10.

JOAQUÍN MIGLIORE

Goldie: “Los *Two Tracts* abordaban un crucial y no resuelto aspecto del proceso de restauración. La monarquía había retornado, pero el carácter de la reestablecida Iglesia de Inglaterra no estaba todavía determinado. Los Episcopalianos y los Presbiterianos disputaban acerca de si había sido la voluntad de Cristo que su Iglesia fuera gobernada por obispos. Algunos pensaban que los ritos reestablecidos por el Libro de Plegarias Comunes eran supersticiones papistas. Las nuevas sectas, tales como los Cuáqueros y los Baptistas, reclamaban la libertad de conciencia. Edward Bagshaw, colega de Locke en el Christ Church College, se oponía a la reimposición de ceremonias y fórmulas litúrgicas. Locke respondió con los *Two Tracts*”²⁷.

Toda la obra está dedicada al problema de las *cuestiones indiferentes* o *adiaphora*, tema de intenso debate en el pensamiento inglés reformista. Cuestiones indiferentes eran aquellos aspectos de la creencia o fe que, se sostenía, no habían sido directamente prescriptas por Dios en la Escritura (temas atinentes al culto y al gobierno de la Iglesia) y que, por lo tanto, podían variar legítimamente. A ellas se contraponían aquellas normas que, por haber sido directamente establecidas por Dios, eran consideradas indispensables para la salvación. El debate giraba en torno de si el rey estaba o no legitimado para legislar en aquellas materias religiosas que fuesen *indiferentes*. Lo que los puritanos negaban es que la corona tuviese semejantes poderes. Se objetaba, por ejemplo, que la monarquía hubiese establecido el Libro Común de Oraciones, o la obligación de arrodillarse ante el sacramento eucarístico, prácticas que eran consideradas *papistas*.

Uno de los primeros autores que intervino en la contienda fue Richard Hooker, con su *Of the Laws of Ecclesiastical Polity*, cuyos primeros cuatro libros se editaron entre 1592 y 1594, pero al tema se refirieron también William Ames, con *Conscience* (1634); Henry Hammond con *Of Conscience* (1644), y Jeremy Taylor en su *The Liberty of Prophecy* (1647). La restauración intensificó el debate, siendo publicadas *A Treatise Concerning Indifferency* de Henry Jeanes (1659); *A Vindication of Uniformity* de Henry Hammond (1659); *De Obligatione Conscientiæ* de Robert Sanderson (1660), y el *Irenicum* de Stillingfleet (1660).

²⁷ *Ibíd.*, XVI.

En contra de las posiciones puritanas (que habrían de ser las suyas propias en obras más tardías), la solución que Locke da en sus *Two Tracts on Government* a este debate, será la de admitir la intervención monárquica en aquellas cuestiones que puedan ser consideradas indiferentes, siguiendo en esto la respuesta esbozada por Hooker. “La línea de pensamiento de Locke era una pieza convencional de anglicano (y moderado presbiteriano) *adiaphorismo*”²⁸.

Entre la tiranía y la anarquía

La organización que Locke dio a los *Two Tracts* no difiere de la que posteriormente utilizaría en sus *Two Treatises*. Mientras que el primero de los tratados despeja el terreno mediante una minuciosa refutación de las interpretaciones de la Escritura de su oponente, el segundo, en cambio (y en él nos detendremos), presenta la propia posición de Locke de manera más esquemática y en términos menos polémicos.

Ahora bien, tanto el prefacio al primero de los tratados como el comienzo del segundo, dejan entrever hasta qué punto los enfrentamientos religiosos habían afectado a nuestro autor. “Tan pronto me percibí a mí mismo en el mundo, me encontré en medio de una tormenta...”²⁹ Y agrega citando a Juvenal: “Cada partido está lleno de furia contra el otro porque cada uno odia a los dioses de su vecino, creyendo que ninguno puede ser sagrado, sino solamente aquel que él mismo adora” (Sátiras XV)³⁰.

Responsables de estos enfrentamientos han sido, en gran medida, los pensadores, a tal punto que puede decirse que “las plumas de Inglaterra han sido tan culpables como las espadas” en el derramamiento de sangre ya que “estas furias, la guerra, la crueldad, la rapiña y la confusión que han cansado y devastado a esta pobre nación han sido conjuradas en estudios privados y desde allí enviadas en todas direcciones para perturbar la calma de la que gozábamos”³¹. Por ello,

²⁸ *Ibíd.*, XVIII.

²⁹ *Ibíd.*, p. 7.

³⁰ *Ibíd.*, p. 8.

³¹ *Ibíd.*, p. 5.

JOAQUÍN MIGLIORE

dirá en el segundo de los tratados, “cuando considero todo esto, me parece que me estoy acercando, no tanto a un gimnasio o a un torneo de esgrima, cuanto a una arena pública y a un campo de batalla, y que no estoy tanto proponiendo una tesis cuanto lanzando un grito de guerra”³².

Ahora bien, esta situación de conflicto en Inglaterra ha dado lugar a dos peligros: por un lado la anarquía, por el otro la tiranía. “No es sin razón que la tiranía y la anarquía son considerados como los más dolorosos flagelos que pueden caer sobre la humanidad, la excusa de la autoridad usualmente respaldando al primero, y la de la libertad induciendo al segundo, de manera que entre estas dos resulta que los asuntos humanos se están permanentemente tambaleando”³³.

Y los dos bandos en pugna se acusan ya de defender la una, ya de provocar la otra:

Algunos aquí ansiosamente se quejan de que la ley, la religión y las iglesias son puestas en peligro por una excesiva licencia, y hay quienes vehementemente gritan que la libertad del Espíritu, el mayor privilegio de los cristianos, es despóticamente suprimida y el derecho de conciencia violado. Y de allí se sigue la denigración de los magistrados y la violación de las leyes; todas las cosas, tanto sagradas cuanto profanas son tenidas en nada y en tanto marchan bajo los estandartes de la libertad y la conciencia, esas dos consignas de maravilloso efecto en generar adhesiones, aseveran que cada uno puede hacer lo que quiera. Y ciertamente, el recalentado celo de aquellos que saben cómo armar la imprudente locura de la multitud ignorante y apasionada con la autoridad de la conciencia, frecuentemente enciende una hoguera entre el populacho capaz de consumirlo todo.

Alemania, que se destaca por sus desastres civiles, provee evidencia de esto³⁴.

Tratando de ubicarse entre estos dos extremos, Locke proclama, por un lado, la necesidad de la autoridad y por otro, su adhesión a la libertad. Pero resulta manifiesto, si leemos sus textos, que es esta última

³² *Ibíd.*, p. 55.

³³ *Ibíd.*, p. 6.

³⁴ *Ibíd.*, p. 55.

la que le parece más peligrosa: “Todo remedio puede encontrarse cuando el príncipe hace del bien del pueblo la medida de sus mandatos y el pueblo, sin examinar las razones, presta una pronta y entera obediencia y entre ambos se funda una mutua confianza lo que constituye la mayor seguridad y felicidad de cualquier pueblo”³⁵. Locke asegura que no pretende negar la libertad (“además de la sumisión que tengo por la autoridad, tengo un no menor amor por la libertad, sin la cual el hombre sería menos feliz que una bestia”)³⁶, pero aclara que no se trata de “la libertad que tiene la ambición de tirar abajo constituciones bien forjadas [...] ni de la libertad de ser cristianos de manera de no ser ya súbditos, ni de la libertad que nos compromete en un perpetuo desorden y disenso”³⁷.

Y agrega: “toda la libertad que puedo desear para mi país y para mí mismo es la de gozar de la protección de aquellas leyes que fueran establecidas por la providencia y la prudencia de nuestros antepasados y que el feliz retorno de su majestad ha restaurado: un cuerpo de leyes tan bien compuesto que mientras esta nación se conformara sólo con estar bajo ellas, estaría siempre segura de estar por sobre sus vecinas, y forzaría del mundo el reconocimiento de que somos no sólo el Estado más feliz, sino la Iglesia más pura de las últimas épocas”³⁸.

La pregunta a la que urge dar respuesta es entonces la de si, a los fines de poder garantizar el recto ordenamiento de la comunidad política, ha de otorgarse al príncipe el derecho a legislar en materia religiosa: “si el magistrado civil puede legítimamente imponer y determinar el uso de cuestiones indiferentes en referencia a la creencia religiosa”³⁹.

Magistrado, creencia religiosa, cuestiones indiferentes

El núcleo de la respuesta a esta pregunta está contenido en el *Second Tract*, y requiere que se dilucide, nos dice Locke, el significado de las nociones de *magistrado*, *creencia religiosa* y *cuestiones indiferentes*.

³⁵ *Ibíd.*, p. 6.

³⁶ *Ibíd.*, p. 7.

³⁷ *Ibíd.*, ps. 7-8.

³⁸ *Ibíd.*, p. 8.

³⁹ *Ibíd.*, p. 10.

JOAQUÍN MIGLIORE

Por *magistrado*, sostiene, entendemos “a aquel que tiene la responsabilidad del cuidado de la comunidad, quien detenta el poder supremo a todos los demás y en quien, finalmente, es delegado el poder de crear y derogar las leyes; porque éste es el derecho esencial del mando en el que reside el poder del magistrado por el que gobierna y limita a los demás hombres, y en virtud del cual ordena y dispone los asuntos civiles de manera de preservar el bien público y mantener a los hombres en concordia y paz”⁴⁰.

Tenemos aquí, en germen, la idea (que más tarde será desarrollada en los *Two Treatises*), de que el legislativo es el supremo poder dentro del Estado. De todas maneras, Locke aclara que no le preocupa en este momento ocuparse del problema de las formas de gobierno, sino que le es suficiente con dejar en claro que para que la sociedad sea posible es preciso que exista una institución (llamémosla el magistrado), que pueda, por su propio derecho, imponer leyes a sus súbditos y sancionarlos en caso de incumplimiento.

Por lo que hace a la expresión *creencia divina*, ella posee varios sentidos: 1) Existe, en primer lugar, un significado que la hace equivalente al concepto de religión, entendiendo por ella *el conjunto de aquellas cosas establecidas por las leyes divinas y a las que debemos obediencia*. 2) De una manera más precisa, *creencia divina* es entendida como el conjunto de “*actos de aquellas virtudes interiores de las que Dios es objeto*, tales como el amor a Dios, la reverencia, el temor, la fe, etcétera. Esto es, aquella interior creencia del corazón que Dios exige y en la que radica la esencia y el alma de la religión, y cuya ausencia determina que las demás observancias religiosas ofendan a Dios más que lo agraden”. Esta creencia, aclara Locke, “totalmente silenciosa y secreta como es, está completamente oculta a los ojos y la observación de los hombres y *ni está sujeta a las leyes humanas ni es susceptible de ser sometida por ellas*. Dios, que pone al descubierto los más secretos rincones de la mente y que es el único que puede conocer las deliberaciones privadas de la mente o juzgar sobre ellas, es el único examinador del corazón humano”⁴¹. 3) Los actos

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 56.

⁴¹ *Ibíd.*, p. 57.

exteriores de religión pueden ser llamados asimismo *creencia divina*. Dado que Dios ha querido que el hombre sea un compuesto de cuerpo y alma, éste no puede expresar los sentimientos de su mente sin la mediación del cuerpo. Por ello, el culto religioso supone la intervención de ambos, por lo que no puede revestir sólo la forma de una creencia silenciosa y furtiva, sino que exige que sus seguidores reconozcan su nombre abiertamente. Sobre estas *formas de culto externo, que han sido ordenadas por Dios en su ley* y que estamos obligados a cumplir de acuerdo a las Sagradas Escrituras, no tiene el magistrado poder alguno, puesto que únicamente pueden ser alteradas por el Divino Legislador. 4) Pero dado que no existen acciones sin un conjunto de *circunstancias* que las acompañen, tales como el tiempo, el lugar, la apariencia, la posición, y que la misma creencia religiosa no puede estar exenta de ellas, existe, por último, un campo de las *circunstancias* donde debe reconocerse el poder del magistrado. “Dios, en su gran sabiduría y generosidad abandonó estos ritos a la discreción del magistrado y los ha confiado al cuidado de aquel que tiene el poder y el derecho de gobernar la Iglesia, para que los enmiende, elimine, renueve o de cualquier manera establezca como mejor lo juzgue, de acuerdo a la ley de los tiempos y las costumbres de la gente, y conforme las necesidades de la Iglesia lo soliciten”⁴². Y agrega: “claramente, estas ceremonias, estas circunstancias que acompañan a la acción son tan diversas y tan diferentes entre los pueblos, que buscaríamos en vano [...] un único patrón común [...] Por lo que Dios, condescendiendo con la debilidad de la humanidad, dejó su creencia indeterminada, para que fuera adornada con ceremonias en la medida en que el juicio de los hombres así lo estableciese a la luz de la costumbre”⁴³.

Por último, Locke pasa a determinar el significado de *cuestiones indiferentes*. “Se dice que algo es indiferente en relación al bien y al mal, de manera que son llamadas indiferentes aquellas cosas que moralmente no son ni buenas ni malas”⁴⁴.

Ahora bien, dado que las ideas de bien y mal nos remiten al concepto

⁴² *Ibíd.*, p. 58.

⁴³ *Ibíd.*, p. 60.

⁴⁴ *Ibíd.*, p. 62.

JOAQUÍN MIGLIORE

de ley, resulta preciso esclarecer, asimismo, el significado de esta noción, y para ello nada mejor que recurrir a la autoridad de Hooker. “Dado que las acciones morales implican la noción de ley como criterio de lo que es bueno o malo, sobre la cual hemos de medir y cotejar nuestra vida y nuestras acciones [...] por lo tanto en orden a comprender más claramente lo que entendemos por cuestiones indiferentes, alguna explicación debemos dar acerca de las leyes, cuya naturaleza general el docto (*learned*) Hooker describe”⁴⁵. La remisión es importante, no sólo porque la solución al problema de las cuestiones indiferentes en estos textos coincidirá con la del teólogo anglicano sino, además, porque confirma que su influencia sobre Locke en el tratamiento del problema de la ley es muy anterior (estamos hablando de veintisiete años) a la redacción de los *Two Treatises*, lo que induce a suponer que son motivos más substanciales que la mera conveniencia los que lo llevan, en su famoso *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, a apelar, permanentemente, a la autoridad del juicioso (*judicious*) Hooker.

En lo que al concepto de ley respecta, sostiene, los diversos autores aceptan unánimemente una serie de distinciones y divisiones tales como, por ejemplo, la de ley natural y positiva, humana y divina, civil y eclesiástica. Sin embargo, y a los efectos de esta controversia, Locke propone una nueva división, distinguiendo entre: 1) la ley *divina o moral*, que es la instituida por Dios; 2) la ley *política o humana*, que es la establecida por aquel hombre investido de poderes para ello. Los autores de estas leyes, sostiene “son, por su poder, superiores a las leyes mismas y a los súbditos que gobiernan”⁴⁶; 3) la ley *fraternal* o ley de la caridad, que también tiene a Dios por autor y, por último, 4) la ley *monástica o privada*, siendo el autor de la misma el hombre, quien ni es superior a ella ni tiene el poder de derogarla, una vez que la ha establecido.

La ley *divina* es, nos dice Locke, “aquella que, habiendo sido entregada a los hombres por Dios, es para ellos una regla y modelo de vida y de acuerdo a que sea conocida ya por la ley de la razón, que

⁴⁵ *Ibíd.*, p. 62.

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 63.

Es fácil ver aquí un elemento conservador que será abandonado por el Locke más tardío.

es natural y reside en el hombre, ya por la divina revelación, se divide en ley natural y ley positiva. Y a ambas las caracterizo bajo el mismo título de 'morales' dado que son exactamente iguales en cuanto a contenido y materia, y difieren solamente en la forma de su promulgación y en la claridad de sus preceptos [...] No importa lo que esta ley establezca, ya sea mediante prohibición o mandato, ello será siempre y necesariamente bueno o malo, y todas aquellas otras cosas que no están confinadas dentro de los límites de esta ley son indiferentes por naturaleza y su uso es libre"⁴⁷. El bien y el mal se definen, entonces, por referencia a esta ley de Dios. Ella puede, a su vez, ser natural o revelada de acuerdo a cuál sea la manera que tengamos de conocerla. Y lo que no está expresamente establecido, lo que no es por ella directamente mandado o prohibido, se convierte en una cuestión que podemos considerar "indiferente".

Ley humana es, por el contrario, "aquella que es sancionada por cualquiera que mantenga la ley y el gobierno sobre otros. O más bien cualquier orden dada por un superior a un inferior, sobre el que tiene legítimo poder, como por ejemplo los padres a sus hijos o el señor a su criado"⁴⁸. La ley supone, pues, por un lado, la existencia de alguien legitimado para mandar, y por otro, la expresión fehaciente de su voluntad. Ahora bien, su materia propia son justamente aquellas cosas indiferentes que no están comprendidas por lo establecido en la ley divina, que es superior. "Su propia materia son aquellas cuestiones indiferentes que no estén comprendidas dentro de los límites de una norma superior, esto es, la ley divina y que no estén ya por ella limitadas o determinadas. Porque a pesar de que el magistrado puede prohibir el robo o exigir la castidad, esto es actuar de manera superflua y parece ser no tanto la creación de una nueva ley cuanto el enunciar y hacer cumplir la más antigua. Porque asuntos de este tipo son necesarios y obligan a la conciencia de los súbditos aunque el magistrado permanezca silencioso"⁴⁹. Y agrega: "Dios dejó muchas cosas indiferentes libres de las ataduras de sus leyes y se las pasó a su segundo, el magistrado, como la materia adecuada para el gobierno civil, la que

⁴⁷ *Ibíd.*, p. 63.

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 63.

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 64.

JOAQUÍN MIGLIORE

de acuerdo a que las circunstancias lo reclamaran, pudieran ser mandadas o prohibidas, pudiendo, de este modo, ser alcanzado el bienestar de la comunidad mediante su sabia regulación”⁵⁰.

La ley de la caridad, a su vez, circunscribe nuestra libertad a un ámbito todavía más limitado, y por ella perdemos el derecho de hacer cosas que eran permitidas tanto por la ley civil como por la ley de Dios. Como ejemplo de una norma de este tipo Locke pone lo establecido por San Pablo en I Cor. 8, 7, cuando se pregunta si le es lícito a un cristiano comer de aquello que ha sido ofrecido en sacrificio a los ídolos. “Por ejemplo, era lícito para los cristianos comer carne ofrecida a los ídolos no habiendo sido ello prohibido por ninguna ley divina o humana, por lo que la acción era indiferente y completamente legítima. Pero dado que muchos ignoraban esta libertad, y en las palabras del Apóstol San Pablo I Cor. 8, 7, ‘no todos tienen este conocimiento’ nos advierte de abstenernos de estas cosas de las que tenemos libertad, para que no seamos un escollo para nuestro hermano”⁵¹.

Existen, por último, aquellas leyes que Locke llama “monásticas” o “privadas”, que el hombre se impone a sí mismo generando de esta manera una nueva obligación y haciendo necesarias, así, cosas de suyo indiferentes para las leyes anteriormente mencionadas. A su vez, ellas se desdoblán en dos, las leyes de conciencia y los contratos, originándose las unas en el juicio, las otras en la voluntad. Ahora bien, tanto las leyes de la conciencia como las establecidas mediante contratos operan, para Locke, dentro del campo de las materias de suyo indiferentes, que no han sido prescriptas ni por Dios ni por un legislador humano.

Una vez analizados los diversos tipos de leyes que existen, Locke pasa a tratar sobre las relaciones que se dan entre ellas. En este punto, cabe notar que:

1) “Todas las leyes son, en lo que hace a su obligatoriedad, claramente divinas; esto es, no hay ninguna otra ley que inmediatamente y por sí misma obligue a la conciencia de los hombres si no es la divina. Las otras no obligan a los hombres en virtud de su propia

⁵⁰ *Ibíd.*, p. 64.

⁵¹ *Ibíd.*, p. 64.

fuerza innata sino en virtud de algún precepto de la ley divina en la cual se enraízan”⁵². Así, por ejemplo, si debo respetar lo estipulado en un contrato, ello es porque la ley divina establece que uno debe cumplir con la palabra dada.

2) “Las leyes humanas, así como las demás que se han detallado, con la sola excepción de la divina, no cambian la naturaleza de las cuestiones indiferentes, de manera que por la autoridad de estas leyes de ser indiferentes se conviertan en necesarias, sino solamente en tanto nos conciernen aquí y ahora”⁵³, de modo que si esta ley es abolida o dejada sin efecto por cualquier motivo, recuperamos nuestra primera libertad.

3) “La subordinación de estas leyes entre sí se da de tal manera que una ley inferior no puede de ningún modo derogar o repudiar la obligatoriedad y la autoridad de una superior”⁵⁴.

“No es legítimo apelar de lo dispuesto por el tribunal divino en un tribunal humano, ni puede la promesa de un sujeto o un error de conciencia privado anular los edictos de un magistrado, porque si esto es concedido una vez, se acabaría en todos lados la disciplina, la ley colapsaría y toda autoridad se desvanecería en la tierra, el correcto orden de los asuntos sería convulsionado y se disolvería la estructura del gobierno, pasando a ser cada uno su propio legislador y su propio Dios”⁵⁵.

4) Por último, conviene destacar que “todas las cosas que son indiferentes por lo que a las leyes superiores concierne, son el objeto y la materia de las leyes inferiores, y la autoridad del individuo prevalece en todas aquellas materias que no están totalmente prescriptas por una ley superior”⁵⁶.

Los poderes del magistrado

Una vez establecidos estos principios, Locke pasa a explicar por qué, de acuerdo a los mismos “Las materias indiferentes, incluso aque-

⁵² *Ibíd.*, p. 66.

⁵³ *Ibíd.*, p. 66.

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 66.

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 67.

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 67.

JOAQUÍN MIGLIORE

llas que conciernen a la creencia divina, *tienen que estar sometidas al poder del gobernante*⁵⁷. Pero para que esta verdad se muestre con mayor evidencia, es preciso que “sean investigadas las fuentes del poder civil y descubiertos los fundamentos de la autoridad”⁵⁸.

Entre los autores que discuten esta cuestión, nos dice, suelen comúnmente mencionarse dos fuentes de la autoridad.

Algunos suponen que los hombres han nacido en servidumbre, otros, que lo han hecho en libertad. Los últimos afirman la igualdad entre los hombres fundada en la ley de la naturaleza, mientras que los primeros sostienen que existe un derecho de los padres sobre los hijos y afirman que este es el origen del gobierno. De cualquier manera que sea, es seguro que si el magistrado ha nacido para gobernar y si posee el trono y el cetro por institución divina y en virtud de su propio carácter y naturaleza, entonces está fuera de toda discusión que él es el solo gobernante de la tierra y sus habitantes sin contrato o condición y que puede hacer todo aquello que no haya sido prohibido por Dios, estando sólo sujeto a Él de quien ha recibido su título para vivir y gobernar. Ni puede nadie negar que todas las cosas indiferentes, de cualquier clase que sean, yacen bajo su poder a cuya discreción ha sido entregada la libertad, la fortuna y la vida misma de cada súbdito. Pero si los hombres gozan de un derecho a una igual libertad siendo iguales en virtud de su común nacimiento, entonces es claro que ninguna unión podría existir entre los hombres, que ninguna forma común de vida sería posible, ninguna ley, ni ninguna constitución por la cual puedan entre sí los hombres unirse en un único cuerpo, a menos que cada uno se despoje de esa libertad originaria –que se supone tenía– y la transfiera a algún otro, ya sea un príncipe o un senado (dependiendo ello de la constitución que hubieran acordado) en quien el poder supremo debe necesariamente residir. Porque una comunidad sin leyes humanas nunca ha existido ni podría existir, y las leyes derivadas de cualquier poder que no sea el supremo no pueden obligar, porque ¿quién tendría el derecho de establecer algo en contra de sus superiores o de aquellos que fueran igualmente libres? Ahora, es soberano aquel poder que no tiene ningún superior sobre la tierra al cual esté

⁵⁷ *Ibíd.*, p. 69.

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 69.

obligado a rendir cuenta de sus acciones. Pero un tal poder no puede ser establecido a menos que todos y cada uno de los individuos entreguen la totalidad de su libertad natural, no importa cuán grande sea ella, al legislador, entregándosela a él, quien con la autoridad de todos otorgada por el consentimiento de cada uno (como si fuera por poder), dicte leyes válidas para ellos. De lo que se sigue que no importa cuál sea el individuo al que se le permita hacer eso, también al magistrado se le permite gobernar. Porque él concentra en su persona la autoridad y el derecho natural de todo individuo por un contrato general y todas las cosas indiferentes, no menos las sagradas que las profanas, están enteramente sometidas a su poder de legislar y a su gobierno⁵⁹.

Es más que significativo que estos textos, en los que el primer Locke reconoce al rey competencia para legislar en materia religiosa, coincidan con la idea de que los súbditos han cedido todos sus derechos al soberano. Es claro que los *Two Treatises of Government* implican una completa evolución en este aspecto.

Pero Locke completa:

De todas maneras, no ofrezco una conclusión sobre estas teorías ni considero de relevancia en nuestra presente controversia establecer si alguna de ellas es verdadera. Más bien digo: Dios quiso que hubiese orden, sociedad y gobierno entre los hombres y a esto lo llamamos la comunidad [*commonwealth*, o también el bien común]. En toda comunidad debe haber algún poder supremo sin el cual ella no podría ser verdaderamente una comunidad y ese supremo poder es exactamente el mismo en todo gobierno, a saber, el legislativo. El objeto y la materia del poder legislativo como lo hemos mostrado anteriormente son las cuestiones indiferentes y repetimos una vez más que el supremo magistrado debe tener poder sobre ellas o en caso contrario no existe. Pero dado que hay ciertamente acuerdo acerca de que el magistrado tiene poder sobre aquellas cuestiones civiles indiferentes, y la mayor parte de la gente coincide en que ello es así, se seguiría de sus propios argumentos que si la religión no existiera todas las cosas indiferentes estarían sujetas a la autoridad del magistrado. Y dado que nuestra religión es Cristiana se sigue que si ninguna ley puede ser deducida de ella en virtud de la cual alguna

⁵⁹ *Ibíd.*, ps. 69-70.

JOAQUÍN MIGLIORE

porción de cosas indiferentes sean apartadas del control del magistrado, y por las cuales se le prohíba al magistrado determinar esta o aquella cuestión indiferente, entonces el poder en cuestiones indiferentes es de la misma extensión que si no hubiera religión en absoluto, dado que la autoridad del magistrado es negada en muchas cosas indiferentes sólo con el argumento de que existe una ley Cristiana de este tipo⁶⁰.

Repasemos, entonces, el argumento de Locke. La existencia de una sociedad (tenga ella su fundamento en el derecho divino o en un pacto) requiere la presencia de una autoridad frente a la cual los individuos no tengan derechos. La autoridad sólo puede existir si los individuos se han despojado de su primitiva libertad para entregársela al gobernante. El único límite al mismo, en consecuencia, radica en que una ley superior establezca un orden que su mismo poder deba respetar. Pero si la norma superior (la ley divina en este caso) no establece nada al respecto, las cuestiones son indiferentes y caen bajo la competencia del magistrado.

An Essay on Toleration

Los *Two Tracts* datan de los años 1660 y 1662. En 1666 Locke conoce a Anthony Ashley Cooper, primero Lord Ashley y posteriormente primer Conde de Shaftesbury. Político de importancia, había sabido, a través de una serie de cambiantes alianzas políticas (primero con el rey y después con el Parlamento, ministro de Cromwell y artífice de la restauración), mantenerse en la primera línea de los sucesos de la época. Su vida, en adelante, estará unida a la del gran jefe *whigh*, y a partir de ese momento su pensamiento parece experimentar una profunda transformación. Un año después de haberse convertido en su secretario, en 1667, Locke aborda nuevamente, en *An Essay on Toleration*, el problema de la libertad de conciencia y de los límites que han de fijarse al poder del gobernante.

En la cuestión de la libertad de conciencia, que ha sido por algunos años tan discutida entre nosotros, una cuestión que ha principalmen-

⁶⁰ *Ibíd.*, p. 71.

te causado perplejidad, mantenido la disputa y hecho crecer la animosidad ha sido, yo creo, ésta: que ambas partes han, con igual celo y equivocación, extendido demasiado sus pretensiones. Mientras un lado preconiza una absoluta obediencia, el otro clama una universal libertad en cuestiones de obediencia, sin establecer cuáles son las materias que tienen derecho a la libertad ni mostrando los límites de la imposición y la obediencia⁶¹.

Nuevamente nos encontramos, como en los *Two Tracts*, con el conflicto entre los dos bandos. Otra vez se plantea Locke la manera de zanjar las diferencias pero, en contra de la solución a la que anteriormente arribara, se inclina esta vez por el partido de la libertad, abriendo con ello el camino que culminaría en su famosa *Letter Concerning Toleration*.

De manera análoga a como lo estableciera en los *Two Tracts*, Locke sostiene, en este Ensayo, que para encontrar una respuesta, resulta preciso, ante todo, considerar los fines para los que ha sido constituida la autoridad. Pero ahora, anticipándose en veinte años a los *Two Treatises of Government*, distinguirá entre una esfera pública, competencia del magistrado, y una esfera reservada al arbitrio de los individuos.

Para aclarar el camino, estableceré como un fundamento que creo no será cuestionado o negado, lo que sigue, a saber: que al magistrado le ha sido dada la responsabilidad, el poder y la autoridad con ningún otro fin que para que los utilice para el bien, la preservación y la paz de los hombres de aquella sociedad sobre la cual ha sido puesto y que éstos son y debieran ser los únicos patrón y medida conforme a los cuales debería ajustar y adecuar sus leyes y estructurar su gobierno⁶².

Y a diferencia de como lo hiciera en los *Two Tracts*, claramente se pronuncia en contra del absolutismo.

Existen algunos que nos dicen que la monarquía es *de jure divino* (de derecho divino). No discutiré ahora esta opinión, pero sólo quiero advertir a los que esto afirman que si por ello entienden (y ciertamente lo hacen), que el solo, supremo, arbitrario poder y disposición de

⁶¹ *Ibíd.*, p. 135.

⁶² *Ibíd.*, p. 135.

JOAQUÍN MIGLIORE

todas las cosas está y debiera estar por derecho divino en una sola persona, puede sospecharse que han olvidado en qué país han nacido, bajo qué leyes viven y ciertamente no podrían sino estar obligados a proclamar que la Carta Magna es una absoluta herejía⁶³.

Y continúa:

Existen otros, en cambio, que afirman que todo el poder y la autoridad que posee el magistrado se deriva de la concesión y el consentimiento del pueblo; y a ellos les digo que no puede suponerse que las personas deban darle a uno o más de sus compañeros una autoridad sobre ellos para ningún otro propósito que el de su propia preservación, o extender los límites de su jurisdicción más allá de los límites de esta vida⁶⁴.

Es fácil ver que encontramos aquí los temas que estarán presentes en el pensamiento maduro de Locke. La teoría contractualista está mucho más claramente definida que en los *Two Tracts* y se señala expresamente que es el fin para el que ha sido constituido el gobierno el que marca un nítido límite a su poder.

Sentada esta premisa –es decir, que el magistrado solamente tiene competencia en aquellas cuestiones que tienen que ver con el afianzamiento de la ley civil y la propiedad de sus súbditos– es preciso, nos dice, pasar a considerar las acciones y las opiniones de los hombres que, en relación al problema de la tolerancia, pueden dividirse en tres categorías.

En primer lugar, existen todas aquellas opiniones y acciones que en sí mismas no conciernen en absoluto al gobierno o a la sociedad, de tal tipo son las opiniones puramente especulativas y la fe religiosa. En segundo lugar, existen las que por su propia naturaleza no son en sí mismas ni buenas ni malas, pero de todos modos incumben a la sociedad y al diálogo de los hombres entre sí, y éstas son las opiniones prácticas y las acciones en materia indiferente. En tercer lugar están aquellas que también conciernen a la sociedad, pero que son por su propia naturaleza buenas o malas en sí mismas, y éstas son las virtudes morales y los vicios⁶⁵.

⁶³ *Ibíd.*, p. 135.

⁶⁴ *Ibíd.*, p. 136.

⁶⁵ *Ibíd.*, p. 136.

Ahora bien, nos dice Locke, solamente las primeras, es decir las opiniones especulativas y la creencia religiosa tienen un universal y absoluto derecho a la tolerancia. Y ello porque las opiniones puramente especulativas, tales como la creencia en la Trinidad, el purgatorio, la transubstanciación, las antípodas, el reinado personal de Cristo en la tierra, etcétera, no tienen influencia en mis acciones en cuanto yo sea miembro de una sociedad, y “serían las mismas, con todas las consecuencias para ellas, aunque no hubiera ninguna persona junto a mí en la tierra, y no pueden en ningún modo perturbar al estado o causar perjuicio a mi vecino y por tanto no caen bajo la competencia del magistrado”⁶⁶. Pero, además, continúa, “ningún hombre puede darle a otro un poder (y no tendría sentido que Dios lo hiciera) sobre aquellas cosas sobre las que él mismo no lo tiene”, y ningún hombre tiene poder sobre su propio entendimiento. Este último punto en especial, el que la conciencia no puede ser coaccionada porque la inteligencia adhiere a lo que se le presenta con evidencia, siendo impotente la fuerza para producirla, será ampliamente desarrollado en la *Letter Concerning Toleration*.

Especialmente merece una ilimitada tolerancia la manera en que el hombre rinde culto a Dios. “Siendo la fe religiosa el homenaje que le rindo al Dios que adoro de la forma en que juzgo le será agradable, y por ello una acción o comercio que sucede solamente entre Dios y yo mismo, no tiene por su propia naturaleza ninguna referencia a mi gobernante o a mi prójimo, por lo que necesariamente no produce ningún acto que pueda perturbar a la comunidad”⁶⁷.

Si yo observo el viernes con los mahometanos, o el sábado con los judíos, o el domingo con los cristianos, si rezo con o sin una forma determinada, si adoro a Dios con las variadas y fastuosas ceremonias de los papistas, o de manera más sencilla como los Calvinistas, yo no veo nada en todo ello, si es realizado sinceramente y en conciencia, que puede en sí mismo hacerme o peor ante los ojos de mi príncipe, o un peor vecino de los otros súbditos, a menos que quiera, lleno de orgullo o presuntuoso de mis propias opiniones, y con la secreta presunción de mi propia infalibilidad, tomando para

⁶⁶ *Ibíd.*, p. 137.

⁶⁷ *Ibíd.*, p. 138.

JOAQUÍN MIGLIORE

mí un poder semejante al de Dios, forzar y compeler a otros a pensar como yo, o censurarlos y maldecirlos si no lo hacen⁶⁸.

De lo que concluye:

De las premisas que he establecido creo que se sigue que, en materias de especulación y fe religiosa, *cada hombre tiene una perfecta e incontrolable libertad, de la que puede libremente usar, sin el mandato del magistrado, o en contra del mismo*, sin ninguna culpa o pecado en absoluto, supuesto siempre que ello sea hecho para Dios sinceramente y en conciencia, de acuerdo a lo mejor de mi conocimiento y mi convencimiento. Pero si en ello hubiere ambición, arrogancia, venganza, espíritu faccioso o cosas similares, confundidas con lo que llamamos conciencia, tanto habrá en ello de culpa, y por ello deberé contestar en el día del juicio⁶⁹.

Cabe, sin embargo, notar que esta tolerancia no abarca en principio al ateísmo. “Debo solamente señalar [...] que la creencia en una divinidad no debe ser considerada entre las puras opiniones especulativas, puesto que es el fundamento de toda la moralidad, y la que influencia toda la vida y las acciones de los hombres, sin la cual el hombre debe ser considerado como una de las más feroces bestias salvajes, y por tanto incapaz de toda sociabilidad”⁷⁰. De todos modos, como dijimos, lo importante es que en esta obra Locke ya establece el principio de que *la actividad del soberano debe ser limitada en razón de la finalidad para la cual ha sido establecida*, principio que será desarrollado en los *Two Treatises* y que tiene un campo de aplicación mucho más vasto que la sola temática religiosa.

Incluso en las cosas de este mundo sobre las que el magistrado tiene autoridad, no debe, y haría injusticia si lo hiciese, yendo más allá de aquello que concierne al bien de la comunidad, prescribir a los hombres el cuidado de sus asuntos civiles privados, o forzarlos a la prosecución de sus propios intereses privados, sino que sólo protegerlos de ser invadidos y dañados por otros (lo que es una perfecta tolerancia)⁷¹.

⁶⁸ *Ibíd.*, p. 139.

⁶⁹ *Ibíd.*, p. 140.

⁷⁰ *Ibíd.*, p. 137.

⁷¹ *Ibíd.*, p. 137.

En cuanto a los *principios prácticos u opiniones* por los que los hombres regulan sus conductas *respecto de terceros*, tales como si el hombre debe criar a sus hijos, o disponer de sus bienes como quiera, o si la poligamia y el divorcio son legítimos o no, estas opiniones y las acciones que se siguen de ellas, tienen asimismo derecho a la tolerancia, pero únicamente mientras no perturben la paz del Estado y no causen más desventajas que ventajas en la comunidad.

Es preciso, asimismo, en estas cuestiones de opinión, distinguir los diversos grados de imposición que pueden ser usados, a saber: 1) La prohibición de publicar o difundir una opinión; 2) el forzar a renunciar o abjurar de una opinión; 3) el obligar a que alguien declare su asentimiento a la opinión contraria.

Locke acepta que los magistrados pueden prohibir la publicación de cualquiera de estas opiniones cuando tiendan a perturbar el gobierno, porque en ese caso caen bajo su competencia y jurisdicción. Sin embargo, dice, ningún hombre debería ser forzado a renunciar a una opinión, o a profesar la contraria, porque dicha compulsión es incapaz de producir ningún efecto real y, no pudiendo forzar la mente de los hombres, sólo lograría hacerlos hipócritas.

Queda, por último, considerar la conducta que ha de observar el magistrado respecto de aquellas acciones que puedan ser consideradas *buenas o malas*: “yo digo que además de las dos anteriores existe un tercer tipo de acciones que son buenas o malas en sí mismas, a saber, los deberes de la segunda tabla”⁷². La existencia de la virtud es tan necesaria para la sociedad, y es tan cierto que ciertos vicios perturban a la sociedad, que es evidente que el magistrado ha de tener competencia en estas materias. Sin embargo, aclara Locke, el legislador solamente puede encargarse de reglar estos vicios y virtudes en tanto que de ellos dependa el bien y la preservación de los hombres bajo su gobierno. “si se pudiese separar a estas virtudes y vicios de la relación que tienen con el bienestar público del pueblo, y cesasen de ser un medio para asentar o perturbar la paz y las propiedades de los hombres, entonces se convertirían en una cuestión privada y superior a la política

⁷² *Ibíd.*, p. 143.

JOAQUÍN MIGLIORE

concerniendo sólo a Dios y al alma del hombre, entre los que la autoridad del magistrado no debe interponerse”⁷³.

“El magistrado en cuanto magistrado no tiene nada que ver con el bien de las almas de los hombres, ni con sus asuntos respecto de la otra vida, sino que le ha sido encomendado el poder y ha sido nombrado sólo para lograr la tranquila y confortable vida del hombre en sociedad, uno con otro, como ya ha sido suficientemente probado”⁷⁴. “El bien de la comunidad es la medida de todas las leyes humanas”⁷⁵.

Son estos principios, a su vez, los que cristalizarán en la constitución que Locke redactara a pedido del conde de Shaftesbury, para la colonia de Carolina.

La Constitución de Carolina

La Constitución de Carolina fue redactada a pedido de los Lores propietarios de la Colonia de Carolina, en América del Norte, la que había sido fundada en 1650. La fecha que consta en este contrato originario es la del 21 de julio de 1669, es decir, dos años después de que Locke redactara *An Essay on Toleration*, y veinte antes de sus *Two Treatises*.

Se ha discutido hasta qué punto puede considerarse a Locke como su autor. El manuscrito no está redactado con su letra, si bien son suyos los dos primeros artículos y las numerosas correcciones al texto. Lo más probable es que los Lores propietarios, para los que Locke en ese momento estaba trabajando, le encomendaran el comentario y corrección de este texto. Sir Peter Colleton, uno de aquellos, le escribe en 1673 acerca de “esa excelente forma de gobierno en cuya composición tuvisteis tanta intervención”⁷⁶, existiendo asimismo numerosas referencias a ella en el epistolario de Locke. Cabe decir, en fin, que durante toda su vida nuestro autor estuvo estrechamente ligado a esta colonia llegando a ser nombrado noble en ella.

Basta con leer sus disposiciones para comprender hasta qué punto

⁷³ *Ibíd.*, p. 144.

⁷⁴ *Ibíd.*, p. 144.

⁷⁵ *Ibíd.*, p. 145.

⁷⁶ *Ibíd.*, p. 161.

la libertad de conciencia era considerada por Locke como la única solución posible al conflicto religioso; nos limitamos por ello a transcribir su articulado (del que no existe hasta el momento traducción alguna) en lo que hace al problema de la tolerancia.

“Art. 86. No se permitirá a ningún hombre ser un Ciudadano de Carolina o tener propiedades o habitar en ella si no reconoce un Dios y que ese Dios debe ser pública y solemnemente adorado”.

“Art. 87. Pero dado que los nativos de ese lugar, que se encuentran en nuestras plantaciones, son completamente extraños a la cristiandad y que su idolatría, ignorancia u error no nos da el derecho de expulsarlos o tratarlos mal, y que aquellos que emigran de otras partes para establecerse allí serán inevitablemente de diferentes opiniones en lo concerniente a temas de religión esperando que se les conceda libertad respecto de ellas, no siendo razonable para nosotros en este respecto no permitirselo; que la paz civil puede ser mantenida en medio de la diversidad de opiniones y que nuestro acuerdo y pacto con todos los hombres puede ser puntual y fielmente observado, no pudiendo ser la violación del mismo por cualquier pretexto que fuere otra cosa que una gran ofensa a Dios todopoderoso y un gran escándalo para la verdadera religión que profesamos, y también que los paganos, judíos, y otros disidentes de la pureza de la religión cristiana no sean atemorizados y mantenidos a distancia de ella, sino que teniendo la oportunidad de conocer la verdad y la razonabilidad de sus doctrinas y lo pacífico e inofensivo de sus seguidores, puedan ser ganados, por los buenos modos y la persuasión, y todos esos convincentes métodos de suavidad y humildad apropiados a las reglas y los designios del Evangelio, para abrazar y recibir sin fingimiento la verdad; por lo tanto cuando siete o más personas estén de acuerdo en cualquier religión constituirán una iglesia o congregación, a la cual le darán un nombre para distinguirla de las otras”.

“Art. 88. Los términos de admisión y comunión con cualquier iglesia o congregación serán escritos en un libro y allí suscriptas por todos los miembros de la susodicha iglesia o congregación”.

“Art. 89. El tiempo de la suscripción de cada uno y su admisión serán fechados en dicho libro o registro”.

“Art. 90. En cuanto a los términos de comunión de cada iglesia,

JOAQUÍN MIGLIORE

ellos serán tres, sin los cuales ningún acuerdo o asamblea de hombres con pretensión de religión podrán ser considerados una Iglesia o congregación: 1) Que hay un Dios, 2) Que Dios debe ser adorado públicamente, 3) Que es legítimo y es el deber de todo hombre, al ser llamado por aquellos que gobiernen, ser testigo de la verdad; y que cada iglesia o congregación deberá en sus términos de comunión, sentar la forma externa por la cual atestigüen una verdad como si fuese en presencia de Dios ya sea poniendo su mano sobre la Biblia y besándola, como en las iglesias protestantes y papistas, ya levantando la mano, o en cualquier otra forma perceptible”.

“Art. 91. Ninguna persona mayor de diecisiete años de edad tendrá beneficio alguno ni la protección de la ley, ni será capaz de tener ningún puesto de provecho u honor si no es miembro de alguna iglesia o congregación, debiendo tener su nombre registrado en uno y solo un registro religioso a la vez”.

“Art. 92. El registro religioso de cada iglesia o congregación será guardado por registro público del distrito donde ella resida”.

“Art. 93. Ningún hombre de cualquier otra iglesia o congregación perturbará o importunará a ninguna asamblea religiosa”.

“Art. 94. Ninguna persona cualquiera que sea hablará en su asamblea religiosa irreverentemente o sediciosamente del gobierno o de los gobernantes, o de asuntos de Estado”.

“Art. 95. Cualquier persona que suscriba los términos de comunión de cualesquiera iglesia o congregación en el registro de dicha iglesia, en el registro público del distrito y ante cinco miembros cualesquiera de la susodicha iglesia o congregación será hecho miembro de la citada iglesia o congregación”.

“Art. 96. Cualquier persona que quite su propio nombre de cualquier registro religioso o cuyo nombre sea quitado por algún oficial para ello autorizado por cada iglesia o congregación, cesará de ser miembro de dicha iglesia o congregación”.

“Art. 97. Ninguna persona usará un lenguaje lleno de reproche, injurioso o grosero contra la religión de ninguna iglesia o congregación, siendo ello un modo seguro de perturbar la paz pública y obstruir la conversión de cualquiera a la verdad, comprometiéndolo en peleas y animosida-

des, haciéndole odiosos a aquellos que la profesan y lo que enseñan, siendo que de otra forma podrían ser llevados al asentimiento de ella”.

“Art. 98. Dado que la caridad nos obliga a desear el bien a las almas de todos los hombres, y que la religión no debería alterar en nada el estado civil o del derecho de los hombres, será legal para los esclavos, así como para todos los demás, entrar y pertenecer a cualquier iglesia que ellos consideren mejor, y por lo tanto ser tan plenamente miembros de ella como cualquier ciudadano. Sin embargo, ningún esclavo será exento del dominio civil que su dueño tiene sobre él, sino que estará, en todas las demás cosas, en el mismo estado y condición en el que se hallaba antes”.

“Art. 99. Las Asambleas que por cualquier pretexto de religión, no observen y cumplan las reglas antes mencionadas, no serán consideradas iglesias sino congregaciones ilegales, y serán castigadas como cualquier otra forma de desorden”.

“Art. 100. Ninguna persona, cualquiera que sea, podrá importunar, molestar o perseguir a otra por sus opiniones especulativas respecto a su religión o a la forma de profesarla”⁷⁷.

Las Cartas sobre la Tolerancia

Veinte años después de que se redactara la Constitución de Carolina, Locke dio a conocer la obra con la que completaría sus reflexiones en torno al problema de la tolerancia: la *Epistola de Tolerantia*. Ella representa la última respuesta que diera nuestro autor a la cuestión que lo había acompañado durante toda su vida y deja entrever la madurez de su pensamiento. Ya no encontramos en ella las vacilaciones de las obras anteriores, sino que las afirmaciones, desde el comienzo, brotan clarísimas de su pluma: “Ya que usted ha tenido a bien preguntarme cuáles son mis pensamientos sobre la tolerancia mutua de los cristianos de diferentes confesiones religiosas, debo contestarle, con toda franqueza, que estimo que la tolerancia es la característica principal de la verdadera Iglesia”⁷⁸.

⁷⁷ *Ibíd.*, ps. 177-180.

⁷⁸ LOCKE, *A Letter Concerning Toleration* cit., p. 23.

JOAQUÍN MIGLIORE

Esta tolerancia sólo podrá ser alcanzada, afirma Locke ya en el comienzo de la obra, mediante la nítida delimitación de competencias entre la Iglesia y el Estado. “Estimo necesario, sobre todas las cosas, distinguir exactamente entre las cuestiones del gobierno civil y las de la religión, fijando, de este modo, las justas fronteras que existen entre uno y otro”⁷⁹. Afirmación con la que, de manera categórica, concluye, además, su famosísima *Epístola*:

Si cada uno se mantuviese dentro de sus propias fronteras –uno atendiendo al mundano bienestar del Estado, la otra a la salvación de las almas–, hubiera sido imposible que ninguna discordia se produjera entre ellos [...] Yo imploro a Dios todopoderoso que nos conceda que el Evangelio de la paz sea predicado al fin y que los magistrados civiles, cuidando más de conformar sus propias conciencias a la ley de Dios y menos de obligar a las conciencias de los demás por medio de leyes humanas, dirijan, como padres de su país todos sus consejos y esfuerzos a promover universalmente el bienestar de todos sus hijos, con la sola excepción de aquellos que son arrogantes, ingobernables y perjudiciales a sus hermanos, y que todos los hombres eclesiásticos, que presumen ser sucesores de los Apóstoles, sigan con paz y modestia los pasos de los Apóstoles, sin inmiscuirse en los asuntos del Estado y se apliquen completamente a promover la salvación de las almas⁸⁰.

La *Epistola de Tolerantia* fue redactada en latín durante el tiempo en que Locke estuvo exiliado en Holanda y publicada allí anónimamente en mayo de 1689. Traducida al inglés, fue dada a conocer inmediatamente en Gran Bretaña en octubre del mismo año. La obra despertó inmediatas reacciones: la más importante fue la de Jonas Proas, quien replicó defendiendo los derechos del gobierno al uso de la fuerza para proteger a la Iglesia Anglicana. Locke respondió a su vez con una segunda carta: *A Second Letter Concerning Toleration* (1690) a la que Proas contestó con *The Third Letter Concerning Toleration* (1691) moviendo a Locke a escribir *A Third Letter for Toleration to the author of the Third Letter Concerning Toleration* (1692). Nuevamente volvió Proas a replicar con *A Second Letter to the Author of*

⁷⁹ *Ibíd.*, p. 26.

⁸⁰ *Ibíd.*, p. 55.

the Three Letters for Toleration (1703). Locke estaba trabajando en una nueva respuesta cuando la muerte lo sorprendió en 1704. La misma fue publicada póstumamente bajo el título de *A Fourth Letter for Toleration*.

Como lo hiciera en *An Essay on Toleration*, Locke comienza la obra definiendo el concepto de Estado y delimitando sus fines, para poder, de esta manera, distinguirlo de la Iglesia y determinar el ámbito de su competencia. En consonancia con la doctrina de los *Two Treatises*, considera que el Estado es “una sociedad de hombres constituida solamente para procurar, preservar y hacer avanzar sus propios intereses de índole civil”. Intereses civiles que son, agrega, “la vida, la libertad, la salud, el descanso del cuerpo y la posesión de cosas externas tales como dinero, tierras, casas, muebles y otras semejantes”⁸¹, extendiéndose la competencia del magistrado civil únicamente a su protección⁸², no teniendo ninguna jurisdicción en materia religiosa.

El motivo central por el que se niega jurisdicción al magistrado en esta materia es que la religión necesita de un convencimiento interior que no puede ser logrado mediante la fuerza, fuerza que sí resulta idónea, por el contrario, para proteger los intereses civiles que el Estado ha de garantizar.

Toda la vida y el poder de la verdadera religión consisten en la persuasión interior y completa de la mente y la fe no es fe si no se cree. Cualquiera que sea la profesión de fe que hagamos, cualquiera que sea el culto exterior que practiquemos, si no estamos completamente convencidos en nuestra mente de que la una es verdad y el otro agradable a Dios, tal profesión y tal práctica, lejos de ser un avance, constituirán, por el contrario, un gran obstáculo para nuestra salvación⁸³.

El cuidado de las almas no puede pertenecer al magistrado civil, porque su poder consiste solamente en una fuerza exterior, en tanto que la religión verdadera y salvadora consiste en la persuasión

⁸¹ *Ibíd.*, p. 26.

⁸² “El papel del magistrado consiste solamente en procurar que la comunidad no sufra ningún prejuicio y de que no se haga daño a ningún hombre ni en su vida ni en sus bienes”. *Ibíd.*, p. 42.

⁸³ *Ibíd.*, p. 26.

JOAQUÍN MIGLIORE

interna de la mente, sin la cual nada puede ser aceptable a Dios. Y tal es la naturaleza del entendimiento que no puede ser obligado a creer algo por una fuerza exterior. Ni la confiscación de propiedades, ni el encarcelamiento, ni los tormentos, ni nada de esa naturaleza pueden tener eficacia suficiente para hacer que los hombres cambien el juicio interno que se han formado⁸⁴.

Una cosa es persuadir y otra mandar; una cosa apremiar con argumentos y otra con castigos. Sólo el poder civil puede hacer esto último [...] Sobre esta base yo afirmo que el poder del magistrado no se extiende al establecimiento de artículos de fe o de formas de culto por la fuerza de sus leyes. Porque las leyes no tienen fuerza alguna sin castigos, y los castigos, en este caso, son absolutamente impertinentes puesto que no son adecuados para convencer la mente [...] Porque las penas no son capaces de producir dicha creencia. Sólo la luz y la evidencia pueden realizar un cambio en las opiniones de los hombres; luz que de ninguna manera proviene del sufrimiento corporal o de algún otro tipo de castigo⁸⁵.

Distinta del Estado es la Iglesia, a la que Locke define como “Una sociedad voluntaria de hombres, unidos por acuerdo mutuo con el objeto de rendir culto públicamente a Dios de la manera que ellos juzgan aceptable a Él y eficaz para la salvación de las almas”⁸⁶. Esta sociedad, insiste Locke, es libre y voluntaria dado que nadie nace miembro de una Iglesia, de otro modo la religión pasaría a los hijos por el mismo derecho hereditario que las propiedades temporales. Ello determina que sea distinta la naturaleza del poder que la autoridad ejerce sobre sus miembros que la que existe entre los súbditos y el Estado.

Es obvio que, como toda sociedad, no puede la Iglesia subsistir ni mantenerse unida si no es regulada por algunas leyes y todos sus miembros no aceptan observar un orden. Pero dicho orden no puede imponerse por la fuerza. La fuerza corresponde íntegramente al magistrado civil. Las armas por las que los miembros de esa sociedad han de ser mantenidos dentro de su deber son las exhortaciones, las

⁸⁴ *Ibíd.*, p. 27.

⁸⁵ *Ibíd.*, p. 27.

⁸⁶ *Ibíd.*, p. 28.

admoniciones y los consejos. Y, en caso extremo, cabe expulsar y separar de la sociedad a quienes rehúsan someterse a su autoridad. Pero, en ningún caso, puede perjudicarse a una persona en sus goces civiles porque sea de otra Iglesia o religión. Nadie, ni las personas individuales, ni las Iglesias, ni siquiera los Estados, tienen justos títulos para invadir los derechos civiles y las propiedades mundanas bajo el pretexto de la religión.

De aquí que en materia de adhesión a la verdad religiosa deba respetarse la conciencia de cada hombre.

El cuidado del alma de cada hombre le corresponde a él mismo y debe serle dejado a él solo. Pero ¿qué ocurre si es negligente en el cuidado de su alma? Yo contesto: ¿Qué ocurre si es negligente en el cuidado de su salud o de sus bienes, que están más estrechamente relacionados con el gobierno del magistrado que lo otro? ¿Prescribirá el magistrado mediante una ley expresa que tal persona no se convierta en pobre o enferma? [...] A ningún hombre puede obligársele a ser rico o saludable, quiera o no quiera. No, ni Dios mismo quiere salvar a los hombres en contra de su voluntad⁸⁷.

Es esta apelación a la conciencia la que para Locke constituye el argumento central de la obra:

Después de todo, la *principal consideración*, que es la que absolutamente determina esta controversia, es la siguiente: aunque la opinión religiosa del magistrado esté bien fundada y el camino que él indica sea verdaderamente evangélico, si yo no estoy totalmente persuadido de ello en mi propia mente, no habrá seguridad para mí en seguir dicho camino. Ningún camino por el que yo avance en contra de los dictados de mi conciencia me llevará a la mansión de los bienaventurados [...] Solamente la fe y la sinceridad interior procuran la aceptación de Dios [...] Es en vano, por lo tanto, que los príncipes obliguen a sus súbditos a entrar en la comunión de su Iglesia bajo pretexto de salvar sus almas. Si ellos creen, vendrán por su propia voluntad; si no creen, su ingreso no servirá de nada⁸⁸.

⁸⁷ *Ibíd.*, p. 35.

⁸⁸ *Ibíd.*, p. 38.

JOAQUÍN MIGLIORE

Y es frente a esta conciencia que la fuerza manifiesta su radical impotencia.

La verdad saldría airosa si, por una vez, la dejaran defenderse a sí misma. Pocas veces ha recibido, y temo que nunca recibirá, mucha ayuda del poder de los grandes hombres, quienes raramente la conocen, y más raramente le dan la bienvenida. No es enseñada por las leyes, ni tiene ninguna necesidad de fuerza para procurar su entrada en la mente de los hombres. Los errores prevalecen en verdad por la ayuda de refuerzos extraños y postizos. Pero si la verdad no logra por su propia luz entrar en el entendimiento, no será sino más débil en razón de la fuerza que pueda prestarle la violencia⁸⁹.

Y ante la objeción que pudiera hacerse de que la idolatría es un pecado, Locke contesta que no necesariamente los pecados deben ser castigados por el magistrado.

La idolatría, dicen algunos, es un pecado y, por lo tanto, no debe ser tolerada. Si dijese que, por lo tanto, debía ser evitada, la conclusión sería correcta. Pero no puede deducirse que, porque sea un pecado, deba, por consiguiente, ser castigada por el magistrado. Porque no es de la incumbencia del magistrado hacer uso de su espada para castigar indiscriminadamente todas las cosas que él considera como un pecado contra Dios. La avaricia, la falta de caridad, la ociosidad y muchas otras cosas son pecados, por acuerdo de los hombres y, sin embargo, nadie ha dicho jamás que deban ser castigadas por el magistrado. La razón es que no son perjudiciales para los derechos de otros hombres, ni rompen la paz pública de las sociedades. No, ni siquiera los pecados de la mentira y del perjurio son en parte alguna castigados por las leyes, salvo en ciertos casos en los cuales no se toma en consideración su torpeza y la ofensa en contra de Dios, sino solamente la injuria hecha a los semejantes y al Estado⁹⁰.

Delimitando, de esta manera, los ámbitos de competencia de la Iglesia y el Estado, Locke reconoce, explícitamente, el derecho a la libertad de conciencia: "*Liberty of Conscience is every man's natural Right [...]* a nadie debería obligársele en materia de religión, ni por la

⁸⁹ *Ibíd.*, p. 46.

⁹⁰ *Ibíd.*, p. 43.

ley, ni por la fuerza”⁹¹ y resuelve definitivamente el problema de las *cuestiones indiferentes*, aunque de manera radicalmente distinta a como lo hiciera veintiséis años antes en los *Two Tracts on Government*.

Respecto de la adoración externa, yo sostengo (en primer lugar) que el magistrado no tiene poder para imponer por ley, ni en su propia Iglesia, y mucho menos en otra, el uso de ningún rito o ceremonia, cualquiera que sea, en el culto de Dios. Y esto no solamente porque estas Iglesias son sociedades libres, sino porque lo que se practica en el culto de Dios es sólo justificable en cuanto quienes lo practican creen que le es aceptable.

Podría, tal vez, inferirse de ello que yo niego al magistrado toda clase de poder sobre cosas indiferentes [...] Esto no es así, reconozco de buena gana que las *Cosas Indiferentes*, y tal vez sólo ellas, están sujetas al poder legislativo. De esto no se deduce que el magistrado pueda ordenar lo que le plazca respecto de cualquier cosa que sea indiferente. El bien público es la regla y medida de toda actividad legislativa. Si una cosa no es útil a la comunidad, no puede ser establecida por ley, por indiferente que sea.

Más aún, por indiferente que sea una cosa en su naturaleza misma, cuando afecta a la Iglesia y al culto de Dios, es puesta fuera del alcance de la jurisdicción del magistrado [...] La única función de la Iglesia es la salvación de las almas, y en ningún modo concierne a la comunidad, ni a ninguno de sus miembros, que en ella se efectúe esta o aquella ceremonia. Ni la realización ni la omisión de ninguna ceremonia en esas asambleas religiosas aprovecha ni perjudica la vida, la libertad o las posesiones de ningún hombre⁹².

Cabe por último señalar que aunque Locke dedicó, posteriormente, otras obras a la cuestión religiosa (en 1695 publica *The Reasonableness of Christianity* y, póstumamente, se editan dos obras en las que estaba trabajando al momento de morir: *A Paraphrase and Notes on the Epistles of St. Paul to the Galatians, 1 and 2 Corinthians, Romans, Ephesians* y *A Discourse of Miracles*), indispensables, sin duda, para comprender su posición personal ante la religión⁹³, nos parece, con

⁹¹ *Ibíd.*, p. 51.

⁹² *Ibíd.*, p. 39.

⁹³ J. R. Milton ha podido, por ejemplo, sostener: “la *Paraphrase* [...] revela el carácter profundamente religioso del pensamiento de Locke. Muestra, mucho más que

JOAQUÍN MIGLIORE

todo, que la *Carta sobre la Tolerancia* representa una etapa definitiva en la formulación de su doctrina sobre las relaciones entre la Iglesia y el Estado y el reconocimiento del derecho de la libertad de conciencia.

Conclusión

Ahora bien, volviendo a nuestra pregunta inicial: ¿Puede, el análisis de la evolución del pensamiento de Locke en materia religiosa arrojar alguna luz sobre el origen de la doctrina de los derechos humanos?

Una primera afirmación, a nuestro parecer, resulta evidente: que el interés por la cuestión religiosa (y de manera especial, el problema de las relaciones entre la Iglesia y el Estado), constituye una de las constantes del pensamiento de Locke, preocupación que antecede en muchos años a la redacción de los *Two Treatises of Government*.

Parece asimismo manifiesto que las nociones desarrolladas para abordar esta temática, tanto en la *Letter on Toleration*, contemporánea de los *Two Treatises*, cuanto en sus obras anteriores, *Essay on Toleration*, *The Fundamental Constitutions of Carolina* y los *Two Tracts on Government*, resultan consistentes con los conceptos centrales que informan su obra política, la que a nuestro entender no puede ser comprendida sin tener en cuenta esta preocupación. Intentar una lectura del *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, sin hacer siquiera mención a la *Carta sobre la Tolerancia*, tal como lo hace Leo Strauss, supone, cuando menos, parcializar su pensamiento.

Leída desde *An Essay on Toleration*, la famosa afirmación del *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, de que “la finalidad máxima y principal que buscan los hombres al reunirse en *Commonwealths*, y someterse a un gobierno es la preservación de su Propiedad”⁹⁴, pasa a significar

The Reasonableness of Christianity que el vocabulario cristiano de los primeros escritos de Locke no puede ser interpretado ni como una fachada piadosa ni (menos aún), como un mero residuo de una mente ya fundamentalmente secularizada pero reticente o incapaz de reconocerse a sí misma como tal”, MILTON, J. R., *Locke's life and times*, en VERE CHAPEL, *The Cambridge Companion to Locke*, Cambridge University Press, Cambridge, 1994, p. 24.

⁹⁴ LOCKE, John, *Two Treatises of Government*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 350.

no sólo que es ésta la finalidad positiva del Estado sino, además, que dicho poder no debiera extenderse a otras materias. Intenta delimitar aquellas esferas en las que el magistrado es competente, de aquellas en las que “cada hombre tiene una *perfecta de incontrolable libertad*, de la que puede libremente usar, sin el mandato del magistrado, o en contra del mismo”⁹⁵.

Podemos pensar, pues, que el tríptico de bienes tutelados por el Estado, vida, libertad y propiedad, que Locke reúne bajo el nombre genérico de *Property*, no refleja tanto al hombre egoísta de Hobbes, ni el individualismo posesivo del naciente capitalismo, cuanto el intento de distinguir las competencias del Estado, “una sociedad de hombres constituida solamente para procurar, preservar y hacer avanzar sus propios intereses de índole civil”⁹⁶, de las de la Iglesia, “sociedad voluntaria de hombres, unidos por acuerdo mutuo con el objeto de rendir culto públicamente a Dios de la manera que ellos juzgan aceptable a Él y eficaz para la salvación de las almas”⁹⁷, preservando de este modo las prerrogativas de la conciencia. “El cuidado de las almas no puede pertenecer al magistrado civil, porque su poder consiste solamente en una fuerza exterior, en tanto que la religión verdadera y salvadora consiste en la persuasión interna de la mente, sin la cual nada puede ser aceptable a Dios. Y tal es la naturaleza del entendimiento que no puede ser obligado a creer algo por una fuerza exterior”⁹⁸.

Es esta esfera de autonomía la que, progresivamente, se irá extendiendo a otros ámbitos: “Incluso en las cosas de este mundo –afirma en el *Ensayo sobre la Tolerancia* más de veinte años antes de la redacción de sus famosas obras políticas– sobre las que el magistrado tiene autoridad, *no debe*, y haría injusticia si lo hiciese, yendo más allá de aquello que concierne al bien de la comunidad, *prescribir a los hombres el cuidado de sus asuntos civiles privados, o forzarlos a la prosecución de sus propios intereses privados, sino que sólo protegerlos de ser invadidos y dañados por otros* (lo que es una perfecta

⁹⁵ LOCKE, *Political Essays* cit., p. 140.

⁹⁶ LOCKE, *A Letter Concerning Toleration* cit., p. 26.

⁹⁷ *Ibíd.*, p. 28.

⁹⁸ *Ibíd.*, p. 27.

JOAQUÍN MIGLIORE

tolerancia)⁹⁹. Con ello queda delimitada la noción de libertad negativa¹⁰⁰ (la libertad de los modernos de Constant), tal como se encuentra presente en el *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, que resulta más decisiva que otras definiciones de libertad que aparecen ligadas a la misma (como, por ejemplo, la importante noción de que ser libre supone no estar sometido a normas que no dependan de nuestro consentimiento o que el gobierno debe ser *per y sub lege*)¹⁰¹.

La defensa de los derechos se nos presenta, de esta manera, como doblemente negativa: negativa en el sentido de que respecto de los bienes tutelados: vida, libertad y propiedad, la protección que el Estado brinda consiste, fundamentalmente en protegerlos de ser invadidos o dañados por otros, y negativa, asimismo, porque el Estado no puede ir más allá de esta función. John Finnis señala, refiriéndose a las mo-

⁹⁹ *Ibíd.*, p. 137.

¹⁰⁰ “Casi todos los moralistas que ha habido en la historia de la humanidad han ensalzado la libertad. Igual que la felicidad y la bondad, y que la naturaleza y la realidad, el significado de este término se presta a tantas posibilidades que parece que haya pocas interpretaciones que no le convengan [...] El primero de estos sentidos que tienen en política las palabras *freedom o liberty* –que emplearé con el mismo significado– y que, siguiendo muchos precedentes, llamaré su sentido ‘negativo’, es el que está implicado en la respuesta que contesta a la pregunta ‘cuál es el ámbito en que al sujeto –una persona o un grupo de personas– se le deja o se le debe dejar hacer no ser lo que es capaz de hacer no ser, sin que en ello interfieran otras personas’ [...] Normalmente se dice que yo soy libre en la medida en que ningún hombre ni ningún grupo de hombres interfieren en mi actividad. En ese sentido, la libertad política es, simplemente, el ámbito en el que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado por otros”, BERLIN, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre las libertades*, Alianza Editorial, Madrid, 1998, ps. 219-220.

¹⁰¹ Limitación del poder, gobierno *per y sub lege*, y consentimiento, se encuentran íntimamente ligados en la definición que Locke da de la libertad en el *Ensayo sobre el Gobierno Civil*. “La libertad del hombre en sociedad consiste en no estar sometido a otro poder legislativo que al que se establece por consentimiento dentro del Estado, ni al dominio de voluntad alguna, ni a las limitaciones de ley alguna, fuera de las que ese poder legislativo dicte de acuerdo con la misión que se le ha confiado [...] La libertad del hombre sometido a un poder civil consiste en disponer de una regla fija para acomodar a ella su vida, que esa regla sea común a cuantos forman parte de esa sociedad, y que haya sido dictada por el poder legislativo que en ella rige. Es decir, la facultad de seguir mi propia voluntad en todo aquello que no está dictaminado por esa regla”. LOCKE, John, *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, Aguilar, Madrid, 1955, Nº 21, p. 47.

dernas declaraciones de derechos, que estos documentos emplean, al definirlos “no una sino dos formas canónicas principales: (A) «Toda persona tiene derecho a...» y (B) «Nadie será...»¹⁰². Siendo los artículos expresados en forma (B) –“Nadie será sometido a...”– los que, a su entender, pretenden tener fuerza concluyente. Ahora bien, siguiendo este análisis, tenemos la convicción de que en Locke, tras la afirmación de que la finalidad del Estado es la salvaguarda de la *Property*, valga decir, la vida, la libertad y las posesiones, encontramos la idea, aún más fundamental, de que “a nadie debiera obligársele en materia de religión, ni por la ley ni por la fuerza”¹⁰³.

Esta redimensión del derecho de propiedad parece acercarnos a la idea kantiana de que el derecho fundamental, que sirve de cimiento a los demás, es el derecho a la libertad. “La *libertad* (independencia del arbitrio de otro), en la medida en que puede subsistir con la libertad de todos, según una ley universal, es ese derecho único, primitivo, propio de cada hombre, por el sólo hecho de ser hombre. La *igualdad* natural, es decir, la imposibilidad moral de ser obligado por los demás a más cosas que aquellas a que están obligados respecto de nosotros; por consiguiente, la cualidad del hombre, de ser *dueño de sí mismo (sui iuris)* [...] todas estas facultades están ya contenidas en el principio de la libertad innata, y no difieren efectivamente de ella”¹⁰⁴. Cabría preguntarse si la tendencia contemporánea a considerar como derecho básico a la igualdad¹⁰⁵ puede dar cuenta de este matiz, presente en la obra de Locke, de que ciertas materias se encuentran, por derecho propio, excluidas del ámbito de competencia del Estado.

El intento de fijar un límite a la acción estatal parece, por último, compatible con las apelaciones a la doctrina clásica de la ley natural

¹⁰² FINNIS, John, *La ley natural y los derechos naturales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 240.

¹⁰³ LOCKE, *Carta sobre la Tolerancia* cit., p. 58.

¹⁰⁴ KANT, I., *Principios metafísicos del derecho*, Amicalee, Buenos Aires, 1943.

¹⁰⁵ Cfr. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Cap. 12: *¿Qué derechos tenemos?*, Planeta-Agostini, Barcelona, 1993; en el mismo sentido, KYMLICKA, Will, *Filosofía política contemporánea*, Capítulo 1, Ariel, Barcelona, 1995.

JOAQUÍN MIGLIORE

(tema que aparece ampliamente desarrollado en sus *Essays on the Law of Nature*) y no con la doctrina de Hobbes de la primacía absoluta de la voluntad estatal. Como bien señala Karl Schmitt, “Hobbes combate la escisión típicamente judeocristiana de la unidad política originaria. La distinción de los dos poderes, temporal y espiritual, era ajena a los paganos, porque la religión era a sus ojos parte integrante de la política [...] Sólo la Iglesia romana papal y las iglesias o sectas presbiterianas, afanosas de poder, viven de esa separación del poder espiritual y el temporal, capaz de aniquilar el Estado”. Es curioso que Filmer, en su defensa de la monarquía absoluta, haya podido afirmar que calvinistas y católicos coincidían en la idea de separar la Iglesia y el Estado, y que cuando apareció la *Letter Concerning Toleration*, la primera acusación que recibiera fue la de ser parte de un complot jesuita tendiente a producir el caos en la Iglesia de Inglaterra y el Estado¹⁰⁶. De todos modos, lo que nos interesa es demostrar que es esta defensa de los derechos de la conciencia en materia religiosa, y no el individualismo egoísta de Hobbes, la clave para entender el concepto que Locke tiene de la libertad. El pensamiento de Locke se presenta, en este punto, en abierta contradicción con la filosofía del autor del *Leviathan*, en oposición a su noción del Estado absoluto. Pues como bien afirma Karl Schmitt, fue “la reserva de la libertad interna y privada del pensamiento y de conciencia [...] el germen letal que destruyó desde dentro al poderoso Leviathan y puso en el último trance al Dios mortal”¹⁰⁷.

Nota bibliográfica

Para el análisis de los textos juveniles de Locke nos hemos basado en la edición de Mark Goldie, LOCKE, John, *Political Essays*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997.

Respecto de los *Two Tracts on Government*, existe una traducción al español del primero de los tratados, que no incluye el prefacio inicial, realizada por Claudio O. Amor: *John Locke. Escritos políticos*

¹⁰⁶ LOCKE, *A Letter Concerning Toleration (Introduction)* cit., p. 1.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 55.

juveniles (I) El ensayo inglés de 1660, Deus mortalis, Cuaderno de Filosofía Política, Número 1, 2002.

En cuanto al *Ensayo sobre la Tolerancia*, existe traducción de Carlos Mellizo, LOCKE, John, *Ensayo y Carta sobre la Tolerancia*, Alianza Editorial, Madrid, 1999, basada en la edición de Fox Burne (H. R. Fox Burne, *The Life of John Locke*, 2 vols., Londres, 1876).

De la *Carta sobre la Tolerancia* existe una traducción de Carlos Mellizo (ver obra antes mencionada), y otra de Pedro Bravo Gala. John Locke, *Carta sobre la Tolerancia*, Tecnos, Madrid, 1985.

ÍNDICE GENERAL

ÍNDICE GENERAL	5
<i>Presentación</i> , por CARLOS M. CÁRCOVA	7

A PROPÓSITO DE FULLER Y EL USO LINGÜÍSTICO

por JORGE A. CERDIO HERRÁN

.....	11
1. Marco teórico	13
2. Premisas del modelo	17
3. Modelos, problemas y estructuras argumentales.....	21
3.1. Definición del “problema”.....	21
3.2. Estructura del argumento.....	22
3.3. Presupuestos del argumento	27
A) Presupuesto descriptivo.....	28
B) Presupuesto valorativo	29
C) Presupuesto conceptual.....	31
3.4. Elección entre modelos	32
4. Mensajes normativos: entre el propósito y el uso lingüístico	37
4.1. Situaciones de habla	38
(A) Emisores y receptores	38
(B) Locuciones, ilocuciones y perlocuciones	39
	273

(C) Clasificación de los actos de habla	41
(D) Identificación del punto ilocucionario	43
5. Bibliografía	54

**BALANCE DE LA TEORÍA
JURÍDICA DE ROBERT ALEXY**

por RODOLFO L. VIGO

.....	67
-------	----

**EL DERECHO COMO COMPLEJIDAD
DE SABERES DIVERSOS**

por MARÍA ISOLINA DABOVE

1. Introducción	95
2. Saberes y Derecho: perspectiva tridimensional	101
3. El aporte de la Historia del Derecho y los problemas de actualidad.	113
4. Conclusiones	116

NORMAS DERIVADAS Y ENUNCIADOS JURÍDICOS

por PABLO NAVARRO

I. Introducción	117
II. Enunciados aplicados, puros y lógicamente puros	119
1. Enunciados puros y lógicamente puros	121
2. Enunciados puros y aplicados	124
1.A) La descripción apropiada del derecho	125
1.B) La naturaleza de los hechos que crean y aplican normas.	127
III. Creación y aplicación del derecho	129
IV. Conclusiones	136

**CRÍTICA LITERARIA E INTERPRETACIÓN JURÍDICA, LOS
SENDEROS QUE SE UNEN EN LA INDETERMINACIÓN**

por CLAUDIO MARTYNIUK

.....	139
Tomando a la ligera la imposibilidad de leer	142
Retórica (tomando en serio a la imposibilidad de leer)	144
Escolio: la fragilidad de la teoría de Martha Nussbaum	148

LA CONSTITUCIÓN HORIZONTAL

por LUIZ FERNANDO COELHO

1. Introducción	157
2. La ideología de la racionalidad objetiva del derecho y la Constitución principiológica vertical.	158
3. La superación del principiologismo y del dirigismo constitucional.	164
4. Microfísica y pluralismo de la sociedad compleja	174
5. Autopoiesis de la sociedad compleja	186
6. El orden jurídico circular y la Constitución horizontal	194

**MARSHALL, KELSEN, BARAK Y EL
SOFISMA CONSTITUCIONALISTA**

por MICHEL TROPER (Universidad de París X)

.....	207
I. La tesis de la supremacía de la constitución.	211
A. La tesis de la supremacía en Marshall	211
B. La tesis de la supremacía en Kelsen	214
C. La tesis de la supremacía en Barak	216
II. Los vicios de la argumentación	219
A. El presupuesto de la supremacía del poder constituyente	219

275

B. El presupuesto de la interpretación-conocimiento.	220
C. El concepto de “supremacía”.	221
1. La crítica de Nino	221
2. El carácter tautológico	222

**JOHN LOCKE Y EL PROBLEMA
DE LA TOLERANCIA**

**Un aporte a la historia del surgimiento
de la doctrina de los derechos humanos**

por JOAQUÍN MIGLIORE

Introducción	227
La cuestión Locke.	229
Los <i>Two Tracts on Government</i>	237
Las cuestiones indiferentes	237
Entre la tiranía y la anarquía	239
Magistrado, creencia religiosa, cuestiones indiferentes	241
Los poderes del magistrado.	247
<i>An Essay on Toleration</i>	250
La Constitución de Carolina	256
Las Cartas sobre la Tolerancia	259
Conclusión	266
Nota bibliográfica	270

LA COMPOSICIÓN Y DIAGRAMACIÓN SE REALIZÓ EN
RUBINZAL - CULZONI EDITORES Y SE TERMINÓ DE IMPRIMIR
EL 10 DE AGOSTO DE 2004 EN LOS TALLERES GRÁFICOS
DE IMPRENTA LUX S. A., H. YRIGOYEN 2463, SANTA FE

