

## ÍNDICE GENERAL

<i>Presentación</i> , por MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI . . . . .	7
<i>Razones, reglas e interpretación. El regreso del “legislador racional” en el ámbito de la filosofía del derecho</i> , por HERNÁN BOUVIER . . . . .	17
<i>El derecho y el problema de su indeterminación</i> , por ROLANDO TAMAYO . . . . .	57
<i>Constitución y conflictos</i> , por JORGE L. RODRÍGUEZ . . . . .	85
<i>Veinticinco años después. Una revisión crítica de la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy</i> , por JOSÉ ANTONIO SEOANE . . . . .	121
<i>Derecho e interés. Sobre la (no) necesidad de los derechos colectivos</i> , por RAÚL MADRID RAMÍREZ . . . . .	157
<i>La politicidad de la función judicial o la cara oculta del derecho</i> , por ALICIA E. RUIZ . . . . .	173
<i>Una aproximación histórico-filosófica al pensamiento de David Hume: sus ideas acerca de la justicia, la propiedad y lo judicial</i> , por ANDRÉS BOTERO BERNAL . . . . .	185
<i>Sobre el cambio de los precedentes</i> , por EDUARDO ROBERTO SODERO . . . . .	219
<i>Algunas reflexiones sobre la memética y su aplicación al derecho. Una nueva manera de ver diferentes aspectos de la práctica, la ciencia y la filosofía del derecho</i> , por ERNESTO GRÜN . . . . .	261
ÍNDICE SUMARIO . . . . .	279



## PRESENTACIÓN

1. El número cuatro de *Ideas y Derecho*, anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, entidad miembro de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social (históricamente IVR, Internationale Vereinigung für Rechts und Sozialphilosophie), muestra, a nuestro parecer, a una *entidad* y un *órgano científico* en plena vitalidad.

La *selección* de los trabajos, a través de la consulta a un *comité de referencia (arbitraje)*, se ajusta a los requisitos que se exigen para las publicaciones científicas de alto nivel. La *pluralidad* de perspectivas, en los campos de las ideas (en cuanto a temas y tendencias), el espacio y las generaciones que están representados, exhibe la riqueza de enfoques a que debe aspirarse en las publicaciones y las instituciones jusfilosóficas. Este número del anuario abarca dos grandes líneas temáticas de gran interés en nuestro tiempo, las referidas a la *tarea judicial* y al *concepto de derecho*. Están presentes consideraciones sistemáticas e históricas, cuyo equilibrio estimamos en general de gran significación. Quienes valoramos más la pregunta que la respuesta no podemos menos que congratularnos por la riqueza de los despliegues contenidos en nuestra publicación y manifestados también en nuestras reuniones, pues esa riqueza se concreta al hilo del apego a las preguntas.

*Ideas y Derecho* nutre al *diálogo filosófico* desde una amplio despliegue de participantes, incluyendo a los autores, que encuentran una manera de expresar sus rigurosas investigaciones, el resto de la comunidad jusfilosófica, que recibe ricos estímulos para la reflexión y la sociedad en general, cuya vida jurídica se enriquece con valiosos aportes que brinda la Filosofía del Derecho.

Para la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho es motivo de gran satisfacción poder incluir en los números de su anuario los trabajos distinguidos con el *Premio al Joven Investigador*. En este caso, se trata de los aportes de Eduardo Roberto Soderó (2003) y Hernán Bouvier (2004). Dado que las XVIII Jornadas de Filosofía del Derecho, realizadas en Buenos Aires en 2004, fueron argentino-chilenas, el Anuario incluye con especial satisfacción el trabajo del colega de la Pontificia Universidad Católica de Chile Raúl Madrid Ramírez.

La amplia aceptación del anuario en la comunidad jusfilosófica es un valioso aporte que asegura la *continuidad* del pensamiento referido a la disciplina en toda la región. *Ideas y Derecho* contribuye, con una perspectiva argentina y de valiosa proyección exterior, a la *universalidad* del diálogo jusfilosófico que, según nuestra aspiración, ha de incorporar a todos los ámbitos del Planeta. La Jusfilosofía, sobre todo si incluye aportes de todas las ideas, las regiones y las generaciones, es una contribución a la universalización, superadora de la globalización/marginación, que consideramos alienante y destructiva.

2. El artículo de Alicia E. Ruiz se refiere, con criterios que en general compartimos, a *La politicidad de la función judicial o la cara oculta del derecho*, un tema de permanente interés en la jusfilosofía. La profesora de la Universidad de Buenos Aires afirma, remitiéndose a Hans Kelsen, que “Todo conflicto jurídico es, por cierto, un conflicto de intereses, es decir, un conflicto de poder, toda disputa jurídica es consecuentemente una controversia política, y todo conflicto que sea caracterizado como conflicto político o de intereses o de poder *puede ser resuelto como controversia jurídica*”. Refiriendo opinión de Carlos Cossio indica que siempre todos estamos involucrados en lo que hacen los buenos y los malos jueces, “no tan sólo, por lo que pudiera percibirse a primera vista, sino mucho más porque todos ellos, día a día y hora tras hora, hacen algo por las derechas o las izquierdas, y también por la democracia o el totalitarismo, al gravitar sobre la vida social en forma específica, como agentes del Derecho”.

En los párrafos finales de su estudio afirma la profesora Ruiz que una sociedad enfrentada a crisis de dimensiones extraordinarias no encuentra solución por vía de uno solo de los subsistemas jurídico, político, económico que la componen sino a través de respuestas con-

comitantes y en paralelo de todos ellos. Esto es lo que hace que las sentencias resulten insuficientes para satisfacer aquello que se demanda.

3. En una línea de interés relativamente análoga a la de Alicia E. Ruiz, el profesor emérito de la Universidad Nacional Autónoma de México Rolando Tamayo se refiere a *El Derecho y el problema de su indeterminación*. Su valioso aporte es la versión de la conferencia que dictó en las XIII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social (La Falda, Córdoba, 7-9 de octubre de 1999).

El propósito de Rolando Tamayo en este ensayo es demostrar por qué, y hasta qué punto, el derecho (*i. e.* cualquier orden jurídico), en fuerte analogía con las partículas en la mecánica cuántica, padece de indeterminación insuperable de sus entidades. Indica que lo que los jueces hacen, *quæ iudices*, es parte de lo que el derecho es. De ahí que una apropiada descripción del derecho tiene que dar cuenta de lo hacen los jueces. Los jueces dicen lo que el derecho dice y, con ello, determinan lo que el derecho es.

Afirma Tamayo que los órdenes jurídicos son conjuntos más bien complejos, cuya complejidad resulta de la interdependencia recíproca de sus entidades (*i. e.* normas). El derecho –valga la paráfrasis– es un *pannomion dynamikon*. La tesis que subyace detrás de este ensayo es que el derecho es la “unión de actos de creación y actos de aplicación del derecho”.

Sostiene el profesor de México que en fuerte analogía con la mecánica del cuántum, en el derecho, lo que se revela por una observación activa no es un dato absoluto, sino un *theory-laden datum* (*i. e.* un dato relativizado) por la interpretación dada por los órganos de aplicación del derecho.

4. El valioso artículo de Eduardo Roberto Soderó se denomina *Sobre el cambio de los precedentes*. Se trata de un tema de gran interés, especialmente en nuestros días en que se afirman la revalorización de la tarea judicial y su dinámica y se desarrollan los contactos entre el Derecho continental romano justiniano y el common law.

La intención de Soderó es formular reflexiones acerca de la observancia y el cambio, modificación o apartamiento de los precedentes. Expresa el autor que constituye un precedente a los fines de la inter-

pretación jurídica toda decisión judicial anterior que tenga alguna relevancia para el juez que debe resolver el caso.

Todo juez llamado a decidir un caso ya resuelto por fallos anteriores puede y debe someter los precedentes a un test de fundamentación racional, y decidir independientemente, según su convicción formada en conciencia, si la interpretación expresada en el precedente, la concretización de la norma o el desarrollo judicial del derecho son acertados y están fundados en el derecho vigente. Por tanto, el juez no debe aceptar, en cierto modo “ciegamente”, el precedente. No sólo está facultado sino incluso obligado a apartarse de él si llega a la convicción de que contiene una interpretación incorrecta o un desarrollo del Derecho no suficientemente fundamentado o si la cuestión rectamente resuelta para su tiempo tiene que ser hoy resuelta de otro modo a causa de un cambio en la situación normativa o de todo el orden jurídico.

Sodero clasifica los alcances de los precedentes y se pregunta por ejemplo, a qué obliga un precedente obligatorio, qué es lo que obliga de un precedente obligatorio y con qué efectos se cambian los precedentes. El tema final es la aplicación temporal de los nuevos precedentes, con dos posibilidades –prospectividad o retroactividad–, cada una de las cuales presenta argumentos en favor y en contra.

Entiende el autor de este trabajo que más allá de la materia concreta de que se trate, y de encuestas en la jurisprudencia y en la literatura, ninguna fórmula podrá expresar suficientemente la respuesta para esta problemática, y por ello prefiere quedarse con la idea directriz de que la aplicación en el tiempo de los nuevos criterios jurisprudenciales ha de demandar el ejercicio de una especial prudencia, orientada por el sentido de justicia que exige evitar las consecuencias sustancialmente inequitativas, teniendo siempre en claro que no se podrán pretender aquí respuestas generales y a priori, ni tampoco dotadas de certezas absolutas, pues nos encontramos ubicados en un campo que explicita paradigmáticamente la naturaleza práctica de la razón jurídica, lo cual habilita a recordar la advertencia oportuna de Martin Kriele al sentenciar que si se separan [...] el Derecho y la razón práctica no se comprenden ni el Derecho ni la razón.

5. En el estudio *Derecho e interés. Sobre la (no) necesidad de los*

*derechos colectivos* Raúl Madrid Ramírez afirma que la pregunta por los derechos colectivos es inseparable del problema de la existencia de los sujetos colectivos, entidades transindividuales que actuarían como titulares de dichas exigencias. Sostiene que es necesario señalar que ésta es una pregunta estrictamente jurídica; no sociológica, ni cultural, ni empírica. Se interesa por la existencia de “subjetividades colectivas” que tengan atribuciones jurídicas asignadas en cuanto tal. Su intención es proponer, desde la pregunta por la existencia de sujetos jurídicos colectivos, una “tercera vía” –entre individualismo y colectivismo–, por la cual puedan aceptarse los derechos colectivos con un estatuto que permita sortear las objeciones formuladas a ambas corrientes.

Madrid Ramírez considera que (1) los derechos colectivos existen y son incluso necesarios para el ejercicio de los derechos individuales, en razón de que (2) puede demostrarse la existencia de sujetos colectivos que son en parte distintos y en parte iguales a los derechos del individuo; no constituyen una simple metáfora o una graciosa concesión del ordenamiento jurídico, sin perjuicio de que (3) su intervención resulta indispensable para consagrarlos determinadamente en su titularidad y en su contenido, (4) sin las cuales es imposible, en su opinión, ejercerlos, y todavía más, (5) parece inalcanzable cualquier pretensión de certeza jurídica asociada a sus pretensiones.

6. El aporte de Jorge L. Rodríguez, de la Universidad Nacional de Mar del Plata, se refiere a *Constitución y conflictos*. El autor indica que no le parece legítimo que las opciones sean justificar la existencia de una jerarquía completa, en abstracto y definitiva, entre los derechos fundamentales o aceptar que la resolución de conflictos entre ellos es relativa a cada caso particular, sin posibilidad de universalizar los criterios de decisión y, en consecuencia, que no sólo resulta discrecional sino directamente arbitraria. Destaca, a nuestro parecer con acierto, que resta un pequeño pero valioso terreno entre estas dos opciones, por cuya conquista debe lucharse cotidianamente, con sensatez y buen juicio, para decisiones seguramente controvertibles, pero apoyadas por razones sujetas al control intersubjetivo.

7. Hernán Bouvier (SECYT, Universidad Nacional de Córdoba) se refiere a *Razones, reglas e interpretación. El regreso del legislador racional en el ámbito de la filosofía del derecho*. Afirma que aunque

puede ser cierto que la noción de razón constituye una categoría central para el análisis de las reglas jurídicas, de ella se han extraído conclusiones injustificadas. Asimismo sostiene que eso ha determinado en un sentido importante la revitalización de una antigua presuposición contraria al espíritu del iuspositivismo clásico: la idea del legislador racional. Trata de mostrar que quienes han dado este salto injustificado han confundido la noción de razón necesaria para interpretar un lenguaje (que llama *razón conceptual*), con la idea de razón práctica (que aquí llama *razón evaluativa*).

En definitiva afirma, por ejemplo: *i*) que el mal empleo de la noción de razón en el terreno del derecho ha reavivado la idea de *legislador racional*; *ii*) que la idea de *legislador racional* contiene una carga *ideológica* que pretende esconder la efectiva forma en que se realizan los procesos de decisión colectivos; *iii*) que dicha asunción impide utilizar la noción básica de la *guillotina de Hume*; *iv*) que la *guillotina de Hume* es importante tanto para quien desea limitarse a describir fenómenos sociales sin evaluarlos, como para quien pretende describirlos con el propósito de indicar o poner al descubierto las forma de poder y control social que se esconden tras la retórica jurídica; *v*) que es falso que para interpretar un lenguaje jurídico deba presuponerse más cosas que lo que llama *razones conceptuales*; *vi*) que la confusión entre *razones conceptuales* y *razones evaluativas* puede ser vista como una revitalización del legislador racional, *i. e.* la creencia según la cual el legislador siempre tiene en cuenta las circunstancias a las cuales se aplica la regla y formula en base a ello un balance de razones que se concreta en el dictado de una regla con razones subyacentes.

8. José Antonio Seoane, profesor titular de la Universidade da Coruña, efectúa *Una revisión crítica de la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy*. Afirma Seoane, en su relevante trabajo, que en la actualidad, algo más de veinticinco años después, es posible y conveniente realizar un balance de las aportaciones y de las deficiencias de la teoría alexyana de la argumentación jurídica, y de su contribución al pensamiento jurídico contemporáneo.

Expresa Seoane que Alexy se halla ante el abismo de la realidad, y no aclara este último paso. Su teoría de la argumentación jurídica nos ha conducido hasta allí –lo que no es poco–, pero ante el momento de la decisión se detiene. Y ha de detenerse porque la noción de

corrección que postula es meramente procedimental y no resulta operativa más allá del discurso. Se trata de una *corrección intradiscursiva*, en la que las reglas del discurso son los únicos criterios de la corrección. Ha conseguido reducir el riesgo de irracionalidad y garantizar la no incorrección del resultado. Pero su meritoria aportación no zanja la cuestión de la racionalidad de las decisiones jurídicas.

Manifiesta Seoane que la teoría de la argumentación jurídica de Alexy podría satisfacer el momento deontológico o kantiano, pero desconoce el momento precomprensivo, prejudicativo o intuitivo, al menos en su etapa previa a la reflexión racional, y el momento prudencial. Afirma que tal vez la más destacada contribución de Alexy es la tesis de la pretensión de corrección, núcleo de su concepto no positivista del Derecho y de la tesis de la conexión entre Derecho y moral, pormenorizadamente expuesta con delicadas distinciones analíticas<sup>1</sup>, sin

<sup>1</sup> El mayor impulso lo ha recibido en el intercambio crítico con Eugenio Bulygin. Cfr. ALEXY, R., *Bulygins Kritik des Richtigkeitsarguments*, en GARZÓN VALDÉS, E.; KRAWIETZ, W.; VON WRIGHT, G. H.; ZIMMERLING, R. (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift für Carlos E. Alchourrón und Eugenio Bulygin*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, ps. 235-250. Traducción de GAIDO, P., *La crítica de Bulygin al argumento de la corrección*, en ALEXY, R.; BULYGIN, E., *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre Derecho y moral*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, ps. 53-84 (Se trata de la respuesta a BULYGIN, E., *Alexy und das Richtigkeitsargument*, en AARNIO, A.; PAULSON, S. L.; WEINBERGER, O.; VON WRIGHT, G. H.; WYDUCKEL, D. [Hrsg.], *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz* cit., ps. 19-24. Trad. de GAIDO, P., *Alexy y el argumento de la corrección*, en ALEXY y BULYGIN, *La pretensión de corrección del derecho...* cit., ps. 41-51). ALEXY, R., *On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique*, en *Ratio Juris* 13/2 (2000), ps. 138-147. Trad. de GAIDO, P., *Sobre la tesis de una conexión necesaria entre Derecho y moral: la crítica de Bulygin*, en ALEXY y BULYGIN, *La pretensión de corrección del derecho...* cit., ps. 95-115 (Se trata de la respuesta a BULYGIN, Eugenio, *Alexy's Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality*, en *Ratio Juris* 13/2 (2000), ps. 133-137. Traducción de GAIDO, P., *La tesis de Alexy sobre la conexión necesaria entre el Derecho y la moral*, en ALEXY y BULYGIN, *La pretensión de corrección del derecho...* cit., ps. 85-93). Merecen también ser mencionadas otras obras en las que Alexy ha intentado perfilar su doctrina sobre la pretensión de corrección y su significado para el concepto de Derecho. De todas ellas destacaría ALEXY, R., *Giustizia come correttezza*, trad. de CELANO, B., *Ragion pratica* 9 (1997), ps. 103-113, y *Recht und Richtigkeit*, en KRAWIETZ, W.; SUMMERS, R. S.; WEINBERGER, O.; VON WRIGHT, G. H. (eds.), *The Reasonable as Rational? On Legal Argumentation and Justification. Festschrift für Aulis Aarnio*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, ps. 3-19.

descuidar su proyección práctica, en particular a través de la fórmula de Radbruch. Indica Seoane que la cuestión qué es el Derecho ha sido detalladamente respondida a través de un tridimensional concepto no positivista de Derecho.

Destaca Seoane que en todo caso, más allá del mérito de contribuir a situar en primer plano la presencia de valoraciones en los procedimientos de interpretación y aplicación del Derecho, y la necesidad de su justificación racional, ha de subrayarse el análisis de la función de la dogmática y el precedente en la argumentación jurídica. Indica asimismo que conservan indiscutible vigencia algunas de las reglas del discurso: las reglas de razón, o las reglas de transición, de notable utilidad y eficacia en la argumentación de los órganos judiciales.

9. La contribución del profesor Ernesto Grün plantea *Algunas reflexiones sobre la memética y su aplicación al Derecho. Una nueva manera de ver diferentes aspectos de la práctica, la ciencia y la Filosofía del Derecho*. El propósito principal del trabajo es motivar para que en nuestros ámbitos académicos y de investigación se tome en cuenta la memética, como un ángulo de mirar la cultura, su evolución y desarrollo, digno de ser utilizado en el ámbito de lo jurídico. El profesor Grün indica que muchos temas referentes a la historia, la sociología y la psicología jurídicas, como también de la teoría del derecho y práctica jurídica pueden ser clarificados o, por lo menos, vistos así desde una perspectiva nueva. El autor se refiere a Eilan Moritz considerando que es totalmente posible que muchos eventos políticos, económicos y sociales puedan ser entendidos y posiblemente controlados mediante una comprensión del proceso de distribución y replicación de entidades culturales. Entiende que, si ello es así, la importancia de esta nueva disciplina para todo lo concerniente al derecho puede ser muy significativa. Considera que el enfoque memético puede ayudar a entender mejor cómo se generan y mutan, realmente, más allá de los enfoques meramente racionales, las normas, instituciones y doctrinas jurídicas y también puede ayudarnos a encauzar en una forma más adecuada la evolución del derecho tal como hoy en día se está comenzando a encauzar la evolución genética humana.

10. El aporte de Andrés Botero Bernal consiste en *Una aproximación histórico-filosófica al pensamiento de David Hume: sus ideas*

*acerca de la justicia, la propiedad y lo judicial.* Afirma Botero Bernal que en la actualidad existen varios trabajos académicos y enunciados de investigadores que pretenden ver en David Hume un filósofo del derecho, basándose para ello en los juicios de corte jurídico que el escocés hace a lo largo de su obra. En el artículo se analizan dichos juicios y argumentos para concluir que éstos no pueden ser interpretados por fuera del contexto jurídico-político del autor, lo cual daría lugar a sostener que su pensamiento referido a lo jurídico correspondía al modelo en el cual puede inscribirse al Common Law del XVIII, lo que permite afirmar que Hume no propone una modificación sustancial de lo jurídico, y que sus reflexiones son consecuencia de una visión institucional arraigada de tiempo atrás en Inglaterra.

Rosario, noviembre de 2005

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI  
Profesor titular UNR  
Investigador del CONICET



## RAZONES, REGLAS E INTERPRETACIÓN

### El regreso del *legislador racional* en el ámbito de la filosofía del derecho

por HERNÁN BOUVIER\*

...qué maneras más curiosas de recordar  
tiene uno [...] hoy recuerdo *mariposas*,  
que ayer sólo fueron humo, mariposas,  
mariposas, que emergieron del oscuro...

RODRÍGUEZ, SILVIO, *Mariposas*

#### I. Introducción

En el último tercio del siglo XX se ha insistido sobre la utilidad y rendimiento teórico de dar cuenta de las reglas jurídicas en términos de razones. Un subgrupo de teóricos del derecho considera que la noción de razón, por un lado, otorga una dimensión explicativa sobre el fenómeno práctico del derecho y, por el otro, que esa noción es conceptualmente primordial con respecto al de regla. Entender las reglas jurídicas en función de las razones que les subyacen (o en función de las razones que aquéllas desplazan) ha sido asumido –en este subgrupo de teóricos– como una categoría central a partir de la cual dar cuenta de diferentes fenómenos centrales del derecho como el de la autoridad o de la interpretación de las normas jurídicas. El

\* SECYT, Universidad Nacional de Córdoba.

HERNÁN BOUVIER

---

alcance y rendimiento de la categoría de razón, sin embargo, no siempre ha sido utilizado de forma consecuente. Es posible sostener que algunos teóricos han extraído conclusiones injustificadas con respecto a la forma en que ella debe utilizarse. La adopción de la idea de razón como central en la empresa teórica ha llevado a suponer que todo derecho y toda regla no puede ser entendida sin la noción de razón. En este sentido, el derecho y las reglas jurídicas serían para todo caso una función de un grupo de razones que o bien hay que presuponer o bien hay que encontrar. Cualquiera sea el caso –se sostiene– no puede darse cuenta del fenómeno práctico del derecho y de las reglas jurídicas sin la noción de razón. En este trabajo se tratará de mostrar que un subgrupo de quienes sostienen o bien la necesidad de presuponer razones, o bien la necesidad de encontrar razones, ha incurrido en un *non-sequitur* con respecto a los puntos teóricos de partida. Este salto en el razonamiento será llamado aquí *non-sequitur interpretativo*. Se pretende sostener que aunque puede ser cierto que la noción de razón constituye una categoría central para el análisis de las reglas jurídicas, de ella se han extraído conclusiones injustificadas. Asimismo se sostendrá que ello ha determinado en un sentido importante la revitalización de una antigua presuposición contraria al espíritu del iuspositivismo clásico: la idea del legislador racional. Se tratará de mostrar que quienes han dado este salto injustificado han confundido la noción de razón necesaria para interpretar un lenguaje (que aquí se llamará *razón conceptual*), con la idea de razón práctica (que aquí se llamará *razón evaluativa*). Se sostendrá principalmente que esta confusión:

- i) proviene de una mala interpretación de nociones fundamentales de la teoría del lenguaje (paradigmáticamente de la doctrina de Donald Davidson);
- ii) impide la posibilidad de describir el derecho;
- iii) juega un cierto rol *ideológico* en la medida en que atribuye a los procesos de decisión colectivos (como los de sanción de una ley) una propiedad de racionalidad de la cual ellos carecen o pueden carecer.

Asimismo se tratará de mostrar que este *non-sequitur*, originado por la mala interpretación de ciertas teorías del lenguaje, no es atribuible

—como creen algunos positivistas— a la noción más refinada del ius-naturalismo actual, encarnada en la figura de John Finnis. Aquí no se tratará de defender la doctrina de Finnis sino de indicar en qué sentido la idea de razón e interpretación puede ser bien o mal entendida, y por qué se considera que el *non-sequitur* que puede atribuirse a algunos teóricos (paradójicamente iuspositivistas) no es atribuible a autores como Finnis.

Por último se tratará de señalar que la *ideología* del legislador racional pone en riesgo precisamente la posibilidad de detectar y denunciar el paso de premisas descriptivas a prescriptivas (del ser al deber ser). La subestimación o el olvido de la famosa *guillotina* de Hume no sólo impide la actividad teórica de quien (como el caso de los iuspositivistas exclusivos, o iuspositivistas a secas) considera como un *valor* la posibilidad de describir fenómenos sociales sino también de quienes creen (como en el caso de los filósofos críticos del derecho) que lo interesante es contar con herramientas a partir de las cuales detectar y denunciar los actos de ejercicio de poder y los espacios a través de los cuales se ejercita violencia y control y se encubre esta práctica bajo el eufemismo de la *racionalidad*.

Se sostendrá en definitiva:

- i) que el mal empleo de la noción de razón en el terreno del derecho ha reavivado la idea de *legislador racional*;
- ii) que la idea de *legislador racional* contiene una carga *ideológica* que pretende esconder la efectiva forma en que se realizan los procesos de decisión colectivos;
- iii) que dicha asunción impide utilizar la noción básica de la *guillotina de Hume*;
- iv) que la *guillotina de Hume* es importante tanto para quien desea limitarse a describir fenómenos sociales sin evaluarlos, como para quien pretende describirlos con el propósito de indicar o poner al descubierto las formas de poder y control social que se esconden tras la retórica jurídica.

## II. La idea de razón subyacente en *Frederick Schauer*

Una de las utilizaciones más refinadas de la noción de razón en el

HERNÁN BOUVIER

---

terreno del derecho es aquella presentada por Frederick Schauer<sup>1</sup>. Según este autor, toda regla posee un conjunto de razones subyacentes que tarde o temprano (y esto dependerá de qué modelo de *decisión* se adopte) generarán el efecto de *sobre* y *subinclusión* con respecto a las consecuencias elegidas como relevantes por la regla. Así, una regla de tránsito que prohíbe superar los 60 km por hora y que posee como razón subyacente la protección de la integridad de los transeúntes y ciudadanos en general, será *sobreincluyente* en el caso de una ambulancia que necesita transportar a un herido imprimiendo a la ambulancia una velocidad mayor a los 60 km, y será *subincluyente* en el caso de aquellos que manejan bajo esa velocidad pero poseen, por ejemplo, propensión a sufrir ataques epilépticos o desmayos en estaciones de elevada temperatura. La *pretensión* de la regla (sus razones subyacentes) perseguía, de una forma u otra, evitar accidentes y maximizar la integridad física en el tráfico. Claramente esa justificación subyacente no se satisface ni en el caso de la ambulancia (la regla incluye algo que de acuerdo a la justificación subyacente *debería* no ser comprendido por ella, de ahí la *sobreinclusión*), ni en el caso de quien sufre desvanecimientos repentinos (la regla no incluye un caso que de acuerdo a la máxima “maximicemos la seguridad en las calles” *debería* estar incluido, de ahí la *subinclusión*).

Es importante señalar que Schauer concibe a la posibilidad de *sobre* y *subinclusión* como una característica constitutiva, estructural o endémica de un sistema de reglas jurídicas que pretende guiar el comportamiento de otros (sean éstos jueces o ciudadanos).

La posibilidad de evitar la tensión potencial o actual que se suscita entre razones subyacentes y consecuencias previstas por una regla no dependerá, en todo caso, de la existencia o no de razones subyacentes (ya que ellas siempre están presentes) sino de la actitud que se decida adoptar frente a esta tensión. Básicamente puede optarse por: i) un

<sup>1</sup> SCHAUER, F., *Playing by the rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life* (Oxford: Clarendon Press, 1991). Recientemente traducida al español con estudio preliminar de Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez con el título *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basadas en reglas en el derecho y la vida cotidiana* (Marcial Pons, Madrid, 2004).

modelo opaco de las reglas con respecto a sus razones subyacentes (modelo *atrincherado* de las reglas o *basado en reglas*), ii) un modelo permeable o transparente con respecto a las razones subyacentes (modelo no atrincherado o *particularista*). Lo que no elimina en ningún caso esta presentación es la existencia para todo caso de dichas razones subyacentes. En todo caso el aplicador, o un grupo de personas, puede tomar las reglas *como* si fueran opacas con respecto a las razones subyacentes. La elección por uno u otro modelo, por tanto, no es impuesta por *la ausencia* de razones subyacentes (lo cual impondría tomar sólo las reglas y sus consecuencias con independencia de toda otra consideración) sino por la postura o decisión que se tome con respecto a qué modelo sería más conveniente adoptar en un Estado de Derecho<sup>2</sup>.

Es decir, dado que se generará una tensión entre tomar un modelo basado en reglas o uno particularista, la elección por uno de ellos deberá decidirse a través de las razones que justifican tener uno u otro modelo.

La adopción del primer modelo (*atrincherado* u opaco con respecto a las razones subyacentes) posee una ventaja y una desventaja:

- i) la *ventaja* consiste en que el legislador elige un preciso estado de cosas (no viajar a más de 60 km por hora) que concuerda (pero no se superpone completamente) con las razones subyacentes, e impide que se reabra (al nivel de aplicación del derecho) el balance de razones sobre los estados de cosas que maximizarían la satisfacción de las razones subyacentes. En este sentido, se clausura la posibilidad de decisión discrecional del juez y se impide que un órgano no elegido democráticamente decida sobre

<sup>2</sup> Esto, a su vez, pone la discusión en términos de dos opciones: aquella que sostiene que hay buenas *razones* para tener en cuenta las *razones subyacentes* versus aquella que sostiene que hay buenas *razones* para basarse en un modelo de reglas. Esta distinción da lugar en el autor a dos tipos de justificaciones o razones en *favor* de los modelos: la justificación *sustantiva* y la justificación para *generación de reglas*. Según la definición del propio autor:

“[la] *justificación sustantiva* determina las razones que sustentan u objetivos que subyacen a la regla [...] [la] *justificación para la generación de reglas*, suministra el fundamento para especificar la justificación sustantiva en forma de regla”. SCHAUER, ob. cit., p. 94 de la versión inglesa, p. 154 de la versión española.

HERNÁN BOUVIER

---

cuestiones privativas del Poder Legislativo<sup>3</sup>. Las ventajas *políticas*, en este sentido, consisten en que, en primer lugar, se evita la delegación de Poder Legislativo clausurando la reapertura del balance de razones por parte del juez; en segundo lugar, se refuerza el ideal de *certeza* o *seguridad jurídica*. Mediante reglas claras y precisas se favorece que el ciudadano conozca de antemano en forma exhaustiva cuál es el estado de cosas que debería evitar o al cual debe ajustar su conducta;

- ii) la *desventaja* consiste precisamente en el fenómeno de la *sobre* y *subinclusión*. Siempre podrán suscitarse casos extravagantes en que resulte costoso adoptar un sistema de reglas atrincherado. En el caso de la *sobreinclusión* porque se estima que existe un estado de cosas que debería ser excluido del alcance de la norma; en el caso de la *subinclusión* porque se estima que algo que no cae bajo el alcance de la norma *debería* (de acuerdo a sus razones subyacentes) estar incluido en ella. La desventaja precisamente consiste en que existen estados de cosas que se querría favorecer o desalentar pero que, dada la técnica de atrincheramiento y opacidad, son regulados de forma *subóptima*<sup>4</sup>.

Por el contrario, el segundo modelo (no atrincherado o no focalizado en decisiones en base a reglas) puede considerar que la satisfacción de las razones subyacentes es un valor supremo por lo cual se justifica adoptar fórmulas legislativas que en vez de precisar un estado de cosas de forma exhaustiva, se limite a expresar más o menos claramente las razones o valores que se pretende favorecer. Así, por ejemplo, se puede

<sup>3</sup> Ésta es paradigmáticamente una de las formas en que puede discutirse en el terreno de la Filosofía Política y el Derecho Constitucional el problema del argumento *contramayoritario* o del *activismo judicial*. Es decir, la posibilidad y conveniencia de que los jueces tomen para sí potestades que deberían estar en manos de órganos democráticos. Cfr. GARGARELLA, Roberto, *Los jueces frente al "coto vedado"*, en *Revista Discusiones*, Nº 1, Ed. de la Universidad Nacional del Sur, 2000, ps. 53-65. En lo que concierne a la relevancia de la discusión en el ámbito constitucional puede verse FERRERES COMELLA, Víctor, *Una defensa de la rigidez constitucional*, en *Revista Doxa* 23, Universidad de Alicante, 2000, ps. 29-49.

<sup>4</sup> Sobre el carácter subóptimo de las reglas, cfr. SCHAUER, ob. cit., ps. 100-101 versión inglesa y 160-161 versión española.

optar por cambiar la técnica legislativa, abandonando el modelo de las reglas y formulando un principio que (en nuestro ejemplo) tendría el siguiente contenido “deben sancionarse los actos que pongan en peligro o efectivamente dañen a transeúntes y automovilistas en el tráfico” o “debe maximizarse la seguridad en el tráfico”. La adopción del segundo modelo también posee un grupo claro de ventajas y un grupo claro de desventajas:

- i) como *ventaja*, elimina el efecto de *sobre y subinclusión* toda vez que una fórmula con una amplitud tal está en condiciones de lidiar o solucionar correctamente los casos extravagantes, incluyendo casos como el de las personas con problemas de salud que no deberían conducir (que en el modelo anterior quedaban fuera del alcance de la regla) y excluyendo casos como el de la ambulancia (que en el modelo anterior eran alcanzados por la regla);
- ii) como *desventaja* aparece precisamente la negación de las dos ventajas del modelo anterior. En primer lugar se delega a un órgano no-legislativo la posibilidad de decidir cuál sería el estado de cosas que corresponde a una fórmula amplia como “maximizar la seguridad en el tráfico”. En segundo lugar se compromete seriamente la seguridad jurídica o certeza ya que no es posible conocer *ex ante* y de forma precisa cuáles serían los estados de cosas que el ciudadano debería perseguir o evitar. Por último, y como consecuencia de lo anterior, se compromete seriamente la *autonomía* individual de las personas ya que no se les informa previamente de las reglas y condiciones a partir de las cuales podrían diseñar un cierto plan de vida<sup>5</sup>.

Esquemáticamente podrían compararse ambos modelos mediante un cuadro en donde los signos positivos (+) aparecen simbolizando las ventajas y los negativos (–) las desventajas.

<sup>5</sup> Es decir, no se provee de reglas claras, prospectivas, públicas e irretroactivas que es, en parte, lo que intentan favorecer tanto el artículo 18 como 19 de la Constitución Nacional. Sobre la relación entre certeza, autonomía y plan de vida puede consultarse, en el marco de esta discusión a BAYÓN, Juan Carlos, *Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado Constitucional*, en *Jueces para la Democracia*, Nº 27, noviembre, 1996.

HERNÁN BOUVIER

---

Así:

	Modelo opaco o atrincherado (basado en reglas)	Modelo no atrincherado o transparente (basado en principios)
Satisfacción de las razones subyacentes	-	+
No delegación de Poder Legislativo a los jueces	+	-
Certeza o seguridad jurídica	+	-

Como se ha dicho previamente, esta presentación de las opciones entre dos modelos pretende retratar una cierta tensión y dilema frente al cual se debe decidir: si el modelo que protege y favorece las razones subyacentes elegidas por el legislador, que otorga poder a los jueces y que pone en riesgo la seguridad jurídica; o aquel que no siempre satisface la justificación subyacente, no delega poder a los órganos de aplicación y favorece la certeza o principio de legalidad en sentido amplio. Basta aquí decir que la obra de Schauer está dirigida a apuntalar una defensa del modelo basado en reglas opacas a sus razones subyacentes. No obstante, no es éste el punto donde querría detenerme sino más bien en los elementos a partir de los cuales Schauer realiza este tipo de análisis y el tipo de *entidades* que el autor presupone existentes en *todo* análisis del derecho.

Puede decirse que la *ontología* de Schauer presupone al menos tres tipos de entes o elementos en el ámbito del derecho:

- i) razones subyacentes o propósitos perseguidos por el legislador;
- ii) reglas opacas a estas razones o propósitos;
- iii) principios o normas no opacas a las razones.

Es fácil ver que el modelo de Schauer sostiene que para *todo caso* las reglas poseen un propósito o razón subyacente que podrá ser o no tomado en cuenta de acuerdo al modelo que se decida adoptar. En ningún caso se prevé la posibilidad de reglas dictadas irracionalmente, a ciegas, sin conocimiento de propósitos, o sin la previsión de ciertos

finés u objetivos a proteger o alcanzar. Se excluye, en definitiva, reglas sin razones subyacentes. Éste puede considerarse el primer paso hacia la revitalización de la idea del legislador racional. Toda norma, cualquiera sea el caso, tendrá una razón subyacente, la cual, por motivos políticos, morales o prudenciales podemos elegir dejar de lado (adoptando un modelo de reglas atrincherado y opaco). No se sostiene que existen casos en que hay reglas que no tienen razones o que han sido emanadas sin la más mínima consideración de qué estado de cosas se querría favorecer. Se sostiene, en cambio, que siempre existen estas consideraciones las cuales podemos o no tomar como relevantes a la hora de decidir un caso y ello dependerá de los valores (certeza, autonomía, división de poderes, etc.) que se pretenda proteger. Se aduce, en definitiva, que no hay reglas sin razones. Más adelante se regresará sobre este argumento, tratando de mostrar cómo ello contribuye a una tergiversación (idealización) de la forma en que realmente son tomados los procesos de decisión colectiva y cómo un análisis tal impide dar cuenta o describir los casos (bastante usuales) en que el legislador obra por error, desinterés o desconocimiento del tipo de intereses o valores que está en definitiva favoreciendo. Excluye, en definitiva, distinguir entre lo que llamaríamos un buen legislador (reflexivo, abierto a la discusión y al balance de razones) y un mal legislador (aquel que no tiene en cuenta el conjunto de valores que se están en juego al momento de legislar)<sup>6</sup>. Previo analizar más detalladamente los posibles orígenes de esta posición por parte de Schauer, se analizará un discurso teórico que se encuentra en la misma línea de Schauer y que intenta extraer de esta teoría consecuencias concretas para la interpretación de determinadas instituciones jurídicas como el abuso del de-

<sup>6</sup> Como se verá, el análisis *à la Schauer* impide hacer uso, en primer lugar, de la conocida máxima según la cual *una cosa es el derecho, otra su mérito o demérito* (que para el caso debería transformarse en *una cosa son las reglas o leyes, otra es si efectivamente son el producto de una decisión racional o que tiene en cuenta razones*); en segundo lugar impide tomar en cuenta los casos en que el legislador es completamente inconsciente del tipo de valores (suponiendo que existan) o ideología que está favoreciendo, lo que constituye un elemento de análisis central para quienes creen que es posible que los funcionarios (y cualquier ciudadano en general) actúe como *vehículo inconsciente de poder* (Foucault). Es decir, actuando los intereses ajenos y fortaleciendo ciertas estructuras de poder sin notarlo.

HERNÁN BOUVIER

---

recho y el fraude a la ley. Me refiero al análisis que llevan adelante Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero en *Ilícitos Atípicos*<sup>7</sup> (de ahora en adelante *IA*).

### III. Reglas y principios en Atienza y Ruiz Manero

Tomando la estructura de Schauer previamente descripta los autores distinguen claramente entre dos tipos de normas: las reglas y los principios. Las reglas, a su vez, son subdivididas en dos tipos: las reglas de acción y las de fin. Las reglas de acción son pautas específicas de conducta que establecen mandatos o permisiones y detentan la siguiente estructura: un antecedente o condición de aplicación, que contiene un conjunto *cerrado* de propiedades (en el ejemplo de más arriba “velocidad máxima de 60 km por hora), y un consecuente o solución normativa con dos elementos, una acción o clase de acciones y su calificación deóntica (vgr. “obligatorio sancionar con multa de 200 a 1.000 pesos”)<sup>8</sup>. Las reglas de fin, por su parte, prevén como solución o consecuencia normativa no la realización de una acción (castigar, sancionar, etc.) sino la consecución de un cierto estado de cosas<sup>9</sup>. Para nuestro análisis bastará concentrarse en el primer tipo de reglas.

Por su parte, los principios son definidos, por oposición a las reglas, como normas que tienen por rasgo característico:

“...que en su antecedente o condición de aplicación no se contiene otra cosa sino la propiedad de que haya una oportunidad de realizar la conducta prescripta en el consecuente; y en este último se contiene una prohibición, un deber o permisión *prima facie* de realizar una cierta acción (en el caso de los principios en sentido estricto) o de

<sup>7</sup> ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., *Ilícitos Atípicos*, Trotta, Madrid, 2000.

<sup>8</sup> Esta forma de presentar las reglas como compuestos de condiciones de aplicación y soluciones puede encontrarse (de forma mucho más sofisticada) en la presentación de las normas que hacen Alchourrón y Bulygin como compuestos de casos genéricos y soluciones normativas. Conf. ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias sociales y jurídicas*, Astrea, Buenos Aires, 1975, p. 79. Sobre la noción de caso genérico *ibidem*, p. 59.

<sup>9</sup> ATIENZA y RUIZ MANERO, *IA* cit., ps. 16 y 17.

dar lugar a un cierto estado de cosas en la mayor medida posible (en el caso de las directrices o normas programáticas) [...] De esta forma, los principios –a diferencia de las reglas– no pretenden excluir la deliberación del destinatario como base de la determinación de la conducta a seguir sino que, bien al contrario, exigen tal deliberación...”<sup>10</sup>

Para estos autores, la diferencia central entre reglas y principios radica precisamente en que en el antecedente de la regla figuran condiciones cerradas, mientras en los principios figuran condiciones abiertas de aplicación las cuales fuerzan (o estimulan) la deliberación sobre el estado de cosas que se correspondería con el propósito del principio. Como segunda diferencia, mientras que las reglas estipulan la acción que se sigue como consecuencia de la verificación de las condiciones de aplicación (vgr. la consecuencia de sancionar, castigar, etc.), los principios estipulan consecuencias que tienen el peso o valor de deberes o calificaciones deónticas prima facie, es decir que se aplican en ausencia de otros principios que *derroten* al principio en cuestión<sup>11</sup>. Por otra parte, y en lo que a nuestra discusión interesa, los autores distinguen (como se ha visto en el párrafo citado) entre principios en *sentido estricto* y principios como *directrices o normas programáticas*. Los principios en sentido estricto tienen como función fundamental la de brindar la justificación subyacente a las reglas. Así la regla de velocidad

<sup>10</sup> ATIENZA y RUIZ MANERO, *IA* cit., ps. 18 y 19.

<sup>11</sup> La diferencia entre deberes absolutos y prima facie tiene origen en una distinción proveniente de la Filosofía Moral y atribuida a David Ross (aunque tributaria en realidad de las ideas de Prichard). Conf. ROSS, David, *Lo correcto y lo bueno*, trad. de Leonardo Rodríguez Duplá, Sígueme, México, 2001. La terminología ha sido adoptada también en el terreno del derecho con el propósito de dar cuenta de la distinción propuesta por Ronald Dworkin entre principios y reglas. Según Dworkin las reglas poseen una dimensión todo o nada (agotan el espacio lógico de aplicación) mientras los principios poseen una dimensión de peso que permite la relación de conflicto y superación entre ellos (derrotabilidad). También se ha pretendido hablar o reconstruir las reglas en términos de deberes prima facie y derrotabilidad. La literatura en ese sentido está comenzando a tornarse inabarcable. Al respecto puede verse, como mínimo, ALCHOURRÓN, Carlos E., *Para una lógica de las razones prima facie*, en *Análisis Filosófico XVI* (2) (1996), ps. 113-124. Resume con precisión el estado de la cuestión BAYÓN, Juan Carlos, *¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?*, en *Doxa* 24, 2001, ps. 35-62.

HERNÁN BOUVIER

---

máxima en el tráfico posee un principio en sentido estricto que le otorga justificación, según el cual “es valioso maximizar la seguridad en el tráfico” o, si se quiere “se deben minimizar las situaciones de peligro o daño a terceros”. Para los autores, la función primordial de los principios es otorgar la justificación subyacente a las reglas, lo cual los acerca todavía más a la posición de Schauer en el sentido de que afirman lisa y llanamente que las reglas poseen este aspecto subyacente del cual podremos luego (si nos parece importante) desembarazarnos tomando en cuenta sólo el estado de cosas *atrincherado* por la regla, desechando su base justificativa. Es esta concepción de las reglas la que les permite a los autores distinguir entre el elemento propiamente *directivo* de las normas y el aspecto *justificativo*. En sus palabras:

“...[habría] que distinguir entre el elemento propiamente directivo de las normas: su función de dirigir la conducta, y el elemento justificativo: lo que hace que la conducta prohibida aparezca como disvaliosa, la obligatoria como valiosa, y la permitida como indiferente. *Hay pues, una relación intrínseca entre las normas y los valores, puesto que el establecer, por ejemplo, la obligatoriedad de una acción ‘p’ implica necesariamente atribuir a esa acción un valor positivo...*”<sup>12</sup> (la cursiva es mía).

Aquello a lo que los autores refieren con la expresión “*lo que hace que la conducta aparezca como disvaliosa, valiosa, o indiferente*” es precisamente la idea de valor, razón o justificación subyacente. Es decir, aquello que subyace a toda directiva y que les permitirá decir luego, siguiendo a Schauer, que todas las reglas presentarán este defecto endémico o estructural de la *sobre y subinclusión* con respecto a las razones que motivaron su promulgación. Este compromiso teórico lleva a los autores a terminar asumiendo que:

“No se puede descartar la posibilidad de que en un determinado supuesto, lo que ordena (o permite) la regla difiera de lo ordenado o permitido por su justificación subyacente (el principio o principios de los cuales la regla es una especificación)”<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> *IA* cit., ps. 20-21.

<sup>13</sup> *IA* cit., p. 23.

Parece seguirse claramente de lo transcrito, y en especial de la parte resaltada, que los autores están dispuestos, al igual que Schauer, a partir del supuesto de que toda norma posee al menos un principio que le subyace o una razón que la justifica. Asumen, por tanto, que toda regla posee una razón, y que ella puede expresar un juicio de desaprobación (si es prohibitiva), de aprobación (si es obligatoria) o de indiferencia (si es permitida). Lo que no se ve hasta el momento es por qué si estamos comprometidos con la descripción de las normas emanadas del Poder Legislativo, tenemos que comprometernos con asumir que toda norma que expresa una obligación posee subyacentemente una razón o una base justificativa que el legislador ha tenido en cuenta al momento de emanar la norma. Parece perfectamente imaginable la situación de un Poder Legislativo que sancione leyes continuamente sin entender qué es lo que está sancionando, sin tener en cuenta las razones que favorece, o sin pensar en razón o estado de cosas alguno al cual favorecer o proteger. Parece totalmente posible contar con legisladores (malos legisladores, debe decirse) que sancionen leyes sin ningún mérito, razón o justificación. Una vez más, los actos de la legislatura son una cosa (y es eso a lo que debería limitarse a describir un teórico del derecho), sus méritos o deméritos, otra<sup>14</sup>. En la próxima sección se analizará la relevancia de la noción de razón en el ámbito de la interpretación del lenguaje, tratando de mostrar que el tipo de razones que son necesarias para interpretar el lenguaje de un tercero no tienen por qué suponer el tipo de razones en las que están pensando Schauer y Atienza-Ruiz Manero.

<sup>14</sup> Los autores pueden estar pensando, en cambio, en la idea de regla *como* razón que es tributaria del pensamiento de Hart, y más precisamente de la noción de regla del segundo Wittgenstein. Pero si ése fuera el caso (y sobre ello se regresará más adelante) la tergiversación es doble. Porque ni Hart ni Wittgenstein creen que *tras* la regla subsisten razones, sino más bien que la regla *es* una razón para quien la sigue, *i. e.* que ve un motivo para seguirla, y está dispuesto a partir de ella a formular un juicio de reproche ante el desvío o desobediencia. Este concepto de regla no incluye algo subyacente, o algo *en virtud* de lo cual una cosa deviene o se presenta como otra (una regla como función de sus razones subyacentes) sino la noción de identidad según la cual *tener* una regla es *tener* una disposición a seguirla y a criticar su desobediencia.

HERNÁN BOUVIER

---

#### **IV. El origen de la confusión. La necesidad de atribuir razones en la situación de interpretación**

##### a) *Razones conceptuales y razones evaluativas en la interpretación (Davidson). El non-sequitur interpretativo*

Luego del giro “postpositivista” de la filosofía anglosajona en los años cincuenta del siglo pasado se ha asumido –como respuesta a los desafíos escépticos– que la noción de interpretación y traducción de un lenguaje está íntimamente ligada con la necesidad conceptual de atribuir *razones* en el hablante o sujeto a ser interpretado<sup>15</sup>. En especial se considera que no es posible intentar interpretar un lenguaje (jurídico, o práctico en general) si no se parte de ciertos supuestos o atribuciones en las intenciones del hablante. Según este modo de ver las cosas, sería una empresa imposible tratar de averiguar el contenido semántico de un lenguaje sin partir de la base de que la persona interpretada asume, al menos, algunos de los presupuestos que el intérprete tiene en cuenta para construir su manual de traducción (para el caso, un texto de dogmática, o cualquier obra de doctrina que intente descifrar *qué quiso decir el legislador*). Se sostiene que, si se partiera de la base de que el hablante no cumple con ciertas condiciones mínimas del lenguaje, la actividad de interpretar constituiría un sinsentido y la caída en el escepticismo, inevitable. Es en este contexto que se enmarca, fundamentalmente, la obra de Donald Davidson y en especial dos de sus artículos que intentan, por un lado, salir del escepticismo y, por el otro, dar cuenta de los compromisos teóricos mínimos que se deben asumir a la hora de interpretar el lenguaje de un tercero<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Sobre el impacto del postpositivismo en el terreno del derecho: PATTERSON, Dennis, *Postmodernism*, en Dennis Patterson (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (Cambridge, Massachusetts: Blackwell, 1996). Sobre ese giro en el ámbito exclusivamente filosófico (con un análisis de la obra del segundo Wittgenstein y sus conexiones con Quine): HACKER, P. M. S., *Wittgenstein's Place in Twentieth-Century Analytic Philosophy*, Blackwell Publishers, Oxford, 1996, ps. 103-110, en donde se analiza concretamente lo que el mismo autor llama *el repudio del análisis*.

<sup>16</sup> Me refiero a DAVIDSON, D., *On the Very Idea of a Conceptual Scheme* (de ahora en adelante *OVICS*), en *íd.*, *Inquiries into Truth and Interpretation*, Clarendon Press, Oxford, 1984, ps. 183-198 y *A Coherence Theory of Truth and Knowledge* (de ahora en adelante *CTTK*), en *íd.*, *Truth and Interpretation. Perspectives on the Phi-*

Retomando la noción del principio de *Caridad* utilizada por Quine (que a su vez éste toma de Wilson)<sup>17</sup>, Davidson sostiene que se deben asumir ciertos presupuestos conceptuales o lógicos en el hablante interpretado. En especial, el principio de caridad incluye la atribución en el hablante de ciertas categorías que aquí se llamarán *conceptuales*. De acuerdo a ellas, debemos suponer que el hablante utiliza el principio de no contradicción y tercero excluido como lo hacemos nosotros, y que la información que da sobre el mundo es verídica (es decir, no padece de alucinaciones ni pretende, en general, engañarnos sobre las cosas a las cuales refiere o sobre las cosas en presencia de las cuales emite un sonido, señala, nombra o juzga). Por último, debemos interpretar el lenguaje de forma *teleológica o intencional*, es decir, en términos de qué quiso hacer la persona que se pretende interpretar. Aquí surgen dos posibilidades: o atribuimos al hablante la *intención o actitud proposicional* de describir el mundo (*i. e.* la expresión de una creencia) o atribuimos al hablante la *intención o actitud proposicional* de que cierto estado del mundo cambie en determinado respecto (*i. e.* la expresión de un deseo). Así, si el hablante expresa que no desea que los automóviles circulen a más de 60 km por hora debemos *presuponer* al menos (y esto luego puede ser refutado dependiendo de otras pruebas empíricas) que cuando dijo automóvil no se refería vehículos tracción a sangre (principio de identidad), que no está de acuerdo al mismo tiempo con que se circule y *no* se circule a más de 60 km (principio de no contradicción), que no ha intentado engañarnos, y que desea que el mundo cambie en *ese* aspecto. Es decir, que su expresión o acción se explica por su voluntad de que los vehículos no alcancen esa velocidad, y no, por ejemplo, por otra creencia mítica o irrazona-

*losophy of Donald Davidson*, Ernest LePore (ed.), Blackwell, Oxford, 1986, ps. 307-319. En realidad la teoría de Davidson enlaza estrechamente la teoría de la acción con la del lenguaje e interpretación. Los puntos básicos de la teoría de la acción en Davidson (con repercusión en *OVICS* y *CTTK*) se encuentran en *íd.*, *Actions Reasons and Causes*, en White, A. (ed.), *Philosophy of Action*, Oxford University Press, Oxford, 1969.

<sup>17</sup> Cfr. SANCHEZ DURÁ Y VIDARTE, V. S., *Interpretación: radical y cultural*, en DASCAL, M. (ed.), *Filosofía del Lenguaje II. Pragmática. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Trotta, Madrid, 1999, p. 172.

HERNÁN BOUVIER

---

ble. Presuponemos que la razón que subyace a esta expresión de deseos es que el individuo considera indeseable esa velocidad.

Puede verse hasta aquí qué rol juega en la situación de interpretación la atribución o presuposición de estos esquemas o categorías en el hablante (principio de no contradicción, identidad, veracidad, etc.). Si no pudiésemos partir de estos presupuestos, sino que pudiésemos partir del supuesto de que el hablante identifica mínimamente el mundo como lo hace el intérprete, y tampoco pudiésemos atribuir a sus deseos una cierta explicación en términos de lo que el sujeto quería y no quería que sucediese, sería imposible embarcarse en cualquier actividad teórica de interpretación<sup>18</sup>. Digamos que es necesario atribuir al hablante (o conjunto de hablantes) un *minimum* de racionalidad sin el cual no puede comenzarse la traducción. Llamemos a este conjunto de compromisos conceptuales *razones conceptuales o lógicas*. Como puede verse, ellas constituyen una serie de presupuestos *epistemológicos* a partir de los cuales elucidar qué significan (qué contenido tienen) las palabras o textos de otros<sup>19</sup>. Estas razones o presupuestos conceptuales, a su vez, pueden sólo utilizarse bajo ciertas restricciones. En especial las restricciones se refieren a qué o cuánto es admisible *atribuir o presuponer* en el hablante a la hora de interpretarlo. Si simplemente se presupusieran en el hablante *todas* nuestras categorías, creencias y convicciones, la línea entre descripción e invención (tergiversación de datos) desaparecería. Todo lo que al teórico le parece que *debería* tener el hablante se

<sup>18</sup> Para Davidson constituye una especie de contradicción (teórica) en los términos sostener que existe un lenguaje pero no es traducible: "...nada puede contar como evidencia de que cierta actividad o práctica no puede ser interpretada en nuestro lenguaje sin implicar, al mismo tiempo, una prueba de que en realidad ese lenguaje no es una instancia de comportamiento lingüístico..." [la traducción es mía, en el original: "...nothing could count as evidence that some form of activity could not be interpreted in our language that was not at the same time evidence that that form of activity was not speech behaviour..."]. Cfr. *OVICS* cit., p. 185.

<sup>19</sup> En realidad la teoría de Davidson se completa con dos principios más: el principio de *autonomía semántica* y el *principio del triángulo*. Cfr. ACERO, J. J.; BUSTOS, E. y QUESADA, D., *Introducción a la filosofía del lenguaje* (Madrid: Cátedra, Colección Teorema, 1989), ps. 235-239. No es necesario a los fines de este trabajo hacer referencia a ellos. Sí en cambio cabe aclarar, para evitar confusiones, que no existe relación entre la noción de autonomía semántica davidsoniana y la que tiene en mente SCHAUER, ob. cit., ps. 53-62 de la versión inglesa, ps. 113-122.

transformaría en *todo* lo que el hablante piensa o cree. No habría, en definitiva, distinción entre creencias y mundo, entre hipótesis y realidad. En palabras de Acero, Bustos y Quesada:

“El intérprete ha de imputar al hablante aquellas creencias e intenciones que optimizan el mutuo acuerdo sobre cuál sea la causa racional de la preferencia. Es decir, el Principio de Caridad le pide al intérprete que atribuya al hablante las creencias e intenciones que constituirían para el primero una racionalización de la preferencia. Obviamente este principio es válido dentro de ciertos límites, y la primera restricción a que ha de someterse es la que no nos lleve a pensar que el hablante tiene deseos y/o creencias explícitamente contradictorios, y que lo sabe. Si se alcanzase una conclusión así, habría que admitir que el intérprete había cometido algún error en sus asignaciones previas, y sería forzoso proceder a su localización. Por otro lado, este principio tampoco nos abre las puertas a atribuir al hablante cualesquiera creencias y deseos, y por consiguiente cualquier atribución tal está siempre *a expensas de ulterior información*. En definitiva, la racionalización que el intérprete haga de las preferencias de los hablantes tiene todo el carácter de una hipótesis empírica susceptible de ser confirmada o de ser definitivamente falsada. El Principio de Caridad no es en absoluto incompatible con las exigencias de la investigación científica”<sup>20</sup> (la cursiva es mía).

De lo dicho se sigue que si bien es cierto que se deben atribuir razones de un cierto tipo a la persona que expresa sus deseos en un lenguaje, esas razones no tienen por qué ir (aunque de hecho puedan ir) más allá de lo mínimo necesario para comprender en qué aspecto este individuo pretende que cambie el mundo. Se parte del presupuesto de que el hablante cuando dice lo que dice cree que es conveniente que el mundo se adapte a ese deseo, pero de ello no se sigue necesariamente que el individuo posea una concepción sobre cuáles son los hechos o razones subyacentes a sus deseos. Su deseo se *explica* en virtud de que atribuimos cierta *intención* pero de ello no se sigue que esa intención, a su vez, pueda ser racionalizada *necesariamente* en una concepción más amplia sobre qué considera valioso sobre el mundo o sobre el tráfico. No necesitamos más que presuponer, en

<sup>20</sup> ACERO, BUSTOS y QUESADA, ob. cit., p. 236.

HERNÁN BOUVIER

---

orden a *comenzar* a interpretar su lenguaje, razones de tipo conceptuales que indican que quiso decir lo que dijo y que quiere que el mundo cambie exactamente con respecto al estado de cosas que ha expresado (para nuestro ejemplo, que nadie circule a más de 60 km/h).

Es por tanto una cuestión de hecho, innecesaria a la hora de *comenzar* una actividad interpretativa, si el hablante tiene más razones que las que expresa su preferencia interpretada bajo razones de tipo conceptual. Es cierto que *de hecho* el individuo puede concebir a su deseo como enmarcado en una teoría más amplia sobre el bienestar social, pero la existencia de esta concepción subyacente a sus deseos es una cuestión de hecho que no necesita presuponerse para poder iniciar la traducción de su lenguaje.

Es posible entonces que autores como Schauer y Atienza-Ruiz Manero consideren a la idea de razones o justificación subyacente como el conjunto de criterios o compromisos epistemológicos que debemos presuponer para que sea posible *comenzar* a interpretar el lenguaje jurídico. Sin embargo, como se ha mostrado, las *razones conceptuales* que deben presuponerse para que sea *lógica o teóricamente* posible comenzar una traducción no incluyen el tipo de razones en las que están pensando estos autores. No incluyen necesariamente la existencia de valores o razones subyacentes. Es perfectamente posible iniciar la interpretación de un lenguaje presuponiendo sólo *razones conceptuales* sin presuponer lo que aquí querría llamar *razones evaluativas* (*i. e.* razones que incluyen una cierta concepción sobre qué estado de cosas constituiría un mundo *valioso, bueno, bello o correcto*). Y, lo que es más importante, es posible que el resultado o conclusión de la interpretación arroje un resultado desconcertante: que el hablante no tenía en mente nada más que su deseo de que el mundo cambie en ese y sólo en ese aspecto. Por tanto, la atribución de razones *evaluativas* no es ni *lógicamente* necesaria en el comienzo de una interpretación, ni *empíricamente* necesaria en el final de la investigación lingüística, *i. e.* puede ser el caso de que al finalizar nuestra investigación dogmática, descubramos que el legislador no tenía en mente ninguna concepción del bien, o seguridad en el tráfico. Como puede verse, no existe espacio dentro del modelo de Schauer-Atienza-Ruiz Manero para una conclusión similar. Llamaré a este razonamiento inválido –según el cual

si hay que atribuir razones entonces hay que atribuir razones evaluativas– el *non-sequitur interpretativo*.

b) *Razones conceptuales y razones evaluativas en la descripción del derecho. La metodología de la teoría del derecho. El non-sequitur descriptivo*

Algunos autores han sostenido (en contra de lo que se ha dicho en la subsección precedente) que la teoría misma del derecho es imposible si no se intenta al menos dar cuenta de un aspecto central del derecho y de las reglas: su referencia a valores y principios sustantivos<sup>21</sup>. Este enfoque es algo diferente y más amplio que aquel que sostiene que debemos presuponer valores o razones subyacentes a la hora de interpretar. Mientras que el modelo de más arriba sostiene (incurriendo en el *non-sequitur interpretativo*) que se deben presuponer razones evaluativas como *presupuesto epistemológico* o *interpretativo*, este modelo sostiene, más bien, que de *hecho* el derecho es una cuestión de valores y principios sustanciales de tipo moral, agregando que la descripción de valores sólo puede hacerse *a través* de evaluaciones análogas a las descriptas. Así, en este caso, parece sumarse al presupuesto epistemológico de la sección anterior un presupuesto ontológico: aquel según el cual el derecho, como hecho práctico, consiste en razones justificantes regularmente independientes de las fuentes sociales (de su *pedigree*). Dworkin, por ejemplo, ha sostenido que el derecho en sí mismo es un concepto interpretativo, *i. e.*, un concepto que no podemos entender a menos que entendamos el valor u objeto del derecho, el cual, para el autor, consiste principalmente en la justificación del ejercicio del poder coercitivo por parte del Estado<sup>22</sup>. No pretendo entrar en la discusión sobre los problemas de este enfoque. Una respuesta rápida

<sup>21</sup> Paradigmáticamente DWORKIN, R., *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986 y FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980.

<sup>22</sup> Cfr. DWORKIN, *Law's Empire* cit., p. 190: "...una concepción del derecho debe explicar cómo lo que se considera derecho provee una justificación para el ejercicio del poder coercitivo por parte del estado..." [la traducción es mía. En el original "...a conception of law must explain how what it takes to be law provides a general justification for the exercise of coercive power by the state..."].

HERNÁN BOUVIER

---

a esta concepción (lo que la hace, a su vez, rápidamente contestable) puede darse sosteniendo que aunque admitiésemos que la tarea central de un teórico del derecho es dar cuenta del aspecto central del derecho y, aun admitiendo que el propósito central del derecho es tratar de proporcionar algún tipo de justificación, de ello no se sigue que quien describe el derecho deba enrolarse en argumentos de tipo evaluativos como desea Dworkin (aunque como se verá, esta respuesta puede ser objetable). En este sentido la debilidad del enfoque de Dworkin es doble ya que:

- i) si asumimos que el objetivo central del derecho es justificar la coerción estatal de acuerdo a determinados valores (morales o evaluativos de cualquier tipo) de ello no se sigue que para describir esa actividad de justificación debamos *nosotros*, los intérpretes, ingresar en actividades evaluativas<sup>23</sup>;

<sup>23</sup> Salvo que se presuponga que la descripción de valores sólo puede ser hecha mediante otros valores. Si, en cambio, lo que se quiere decir es que para describir un valor, se necesita comprender el valor o entender más o menos lo mismo que se entiende por dicho valor en la comunidad bajo análisis, entonces no existe ninguna contradicción en sostener, sin juicio de valor alguno, “ellos consideran a X bueno”. Hart resume esta intuición sosteniendo que “una descripción puede todavía ser una descripción, incluso cuando lo que se describe consiste en una evaluación”. En realidad tras esta discusión se encuentra el problema de en qué medida es posible comprender e interpretar un conjunto de valores sin enrolarse para esa misma empresa en argumentos evaluativos. El problema radica en la posibilidad de describir una cierta actitud interna frente a hechos prácticos desde el punto de vista externo. En lo que se ha llamado el *giro hermenéutico* de la obra Hartiana, se intenta explorar la posibilidad de describir o explicar las prácticas de una comunidad sin necesidad de colapsar la descripción en la valoración. Hart considera que no existe ninguna contradicción entre el hecho de comprender una práctica desde el punto de vista externo y su descripción *como* si fuésemos participantes en esa práctica (*i. e.* como individuos que ven en ciertas reglas algo más que mera regularidad). Desde esta perspectiva un analista de una práctica puede asumir un punto de vista externo *no-extremo* o *hermenéutico* que posibilita describir el punto de vista interno de aquellos que aceptan dicha práctica y ven en ella una razón para la acción. Como se verá más adelante, esta creencia Hartiana de que ciertas prácticas pueden ser descritas sin utilizar términos evaluativos –como pretende un Dworkiniano o un Finisiano– está supeditada a la creencia de que el derecho (o sus casos centrales) de *hecho* no recurre en todo caso a categorías evaluativas. Sobre el giro hermenéutico en Hart, cfr. MACCORMICK, Neil, *H. L. A. Hart*, Edward Arnold, Londres, 1981, ps. 37-40. Raz, por su parte, parece sostener que es posible describir *a pesar* de que para ello debamos enrolarnos en argumentos evaluativos. Cfr. RAZ, J., *Two Views of the Nature of the Theory of Law*.

- ii) no hay por qué asumir (y ésta es la crítica principal que se le dirige a Dworkin) que *todo* derecho o todo sistema jurídico de hecho se proponga como fin fundamental justificar la forma en que se ejerce el control social<sup>24</sup>.

No obstante, se ha sostenido en el último tiempo que el verdadero desafío a la teoría iuspositivista no sea el presentado por Dworkin, sino en realidad el propuesto por Finnis<sup>25</sup>. Una de las razones para sostener que en realidad sea la posición iusnaturalista de Finnis el verdadero desafío al iuspositivismo se debe a que parece posible afirmar que Finnis ha aceptado un aspecto metodológico central del giro hermenéutico hartiano, *i. e.*: ha concedido que dar cuenta de un fenómeno como el derecho sólo puede llevarse a cabo comprendiendo lo que los participantes *ven* (punto de vista interno) en las reglas. En este sentido, Finnis ha sostenido que:

“...las acciones, prácticas, etcétera, sólo pueden ser entendidas me-

*A Partial Comparison*, en COLEMAN, Jules (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 21.

<sup>24</sup> Lo que se le critica a Dworkin precisamente es que la caracterización que termina ofreciendo del derecho es de tipo *provincial* o *local*, es decir, que termina por reconstruir como características de todo derecho lo que en realidad serían (y esto todavía está en discusión) características propias del derecho norteamericano. Cfr. RAZ, *Two Views of the Nature of the Theory of Law. A Partial Comparison* cit., en COLEMAN, *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law* cit., ps. 27-28 y 35-37.

<sup>25</sup> Cfr. LEITER, Brian, *Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence*, en *American Journal of Jurisprudence* 48, 2003, ps. 17-51. Aunque estoy de acuerdo con parte de los postulados de Leiter, considero algo exagerado sostener que el verdadero desafío al iuspositivismo lo constituye el iusnaturalismo. Es posible mostrar, cosa que no haré aquí, que iuspositivistas clásicos como Kelsen comparten con iusnaturalistas ciertos aspectos metodológicos (los cuales unos imputan a la *racionalidad* y otros a la *naturaleza*). En todo caso habría que distinguir entre dos tipos de desafíos al iuspositivismo: uno interno al discurso anglosajón (en donde Finnis sí representaría el máximo interlocutor del iuspositivismo) y uno externo que es representado por la Escuela Crítica que dirige sus ataques tanto a las reconstrucciones iusnaturalistas como a las iuspositivistas. No entraré en esta discusión aquí. Al respecto puede verse RUIZ, A. E. C., *Derecho, Democracia y teorías críticas al fin del siglo*, en COURTIS, C. (comp.), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 2001, ps. 10 y 11, y más en general CÁRCOVA, C., *Iusnaturalismo y positivismo jurídico: un debate superado*, en *Derecho, política y magistratura*, Biblos, Buenos Aires, 1996.

HERNÁN BOUVIER

---

diante la comprensión de sus cometidos centrales, es decir, entendiendo sus objetivos, sus valores, su significado e importancia en la misma forma en que es concebida por las personas que los tienen en cuenta y adhieren a ellos...”<sup>26</sup>

Para Leiter esto es precisamente lo que acerca (en términos metodológicos) a Hart y Finnis, y pone a este último en una posición de prioridad con respecto a Dworkin en la contienda por el título de “antiiuspositivista más importante”. En este sentido Leiter sostiene:

“...la última observación, sin embargo, no implica una disputa entre la teoría descriptiva de Hart, ya que Hart mismo acepta la restricción hermenéutica propia de las descripciones de los fenómenos sociales, es decir, aquella según la cual una descripción adecuada de una práctica humana y social debe hacerse cargo de cómo los participantes en la práctica entienden su significado y propósito...”<sup>27</sup>

En consecuencia, sostiene Leiter, la auténtica disputa entre Hart y Finnis consiste en que el último afirma que si la preocupación teórica radica en dar cuenta de los casos centrales del derecho, y éstos hacen referencia a cuestiones evaluativas basadas sobre las nociones de importancia, relevancia y razonabilidad práctica [*practical reasonableness*], entonces se debe echar mano a esas categorías al momento de describir. Un teórico del derecho debe, dice Finnis, considerar no sólo la existencia del derecho sino dar cuenta (cosa que no haría Hart) de por qué es valioso o relevante para una comunidad el poseer eso que poseen, esto es: el derecho<sup>28</sup>. Para Leiter, esto constituye en Finnis un

<sup>26</sup> [La traducción es mía, en el original: “...the actions, practices, etc., can be fully understood only by understanding their point, that is to say their objective, their value, their significance or importance, as conceived by the people who performed them, engaged in them, etc.”]. Cfr. FINNIS, ob. cit., p. 3.

<sup>27</sup> [La traducción es mía, en el original: “...the latter observation, however, states no dispute with Hart’s descriptive Jurisprudence, since Hart too accepts the hermeneutic constraint on accounts of social phenomena: to wit, that an adequate description of a human social practice must attend to how the participants in the practice understand its meaning and purpose...”]. Cfr. LEITER, ob. cit., p. 33.

<sup>28</sup> Dice Finnis: “...In relation to law, the most important things for the theorist to know and describe are the things which in the judgement of the theorist, make important from a practical viewpoint to have law...” Cfr. FINNIS, ob. cit., p. 16.

*non-sequitur* con respecto a las premisas teóricas de partida (punto de vista interno, concepción hermenéutica, etc.). Veamos ahora cuáles son para Leiter las premisas a partir de las cuales Finnis incurre en este *non-sequitur*.

Según Leiter, Finnis injustificadamente ha concluido, desde puntos de partida epistemológicos-hermenéuticos, que se debe dar cuenta del valor, importancia y racionalidad práctica del derecho *utilizando* esos mismos valores. La crítica al *non-sequitur* tendría el siguiente contenido: del hecho que hayamos asumido que hay que entender qué tipo de razones *ven* este conjunto de juristas en el derecho, no se sigue que esas razones sean las que tiene en mente Finnis, ni que haya que hacerlo de la forma que piensa Finnis. Es posible describir los compromisos prácticos (hacia el derecho) que detenta un grupo, pero de ello no se sigue necesariamente que ese grupo tenga o desarrolle compromisos prácticos hacia el derecho basados en valores, importancia o razonabilidad práctica. Y, lo que es más grave para Finnis, de ello no se sigue que en la selección y análisis de esos hechos sea el mismo teórico quien deba desarrollar valoraciones o evaluaciones teniendo en cuenta esos elementos. Aunque sea cierto que en el grupo analizado las evaluaciones proliferan (y éste es todavía un debate abierto), no es cierto que para la selección y descripción de esas evaluaciones tengamos también *nosotros* como teóricos que entender el derecho a través de esas categorías. En definitiva, Leiter está sosteniendo que, aun cuando se asuma que el grupo posee ciertas categorías evaluativas para reconocer y seguir el derecho, de ello no se sigue que el teórico no pueda describir esas categorías (mencionarlas) sin usarlas. Por lo tanto:

- i) está en disputa que los compromisos prácticos del grupo analizado consistan en ver en el derecho ciertas propiedades evaluativas o morales,
- ii) concediendo “i”, ello no nos fuerza a aceptar que el teórico deba utilizar esas mismas categorías para el análisis del objeto (el derecho).

Según Leiter la *genealogía* de este *non-sequitur* puede reconducirse a parte de los postulados post-Quineanos y post-Kuhnianos según los cuales no es posible describir ciertos hechos sin carga teórica alguna. El

HERNÁN BOUVIER

---

legado de Quine y Kuhn (erróneamente utilizado por Finnis) sostendría que es imposible describir un cierto hecho sin hacerlo, al mismo tiempo, con cierta carga teórica. Según Quine y Kuhn, en resumidas cuentas, no existiría descripción sin valoración y por tanto no existe ningún enunciado que pueda reclamar los créditos de objetividad o imparcialidad frente a los hechos. Esto equivale a poner en crisis el viejo ideal de *eine wertfreie Wissenschaft* (Weber). Nuestros enunciados teóricos, recuerdan estos autores, son estructuralmente teórico-dependientes [*theory-ladden*]. Leiter, sin contestar a este postulado, se limita a sostener que teóricos como Finnis han banalizado este presupuesto teórico, creyendo ver en él la confirmación de que la descripción de hechos prácticos (que ya Finnis asume con cierto contenido evaluativo) no puede hacerse sin de una u otra manera utilizar las mismas categorías que utiliza el grupo analizado. En fin, que describir prácticas evaluativas (como el derecho) no puede ser hecho sin cierta *intoxicación*. Finnis estaría afirmando que si el derecho consiste en valores, y queremos dar cuenta de esos valores, entonces debemos no sólo mencionarlos (como afirmaría un Hartiano) sino también usarlos.

En palabras de Leiter:

“...en la formulación de Finnis el *non-sequitur* tiene lugar [...] como resultado de lo que llamaré ‘la Verdad o Afirmación Banal’ según la cual ‘...las evaluaciones [...] constituyen un componente indispensable y decisivo en la selección o formación de cualesquiera conceptos a ser utilizados en la descripción de los aspectos de las cuestiones humanas tales como el derecho o el orden jurídico...’ del cual se seguiría la afirmación de que la evaluación en cuestión implica ‘...decidir cuáles son las exigencias de razonabilidad práctica [*practical reasonableness*] que realmente existen...’ Yo considero como la ‘Verdad o Afirmación Banal’ el legado innegable de la filosofía de la ciencia post-Kuhniana y post-Quineana según el cual no existe tal cosa como la investigación carente de presuposiciones, o a partir de hechos que sean privos de ‘carga teórica’. Pero eso está bastante lejos de la afirmación según la cual las presuposiciones propias de la empresa descriptiva requieren juicios o enunciados del tipo que Finnis llama ‘razonabilidad práctica’ [...] o que el punto de vista desde el cual esos enunciados sobre la ‘importan-

cia' o 'relevancia' son hechos corresponda necesariamente a un 'punto de vista práctico'..."<sup>29</sup>

El núcleo básico de la crítica de Leiter a Finnis puede resumirse utilizando precisamente la expresión acuñada por las visiones de Quine y Kuhn. Ellos sostienen, en lo que se considera un *topos* en Filosofía de la ciencia y del lenguaje, que todo análisis de los hechos es irremediablemente *theory-laden* (teórico-dependiente). Leiter estaría sosteniendo que del hecho de que nuestros análisis sean *theory-laden*, no se sigue que sean también *morally-laden*. Llamaré al *non-sequitur* atribuido por Leiter a Finnis, el *non-sequitur descriptivo*. El *non-sequitur* descriptivo tendría la siguiente estructura:

- i) asume que la empresa teórica de descripción del derecho debe partir de un punto de vista *hermenéutico*;
- ii) sostiene que las descripciones no son privas de valoración o carga teórica [*theory-free*];
- iii) dado que las descripciones son teórico-dependientes [*theory-laden*], por tanto son evaluativamente dependientes [*morally-laden*].

En los párrafos que siguen me gustaría sostener sin embargo que: aunque es innegable que Finnis asume el punto de vista hermenéutico; y es consciente del problema de la carga teórica o valorativa de los enunciados descriptivos, no es en *virtud* de ello que concluye que debe darse cuenta del derecho a través de esos valores. En definitiva, que aunque puede ser cierto que Finnis asume i-ii, no es cierto, como cree Leiter, que *por ello* concluye iii. Es más, trataré de poner en duda

<sup>29</sup> [La traducción es mía, en el original: "...In Finnis's formulation, the *non-sequitur* occurs in the slide from what I will refer to as the 'Banal Truth' that 'evaluations [...] are an indispensable and decisive component in the selection or formation of any concepts for use in description of such aspects of human affairs as law or legal order' to the claim that the evaluation in question involves 'decid[ing] what the requirements of practical reasonableness really are'. I take the Banal Truth to be the uncontested legacy of post-Kuhnian and post-Quinean philosophy of science: there is no such thing as a presuppositionless inquiry, of facts that are 'theory-free', and so on. But that goes no distance at all to establishing that the presuppositions of the descriptive enterprise require judgments about what Finnis calls 'practical reasonableness' or that the viewpoint from which 'importance' and 'significance' are assessed is the 'practical view point'..."]. Cfr. LEITER, ob. cit., p. 34.

HERNÁN BOUVIER

---

que la conclusión de Finnis sea precisamente la que quiere extraer Leiter del análisis de su trabajo. Simplemente trataré de mostrar que no surge tan claro del texto y párrafo citados que Finnis esté afirmando lo que Leiter pretende, *i. e.*, que dado que nuestros juicios son teórico-dependientes [*theory-laden*] por ello son moral o evaluativamente-dependientes [*morally-laden*]. Mi estrategia será mostrar que Finnis concuerda con Hart en “i” y disiente sobre el resultado de dicho punto de partida. Esto es, sobre el tipo de hechos que se verifican o constatan en el derecho (el contenido de las sentencias, la actitud de los participantes hacia las reglas, etc.).

Como se ha dicho previamente, existe un punto de convergencia entre la teoría de Hart y la de Finnis: ambos autores estarían de acuerdo en cuanto a las bases epistemológicas a partir de las cuales puede realizarse una investigación en el terreno social (i). El punto de partida hermenéutico precisamente sostiene (como respuesta, por ejemplo a los desafíos realistas) que si se quiere dar cuenta de la dimensión social de las reglas es necesario no sólo describir su seguimiento como mera regularidad, sino también dar cuenta de lo que los seguidores de reglas ven en ellas. Para Hart, paradigmáticamente, los participantes de una práctica observan a la regla como una razón para adecuarse a lo que ella impone y para criticar el desvío o violación de la misma. Aceptan a ella como razón para guiar sus conductas y para criticar la de los demás. Sin dar cuenta de este punto de vista interno hacia las reglas, un análisis del derecho se perdería de toda una dimensión explicativa del derecho como fenómeno social, debiendo reducir su análisis a la mera constatación estadística de la regularidad y a la previsión de las reacciones futuras de los participantes. Hasta aquí el consenso entre Hart y Finnis. Sin embargo, gran parte de las críticas que se le han dirigido a Hart consisten en sostener que éste no ha tomado partido por el *contenido* de esas razones. Se sostiene que existirían buenos motivos para pensar que lo que los participantes ven como razón es en realidad una razón basada en valores morales. Por tanto, se sostiene, reconstruir el seguimiento de las reglas jurídicas en términos de razones es una condición necesaria para una descripción completa del fenómeno social del derecho, pero no suficiente. Se necesita, además, dar cuenta del contenido de esas razones que los participantes aceptan el cual no

podría ser otro, se concluye, que moral o evaluativo. Hart, en respuesta a esto, ha sostenido claramente que el hecho de que los individuos tomen a una regla como razón para la acción, la acepten y estén dispuestos a criticar su desobediencia, no implica necesariamente que dicho contenido sea de tipo moral. Es perfectamente posible, sostiene Hart, aceptar una regla por los más diversos motivos, los cuales no pueden reducirse (so pena de arbitrariedad) a meros motivos o razones morales. El derecho y sus reglas, sostiene Hart, pueden ser aceptados por las razones más diversas: como el oportunismo, cálculo, inercia, etcétera<sup>30</sup>. Finnis, en cambio, está convencido de que los participantes conciben a las reglas jurídicas como algo inextricablemente ligado a la evaluación y a los valores morales. Mientras que Hart sostiene que la aceptación y contenido de las reglas no necesariamente incluyen (en las sociedades modernas) contenidos de tipo moral, Finnis sostiene que observando las mismas prácticas a las que hace alusión Hart, pueden obtenerse conclusiones diversas. En este sentido puede sostenerse que Hart y Finnis concuerdan sobre la metodología (“i”) pero disienten sobre los hechos: mientras que uno cree haber constatado que de hecho existen reglas no basadas o no aceptadas por razones morales, el otro cree que todas las reglas son seguidas en base a razones morales y aceptadas en virtud de cuestiones evaluativas (al menos en los casos centrales del derecho). Como puede verse de esta reconstrucción, el disenso entre Finnis y Hart parece ser de tipo empírico o fáctico. Ambos concuerdan sobre las precauciones que habría que tomar para analizar un fenómeno social (enfoque hermenéutico) pero no concuerdan en los resultados que arroja la investigación, una vez tomadas esas precauciones. No aparece para nada claro cómo podría zanjarse una disputa de este género, *i. e.* sobre cuáles son los hechos que realmente existen en nuestras prácticas jurídicas (si aquellos que toman a la regla como una razón sin tener en cuenta razones evaluativas o morales, o aquellos que toman a la regla como una razón conectada con consideraciones morales). En todo caso está lejos de ser claro cuál sería el *tribunal* que debería decidir o mensurar el resultado de estas

<sup>30</sup> Cfr. HART, H. L., *The Concept of Law* (1961), ed. por S. Bullock y J. Raz, Clarendon, Oxford, 1994, p. 203.

HERNÁN BOUVIER

---

dos investigaciones, declarando el error de una y el acierto de la otra sobre los *hechos prácticos*<sup>31</sup>. Una gran cantidad de casos judiciales muestran que los jueces siguen reglas sin tener en cuenta necesariamente razones de tipo moral (e identificando y aplicando el derecho de acuerdo al *pedigree* o su fuente social) mientras que otra gran cantidad no menos importante muestra que los jueces conciben al derecho como algo dependiente de fuentes sustanciales o morales<sup>32</sup>. En todo caso parece claro que si Hart asumiese como resultado de su observación lo mismo que Finnis (*i. e.* que las actitudes hacia el derecho de los participantes incluyen aspectos evaluativos o morales), aceptaría la necesidad de dar cuenta del derecho en términos de valores y no de fuentes sociales. Si fuese cierto que todas las razones que ven los participantes en las reglas se reconducen a valores morales, ello forzaría de una manera u otra a dar cuenta de ello de una forma análoga a como dan cuenta los participantes, *i. e.* mediante juicios y enunciados de valor. Si dar cuenta de lo que *ellos* ven en el derecho supone al menos dar cuenta de eso *en los mismos* términos en que lo hace el grupo analizado (so pena de pérdida del poder explicativo de nuestra teoría), parece forzosa la conclusión de que en el caso de que le asista razón a Finnis, sólo podría describirse el derecho utilizando al menos categorías y enunciados análogos a los que tiene en cuenta el grupo bajo análisis, *i. e.*: mediante la utilización de términos conectados o relacionados con la valoración moral<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Con *tribunal* me refiero aquí expresamente a la expresión acuñada por Quine según la cual se plantea la posibilidad y conveniencia de reconducir nuestras disputas al tribunal de la experiencia (método empírico) o a otro diverso (como querría un racionalista o iusnaturalista).

<sup>32</sup> Baste como ejemplo citar el conocido caso “Riggs vs. Palmer” citado por Dworkin, o en el ámbito argentino el caso “Saguir y Dib” (en donde se decide sobre la procedencia de un trasplante de órganos entre parientes consanguíneos, uno de los cuales no cumple con el requisito de mayoría de edad impuesto por la ley 21.541, art. 13). CSJN, 6-980.

<sup>33</sup> Hart podría redoblar la apuesta, sosteniendo que ello tampoco nos compromete con utilizar términos evaluativos o morales a la hora de describir las prácticas (que ya hemos asumido como valorativas o conectadas con la moral). Si ésa fuese la respuesta, ello acarrearía un efecto dominó precisamente sobre su punto de partida hermenéutico porque estaría afirmando que podemos dar cuenta de un punto de vista interno (en este caso eminentemente moral o valorativo) en términos *completamente*

Es posible entonces reconstruir la divergencia entre Hart y Finnis como un acuerdo sobre la metodología y un desacuerdo sobre los hechos que se obtienen u observan a partir de aquélla. Si esto es así, entonces es falso que Finnis haya incurrido en el *non-sequitur* descriptivo que le atribuye Leiter. En efecto, bajo la perspectiva que aquí se propone, Finnis no está diciendo que dado que nuestras descripciones son teórico-dependientes (intoxicadas por las valoraciones, *theory-laden*) entonces son valorativamente-dependientes [*morally-laden*]. La conclusión de que en efecto los participantes conciben al derecho y a las reglas como una práctica basada en valores sustanciales y no en fuentes sociales no se sigue de los puntos de partida epistemológicos o metodológicos de Finnis (de ser así incurriría en el *non-sequitur* descriptivo) sino de los hechos que él cree observar una vez que ha realizado su investigación social con ciertas precauciones. Finnis cree haber constatado una propiedad persistente en el derecho según la cual concebimos al derecho como una práctica relacionada con valores sustanciales y que privar al análisis del derecho de este componente nos dejaría sin posibilidad de describir el aspecto central del fenómeno. Sostiene, en definitiva, que el derecho es una cuestión de valores *una vez* que hemos realizado nuestra investigación con ciertas precauciones metodológicas y no *porque* hemos realizado esa investigación con esas precauciones. No existe *non-sequitur* alguno en sostener que en la investigación se adopta un punto de partida hermenéutico y que el resultado de la investigación arroja como hechos sociales un conjunto de fenómenos conectados con la moral. Es cierto, sin embargo, que Finnis termina sosteniendo que los enunciados teóricos son dependientes de evaluaciones morales [*morally laden*] pero sostiene ello como resultado de la conjunción entre los puntos de partida metodológicos y el resultado que la observación de las prácticas ha arrojado,

*extraños* al lenguaje en que son formulados y reconocidos dichos valores. Estaría en definitiva, abandonando la idea según la cual una explicación es mejor que otra si se acerca lo más posible a los términos en que la comunidad analizada concibe un fenómeno. Parece existir una cierta contradicción en sostener que estamos comprometidos en describir y dar cuenta de los fenómenos sociales de un grupo de acuerdo a *como ellos los conciben* y el sostener, a su vez, que podemos hacer ello en términos completamente extraños a la terminología y concepción analizada.

HERNÁN BOUVIER

---

y no sólo, como pretende Leiter, como consecuencia de los primeros. Por tanto Finnis sostendría:

- i) que la empresa teórica de descripción del derecho debe partir de un punto de vista *hermenéutico*;
- ii) que el derecho es una cuestión de valores morales o de actitudes morales hacia el derecho;
- iii) que las descripciones no están libres de valoración o carga teórica [*theory-free*];
- iv) que dado que “i” y “ii” son verdaderas, no puede realizarse un análisis del derecho, sin que ello implique necesariamente asumir en el análisis el tipo de valoraciones que se tienen en cuenta en el fenómeno analizado.

Es precisamente “ii” el punto de disenso entre Hart y Finnis. Es sólo porque Finnis asume la conjunción entre un punto de partida epistemológico y cierto resultado de la investigación realizado a partir de ellos, que afirma que los hechos existentes deben describirse realizando al menos las mismas asunciones y valoraciones que se llevan a cabo en el lenguaje objeto. Dado que Hart no asume “ii” como propiedad necesaria de todos los sistemas jurídicos, puede concluir que no es necesario, en esa descripción desde el punto de vista interno, realizar valoraciones del tipo que tiene en mente Finnis. Para Hart, y no para Finnis, todo lo que arroja nuestra investigación sociológica sobre los sistemas jurídicos modernos es cierta estructura conceptual que permanece (unión de reglas primarias y secundarias, reglas como razones, etc.) y un conjunto de propiedades que no permanecen (recurso a la moral, contenido evaluativo de las razones, etc.). En términos de Raz:

“...una característica central de la explicación de Hart acerca de la naturaleza del derecho se refiere a que éste, en última instancia, es absolutamente independiente de su contenido [sustancial]. Es decir, que los criterios fundamentales para decidir la validez, aquellos cuya existencia no presupone a su vez otros, son completamente y en última instancia independientes de su contenido. La teoría del derecho sostiene que los sistemas jurídicos son sistemas con cierta estructura (que incluyen autoridades de producción y aplicación de leyes). Pero, más allá de ello, todo lo demás es contingente. El

contenido del derecho y la específica identidad y poder de sus instituciones es completamente dependiente de las prácticas de cada país, esto es, de su regla de reconocimiento...”<sup>34</sup>

Para Finnis, en cambio, permanece no sólo la estructura conceptual remarcada por Hart sino otra más importante: el recurso a valores o evaluaciones morales.

En síntesis, aunque puede ser discutible la afirmación empírica o fáctica de Finnis, parece cierto que dicha afirmación no se debe a un *non-sequitur* como cree Leiter. Finnis sostiene que una vez analizados los hechos con cierta cautela, ellos muestran una cierta conexión lógica con ciertos valores. Y que dado que hemos asumido describir estos hechos sociales de la forma más cercana a cómo se realiza en la comunidad analizada, no queda otra salida que tratar de dar cuenta de esos valores utilizando en la medida de lo posible las nociones que los participantes usan. Hart, en cambio, no cree que los participantes de todo sistema jurídico utilicen esas nociones con contenido sustancial. Por tanto puede mantenerse respetuoso al *approach* hermenéutico (“describe los hechos dando cuenta de la clase de cosas que ellos ven en esas prácticas”) formulando sus análisis en términos no evaluativos. Creo que es posible concluir que si Hart aceptara “ii” (coincidiera con Finnis sobre la *naturaleza* de los hechos prácticos analizados) se vería obligado por el *approach* hermenéutico a dar cuenta de esos hechos al menos en términos no absolutamente extraños a los términos en que se expresan y actúan los participantes, *i. e.* utilizando términos valorativos. Independientemente de esto, parece claro que Finnis no

<sup>34</sup> [La traducción es mía, en el original: “...a central feature of Hart’s explanation of the nature of law is that it is just about absolutely content-independent at bottom. That is, the fundamental criterions for validity, those whose existence does not presuppose others, are almost entirely content-independent at bottom. That is, the fundamental criterions for validity, those whose existence does not presuppose others, are almost entirely content-independent. Jurisprudence stipulates that legal systems are systems with a certain structure (including law-making and law-applying authorities). But beyond that, all is contingent. The content of the law and the specific identity and powers of its institutions are entirely dependent on the relevant practices in the country, *i. e.* on its rule of recognition...”]. RAZ, *Two Views of the Nature of the Theory of Law. A Partial Comparison* cit., en COLEMAN, Jules (ed.), *Hart’s Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law* cit.

HERNÁN BOUVIER

---

incurre en la banalización del legado post-Quineano y post-Kuhniano como pretende Leiter. Finnis no sostiene que dado que nuestros enunciados son teórico-dependientes, entonces son evaluativo-dependientes. Más bien está diciendo que nuestros enunciados son teórico-dependientes y que deben utilizarse con cierta cautela metodológica. Y que *una vez* tomada en cuenta la debida cautela, su investigación arroja como resultado que los hechos así analizados *tienen contenido moral o evaluativo*. En síntesis, el *non-sequitur descriptivo* no sería atribuible a Finnis dado que él no sostiene que nuestras descripciones son moral o evaluativamente-dependientes *porque* son teórico-dependientes, sino más bien porque cree que de hecho el derecho consiste en valores. Su afirmación se reduce a sostener que nuestros enunciados descriptivos son evaluativamente-dependientes *porque* el derecho es evaluativamente-dependiente.

Una vez aclarada la diferencia entre estos dos *non-sequitur* me interesa volver a la noción de *non-sequitur* interpretativo tratando de mostrar que a través de ella se olvida la utilización de la *guillotina de Hume* y se impide la descripción de fenómenos sociales de manera adecuada.

## V. La falacia naturalista y la idealización de los procesos de decisión colectiva

Uno de los aspectos más discutidos en Filosofía analítica –al menos hasta el segundo tercio del siglo XX– ha sido la posibilidad de derivar enunciados prescriptivos de enunciados descriptivos o, más simplemente, de derivar una obligación de una descripción [*Ought from Is*]. En base a postulados que encuentran sus raíces en Hume, se ha sostenido que existe un cierto salto o abismo lógico entre enunciados de estos dos tipos. La problemática y desafío que se genera a raíz de las afirmaciones de Hume ha sido denominada como el problema de la *Guillotina de Hume*<sup>35</sup>. Esta discusión se relaciona estrechamente con la posibilidad de construir a su vez una lógica de normas. Si la noción

<sup>35</sup> La expresión proviene de Max Black. “The Gap between ‘Is’ and «Should»”, en *Philosophical Review* 73 (1964).

de consecuencia lógica está íntimamente ligada con la noción de verdad y falsedad de los enunciados contenidos en un razonamiento, y si es cierto que las normas no son verdaderas ni falsas, entonces parece cierto que no puede construirse una lógica de normas. Los problemas, entonces, se subdividen en dos grandes grupos<sup>36</sup>:

- i) ¿Es posible construir un puente entre enunciados descriptivos y prescriptivos, entre ser y deber ser? (discusión que ha tenido como principales protagonistas a Jørgensen, Black y Searle).
- ii) ¿Son las normas verdaderas o falsas?

La respuesta relativa al primer interrogante depende en gran medida de la respuesta (y postura) que se adopte con respecto al segundo. Existen dos tipos de respuestas con respecto a este último. Aquella que responde con un rotundo “no, las normas no son ni verdaderas ni falsas”, y aquella que responde afirmativamente. Esto a su vez divide el enfoque sobre las normas en dos grandes grupos: prescriptivismo (no cognitivismo) y descriptivismo (cognitivismo).

El prescriptivista sostiene que las normas no tienen valor de verdad y que su existencia depende de una preferencia o expresión de deseo o voluntad de una persona o grupo de personas (llámese a ésta autoridad normativa, autoridad legislativa, etc.). Cuando una persona sostiene que existe una norma por la cual se debe hacer A o bien expresa que ése es su deseo (caso de legislación autónoma, el individuo decide una norma a la cual someterse) o sostiene que ése es el deseo de un grupo de personas (caso de legislación heterónoma). En todo caso, sostener que existe una norma bajo esta concepción es sostener al menos un deseo y predisposición a ajustar la conducta al estado de cosas previsto en la norma y sólo eso. En términos del dilema del *Eutifrón* (Platón) algo no se quiere o desea porque es debido (bueno, valioso, etc.) sino que algo es debido (bueno o valioso, etc.) porque se desea. Es debido porque se desea, y no a la inversa. En este caso el aspecto decisivo o volitivo (en el prescriptivismo) tiene una capacidad constitutiva de un deber. Se debe porque se desea<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> Sigo en este punto la presentación hecha por G. H. Von Wright, en *Is and Ought*, en BULYGIN, E.; GARDIES, J. L. y NIINILUOTO, I. (eds.), *Man, Law and Modern Forms of Life*, Kluwer Academic Publishers, Boston, 1985, ps. 263-281.

<sup>37</sup> En términos de Von Wright “el asentir (o aceptar) una norma no es afirmar

HERNÁN BOUVIER

---

El cognitivismo, por su parte, afirma rotundamente la posibilidad de hablar de normas y valores en términos de verdad y falsedad. Para esta perspectiva, no habría ninguna dificultad en construir una lógica de normas standard utilizando la idea de consecuencia lógica. Asumir que las normas son verdaderas o falsas supone, por un lado, asumir un presupuesto ontológico más fuerte que el que asume el prescriptivismo y, por el otro, borrar del mapa el problema del salto o abismo lógico entre la isla del ser y la del deber ser. El cognitivismo afirma, en resumidas cuentas (y éste es el caso del iusnaturalismo), que no se entiende muy bien por qué habría que construir un puente entre dos lugares ubicados en la *misma* tierra firme.

Independientemente de esta discusión (en la que no pretendo entrar en este trabajo), parece innegable que un iuspositivista coherente debería sin duda ubicarse en el campo no-cognitivist o prescriptivista de las normas y de allí sostener que aquello que parece un salto lógico es en realidad un producto de la decisión humana individual o grupal (vgr. del Poder Legislativo). La guillotina de Hume sirve precisamente para desenmascarar (si es que se asume que hay algo que desenmascarar) el paso de premisas descriptivas a prescriptivas encubierto bajo afirmaciones iusnaturalistas como “...*existe, por tanto es bueno; es bueno, por tanto es debido...*” Lo que trata de mostrar un prescriptivista (y un iuspositivista en general) es que entre estas tres premisas existe al menos una decisión de un grupo de personas dirigida a lograr que el mundo cambie o se adapte en algún aspecto. Dicho más simplemente, que existe una decisión imputable a alguien y toca a nosotros ver quién la ha realizado, *cuál es su contenido* y en qué medida ella se encuentra justificada de acuerdo a otros valores (políticos, prudenciales, etc.). Por tanto el rendimiento de esta categoría radica precisamente en que reduce la existencia de obligaciones jurídicas a la decisión de sujetos y, como consecuencia, no reconstruye a esos deberes como imputables a cómo es el mundo o a cómo es la naturaleza. La actividad

su verdad –y el no asentirla (o no aceptarla) no implica negar su verdad. Aseverar o rechazar una norma se parece más a un acto de legislación o de otorgamiento de una norma a uno mismo” [la traducción es mía, en el original “...to assent a norm is not to affirm a truth –and to dissent is not denial (of truth). To assent (or dissent) is more like an act of legislation or norm-giving itself...” (cit., p. 278).

del científico del derecho en este caso consiste en detectar cuándo se ha decidido que un cierto de cosas tenga lugar (se ha dictado una norma), *cuál es su contenido* y por qué esa decisión puede ser plausible, razonable o criticable. Parece claro que esto no puede ser hecho si no se detecta cierto problema en el paso de premisas descriptivas a prescriptivas y no se asume que hay alguien que ha decidido que el mundo debe ser así. El prescriptivismo, el iuspositivismo en general, de la mano de la guillotina de Hume pretende sostener:

- i) por un lado que no existen deberes per se, o naturales;
- ii) por el otro, que es necesario aceptar un salto lógico entre ser y deber si queremos encontrarnos en condiciones de detectar dónde se ha cometido el salto y quién lo ha llevado a cabo<sup>38</sup>;
- iii) y, por “ii”, que el contenido y alcance de esos deberes depende del contenido y alcance de la decisión humana, esto es, de la efectiva forma en que esos sujetos han decidido ordenar el mundo y qué cosas han tenido en cuenta al formular una norma.

Enfoques como los de Schauer-Atienza-Ruiz Manero mezclan injustificadamente estas máximas iuspositivistas con ciertas nociones iusnaturalistas y asumen que las decisiones humanas (las normas promulgadas) tienen *necesariamente* un cierto contenido (razones subyacentes o base justificante) lo cual, como se mostró más arriba, constituye un *non-sequitur interpretativo*. Si asumimos que los deberes son

<sup>38</sup> En realidad la tesis de, por ej. Von Wright, trata de mostrar que no habría tal cosa como un salto porque el deber en cuestión no nace de los hechos, sino de cierta decisión normativa. En todo caso lo que Von Wright estaría asumiendo es que o bien asumimos que el puente entre ser y deber es insalvable, o bien asumimos que no estamos saltando de un punto hacia el otro, sino que siempre nos hemos movido en el terreno de los deberes y las consecuencias que se siguen de ellos. En este sentido me aventuro a decir que la estrategia de Von Wright es precisamente la negación de la estrategia naturalista. Ésta dice que no hay necesidad de un puente porque todos los aspectos se encuentran en el mismo ámbito del ser, mientras que Von Wright estaría sosteniendo que no hay necesidad de un puente, porque seguimos hablando (si somos prescriptivistas) de deberes y las consecuencias que se siguen de ellos. Agrega, en esta línea, que la sensación de este salto viene dada por una confusión de planos entre lo que la norma prescribe y el estado de cosas que debería existir en el mundo para que esa norma fuese satisfecha (diferencia entre deber “normativo” y deber “técnico” relativo a la relación entre medios y fines). Cfr. ob. cit., ps. 276 y 277.

HERNÁN BOUVIER

---

un producto humano (fuentes sociales) y que, por tanto, el contenido de ese deber *creado* depende de lo que ese grupo humano realmente tenía en mente al momento de dictarlo (y no aquello que idealmente deberían tener en cuenta al momento de legislar) se puede concluir que no es cierto que siempre tras el dictado de una norma (tras la decisión prescriptivista) existan razones subyacentes (entendidas en sentido evaluativo). La guillotina de Hume en conjunción con el prescriptivismo muestra que los deberes tienen el contenido que tienen dependiendo de lo que quiso o no el grupo de sujetos que los promulga y no el contenido que *deberían* tener de acuerdo a otros sistemas de valores. En todo caso, que la adecuación entre los deberes existentes (dictados por la autoridad) y cierto sistema de valores es un aspecto contingente. No sólo puede ser cierto que el Poder Legislativo tenga en cuenta una base axiológica distinta a la que poseemos nosotros (caso de discordancia entre dos esquemas axiológicos) sino que puede ser también cierto que la autoridad no tenga en cuenta ninguno. Asumir que el legislador en cada promulgación de una norma tiene en cuenta *al menos* una base axiológica o justificante a partir de la cual decide lo que decide es precisamente asumir lo que un iuspositivista debería negar. Siempre y cuando se pretenda conservar la posibilidad de distinguir entre lo que el derecho de *hecho es*, y lo que *debería ser*. Un iuspositivista traiciona sus puntos de partida metodológicos no sólo cuando colapsa el sistema axiológico utilizado por el legislador en su propio sistema de valores, sino también cuando asume que sea cual sea el caso, el legislador siempre tiene *al menos* un sistema de valores que pretende favorecer o desalentar.

A su vez, la conjunción de estas herramientas metodológicas (diferenciación entre hecho y valor, inderivabilidad del ser del deber ser, guillotina de Hume, normas como producto de decisiones humanas, prescriptivismo, etc.) no sólo constituye una herramienta de análisis fundamental para quien, como el iuspositivista, decide limitarse a describir los aspectos estructurales o conceptuales de un sistema jurídico, sino también para quien decide describirlos y someterlos a crítica (apelando a la historia, la economía, la sociología, la política, etc.)<sup>39</sup>. Es

<sup>39</sup> Es posible sostener que críticos y iuspositivistas discrepan precisamente sobre

precisamente la vertiente *Crítica* quien ha insistido en la necesidad de desmitificar los procesos de legislación y decisión colectiva, invitando a deconstruir los verdaderos factores que motivan una decisión legislativa (ideológicos, económicos, políticos). No hay por qué pensar que el proceso de legislación se reduzca necesariamente (aunque sería bueno que lo hiciese) a promulgar normas teniendo en cuenta el mejor estado de cosas posible para una determinada comunidad. Más bien, los datos que provienen de la sociología y la historia muestran que en la decisión legislativa intervienen aspectos de los cuales el legislador puede ser completamente consciente (favorecimiento de un grupo mayoritario en detrimento de las minorías, favorecimiento de un interés de clase en detrimento de las mayorías, etc.) o completamente inconsciente de la base justificante de sus actos (actuando como *vehículo inconsciente de poder*, para utilizar una frase acuñada por Foucault, *i. e.* con desconocimiento de cuáles son los valores políticos o morales que está favoreciendo).

En todo caso, la existencia *tras* la regla de una concepción de cómo debería ser el mundo o qué cosa maximizaría el bienestar de un grupo es un aspecto contingente, que dependerá de la calidad y legitimación de cada órgano legislativo en particular. No es para nada obvio que las normas emanadas de la legislatura posean siempre esa carga de *racionalidad* que le pretenden atribuir enfoques como los que incurren en el *non-sequitur interpretativo*. En todo caso sería valioso que el

cuáles son los hechos de los que debería dar cuenta una teoría para considerarse *completa* o *satisfactoria*. Hasta donde alcanzo a ver la teoría Crítica en general (y la argentina en particular) no sostiene que los análisis positivistas (basados en la lógica y la filosofía del lenguaje) sean falsos, sino que son reduccionistas y por tanto insuficientes. En este sentido la escuela Crítica no objeta la incorrección de esas herramientas sino la idea de que el análisis del derecho pueda reducirse a esos y sólo a esos aspectos. En este sentido, por ej., Cárcova afirma: "...sin embargo, los positivistas vernáculos suelen incurrir en este respecto en equívocos teóricos y excesos retóricos [...], es el carácter reductivo y por lo tanto *insuficiente* de esa concepción, que sólo considera la dimensión normativa del fenómeno jurídico, dejando 'afuera', esto es, declarando impertinentes, sus dimensiones éticas, políticas, teleológicas, etc., lo que facilita la aureola de sistematicidad de que es portadora..." (la cursiva es mía). Cfr. CÁRCOVA, C. M., *Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho*, en COURTIS, C. (comp.), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 2001, p. 20.

HERNÁN BOUVIER

---

legislador fuese *racional* (y aún resta decidir bajo qué condiciones diríamos que alguien es *racional*) pero de ello no se sigue que de hecho lo sea. Y tampoco se sigue que sea necesario, en el plano interpretativo, atribuir más que una modesta carga de racionalidad basada en lo que aquí se ha llamado *razones conceptuales*.

## VI. Conclusiones

- i) Es falso que para interpretar un lenguaje jurídico deba presuponerse más cosas que lo que aquí se ha llamado *razones conceptuales*. El montaje teórico de autores como Davidson invita a atribuir sólo este tipo de razones y deja abierta la posibilidad de que la investigación empírica demuestre (contingentemente) que existen lo que aquí se ha llamado *razones evaluativas*;
- ii) La confusión entre *razones conceptuales* y *razones evaluativas* puede ser vista como una revitalización del legislador racional, *i. e.* la creencia según la cual el legislador siempre tiene en cuenta las circunstancias a las cuales se aplica la regla y formula en base a ello un balance de razones que se concreta en el dictado de una regla con razones subyacentes;
- iii) Es posible trazar una distinción entre lo que aquí se ha llamado *non-sequitur interpretativo* y el *non-sequitur descriptivo*. Uno atribuye razones evaluativas como presupuesto o precompromiso de interpretación, el otro atribuye razones evaluativas en base a la creencia (heredada de Quine y Kuhn) según la cual no existen enunciados descriptivos puros (Leiter);
- iv) El *non-sequitur descriptivo* no sería atribuible a Finnis dado que él no sostiene que nuestras descripciones son moral o evaluativamente-dependientes *porque* son teórico-dependientes, sino más bien porque cree que de hecho el derecho consiste en valores. Su afirmación se reduce a sostener que nuestros enunciados descriptivos son evaluativamente-dependientes *porque* el derecho es evaluativamente-dependiente;
- v) Reconstrucciones como la de Schauer-Atienza-Ruiz Manero contradicen abiertamente los puntos de partida iuspositivistas (prescriptivismo, tesis de las fuentes sociales, distinción entre

- ser y deber) dado que sostienen como *necesarias* características del derecho que son sólo *contingentes*;
- vi) La distinción entre ser y deber ser y las precauciones metodológicas a las que invita la guillotina de Hume son tanto útiles para un iuspositivista como para quien pretende describir y luego someter a crítica el tipo de relaciones de poder que se suscitan y que explican los procesos de decisión colectivos;
  - vii) No resulta para nada inusual que algunos teóricos del derecho mitifiquen ciertos aspectos del derecho. Esto alcanza por igual a algunos iuspositivistas como a algunos iusnaturalistas. En todo caso, y adaptando la frase que encabeza este trabajo, los juristas –a veces– tienen maneras muy curiosas de recordar (reconstruir) ciertos hechos. Y creen ver allí, en esos recuerdos, cosas claras que en realidad emergieron del oscuro, que no eran ni bellas ni racionales, y que en el momento de su nacimiento sólo fueron poco más que confusión, poco más que humo. Como gran parte de nuestras reglas jurídicas.



## EL DERECHO Y EL PROBLEMA DE SU INDETERMINACIÓN<sup>1</sup>

por ROLANDO TAMAYO<sup>2</sup>

### I. Introducción

El título del trabajo pareciera presuponer que la “indeterminación” a que éste se refiere es una cuestión ampliamente conocida. Cosa que no es el caso. De ahí que sea necesario explicar qué entiendo con “indeterminación del derecho”, o al menos, qué debe entenderse para los propósitos de este ensayo.

Una apropiada descripción del orden jurídico, si es apropiada, debería ser suficiente para *determinar* qué tipo de entidades componen dicho orden y cómo es que funciona. Mi propósito en este ensayo es demostrar por qué, y hasta qué punto, el derecho (*i. e.* cualquier orden jurídico), en fuerte analogía con las partículas en la de mecánica cuántica, padece de indeterminación insuperable de sus entidades.

<sup>1</sup> Este artículo es la versión escrita de mi conferencia sometida a las *XIII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social* (La Falda, Córdoba, 7-9 de octubre de 1999) y de mi ponencia: *The Legal System. The Problem of the Indeterminacy of its entities (XIXth International Congress of Philosophy of Law and Legal Philosophy de la IVR, Nueva York, 25-30 de junio de 1999)*. Algunas de las tesis aquí expuestas aparecen en mi artículo: *Indeterminación del derecho. Las paradojas de la interpretación*, en MALEN, Jorge; OROZCO, J. de Jesús y VÁZQUEZ, Rodolfo (eds.), *Función judicial, ética y democracia*, Gedisa, Barcelona, 2003, ps. 57-83 (Cla. De. Ma/Derecho).

<sup>2</sup> Prof. Emérito Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro del Comité Ejecutivo de la *Internationale Vereinigung für Rechts und Sozialphilosophie* (Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social).

ROLANDO TAMAYO

---

Ahora bien: ¿Cómo afecta esta indeterminación las funciones del derecho? ¿Desconcierta acaso a jueces y abogados en su quehacer cotidiano?

El presente ensayo trata de la aplicación del derecho, de lo que hacen los jueces. Se inscribe dentro de un análisis de las creencias que subyacen detrás de la aplicación del derecho; creencias que rodean la función judicial, aunque no se expliciten<sup>3</sup>. Algunas de estas creencias son, si no contradictorias (no es de la naturaleza de las creencias ser consistentes) sí, al menos, parecen incompatibles y su descripción arroja fuertes paradojas.

Una idea ampliamente aceptada es que una teoría<sup>4</sup> tiene que ser descriptiva. Ahora bien, una teoría que pretenda describir el derecho *as it is* (como es) tiene que determinar su objeto. Sobre este particular voy a explicitar la siguiente tesis que informa todo este trabajo: lo que los jueces hacen<sup>5</sup>, *quæ iudices, es parte de lo que el derecho es*. De ahí que una apropiada descripción del derecho tiene que dar cuenta de lo que hacen los jueces.

El derecho –lo he señalado varias veces– tiene como condición de existencia su formulación en un lenguaje<sup>6</sup>. Pero, ¿cómo se conoce un lenguaje? La respuesta es sencilla: conoce un lenguaje quien sabe qué dice. Así, verbigracia, una persona sabe griego, si sabe lo que se dice en griego; sabe árabe, quien sabe lo que se dice en árabe; así se sabe tártaro, mongol, ruso o español... y *sabe derecho quien dice*

<sup>3</sup> Ciertamente, existen otras instancias que aplican el derecho, sin embargo; me refiero a los jueces, instancias profesionalmente conocedoras de las técnicas de la aplicación de normas jurídicas.

<sup>4</sup> “Teoría” entendida como conjunto de enunciados (definiciones, axiomas e hipótesis) que dan cuenta de un sector del mundo (Vid. GUIBOURG, Ricardo, *Derecho, sistema y realidad*, Astrea, Buenos Aires, 1986 [Filosofía y Derecho, 13], p. 10).

<sup>5</sup> Incluyendo, *mutatis mutandis*, a cualquier órgano aplicador del derecho actuando como tal.

<sup>6</sup> Vid.: mis libros: *Elementos para una teoría general del derecho*, Themis, México, 2003, ps. 271-277, 315-321 y 415-444 y *Razonamiento y argumentación jurídica (El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho)*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004 (Serie Doctrina Jurídica, Nº 121), ps. 139-140. Vid. *pariter*: ROBLES, Gregorio, *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos. Ensayo de teoría analítica del derecho*, UNAM, México, 1989; CAPELLA, José Ramón, *El derecho como lenguaje*, Ariel, Barcelona, 1968, p. 28.

lo que el derecho dice<sup>7</sup>. Los jueces dicen lo que el derecho dice y, con ello, determinan lo que el derecho es.

## II. El orden jurídico<sup>8</sup>

### 1. *Pannomion*<sup>9</sup>

La profesión jurídica concibe el derecho como un conjunto (*i. e.*, como un “orden” o “clase de cosas”) a cuyas entidades llama “normas” (cualquier cosa que éstas sean)<sup>10</sup>. Ahora bien, para penetrar la “naturaleza” del derecho (*i. e.* de cualquier orden jurídico histórico) es necesario tener en cuenta que los órdenes jurídicos son conjuntos más bien complejos, cuya complejidad resulta de la interdependencia recíproca de sus entidades (*i. e.* normas).

Es imposible penetrar la naturaleza del derecho –dice Hans Kelsen (1881-1973)– si limitamos nuestra atención a una norma aislada... Únicamente sobre la base de una clara comprensión de estas relaciones que constituyen el orden jurídico puede entenderse completamente la naturaleza del derecho<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> Sobre este problema, véase mi libro: *Razonamiento y argumentación jurídica* cit., ps. 95 y ss.

<sup>8</sup> En esta sección reformulo algunas tesis expuestas en mi artículo *Rechtsordnung und Verfassung. Eine Kurze Beschreibung des Prozesses des Rechtserzeugung* (en OLIVÉ, León y SALMERÓN, Fernando, *Philosophie und Rechtstheorie in Mexiko*, Duncker und Humblot, Berlín, 1989, ps. 121-133). Algunas de ellas están incluidas en el Cap. X, *El concepto de constitución* de mi libro *Introducción al estudio de la constitución*, Distribuciones Fontamara, México, 2002 (Doctrina Jurídica Contemporánea, 3) y en mi ensayo: *La interpretación constitucional (La falacia de la interpretación cualitativa)*, en VÁZQUEZ, Rodolfo (ed.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Fontamara, México, 1998 (Doctrina Jurídica Contemporánea, 4), ps. 89-133.

<sup>9</sup> Palabra inventada por Bentham (Cfr.: *Introduction to the Principle of Morals and Legislation*, Cap. XVII, nota final, Sec. VI, Darien, Connecticut, Hafner Publishing Co., 1970 [The Hafner Library of Classics, 6], p. 333).

<sup>10</sup> En la tradición de habla inglesa el uso de *norms* es menos frecuente; se usa *laws* (con “l” minúscula) o *rules*. Pero lo que los juristas dicen sobre *norms* se aplica tanto a *laws* como a *rules*.

<sup>11</sup> *General Theory of Law and State*, trad. de Anders Wedberg, Nueva York, Russell and Russell, 1973, p. 3 (reimpresión de la edición de Harvard University Press, 1945). Los paréntesis son míos. Existe versión española de GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Teoría general del derecho y del Estado*, UNAM, México, 1979.

ROLANDO TAMAYO

---

H. L. A. Hart (1907-1994) sostiene que una descripción completa de una norma particular supone la descripción de todas las condiciones comunes a ella y a las otras normas; por tanto, supone una descripción del funcionamiento de la totalidad del sistema<sup>12</sup>. Antes de Kelsen y de Hart, Jeremy Bentham (1748-1832), para quien el derecho es un *pannomion*, observaba:

Un cuerpo de normas es una vasta y complicada pieza de mecanismo de la cual ninguna de las partes puede ser completamente explicada sin el resto. Para entender las funciones de un péndulo *balance-wheel* se debe deshacer todo el reloj; para entender la naturaleza del derecho se debe deshacerlo todo...<sup>13</sup>

El derecho no es un mero abarrotamiento de cosas; sino, más bien, una “intrincada urdimbre de normas”<sup>14</sup>. El derecho es un conjunto<sup>15</sup> (de normas). Éste es un dato básico para la profesión jurídica, un presupuesto de su oficio. Así:

$$\Delta = \{n, n, n, n...\}$$

Donde  $\Delta$  cubre cualquier derecho positivo y donde  $n$  nombra “cualquier cosa” hecha norma jurídica. Ahora bien,  $x$  se convierte en  $n$  si ciertas condiciones son satisfechas (Si  $x$  satisface la “regla de formación del conjunto”).

A esta compartida concepción estática, la profesión jurídica añade otro dato: El derecho no es sólo un conjunto atemporal de normas, sino es un “*continuum* de actos humanos que crean y aplican normas jurídicas”<sup>16</sup>. El derecho –valga la paráfrasis– es un *pannomion dynamikon*.

<sup>12</sup> Cfr. HART, H. L. A., *Introduction*, en BENTHAM, *Of Laws in General* cit., p. XXXV.

<sup>13</sup> *An introduction to the Principles of Morals and Legislation*, University of London, The Athlon Press, Londres, 1959 (The Collected Works of Jeremy Bentham), Cap. XVII, § 29, n.b2, p. 299.

<sup>14</sup> El derecho no es una yuxtaposición de entidades. Estas entidades están de tal manera relacionadas que no hay espacio para entidades aisladas o separadas. Las entidades que forman el derecho se encuentran relacionadas en una secuencia (*Vid. infra: La estructura básica del orden jurídico*).

<sup>15</sup> Un conjunto que no puede ser vacío.

<sup>16</sup> Los actos jurídicos son bifásicos (*sit venia verba*); prácticamente todos ellos son, al mismo tiempo, actos de creación y actos de aplicación.

Aunque esta concepción dinámica no siempre es hecha explícita; no es tampoco el “lado oscuro de la luna”. Este aspecto cinético del orden jurídico es siempre presupuesto en el trabajo cotidiano de jueces y abogados y corresponde ampliamente a los usos profesionales de “derecho”. La tesis que subyace detrás de este ensayo es que el derecho es la “unión de actos de creación y actos de aplicación del derecho”<sup>17</sup>. En lo que sigue me moveré dentro de esta concepción dinámica.

### III. Autopoyetika iuris

#### 1. Nomodinámica

Los actos que crean el derecho ocurren en diferentes momentos y en gran variedad de cadencias. No obstante, sus entidades, *i. e.* normas (y los actos que las crean y aplican), son interdependientes entre sí. Las entidades de un orden jurídico se encuentran relacionadas de tal forma que para que el orden jurídico opere es necesario que los actos que crean y aplican las normas se realicen en una secuencia que va de los actos jurídicos condicionantes (*acta anterior*) a los actos condicionados (*acta posterior*), conexión sin la cual la creación jurídica “escalonada” no es posible<sup>18</sup>.

Es fácil percibir que el concepto clave en esta secuencia es el de facultad. “Facultad” nombra la función que, *inter alia*, permite identificar (*i. e.* determinar) los actos y normas subsecuentes. Ahora bien, si los *acta posterior* están condicionados por otros, los *acta anterior*,

<sup>17</sup> En cuanto a las facultades de aplicación del derecho (*the powers of application*), véase ATRIA, Fernando, *On Law and Legal Reasoning*, Hart Publishing, Portland, Oregon, The European Academy of Legal theory) 2002.

<sup>18</sup> Cfr. KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre*, Viena, Verlag Franz Deuticke, 1960, ps. 228 y ss. (Existe versión en español de VERNENGO, Roberto J., *Teoría pura del derecho*, Porrúa/UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997 (reimpresión de la edición de la UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas de 1979, ps. 232 y ss.). En gran medida ésta es una reformulación de la tesis de Kelsen. Sobre la creación escalonada del orden jurídico, Vid.: OHLINGER, Theo, *Der Stufenbau der Rechtsordnung. Rechtstheoretische und ideologische Aspekte*, Viena, Manzsche Verlag- und Universitätsbuchhandlung, 1975.

ROLANDO TAMAYO

---

entonces estos actos pueden ser representados como una secuencia de facultamientos (*sit venia verba*) de actos jurídicos<sup>19</sup>.

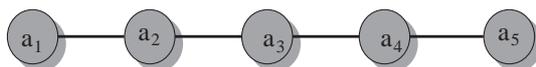


Figura 1

Donde los actos  $a_1$  son condición de los actos  $a_2$ ; y éstos condición de  $a_3$ , *et sit cetera*. No es difícil percatarse de que  $a_5$  no condiciona ningún acto ulterior y, por tanto, es considerado las consecuencias de esta secuencia. A su vez,  $a_1$ , la condición más mediata de las consecuencias, tiene la particularidad de no estar condicionada por ningún acto.

Los actos jurídicos crean y aplican normas. Aunque las normas no son sino el contenido de los actos jurídicos (que los crean), es posible representar el aspecto fáctico del derecho conjuntamente con su aspecto normativo. Esto me obliga a introducir más elementos en el diagrama:

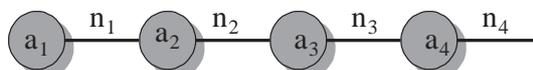


Figura 2

Cada línea de unión representa una norma<sup>20</sup> que faculta (habilita, autoriza) el acto que la aplica y el cual, a su vez, crea las normas que siguen en la secuencia. Así,  $n_1$  autoriza los actos  $a_2$ , cuya rea-

<sup>19</sup> Joseph Raz llama a estas secuencias “cadenas de validez”. En la construcción de estas secuencias de facultamiento he tomado de *The Concept of a Legal System* varias ideas (Vid.: ob. últ. cit., ps. 97-99).

<sup>20</sup> “Norma” en el sentido de norma “*unselbständige Rechtsnormen*” (“normas no independientes” (Vid.: KELSEN, *Reine Rechtslehre* cit., ps. 55 y ss.) (Vid.: *Teoría pura del derecho* cit., ps. 68-70). Para Kelsen las normas propiamente hablando se componen de toda la secuencia (Cfr. *ibid.*, *ibid.*).

lización aplica  $n_1$  y crea  $n_2$ . Este facultamiento puede ser representado por la fórmula siguiente:

$$(\exists n) n[Or F\phi]$$

y se lee: “existe una norma  $n$  que faculta a un órgano ( $Or$ ) a realizar  $\phi$ ” (un acto de aplicación, en el caso,  $a_2$ ). Lo que se encuentra entre corchetes es lo que  $n$  prescribe. En el diagrama de la secuencia es claro que los actos que forman (que pertenecen a) la secuencia tienen que satisfacer las condiciones impuestas por los actos que les preceden. Siguiendo las prácticas de la profesión jurídica, voy a denominar “conformidad” a la satisfacción de estas condiciones.

## 2. Validez sistemática

Teniendo en cuenta lo que acabo de decir, voy a introducir un concepto de validez que ayuda a describir el funcionamiento de la secuencia de facultamiento (y que corresponde perfectamente con las prácticas judiciales). Este concepto puede ser resumido en los siguientes dos enunciados:

- (1)  $x$  es  $n$  si, y sólo si,  $x \in S$  (donde “ $S$ ” representa una secuencia de facultamiento y “ $n$ ” una norma de la misma), y
- (2)  $x$  es  $a$  si, y sólo si,  $x \in S$  (donde “ $S$ ” representa una secuencia de facultamiento y “ $a$ ” un acto de la misma)

*i. e.*, algo es una norma o un acto jurídicamente válido si, y sólo si, pertenece a una secuencia de facultamiento de un cierto orden jurídico.

Una norma o un acto pertenece a una secuencia de facultamiento si satisfacen las “reglas de formación” del conjunto (*i. e.* de la secuencia), establecidas (sucesivamente) por los actos que les preceden. Estas “reglas de formación” son las condiciones fijadas por las normas que confieren facultades, las cuales autorizan la realización de ciertos actos jurídicos.

La validez jurídica es el resultado de la conformidad a las “reglas de formación” de la secuencia y, en este sentido, no tiene nada que ver con “valores” (no obstante su semejanza gráfica) ni con ninguna consideración metafísica. Validez es sólo una cuestión de conformidad

ROLANDO TAMAYO

---

(*ergo*: de pertenencia). Así,  $n_2$  es una norma válida si  $n_1$  faculta a  $Or$  a crear  $n_2$  y  $Or$  efectivamente lo hace. Ahora bien,  $Or$  lo hace si, y sólo si, su acto se conforma a  $n_2$ .

En cuanto a esto último es importante agregar que en la secuencia de facultamiento las normas posteriores ( $n_3$  o  $n_4$ ) no son deducidas (inferidas) lógicamente de las normas anteriores ( $n_1$  o  $n_2$ )<sup>21</sup>. Para que  $n_3$  exista no es suficiente que  $n_1$  y  $n_2$  existan, es necesario que  $a_3$  ocurra, el acto del órgano facultado tiene que ser efectivamente realizado, acto de por el cual el órgano establece  $n_3$ .

### 3. La función de facultar

Los actos en la secuencia de facultamiento adquieren un significado específico al determinar los actos que los aplican y al conformarse a las normas que los condicionan.

Una norma faculta a  $Or$  (al órgano) confiriéndole cierto poder (competencia, capacidad) para que sus actos tengan el efecto que pretenden tener. Los actos de  $Or$  son actos jurídicamente válidos si, y sólo si, existe una norma que le faculte a realizarlos y que éstos efectivamente se conformen a las condiciones establecidas por la norma facultativa<sup>22</sup>.

Si para que un acto (o una norma) sea válido es necesario que exista una norma que confiera facultades y que un acto se conforme a las condiciones impuestas por ella, entonces el enunciado que describe este proceso de creación (o modificación) jurídica es verdadero si, y sólo si, existe una norma que faculte a  $Or$  a crear (o modificar) normas y que  $Or$  efectivamente lo haga. Consecuentemente, la fórmula para cualquier proceso de creación jurídica debe ser reformulada como sigue:

$$(\exists n) n[Or F\phi] \& Or \phi-s$$

<sup>21</sup> La lógica no gobierna el proceso de creación del derecho. *Vid.*: Cap. XXII: *La "lectura" jurídica y la creación de inferencias en derecho*, en mi libro: *Elementos para una teoría general del derecho* cit., ps. 369-380. *Vid.*: SCHMILL, Ulises, *Derecho y lógica*, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Nº 1, octubre 1994, ps. 11-26.

<sup>22</sup> Ésta es una operación canónica de facultamiento. Pero, de hecho, las condiciones que los actos posteriores deben satisfacer pueden estar establecidas en cualquier acto anterior de la secuencia. Más aún, el facultamiento puede encontrarse en una norma que imponga deberes que ordenen a un órgano realizar un acto determinado.

Fórmula que debe leerse: “Para cualquier norma  $n$  (excepto  $n_1$ ),  $n$  es creada (modificada o derogada) si, y sólo si, existe una  $n$  que confiera la facultad  $\phi$  (crear normas) a un órgano del orden jurídico”. Fórmula en la cual “ $F$ ” nombra el operador modal para facultad (“facultamiento”, *empowering*, *Ermächtigung*), “ $Or$ ” es el órgano facultado y “ $\phi$ ”, una (meta) variable que cubre cualquier acto de creación (o derogación) normativa.

De ahí se sigue un concepto de validez (sistemática). Un acto (jurídico) es “válido” si, y sólo si, satisface las condiciones establecidas por los actos jurídicos que le preceden<sup>23</sup>. Este concepto de validez es, de hecho, la piedra angular de la doctrina de la legalidad. De esta forma los actos jurídicos que se conforman con los actos que le preceden en la secuencia son actos jurídicos válidos; los que no se “conforman” son considerados *prima facie* nulos (así se expresa la práctica judicial).

#### 4. La función constitutiva

La norma que confiere facultades, al señalar las condiciones bajo las cuales y las instancias (órganos) por las cuales un acto jurídico debe ser creado, proporciona al facultamiento un carácter constitutivo. El facultamiento es la función constituyente a través de la cual un acto (o norma) de la secuencia establece la forma de la creación subsecuente del derecho<sup>24</sup>. Cualquier norma en la secuencia, con independencia de cualquier otra función que realice, es una norma que confiere facultades<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Entre las condiciones puede haber prohibiciones, actos que el órgano facultado no debe realizar.

<sup>24</sup> De esta manera tenemos órganos “constituyentes” (los que establecen las normas que confieren facultades) y tenemos, también, órganos “constituidos” (los que aplican y se conforman a las normas establecidas por los órganos constituyentes).

<sup>25</sup> Ciertamente, las normas ( $n_1$ ,  $n_2$  o  $n_3$ ) pueden realizar diferentes funciones normativas que corresponden a diferentes operadores modales: “Gebieten ist jedoch nicht die einzige Funktion einer Norm. Auch ermächtigen, erlauben, derogieren sind funktionen von Normen” (“Ordenar no es, sin embargo, la única función de las normas. Habilitar, permitir y derogar, son también funciones de las normas”) (KELSEN, Hans, *Allgemeine Theorie der Normen*, Viena, Manzsche Verlag- und Universitätsbuchhandlung, 1979, p. 1; *Vid.*: ídem, ps. 76 y ss.). Sobre el concepto de *Ermächtigung* en Kelsen, *Vid.*: ídem, ps. 82-84. El español no tiene palabras que correspondan exac-

ROLANDO TAMAYO

Algunas normas pueden ser aplicadas por actos jurídicos diferentes (simultáneos o no). Pero para ser un acto de la secuencia todos ellos tienen que conformarse a las condiciones que imponen dichas normas. Estos actos (y las normas que crean) comparten un “paso” (un eslabón) común. Hasta aquí he representado una secuencia de facultamiento aislada. Pero dos (o más) secuencias pueden compartir más “pasos” del proceso:

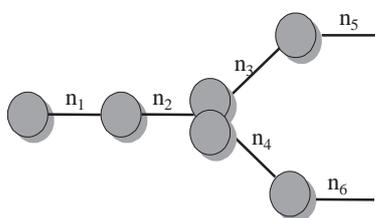


Figura 3

Donde  $n_2$  es condición común tanto de varios actos ( $a_3$ ,  $a_4$ ,  $a_5$ , y  $a_6$ ) como de las correspondientes normas ( $n_3$ ,  $n_4$ ,  $n_5$  y  $n_6$ ) que han creado. Es precisamente este carácter común de  $n_2$  el que permite relacionar o unificar los actos y las normas que comparten este “paso” común. En este diagrama (figura 3), como en los que siguen, la apli-

tamente al uso jurídico de *Ermächtigen* o *Ermächtigung* como la expresión inglesa: *to empower* (y palabras relacionadas, vgr. *empowered* o *empowering*). En español la palabra “apoderar” que parece corresponder a *Ermächtigen*, no tiene el mismo uso, aunque ciertamente “apoderar”, “poderdante”, “apoderado”, así como “poder”, en derecho privado, aluden al acto por el cual se confiere a alguien “poder suficiente” para realizar actos válidos. En todo caso “facultad”, “facultamiento” y “facultado” son palabras de larga tradición en las lenguas latinas. En la segunda edición de *La Teoría pura* Kelsen había señalado: “Denn eine Norm kann nicht nur gebieten, sondern auch erlauben und insbesondere ermächtigen” (“puesto que puede no sólo ordenar algo sino, también, permitirlo y especialmente facultarlo”) (Cfr. *Reine Rechtslehre* cit., p. 5; Vid.: *Teoría pura del derecho* cit., ps. 19). Para un breve análisis del concepto de “facultad”, Vid.: el capítulo IV: *La permisión (Derecho subjetivo y facultad)* de mi libro: *Elementos para una teoría general del derecho* cit., ps. 45-64. Un detallado examen del concepto de facultad desde el punto de vista dinámico es desarrollado por Ulises Schmill (Vid.: *La reconstrucción pragmática de la teoría del derecho*, Themis, México, 1997, ps. 42-50).

cación de normas jurídicas por varios actos de aplicación (vgr. los actos jurídicos que aplican  $n_3$ ) es representada aquí de forma limitada (dos ocurrencias), pero puede suceder en un sinnúmero de ocasiones<sup>26</sup>.

Varias secuencias de facultamiento pueden confluir formando una red de secuencias:

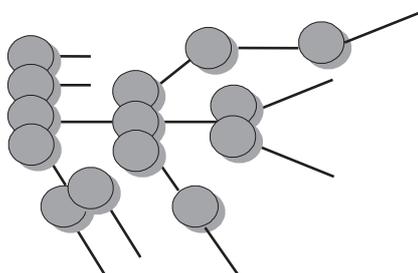


Figura 4

El carácter común de ciertas normas (o actos) es la piedra angular que permite la construcción de los órdenes jurídicos. Todos los actos y las normas que compartan al menos una norma (o acto) forman un solo orden jurídico. Mientras más mediatos de las consecuencias, los actos jurídicos son (generalmente) comunes a un mayor número de normas (o actos) del sistema. Los actos más mediatos del sistema unifican más actos (o normas) del sistema y, necesariamente, el acto considerado el más mediatos es el que unifica la totalidad de actos y normas del sistema.

Consecuentemente, en cualquier orden jurídico (esto es parte del criterio de identidad) existe, al menos, un acto jurídico que es común a todas las secuencias de facultamiento del sistema. De esta manera las secuencias de facultamiento que forman todo un orden jurídico pueden representarse como un haz de actos de aplicación que se van expandiendo en el tiempo<sup>27</sup>:

<sup>26</sup> Vid. infra: *Las variaciones jurídicas*.

<sup>27</sup> “Una pluralidad de normas forma una unidad, un sistema, un orden, si la validez de las normas puede ser referida a una norma única como último fundamento de

ROLANDO TAMAYO

---

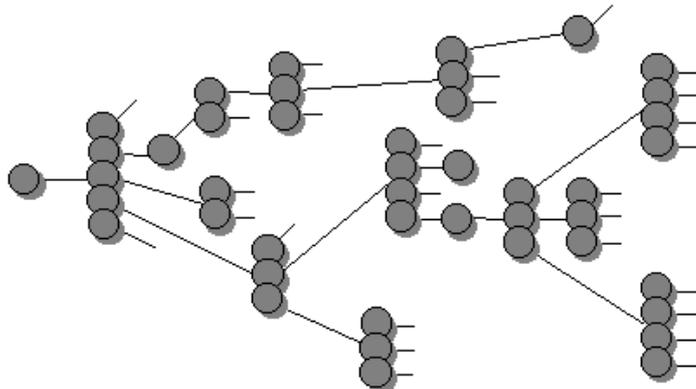


Figura 5

Como hemos podido observar, en las secuencias de facultamiento todas las normas jurídicas realizan la misma función constituyente. En todos los “pasos” de la secuencia aparece la misma relación genética que permite determinar e identificar los actos y normas posteriores<sup>28</sup>.

validez” (KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Scientia Verlag, Aalen, con prólogo de Stanley L. Paulson [reimpresión de la 1. Auflage, Franz Deuticke, Leipzig/Vienna, 1934, p. 62]. Existe versión en español de TIJERINA, Jorge G., *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho* [Lozada, Buenos Aires, 1946]). Existe una excelente versión inglesa de Bonnie Litschewski y Stanley L. Paulson: *Introduction to the Problems of Legal Theory* (Oxford University Press, Oxford, 1996, *vid.*: p. 55).

<sup>28</sup> “La relación entre una grada superior y una inferior en un orden jurídico como entre una constitución y una ley o entre una ley y una decisión judicial es una relación de determinación... [L]a norma superior regula el acto por medio del cual la norma inferior es creada (o simplemente regula la ejecución del acto de coacción)... Al regular la creación de la norma inferior, la norma superior determina no sólo el proceso mediante el cual la norma inferior ha de ser creada sino, posiblemente el contenido de la misma” (KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre* [1. Auflage], ps. 90-91; *Vid.*: *Id.*, *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho* cit., p. 127; *Id.*, *Introduction to the Problems of Legal Theory* cit., ps. 77-78; *Id.*, *Reine Rechtslehre* [2. Auflage], ps. 346-349; *Vid.*: *Teoría pura del derecho* cit., ps. 349-351).

#### IV. Interpretación e indeterminación

##### 1. Primera “lectura” y sus paradojas

He mostrado que las normas y actos que preceden (*acta anterioria et normæ anterioræ*) funcionan como condición o “fuente” de los actos jurídicos subsecuentes (*acta posteriora*) y de sus correspondientes normas (*normæ posterioræ*). De ahí que las normas y los actos jurídicos anteriores en la secuencia determinan (identifican) los actos jurídicos subsecuentes.

Siguiendo la “mecánica” de la secuencia, un acto (o una norma) es reconocido (identificado o determinado) si éste se conforma a las condiciones que le preceden. Así, resulta que los rasgos característicos de un acto jurídico (o norma jurídica) son determinados de antemano. En otras palabras: la determinación de las normas o actos de la secuencia es hecha *con anterioridad* mediante normas o actos que preceden. La determinación, entonces, se “lee” de izquierda a derecha en una “lectura” del tipo que llamaré “latina”. La determinación obtenida por esta “lectura” es, sin duda, muy importante; constituye, como señalé anteriormente, el presupuesto de los conceptos de validez, legalidad y legitimidad.

Esta “lectura” muestra que todos los actos jurídicos (salvo las consecuencias) determinan cómo deben ser los actos subsecuentes de la secuencia, las secuencias normativas no es una mera sucesión de normas y actos jurídicos, sino, una secuencia de condicionamientos. *Acta posteriora et normæ posterioræ* (como consecuentes) tienen que satisfacer las condiciones establecidas por las normas y actos jurídicos anteriores para ser reconocidos como actos de la secuencia.

##### 2. Creación jurídica. ¿Determinación o profecía?

La “lectura latina”, sin embargo, genera un primer problema que, en cierto sentido, es subproducto natural de esta “lectura”. En efecto, esta “lectura” genera la idea de que la determinación de los rasgos característicos de los actos jurídicos futuros (o normas jurídicas futuras) está completamente establecida con anterioridad, de antemano. Pero la paradoja es que ni los actos jurídicos futuros (ni las normas que éstos podrían crear) se han aún realizado. El derecho aguarda ser creado;

ROLANDO TAMAYO

---

*sus normas y actos no pueden ser determinados mientras no existan.* Pero si aún no existen ¿cómo podemos saber, *verbigracia* si son válidos o nulos?

Para determinar lo que es el derecho la profesión jurídica recurre a las “fuentes” (*acta anteriora et normæ posterioræ*); esta prueba, sin embargo, se muestra insuficiente. Esta prueba no es suficiente para determinar ni la fuente misma ni sus productos. Recurrir a las “fuentes” proporciona sólo un indicio de identidad, una identidad *prima facie*; en ocasiones una mera profecía. Ahora bien, si recurrir a las “fuentes” (*acta anteriora et normæ posterioræ*) no es suficiente, entonces, enfrentamos un manifiesto problema de indeterminación.

Esta situación es harto perpleja. Pareciera que, *prima facie*, predicar que un acto jurídico es “válido” (o válida la norma que crea) resulta de su *conformidad* a las condiciones establecidas en los actos y normas jurídicos que le preceden. La mera idea de “conformidad” presupone que existe algo (previo, anterior) a lo que, precisamente, hay que conformarse. Un acto “conforme” quiere decir que es un acto que *satisface las condiciones*, necesariamente previas, que le han sido impuestas.

Dentro de este orden de ideas resulta tentador decir que el acto “conforme” estaba determinado por los actos jurídicos (o normas) que le preceden en la secuencia. Pero esto, como mostré, no es necesariamente verdadero. Primeramente, no se puede determinar un acto que no se ha realizado. Un padre expectante no puede saber si su hijo será pianista, boxeador o trapealista. Hay que esperar que nazca.

Existe otro elemento que incrementa la indeterminación. El acto “conforme” es más que un mero acto conforme. Este acto necesariamente *suma* (adiciona) elementos a la secuencia, elementos que no estaban previstos (predeterminados) en los actos que le preceden en la secuencia. Si un acto adiciona algo, agrega una “porción” jurídica que no había sido determinada por ningún acto anterior (¿cómo podría serlo?). El *additum* que resulta de la realización de cada acto es, *ab obvo*, necesariamente indeterminado.

Supongamos (sin conceder) que las normas y actos jurídicos anteriores efectivamente determinan cómo serán las normas y actos jurídicos futuros que habrán de aplicarlos (suposición, *ab obvo*, contrafáctica). Aun así, esta determinación *nunca podría ser completa*. No

obstante que el acto aludido satisfaga las condiciones de su validez, habrá rasgos del acto válido, que no estaban previstos y, por tanto, que no satisfacen ninguna condición de la secuencia. Para saber cómo es el acto posterior en su totalidad, insisto, tenemos necesariamente que esperar que acaezca.

De esta manera,  $a_2$  adiciona algo;  $a_3$ , a su vez, también agrega algo y, así, sucesivamente. Incluso el mismísimo acto de ejecución (las consecuencias) podría agregar una porción substancial de innovación. Si los actos sucesivos de la secuencia introducen cierto grado de innovación, *stufen für stufen* (paso a paso), la “lectura” de  $n_1$ , por ejemplo, no dice prácticamente nada del derecho que será (*if any*).

La innovación se introduce gradualmente. Si sumamos  $n_2$  a  $n_1$  la determinación del derecho se incrementa. Sin embargo, aun así, todavía no sabemos mucho del derecho que será (si llega alguna vez a ser). Como podemos ver, una secuencia es completa únicamente cuando el último acto de la secuencia (*i. e.* las consecuencias) se realiza. *Mientras tanto, la determinación nunca es completa.*

Esto ocurre en cualquier secuencia, Ahora bien, si consideramos cualquier derecho positivo el problema se magnifica. En los órdenes jurídicos ocurren permanentemente innumerables actos jurídicos y todos introducen, al menos, un *modicum* de innovación.

Es sencillo observar que la indeterminación que acompaña al derecho disminuye a medida que los actos de aplicación de los individuos facultados (los órganos) efectivamente ocurren. De modo que es a través del ejercicio efectivo de las facultades jurídicas que la indeterminación del derecho progresivamente se reduce. Sin embargo, aquí enfrentamos una nueva paradoja: cuando la determinación del derecho se completa (cuando el último acto de aplicación de la secuencia es realizado) el derecho ya no es; sino fue. En otras palabras: una vez que el derecho está completamente creado (y, por tanto, históricamente determinado), el derecho ya es historia<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> Algunos dirían que, como quiera que sea, sería derecho en forma de precedente. Pero los precedentes, como cualquier parte del derecho, son: (1) un *datum* de un derecho que fue y (2) un acto jurídico que constituye una mera propuesta para ser seguida, un acto que tiene que ser “aplicado” por tribunales en una nueva secuencia por construir.

ROLANDO TAMAYO

---

El derecho que podemos describir es el derecho acabado; pero durante el continuado proceso de creación y aplicación del derecho, el derecho padece de indeterminación.

Habiendo subrayado la insuficiencia de la “lectura occidental” para proveer la determinación de los órdenes jurídicos, debemos tener cuidado de no cometer un grave error. Pensando que, como esta “lectura” es insuficiente, es fácil subestimar la importancia de las normas que confieren facultades. La “lectura latina” de la secuencia es, no obstante su insuficiencia en la determinación, una pieza fundamental en la aplicación del derecho.

### 3. La “otra lectura”<sup>30</sup>

*Il processo interpretativo si esercita su di un enunciato [...] e perviene alla norma; la norma non precede come dato, bensì segue come prodotto, il processo interpretativo<sup>31</sup>.*

La insuficiente determinación de la primera “lectura” me condujo a mirar cuidadosamente en la “mecánica” que opera en las secuencias de los órdenes jurídicos y en las prácticas de la profesión jurídica.

Para la profesión jurídica, de acuerdo con la “lectura latina”, una norma (o acto) es válida si satisface los actos y normas que le preceden. Esta conformidad la hace una norma jurídica válida. Pero, en aparente contradicción con esta lectura, la profesión jurídica sostiene por otro lado que las normas para ser aplicadas, tienen que ser “reconocidas” por los tribunales<sup>32</sup> como normas del sistema. Esto es, los profesionales

<sup>30</sup> En la exposición de esta segunda lectura sigo de cerca las ideas de Ricardo Guastini (Vid.: *Interpretative statements*, en GARZÓN VALDÉS, Ernesto; KRAWIETZ, Werner; VON WRIGHT, Georg Henrik y ZIMMERLING, Ruth, *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Berlín, Duncker & Humblot, 1997, ps. 279-292. Vid. *partier*: GUASTINI, Ricardo *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Guiffirè, Milán, 1993).

<sup>31</sup> “El proceso interpretativo se aplica a un enunciado y deviene norma. La norma no precede el proceso interpretativo como dato, sino que le sigue como producto”. TARELLO, Giovanni, *Diritto, enunciati, usi. Studi de teoria e metateoria del diritto*, Bolonia, 1974, p. 395. Tuve conocimiento de este excelente libro por la lectura de *Interpretative statements* de Ricardo Guastini (ob. cit., p. 281).

<sup>32</sup> O por cualquier órgano de aplicación.

del derecho saben bien que los tribunales “aplican” normas jurídicas “válidas”, pero, saben también que esta aplicación se lleva a cabo siguiendo los cánones de su oficio. Los tribunales “reconocen” las normas que aplican mediante el “mágico” artilugio de la “interpretación”.

Al inicio de este ensayo señalé que el derecho tiene como condición de existencia su formulación en un lenguaje. Asimismo, indiqué anteriormente, que la lectura latina es necesariamente insuficiente para la determinación del derecho. Esta indeterminación se hace más manifiesta cuando recordamos que las normas o, mejor, el lenguaje en que las normas se formulan, son también vagas y ambiguas. Consecuentemente, las normas para ser aplicadas tienen que ser “reconocidas” e interpretadas. Mientras estas normas no son interpretadas, carecen de significado, no pueden ser “reconocidas” como normas del sistema y, por tanto, sufren de indeterminación.

La incompletitud, la vaguedad y la ambigüedad de las normas jurídicas anteriores efectivamente se resuelven. Esto es únicamente posible mediante la interpretación dada a estas normas por los actos de aplicación. Pensemos en  $n_1$ , la “fuente” apropiada de  $n_2$ . En realidad,  $n_1$  es fuertemente indeterminada. Cuando  $n_1$  ocurre no sabemos (hasta entonces) cómo va a ser el derecho. Más aún, no sabemos qué es  $n_1$ . Para saber qué es  $n_1$ , necesitamos una interpretación autoritativa<sup>33</sup> de  $n_1$ . De esta manera a la pregunta “¿cuándo sabremos el significado de  $n_1$ ?” la respuesta es la siguiente: “cuando tengamos una interpretación autoritativa de  $n_1$ ”<sup>34</sup>. En otras palabras: cuando afectivamente ocurra  $n_2$ .

Si todos los actos en una secuencia de facultamiento son, al mismo tiempo, actos de creación y actos de aplicación del derecho, entonces

<sup>33</sup> Interpretación emitida por una instancia tal que, en principio, no pueda ser rechazada por nadie.

<sup>34</sup> Tomo la expresión “autoritativa” de H. L. A. Hart. (Cfr.: *Commans and authoritative Legal Reasons*, en *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1982, ps. 243-268). “He sostenido –dice Hart– que para entender estos rasgos del derecho [...una constitución otorgando facultades legislativas... y las nociones de validez e invalidez...] tiene que introducirse la idea de una razón autoritativa: esto es, un argumento (que en sistemas simples puede incluir la emisión de un mandato) que es reconocido, al menos, por los tribunales de un orden jurídico eficaz...” (*Ibid.*, p. 243).

ROLANDO TAMAYO

---

toda norma de la secuencia (toda  $n$ ) es –como señala Ricardo Guastini– “al mismo tiempo un texto y un enunciado interpretativo”<sup>35</sup>. De esta forma  $n_2$  es un texto que recibe su significado (explícita o implícitamente) por parte de  $n_3$ . Si  $n_2$  es un texto (vgr. una disposición del Cód. Civ.),  $n_3$  es la resolución judicial que actúa como enunciado interpretativo que, *inter alia*, decide el significado y alcance de  $n_2$ . ¿No acaso la jurisprudencia de los tribunales de casación, por ejemplo, determina autoritativamente el significado y alcance de las disposiciones de los códigos civiles? El enunciado interpretativo  $n_3$ , consecuentemente, contiene un “operador oracional” que podría ser formulado así: “ $n_2$  significa...”

Enfáticamente señala Michel Troper: “...aquello que precede al juicio no es una norma, sino un texto [...] La norma no es ese texto sino solamente su significado”<sup>36</sup>.

Esta “segunda lectura” compromete fuertemente la idea de legalidad que se obtiene de la primera “lectura”, la cual presupone la idea de la conformidad. ¿Cómo conciliar métodos de determinación tan tajantemente opuestos? Prima facie la idea de la conformidad de un acto se observa mediante la “lectura latina”. En efecto, cuando quiero saber si un acto (o una norma) es un acto válido del sistema verifico si este acto satisface las condiciones impuestas por los actos (y normas) que le preceden, esto es, verifico si tal acto se conforma a dichos actos y normas.

¿Qué sería de la “conformidad” sin esta “lectura”? ¿Qué pasaría con los conceptos de validez, de legalidad y de nulidad? Para la “segunda lectura” esto no es problema. Simplemente la determinación de la “conformidad” *está incluida* en la interpretación del acto de aplicación. De esta manera  $n_3$ , además de indicar lo que  $n_2$  significa (y en virtud de ello) determina que  $n_3$  efectivamente se conforma a lo

<sup>35</sup> GUASTINI, *Interpretative statements* cit., ps. 279-292. *Id.*, *Le fonti del diritto e l'interpretazione* cit.

<sup>36</sup> *Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire?*, en *Pouvoirs*, Presses Universitaires de France, 1981, ps. 5-15 (Reimpreso en TROPER, Michel, *Pour un théorie juridique de l'état*, París, Presses Universitaires de France, 1994, ps. 95-105). El conocimiento de este texto se debe a la lectura de *Interpretative statements* de Ricardo Guastini (ob. últ. cit., p. 280).

dispuesto por  $n_2$  ( $n_3$ , como cualquier otro acto de aplicación del derecho, pretende ser acto “regular” del sistema). Esta “lectura” interpretativa necesariamente conduce a una determinación *ex post facto* de los actos jurídicos (la “conformidad” y *comprise*).

La interpretación no necesita ser explícita;  $n_2$  es suficiente evidencia para saber qué significa  $n_1$ . Es decir, es suficiente la creación de  $n_2$  para saber qué significa  $n_1$  para  $a_2$ .

Si la “lectura latina” es una secuencia de facultamientos sucesivos, la “lectura no latina” es una secuencia de sucesivas “interpretaciones”. En el primero de los casos, *i. e.* “lectura latina”, la proposición  $p$ , si es verdadera, describe el facultamiento sucesivo contenido en la secuencia; *i. e.* describe las facultades otorgadas por  $n_1$  a  $a_2$ , las otorgadas por  $n_2$  a  $a_3$ , las otorgadas por  $n_3$  a  $a_4$ , *et sit cetera*, así como la “conformidad” de los *acta posteriora* a las condiciones establecidas por las *normae anteriorae*. En el segundo de los casos, *i. e.* “lectura no latina”, de los casos, la proposición  $p$ , si es verdadera, describe la interpretación sucesiva contenida en la secuencia; da cuenta de la interpretación dada por  $n_2$  a  $n_1$ , la dada por  $n_3$  a  $n_2$ , *et sit cetera*, incluyendo la determinación de la “conformidad” de los *acta posteriora* a las condiciones establecidas por las *normae anteriorae*.

Además del fuerte contraste de estas “lecturas”, el problema se complica frente a la creencia, ampliamente compartida, de que los órganos de aplicación del derecho (vgr. tribunales) tienen el deber de aplicar el derecho preexistente. Pero ¿si los órganos de aplicación son las instancias que “deciden” lo que significa la norma que aplican (además de decidir cuál es el “derecho aplicable”), cómo puede pensarse que los órganos de aplicación tengan el deber de aplicar el derecho que interpretan? Lamentablemente no puedo detenerme a examinar esta perplejidad.

#### 4. “Libertad” de los órganos de aplicación

Una atenta observación de los actos de aplicación muestra que los órganos de aplicación “corren el riesgo” de la aplicación (*periculum est applicatores*)<sup>37</sup> al decidir el significado de la norma que aplica. Una vez que una norma que confiere facultades es establecida, surge una

<sup>37</sup> *Sit venia verba.*

ROLANDO TAMAYO

---

alternativa fuerte en lo que a la existencia del derecho se refiere. Este predicamento toca resolverlo al órgano aplicador<sup>38</sup>. Esta disyunción puede representarse como sigue:

$$(\exists n) [Or F \phi] \Rightarrow (Y) Or \phi$$

Una vez que una norma que confiere facultades ( $n-F$ ) es creada, se sigue (del mero acto de su creación) que  $Or$ , el órgano facultado, se encuentra en posición de hacer  $\phi$  o de omitir  $\phi$ <sup>39</sup>.

Puede ocurrir que la norma que faculta, *i. e.*  $n [Or F \phi]$ , nunca sea aplicada, es decir, que  $Or$  nunca realice  $f$ . En este caso la creación jurídica se interrumpe (no ocurre). El derecho anunciado (en esa pretendida norma que confiere facultades) nunca nació. Por el contrario, puede suceder que la norma que faculta sea aplicada, que  $Or$  efectivamente haga  $\phi$  y que con este acto que  $Or$  realiza se incremente la determinación del derecho. Sin embargo, una nueva alternativa surge. El acto de  $Or$ , *i. e.*  $\phi$ , puede ser considerado “regular” o “irregular”:

$$(\exists n) [Or F \phi] \& Or \phi \Rightarrow (Y) O \phi_R$$

Una vez que el órgano facultado efectivamente realiza  $\phi$ , este acto (en base a la “primera lectura”) puede ser considerado  $\phi_R$  “no-regular” mediante un procedimiento ulterior. Este episodio procesal simplemente lo menciono pero no lo abordaré aquí. Como quiera que sea, los procedimientos de control de la regularidad de los actos (control de la legalidad o de la constitucionalidad) se explican como cualquier otro acto de creación y aplicación del derecho.

Pues bien, de la aplicación de una norma que confiere facultades ( $n-F$ ) se sigue (de su mero acto de aplicación) que, además de adicionar una porción de determinación a este proceso de creación,  $Or$  decide el curso sucesivo de la creación jurídica.

<sup>38</sup> En cuanto a la posición en que se encuentra el órgano de aplicación frente a este predicamento normativo Kelsen señala: “Aquel que ha de ejecutar la norma ha de examinar y decidir también si es una norma regular y, por tanto, ejecutable” (*Teoría general del Estado*, trad. de Luis Legaz y Lacambra, Labor, Barcelona, 1934, p. 84).

<sup>39</sup> Existen formas variadas de omitir. Un tribunal, por ejemplo, puede declararse incompetente, declarar la improcedencia, hasta “rehusar” simple y llanamente la aplicación.

## V. ¿Perplejidad?

Tenemos dos tipos de “lecturas”: la “lectura latina” (de izquierda a derecha) y un tipo de “lectura no latina” (de derecha a izquierda). Esto produce una situación, si no contradictoria, sí seriamente paradójica. Mientras  $n_2$ , por ejemplo, pretende determinar lo que es  $n_3$  (o lo que va a ser),  $n_3$  (o, mejor,  $a_3$ ) pretende interpretar (determinar) lo que  $n_2$  efectivamente significa.

Si esto es siempre así como parece ser, ¿cómo es que funciona el derecho? Esta pregunta la hago porque los órdenes jurídicos históricos funcionan. Da la impresión que la profesión jurídica “diluye” esta situación. De forma por demás simple. Parece, que es bueno disponer de dos distintos métodos para “leer” derecho, aprendidos como recursos del oficio. Métodos que dan ocasión a diferentes (meta)reglas de interpretación.

Cuando se *quiere* saber si el acto  $a(?)$  es un acto jurídico válido, se comienza por “leer” los actos que confieren facultades. Después se confronta este acto con el contenido de la norma que le confiere facultades para ver si, efectivamente,  $a(?)$  satisface las condiciones establecidas por los actos anteriores de la secuencia. Pero si, por el contrario, lo que se *quiere* saber es qué significa la norma  $n(?)$  (e. g. una disposición constitucional o cualquier disposición legislativa), se comienza por “leer” los actos posteriores, los actos autoritativos que interpretaron  $n(?)$ , por ejemplo, la jurisprudencia de los tribunales supremos (tribunales de casación, cortes supremas o tribunales constitucionales).

¿Existe acaso un argumento que nos permita privilegiar cualquiera de las lecturas? ¿Qué hacen los juristas para inclinar la balanza? ¿Tiene la dogmática jurídica algún (meta)criterio para decidir? ¿Son estas “lecturas” representativas del conservadurismo o activismo judicial? Lamentablemente no me puedo detener en estas importantes cuestiones.

## VI. Las variaciones jurídicas

Siguiendo con la indeterminación del derecho y su incidencia con la aplicación (interpretación) del derecho, permítase añadir otro problema. Como he señalado, la creación jurídica no se produce de una vez y para siempre ni a intermitencias regulares. Por el contrario, la

ROLANDO TAMAYO

creación (o innovación) jurídica se produce de forma constante. Este carácter constante de la creación jurídica me condujo a considerar que el orden jurídico (*i. e.* el Estado) es el marco de las variaciones jurídicas. El orden jurídico (parcial o total) no es sino el cuadro de las transformaciones jurídicas unitariamente consideradas.

Los órdenes jurídicos no se encuentran ni acabados ni en reposo: están en proceso continuo<sup>40</sup>. Es importante tener presente que las facultades conferidas por una norma jurídica para crear normas subsecuentes pueden ser ejercidas *repetidas veces*<sup>41</sup>. La autoridad (individuo o grupo) investida con facultades de este tipo puede hacer uso de ellas todas las veces que así lo decida. De esta manera, la autoridad referida podrá crear varias normas en diferentes *momentos*. Supongamos que la norma  $n_1$  confiere a una determinada autoridad la facultad de crear normas jurídicas cada vez que realice (una instancia del acto)  $a_2$ . La autoridad referida puede crear tantas normas como tantas veces haga uso de sus facultades (tantas veces como realice  $a_2$ ).

Esta situación puede observarse en el siguiente diagrama:

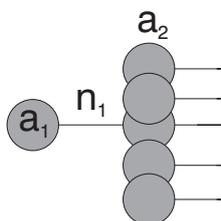


Figura 6

<sup>40</sup> La creación jurídica no se produce necesariamente en un momento fijo o en intermitencias regulares. Por el contrario, la creación o innovación jurídica –con todos los cambios y alteraciones que implica– se produce de forma constante. Ahora bien, si el orden jurídico es un continuado proceso de creación, entonces, el orden jurídico no es propiamente un conjunto o sistema (siempre igual a la suma de sus entidades) sino que es solamente *el cuadro de las transformaciones o modificaciones jurídicas unitariamente consideradas*; Vid.: mis trabajos: *Sobre el sistema jurídico y su creación* cit., p. 134; *Id., L'Etat, sujet des transformations juridiques*, París, Faculté du Droit et Science Economiques, Université de Paris, 1970 (Thèse du Doctorat), ps. 229-233. El orden jurídico no es, pues, más que un flujo constante de variaciones jurídicas –substituyéndose continuamente los órdenes jurídicos momentáneos–.

<sup>41</sup> Vid. supra: figuras 3, 4 y 5.

Aquí se consideran simplemente momentos del orden jurídico en donde se presupone que las ocurrencias de  $a_i$  ya se han realizado; donde las normas creadas por las ocurrencias de  $a_i$  se mantienen en “reposo” y se ignora la actividad ulterior del orden jurídico (así como la creación paralela de todas las otras secuencias posibles).

Es pues oportuno introducir una distinción entre orden jurídico momentáneo y orden jurídico total o, simplemente, orden jurídico *tout court*. El orden jurídico momentáneo es, *ab obvo*, un subsistema del orden jurídico, propiamente hablando. Para cada orden jurídico momentáneo existe un orden jurídico (total) que contiene todas las disposiciones jurídicas de los órdenes jurídicos momentáneos que lo componen. Es lógicamente imposible para un sistema jurídico contener un orden jurídico momentáneo vacío. Por supuesto, no existe un sistema jurídico que no contenga al menos un orden jurídico momentáneo<sup>42</sup>.

Esta importante distinción puede apreciarse fácilmente en el siguiente diagrama en donde se representa un orden jurídico (total):

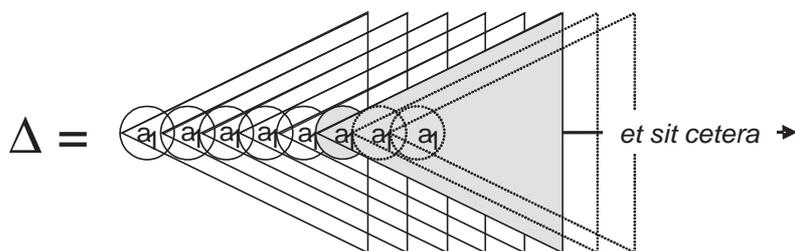


Figura 7

Aquí, cada triángulo (a manera de un haz de actos de aplicación que se expanden en el tiempo) representa un orden jurídico momentáneo, donde el triángulo sombreado es el orden jurídico “vigente” que será substituido por los órdenes jurídicos momentáneos que habrán de seguirle (triángulos punteados).

<sup>42</sup> Aunque en los trabajos que acabo de citar consideré esta distinción, voy a hacer algunos comentarios sobre el particular, introduciendo algunos elementos de Joseph Raz (Cfr.: *The Concept of a Legal System* cit., ps. 34-35).

ROLANDO TAMAYO

---

## VII. Final

El principio de indeterminación o de incertidumbre de Heisenberg muestra cómo las partículas pueden ser interpretadas en términos de su posición (en el espacio) y de su *momentum* (en el tiempo), asumiendo que sus patrones y sus *momenta* han sido medidos.

La “mecánica jurídica”, *so to speak*, muestra que la indeterminación es una característica que acompaña al derecho. Muestra la limitación impuesta por un par de variables, tales como los primeros patrones bien definidos (*acta anteriora*) y el *momentum* (cualquier momento en el orden jurídico existente). Como en física, la determinación de uno afecta la determinación del otro.

La enorme significación del principio de indeterminación es reconocida por todos los científicos; pero, ¿cómo debe ser entendida jurídicamente? Tenemos algunos actos (“patrones”) bien prescritos ( $n_1$ , por ejemplo) que programan “pasos” futuros: actos de aplicación que, en principio, deben “moverse” de conformidad con los “patrones” bien establecidos (*acta anteriora et mormæ anterioræ*). En este momento los actos de aplicación aún no han sido realizados ni los patrones bien establecidos han sido interpretados.

Los primeros actos prescritos lanzan el programa para el desarrollo de un orden jurídico particular. Estos programas pueden ser completados progresivamente por los actos, que eventualmente ocurrirán. Esto se revela con una mirada atenta al funcionamiento del derecho. En efecto, la “mecánica jurídica” muestra la creación no-armónica del derecho (la historia muestra que los órdenes jurídicos varían notablemente en la forma en que se comportan los individuos facultados).

Un órgano (re)elabora las variables jurídicas y les asigna la “medida” apropiada que cree les corresponde. Este proceso de “medición” subraya el papel activo de los órganos de aplicación, los cuales, al hacer mediciones (interpretaciones), inciden en el alcance de la norma que supuestamente regula su conducta.

En fuerte analogía con la mecánica del cuántum, en el derecho, lo que se revela por una observación activa no es un dato absoluto, sino

un *theory-laden datum* (i. e. un dato relativizado) por la interpretación dada por los órganos de aplicación del derecho.

### Bibliografía

- AGUILÓ, Joseph, *Sobre la derogación. Ensayo de dinámica jurídica*, México, Distribuciones Fontamara, 1995 (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 41).
- ALCHOURRÓN, Carlos, *Normative Order and Derogation*, en MARTINO, Antonio A., *Deontic Logic, Computational Linguistics, and Legal Information Systems*, Amsterdam/Nueva York, North Holland, 1982.
- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- ATRIA, Fernando, *On Law and Legal Reasoning*, Hart, Publishing, Portland, Oregon, The European Academy of Legal theory, 2002.
- BENTHAM, Jeremy, *An introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Londres, University of London, The Athlon Press, 1959 (The Collected Works of Jeremy Bentham), Cap. XVII, § 29, n.b2, p. 299.
- *Introduction to the Principle of Morals and Legislation*, Darien, Connecticut, Hafner Publishing Co., 1970 (The Hafner Library of Classics, 6).
- *On Laws in General*, H. L. A. Hart (ed.), Athlone Press, Londres, 1970.
- BERGER, Adolf, *Encyclopædic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1968, p. 598.
- BIX, Brian Law, *Language and Legal Determinacy*, Oxford University Press, Oxford, 1994.
- BULYGIN, Eugenio, *Tiempo y validez*, en ALCHOURRÓN y BULYGIN, *Análisis lógico y derecho* cit.
- CAPELLA, José Ramón, *El derecho como lenguaje*, Ariel, Barcelona, 1968.
- CARACCILO, Ricardo, *La noción de sistema en la teoría del derecho*, Distribuciones Fontamara, México, 1994.
- COMANDUCCI, Paolo, *Corpus Iuris Civilis. I. Institutiones, Digesta. II. Codex III. Nocellæ*. Momsen, Theodor y Krüger, Paul (eds.), con *Præfatio* de Wolfgang Kunkel, Dublín/Zurich (Weidmannsche Verlagsbuchhandlung), 1973 (reimpresión de la edición de Berlín 1967).
- *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, Distribuciones Fontamara, México, 1999 (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Nº 68).

ROLANDO TAMAYO

---

- GEORGE, R. (ed.), *The Autonomy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1996.
- GUASTINI, Ricardo, *Dalle fonti alle norme*, Turín, Giappichelli, 1992.
- *Interpretative Statements*, en GARZÓN VALDÉS, Ernesto; KRAWIETZ, Werner; VON WRIGHT, Georg Henrik y ZIMMERLING, Ruth, *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Berlín, Duncker & Humblot, 1997, ps. 279-292.
- *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milán, Giuffrè, 1993.
- *Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del regionamento giuridico*, en GIANFORMAGGIO, Leticia y LECALDANO, Eugenio (eds.), *Etica e diritto, Le vie de la giustificazione razionale*, Roma/Bari, 1986 (Biblioteca di Cultura Moderna Laterza, 924), ps. 173-201.
- GUIBOURG, Ricardo, *Derecho, sistema y realidad*, Astrea, Buenos Aires, 1986 (*Filosofía y Derecho*, 13).
- HART, H. L. A., *Commands and authoritative Legal Reasons*, en *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1982.
- *Introduction*, en BENTHAM, Jeremy, *Of Laws in General* cit., p. XXXV.
- *The Concept of Law*, ed. por Bulloch, Penelope y Raz, Joseph, Oxford, Oxford University Press, 1994. Existe versión en español de Genaro R. Carrió: *El concepto de derecho*, Buenos Aires, 1995 (1963). La versión inglesa de 1994 contiene un *Postscript*. Este *Postscript* ha sido traducido por Rolando Tamayo y Salmorán: *Post scriptum al concepto de derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.
- KELSEN, Hans, *General Theory of Law and State*, trad. de Anders Wedberg, Nueva York, Russell and Russell, 1973, p. 3. (Reimpresión de la edición de Harvard University Press, 1945). Existe versión española de Eduardo García Máynez, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, 1979.
- *General Theory of Norms*, trad. de Michael Hartney, Oxford, Oxford University Press, 1991 (versión en inglés de la *Allgemeine Theorie der Normen*, Vienna, Manzsche Verlag- und Universitätsbuchhandlung, 1979).
- *Introduction to the Problems of Legal Theory*, trad. de Bonnie Litschewski y Stanley L. Paulson, Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 55 (versión en inglés de la primera edición de la *Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Aalen, Scientia Verlag, reimpresión de la 1. Auflage, Franz Deuticke, Leipzig/Vienna, 1934).

- KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre*, Vienna, Franz Deuticke, 1960. Existe versión en español de Roberto J. Vernengo, *Teoría pura del derecho*, Porrúa/UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997 (reimpresión de la edición de la UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas de 1979).
- *Teoría general del Estado*, trad. de Luis Legaz y Lacambra, Barcelona, Editorial Labor, 1934.
- MARMOR, Andrei (ed.), *Law and Interpretation. Essay in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1995.
- MAZZARESE, Tecla, *Legal Interpretation as Translation Insights from a Current Analogy*, Ponencia presentada en el V Seminario García Máynez, celebrado en México, del 5 al 7 de octubre de 1995. Existe versión en español de Rolando Tamayo y Salmorán: *La interpretación jurídica como traducción...*, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Instituto Tecnológico Autónomo de México.
- *Forme de razionalità delle decisioni giudiziali*, Turín, G. Giappichelli Editore, 1996 (*Analisi e Diritto*, Serie Teorica, 25).
- OHLINGER, Theo, *Der Stufenbau der Rechtsordnung. Rechtstheoretische und ideologische Aspekte*, Viena, Manzsche Verlag- und Universitätsbuchhandlung, 1975.
- RAZ, Joseph, *The Concept of a Legal System. An Introduction to the theory of Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 1980. Existe versión en español de Rolando Tamayo y Salmorán, *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 19.
- ROBLES MORCHÓN, Gregorio, *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1989.
- ROSS, Alf, *Directives and Norms*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1968.
- RUIZ MANERO, Juan, *Jurisdicción y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.
- SCHMILL, Ulises, *Derecho y lógica*, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Nº 1, octubre 1994, ps. 11-26.
- *La reconstrucción pragmática de la teoría del derecho*, Themis, México, 1997.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Cómo hacer razones con normas. O cómo convertir normas en razones. O cómo deshacer este lío*, en *Doxa*,

ROLANDO TAMAYO

---

*Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. II, Nº 21, 1998, Actas del XVIII Congreso Mundial de Filosofía del Derecho, Alicante, Universidad de Alicante, España, ps. 437-462 (junio de 1999).

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Rechtsordnung und Verfassung. Eine Kurze Beschreibung des Prozesses der Rechtserzeugung*, en OLIVÉ, León y SALMERÓN, Fernando (eds.), *Philosophie und Rechtstheorie in Mexiko*, Ducker und Humboldt, 1989, Berlín, ps. 121-133.

— *Elementos para una teoría general del Derecho (Introducción al estudio de la ciencia jurídica)*, Themis, México, 2001.

— *Introducción al estudio de la constitución*, Distribuciones Fontamara, México, 2002 (Doctrina Jurídica Contemporánea, 3).

— *L'Etat, sujet des transformations juridiques*, París, Faculté du Droit et Science Economiques, Université de Paris, 1970 (Thèse du Doctorat).

— *La interpretación constitucional (La falacia de la interpretación cualitativa)* en VÁZQUEZ, Rodolfo (ed.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Fontamara, México, 1998 (Doctrina Jurídica Contemporánea, 4), ps. 89-133.

— *Razonamiento y argumentación jurídica (El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho)*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004 (Serie Doctrina Jurídica, Nº 121).

— *Sobre el sistema jurídico y su creación*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1976 (Serie G: Estudios Doctrinales, Nº 16).

TARELLO, Giovanni. *Diritto, enunciati, usi. Studi de teoria e metateoría del diritto*, Bolonia, 1974.

TROPER, Michel, *Fonction jurisdictionnelle ou pouvoir judiciaire? Pouvoirs*, Presses Universitaires de France, París, 1981, ps. 5-15 (Reimpreso en TROPER, Michel, *Pour un théorie juridique de l'état*, en *op. ul. cit.*, ps. 95-105).

— *Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique*, en *Revue Internationale de Philosophie*, Bruxelles, 1981, ps. 518-529 (reimpreso en TROPER, Michel, *Pour un théorie juridique de l'état*, París, Presses Universitaires de France, 1994, ps. 85-94).

## CONSTITUCIÓN Y CONFLICTOS

por JORGE L. RODRÍGUEZ\*

### Resumen

La resolución de conflictos entre derechos constitucionales parece enfrentarnos a un dilema que podría formularse del siguiente modo: o bien se acepta la existencia de una jerarquía completa, a priori y definitiva entre tales derechos, en cuyo caso no habrá conflictos genuinos, pero esto parece constituir un ideal inalcanzable; o bien se rechaza tal supuesto, en cuyo caso los conflictos entre derechos fundamentales deberán resolverse atendiendo a las peculiaridades de cada caso, lo cual obliga a reconocer un enorme ámbito de discrecionalidad en la labor judicial.

Las posiciones que se han asumido tanto entre los operadores y teóricos constitucionales como entre los teóricos del derecho frente al problema se inclinan alternativamente por alguna de estas dos opciones, pese a que cada una de ellas lleva a consecuencias difíciles de admitir. Una de las razones que permiten explicar esto es que la cuestión se halla íntimamente vinculada con un dilema más general, relativo al modo de concebir la deliberación práctica: o bien justificar una acción o decisión en un caso concreto consiste en indicar que él constituye una instancia de aplicación de una norma de carácter general, lo que obligaría a asumir la posibilidad de una reconstrucción completa y consistente de los contenidos regulados por las normas generales, cosa que parece imposible; o bien la justificación práctica consiste en pon-

\* Universidad Nacional de Mar del Plata.

JORGE L. RODRÍGUEZ

---

derar las características distintivas de cada caso individual, lo que situaría a la deliberación práctica fuera del dominio del control racional.

En el presente trabajo se intentará sostener que el segundo de estos dilemas ha de resolverse optando por su primera alternativa, esto es, descartándose al particularismo como concepción satisfactoria de la deliberación práctica y, sobre tales bases, se tratará de justificar que el primer dilema, concerniente a la resolución de conflictos entre derechos constitucionales, es sólo un dilema aparente pues las dos alternativas que plantea no son exhaustivas<sup>1</sup>.

## 1. Introducción

En un fallo reciente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar al recurso extraordinario presentado por los querellantes –en representación del gobierno de Chile– contra la decisión de la sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/Homicidio calificado, asociación ilícita y otros, Recurso de Hecho” (CSJN, 24-8-2004, A.533.XXXVIII). La sentencia de primera instancia había tenido por acreditado que Arancibia Clavel había formado parte, entre 1974 y 1978, de una asociación ilícita agravada, la Dirección de Inteligencia Nacional –DINA exterior–, dependiente del entonces gobierno de facto de Chile, cuya actividad consistía en la persecución de los opositores políticos al régimen de Augusto Pinochet exiliados en Argentina. La Cámara de Casación modificó el encuadre jurídico del delito, considerando que debía calificárselo como asociación ilícita simple, e interpretó que la acción penal se hallaba prescripta a su respecto. La Corte, con el voto favorable de cinco de sus miembros y tres disidencias, revocó en lo que a este último punto concierne la decisión de la Cámara, por entender que la asociación ilícita en cuestión lo era para la comisión de delitos que debían considerarse de *lesa* humanidad y que, por consiguiente, resultaba imprescriptible.

No es mi intención efectuar aquí un análisis de la cuestión de fondo

<sup>1</sup> Agradezco a Claudina Orunesu y a Daniel Eduardo Vicente sus observaciones críticas y sugerencias, que me han resultado imprescindibles en la elaboración de este trabajo.

resuelta en el fallo citado, sino presentarlo como un ejemplo de las dificultades que se suscitan cuando un órgano jurisdiccional, en el marco de una democracia constitucional que tutela ciertos derechos fundamentales en la máxima jerarquía normativa, ha de resolver un caso en el que se presentan varios principios o derechos igualmente resguardados en aparente conflicto. En el pronunciamiento citado, la Corte adoptó su decisión debiendo precisar los límites y efectuar un balance entre el principio de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, la situación de indefensión de las víctimas y la necesidad de evitar la perpetuación de la impunidad respecto de violaciones graves de los derechos humanos, por una parte, y el derecho de defensa en juicio, el principio de legalidad, y la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal, por la otra.

Al referirse al modo de resolver situaciones que involucran derechos en aparente conflicto, la Corte reiteró un criterio ya sostenido en muchos otros casos, señalando que "...los derechos que emanan de las cláusulas constitucionales han de conciliarse con los deberes que éstas imponen o que en otras se establecen, de manera que no se pongan en pugna sus disposiciones y se logre darles aquel sentido que las concilie y deje a todas con valor y efecto", agregándose en uno de los votos de la mayoría que "...las cláusulas de la Constitución no pueden interpretarse en contradicción unas con otras, ni jerarquizando unas sobre las otras"<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Voto del juez Boggiano. El examen de los votos de la mayoría y las disidencias también resulta interesante por las consideraciones que se vierten respecto de un problema más específico pero conectado con el que aquí se analiza: el del estatus de los tratados de tutela de derechos humanos que, según el artículo 75, inciso 22, segundo párrafo de la Constitución Nacional, tal como quedara redactado con la reforma de 1994, "tienen jerarquía constitucional", no obstante lo cual "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos". De conformidad con la posición mayoritaria de la Corte, que en este caso fuera precisada por el juez Boggiano, "...cuando el Congreso confiere jerarquía constitucional al tratado hace un juicio constituyente por autorización de la Constitución misma según el cual al elevar al tratado a la misma jerarquía que la Constitución estatuye que éste no sólo es arreglado a los principios de derecho público de la Constitución sino que no deroga norma alguna de la Constitución sino que la complementa. Tal juicio constituyente del Congreso Nacional no puede ser revisado por esta Corte para declarar su invalidez sino sólo para hallar armonía y complemento entre

JORGE L. RODRÍGUEZ

---

La Corte parece así rechazar la posibilidad de que dos normas constitucionales puedan entrar en conflicto. Ahora bien, esta idea es

tales tratados y la Constitución. En último análisis tal juicio constituyente del Congreso no implica ni puede introducir reforma alguna de la Constitución pues el tratado no deroga norma alguna de la Constitución y sólo complementa los derechos y garantías en ella declarados [...] No se trata, por ende, de una estricta reforma constitucional, porque el tratado al que se confiere jerarquía constitucional no modifica, altera o deroga la Constitución sino que la complementa y confirma con normas que si bien pueden desarrollar o hacer explícitos los derechos y garantías constitucionales guardan siempre el espíritu de tales derechos [...] Y no puede afirmarse que tal facultad (art. 75, inc. 22) quebranta la rigidez del art. 30 porque jamás podría razonablemente afirmarse que el art. 75, inc. 22 de la Const. lesiona el art. 30. Porque no hay normas constitucionales inconstitucionales [...] Si los tratados con jerarquía constitucional tuviesen rango inferior a la Constitución debería declararse su inconstitucionalidad en caso de colisión. Pero tal colisión no puede suscitarse (*Fallos*: 319:3148).

”En la Constitución Nacional no hay ‘normas constitucionales inconstitucionales’ (*verfassungswidrige Verfassungsnormen*). La decisión constituyente fundamental del último párrafo del inc. 22, del art. 75 de la Const. Nac. impone a esta Corte y a los tribunales inferiores de la Nación y las provincias asegurar el más pleno alcance a los nuevos reconocimientos de derechos humanos contenidos en los tratados internacionales a los que se ha conferido jerarquía constitucional” (voto del juez Boggiano).

El juez Belluscio ha sostenido en disidencia con tal criterio que “...los textos mencionados expresamente en el art. 75, inc. 22, segundo párrafo, de la Constitución Nacional –y, con igual o mayor razón, puesto que no provienen siquiera directamente del poder constituyente, aquellos que el tercer párrafo autoriza al Congreso a incorporar– [...] configuran [...] normas constitucionales de segundo rango, que prevalecen por sobre las leyes ordinarias pero que son válidas únicamente en la medida en que no afecten los derechos consagrados en la primera parte de la Const. Nac. (voto del juez Belluscio en *Fallos*: 321:885)”. Tal disidencia fue acompañada con fundamentos propios por el juez Fayt en este caso, quien sostuvo que “...en diversos votos que informan decisiones de esta Corte se ha entendido que con la incorporación de los tratados mencionados a la Constitución Nacional, ya se dejó sentada su concordancia con los principios de derecho público establecidos en ella, en tanto los constituyentes ya habrían cotejado los tratados del art. 75, inc. 22 y los artículos constitucionales y verificado que no se producía derogación alguna de estos últimos. Así se ha afirmado que ‘la armonía y concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio del constituyente [...] que los poderes constituidos no pueden desconocer o contradecir’ [...] Que, por el contrario, [según] la tesis que aquí se propugna [...] es al Poder Judicial a quien corresponde, mediante el control de constitucionalidad, evaluar, en su caso, si un tratado internacional –cualquiera sea su categoría– guarda ‘conformidad con los principios de derecho público establecidos en (la) Constitución’ (art. 27 de la Constitución Nacional) [...] En efecto, resultaría un contrasentido intolerable que un tratado de la categoría descripta desconociera principios infranqueables de nuestra

susceptible de tres diferentes interpretaciones, dos débiles y una fuerte. La primera tesis débil se limita a señalar que las normas constitucionales que tutelan derechos básicos no son estrictamente contradictorias entre sí, consideradas en abstracto. Esto es sin duda correcto, pues afirmar, por ejemplo, que “toda persona tiene derecho a la vida y a la preservación de su integridad física”, y afirmar que “toda persona tiene derecho a profesar libremente sus ideas religiosas”, no pueden considerarse dos enunciados contradictorios<sup>3</sup>. Pero ello no empece a que en un caso particular

Ley Fundamental, reformándola a extramuros de la técnica constitucional establecida en el art. 30 citado [...] en nada se ha apartado la reforma mencionada del principio seminal que consagra la supremacía de la Constitución en relación a los tratados internacionales, como lo había sostenido esta Corte con fundamento en la letra del art. 27, que permanece enhiesto. Como se dijo, esta interpretación es –a su vez– un corolario del sistema rígido que adopta la Constitución para su reforma (art. 30). Que, entonces, los tratados de derechos humanos a los que hacen referencia los párrafos segundo y tercero del art. 75, inc. 22, son jerárquicamente superiores a los demás tratados –los supralegales (art. 75, inc. 22, primer párrafo, e inc. 24)– y por ello tienen jerarquía constitucional, pero eso no significa que sean la Constitución misma. En efecto, la inclusión con jerarquía constitucional no pudo significar en modo alguno que en caso de que esa categoría de tratados contuviera disposiciones contrarias a la Primera Parte de la Constitución [...], aquéllos deban primar sobre el derecho interno. Distinta es la situación que se presenta cuando la norma prevista en el tratado con jerarquía constitucional no deroga y altera el ‘equilibrio’ normativo, sino que puede compatibilizarse con una unidad coherente (conf. arg. voto del juez Fayt en ‘Petric’, *Fallos*: 321:885). De lo afirmado hasta aquí cabe concluir que la Constitución Nacional se erige sobre la totalidad del orden normativo. En segundo término, se ubican los tratados sobre derechos humanos individualizados en el segundo párrafo del art. 75, inc. 22 y los tratados de derechos humanos que adquieran esta categoría en el futuro –tercer párrafo del art. 75, inc. 22– [...] En tercer lugar los demás tratados, concordatos y las normas dictadas a propósito de los tratados de integración; y por último las leyes del Congreso. La reforma constitucional sólo modificó la relación entre los tratados y las leyes, ya establecida pretorianamente en la causa ‘Ekmekdjian’ en base al art. 27 de la Convención de Viena, pero en modo alguno entre los tratados –cualquiera fuera su categoría– y la Constitución Nacional, lo que jamás habría sido posible por la expresa prohibición a la Convención Constituyente de modificar los arts. 1 a 35 (ley 24.309, art. 7º)”.

<sup>3</sup> Por supuesto, lo expresado en el texto no obsta a que pueda haber genuinas contradicciones normativas en el texto constitucional. Ferreres Comellas cita el caso de los arts. 14 y 57.1 de la Constitución española como ejemplo de ello: el primero prohíbe toda discriminación por razón de sexo mientras que el segundo da preferencia al varón frente a la mujer en el orden de sucesión en el trono (cfr. Ferreres Comellas, 1997, p. 29).

JORGE L. RODRÍGUEZ

---

ambos derechos puedan generar un conflicto si, por ejemplo, una persona sobre la base del ejercicio de su libertad religiosa se niega a recibir una transfusión sanguínea, poniendo así en peligro su vida<sup>4</sup>.

La segunda tesis débil, por su parte, sostiene que siempre ha de intentar encontrarse aquella interpretación entre los textos constitucionales que eluda posibles conflictos. Se trata de una tesis normativa que expresa una juiciosa directiva hermenéutica: en situaciones que admitan más de una posible interpretación de las cláusulas constitucionales, *deben* descartarse aquellas que conduzcan a contradicción con otras cláusulas de la misma jerarquía. El aceptar esta directiva de interpretación no importa comprometerse con la tesis mucho más controvertible de que siempre *es posible* por esa vía superar todo hipotético conflicto o, lo que es equivalente, que dadas dos formulaciones normativas cualesquiera, siempre *puede* encontrarse una interpretación que las haga compatibles, sea lo que sea lo que su letra exprese.

Las dos tesis débiles son sensatas, pero ninguna de ellas obsta a que frente a un mismo caso particular dos derechos de igual rango constitucional puedan suscitar conflictos en su faz de aplicación. La tesis fuerte de la inexistencia de conflictos entre derechos constitucionales, en cambio, sostiene no solamente que las normas constitucionales han de considerarse compatibles en abstracto, sino que frente a cualquier caso particular, aun cuando parezcan encontrarse comprometidos derechos en aparente conflicto, es posible hallar una solución unívoca predeterminada por la constitución. Esta tesis ha sido defendida sobre la base de dos argumentos aparentemente distintos. Uno de ellos sostiene que existen jerarquías entre los derechos constitucionales que permiten superar cualquier posible conflicto<sup>5</sup>. Esta idea no puede li-

<sup>4</sup> Un complejo caso que implicaba la necesidad de efectuar un balance entre el derecho a la vida y la libertad religiosa fue resuelto por el Tribunal Constitucional Español en STC 154/2002 del 18-7-2002 (comentado en Moreso, 2004).

<sup>5</sup> En la dogmática constitucional argentina esta posición registra una aceptación minoritaria, destacándose entre sus defensores Miguel Ekmekdjian, quien sostiene que los derechos constitucionales son accesorios de los valores, y que estos últimos se encuentran jerárquicamente ordenados de conformidad con una compleja serie de pautas (cfr. Ekmekdjian, 1987, ps. 17-18; 23-29). También Bidart Campos pareció en cierta etapa de su producción compartir esta posición (véase por ej. Bidart Campos, 1989, p. 214).

Nuestra Corte Suprema parece asumir una posición al menos parcialmente cercana

mitarse a señalar que hay ciertos derechos constitucionales que son de mayor rango que otros, que resultan más básicos o que configuran “precondiciones” para el posible ejercicio de otros derechos, como podrían serlo el derecho a la vida o a la integridad física. Lo que debe justificarse para defender esta tesis fuerte es que existe una jerarquía preestablecida entre la totalidad de los derechos salvaguardados por la Constitución<sup>6</sup>.

a ésta en su fallo en la causa “Cossio, Ricardo Juan c/Viqueira, Horacio s/Recurso de hecho”, C.1526.XXXVI, del 17-2-2004. Allí, la Corte sostuvo en el considerando 13 “Que las disposiciones citadas por el recurrente –contenidas en diversos tratados internacionales que gozan de jerarquía constitucional conforme el art. 75, inc. 22, de la Const. Nac.– que resguardan la tutela del honor de los ciudadanos deben ser interpretadas de manera coordinada con las otras cláusulas de la Ley Fundamental, de manera que todos los derechos subsistan en armónica coherencia (doctrina de *Fallos*: 272:231; 308:789, considerando 5; entre muchos otros), pues la coordinación es el verdadero criterio hermenéutico que debe imperar en la materia; empero, ello es así en tanto no haya sido el constituyente quien atribuya específicamente a ciertos derechos una importancia superior. Tal es lo que sucede con el citado art. 68 de la Carta Magna, que establece la inmunidad de expresión para que los legisladores puedan –en cualquier ámbito y sin temor a ser molestados– emitir opiniones que se relacionen con el desempeño de su mandato a fin de evitar el freno inhibitorio que podría resultar de la posibilidad de que fueran sometidos a acusaciones penales o acciones civiles por proferir dichas opiniones”. Aquí la Corte –sobre la base de argumentos más que discutibles– interpreta que la garantía de inmunidad de expresión de los legisladores posee una jerarquía superior a derechos como el derecho al honor, por lo que no habría posibilidad de conflictos entre ambos.

<sup>6</sup> Intuitivamente, una relación de preferencia entre normas debería ser transitiva y asimétrica. Toda relación transitiva es acíclica –es decir, no circular–, y esto último garantiza que no puedan existir conflictos normativos bajo ninguna condición, salvo la imposible (cfr. Alchourrón, 1988). Ahora bien, cuando un juez intenta resolver un caso aplicando un sistema de normas generales, muchas veces ocurrirá que ninguna norma por sí misma resultará suficiente para poder fundar una decisión, sino que será necesario tomar en cuenta dos o más normas. Por tal razón, así como el juez necesita considerar cuestiones relativas a la prelación entre normas individuales, igualmente necesita comparar, toda vez que ello sea necesario y posible, un conjunto de normas frente a otro (cfr. Alchourrón-Makinson, 1981). Para considerar este problema, es preciso distinguir entre preferencias entre normas y las *jerarquías* que ellas generan. Para caracterizar la idea de una jerarquía quizás resulte apropiado brindar un ejemplo: considérense los grados de los oficiales militares. Si se comparan dos oficiales militares cualesquiera, se cumplirá que o bien el primero posee al menos el mismo rango que el segundo y el segundo no posee a su vez al menos el mismo rango que el primero (si el primero es de rango superior), o bien que el segundo posee al menos el mismo

JORGE L. RODRÍGUEZ

---

El segundo argumento sostiene la idea ya comentada de que todo aparente conflicto puede ser superado por vía de interpretación, de manera que cada derecho constitucional es armonizable con todos los restantes en lo que respecta a sus implicancias con relación a cualquier caso particular<sup>7</sup>. Pese a la diferente presentación, no creo que exista

rango que el primero y que el primero no posee al menos el mismo rango que el segundo (si el segundo es de rango superior), o bien que el primero posee al menos el mismo rango que el segundo y el segundo al menos el mismo rango que el primero (si ambos son del mismo rango). En consecuencia, todos los oficiales militares están vinculados por una relación de preferencia débil, transitiva y totalmente conectada. Tal relación genera una *jerarquía* dentro del conjunto de los oficiales militares, esto es, una partición del conjunto en un conjunto de subconjuntos –una familia– no vacíos (los grados militares: subteniente, teniente, coronel, etc.) que son conjuntamente exhaustivos y mutuamente excluyentes (todo oficial pertenece a un grado, y si pertenece a uno, no pertenece a ningún otro), los cuales están ordenados por una relación lineal de importancia. Una jerarquía es entonces una relación no entre individuos sino entre conjuntos de individuos (en el ej., entre los grados de los oficiales militares, no entre los oficiales militares mismos) y en este caso se trata de una relación asimétrica, transitiva y conexa (cfr. Alchourrón, 1993). Para un estudio exhaustivo de la lógica de normas a partir de la lógica de preferencias puede consultarse Hansson, 2001.

<sup>7</sup> Ésta parece ser implícitamente la posición que asumiera nuestra Corte Suprema de Justicia al resolver el caso “Felicetti, Roberto y otros s/Revisión. Recurso de Hecho”, C.2813, del 21-12-2000. En el considerando 10, la Corte interpretó que el art. 8º, inc. 2º, apartado h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no impondría necesariamente la doble instancia, lo cual parece incomprensible. Sostuvo la Corte que “...lo que el art. 8º, inc. 2º, apartado h), establece, es el derecho del imputado ‘de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior’, lo que no implica descalificar genéricamente la instancia única sino asegurar que la condena definitiva no provenga de un tribunal inferior en la escala jerárquica sino de la instancia más alta, con lo que el juzgamiento directo por ésta –que no se comprende en qué medida pudiera ser distinto por ser pronunciado directamente que si lo hubiera sido por vía de recurso contra una decisión anterior– en modo alguno afecta garantías de los derechos de los procesados. Una interpretación distinta pondría en pugna la cláusula del pacto con el art. 117 de la Const., según el cual la Corte Suprema tiene competencia originaria y exclusiva en ciertas causas aun penales, pues ambas tienen sin lugar a dudas igual valor por imperio de lo establecido en el art. 75, inc. 22, ya que la segunda no pertenece a la primera parte de la Const. Semejante conflicto carecería de clara solución”. Entiéndase bien: lo que la Corte sostuvo es que el art. 8º, inc. 2º, apartado h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no dice lo que dice: que toda persona inculpada de un delito tiene derecho a recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior. Dice algo diferente: que la persona inculpada de un delito tiene derecho a un pronunciamiento de un tribunal de la instancia más alta, de modo que

aquí un argumento diferente del anterior. Porque “interpretar” no puede sino significar intentar dilucidar lo que la Constitución ya de algún modo dice. Y la “armonía” entre los derechos constitucionales en cuanto a sus repercusiones en casos particulares no puede obtenerse si no se presupone que existen criterios preestablecidos para solucionar toda aparente discordancia. De modo que este segundo argumento, o bien no permite justificar más que alguna de las versiones débiles antes examinadas, o bien se limita a reiterar con otras palabras el primer argumento.

La dificultad primordial que plantean los conflictos entre derechos constitucionales puede presentarse en la forma de un dilema, cuyas dos alternativas consisten en aceptar o rechazar la existencia de una jerarquía completa, a priori y definitiva entre los derechos básicos tutelados por la constitución. En caso de que se acepte la existencia de una jerarquía semejante, no habrá genuinos conflictos que puedan suscitarse por aplicación de las cláusulas constitucionales que tutelan derechos fundamentales. Todo conflicto será meramente aparente y producto de una limitación epistémica: una vez que se examinen con cuidado las jerarquías preexistentes, el conflicto se desvanecerá como tal y será posible determinar una solución unívoca al caso. No obstante, esta alternativa conduce a una serie de dificultades que no parece fácil superar. En primer lugar, no es posible encontrar fundamento explícito en la letra de las constituciones ni tampoco resulta simple justificar intuitivamente la existencia de una jerarquía como la que aquí se requiere (completa, a priori y definitiva), sobre todo siendo que diferentes intérpretes de la Constitución ofrecerán versiones distintas de cuál sea la jerarquía en cuestión. Por otra parte, constituye un fenómeno co-

si la condena fue impuesta directamente por un tribunal de esa naturaleza, no habría derecho a la revisión por un órgano superior en jerarquía. Y para sostener este dislate se argumenta que de lo contrario lo preceptuado por el art. en cuestión de la Convención Americana resultaría incompatible con el art. 117 de la Const., que atribuye competencia originaria y exclusiva a la Corte incluso para ciertas causas penales. Aunque el caso considerado no era uno que involucrara la competencia originaria y exclusiva de la Corte, el tribunal distorsionó por completo el sentido de la cláusula contenida en la Convención Americana –que obviamente lo que pretende garantizar es la doble instancia– porque –más allá de otros fines menos confesables– no está dispuesta a admitir que dicha norma pueda entrar en conflicto con otra norma constitucional.

JORGE L. RODRÍGUEZ

---

riente que la consideración de las particularidades de nuevos casos individuales ponga de manifiesto la necesidad de establecer precisiones y refinamientos en los criterios existentes para la resolución de conflictos entre derechos constitucionales, de modo que, aunque se acepten ciertos criterios jerárquicos entre tales derechos, esos criterios no parecen ser completos, ni definitivos, ni formulables a priori. La alternativa consiste en rechazar la existencia de una jerarquía predeterminada con las características indicadas, en cuyo caso los conflictos (genuinos) que se produzcan por aplicación de las cláusulas constitucionales que protegen derechos fundamentales deberán ser resueltos a la luz de las particularidades de cada caso individual. Esta salida es en apariencia más realista, e incluso parece reflejar con mayor fidelidad la concepción que los intérpretes y operadores constitucionales poseen de su propia labor, puesto que las posiciones que cuentan con mayor consenso en dicho terreno indican que en situaciones de conflicto como las comentadas, la clave para la solución del caso consiste en atender a su singularidad. Sin embargo, esta postura obliga al reconocimiento de un enorme ámbito de discrecionalidad en la labor que cumplen los jueces cuando resuelven conflictos de esta naturaleza. Y ello porque, si lo que ha de tomarse como relevante para poder superar un conflicto entre derechos es lo peculiar de cada caso, el criterio que se emplee para justificar una decisión semejante ni siquiera podrá universalizarse para cualquier otro caso que posea las mismas características.

En síntesis, o se rechaza la posibilidad de conflictos genuinos entre derechos constitucionales, pero entonces debería poder justificarse la existencia de una ordenación completa y en abstracto de tales derechos, lo cual parece un ideal inalcanzable; o se acepta la posibilidad de conflictos genuinos entre derechos constitucionales, pero entonces ha de admitirse que los jueces poseen amplia discrecionalidad para resolver tales conflictos. Esto último resulta altamente problemático porque en el plano normativo de la justificación de nuestras instituciones políticas, desde una ideología democrática de corte liberal, se ha cuestionado el mecanismo de protección constitucional de ciertos derechos con el argumento de que dejar en manos del Poder Judicial la determinación del alcance y los límites de nuestros derechos fundamentales implicaría sujetarse en última instancia a la decisión de órganos que

no son representativos ni políticamente responsables<sup>8</sup>. Como puede apreciarse, la dilucidación del problema no sólo ofrece una seria dificultad de corte teórico sino una importante proyección en el terreno normativo.

Cabe destacar, además, que el problema analizado resulta independiente de cuál sea la concepción que se asuma respecto de la caracterización del derecho. Un positivista fuerte (excluyente), que no reconoce siquiera la existencia de una relación contingente entre derecho y moral, tiene que ofrecer alguna respuesta al dilema planteado. Pero igualmente ha de hacerlo el positivista débil (incluyente), que acepta que en las democracias constitucionales la validez jurídica de una norma puede depender de consideraciones morales y, por consiguiente, asume que pueden existir relaciones al menos contingentes entre derecho y moral<sup>9</sup>, como así también el iusnaturalista, que sostiene la existencia de una conexión necesaria entre derecho y moral. Y ello debido a que en esta cuestión, la remisión a la moral no contribuye en nada a la solución del problema, ya que también en el dominio de la moral ha de responderse a la pregunta sobre si son posibles los conflictos entre derechos morales básicos, y si frente a ellos la decisión que ha de adoptarse puede justificarse sobre la base de jerarquías predeterminadas o dependiendo del contexto particular de cada caso, lo cual reproduce el problema en este nivel normativo en idénticos términos.

<sup>8</sup> Véase al respecto Waldron, 1999 y Michelman, 2000.

<sup>9</sup> Una forma de presentar la actual disputa entre la versión excluyente y la versión incluyente del positivismo consiste en considerar que cada una de estas posturas defiende una interpretación diferente de la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral: una fuerte (la de los positivistas excluyentes) y una débil (la de los positivistas incluyentes). Para los primeros, nunca se requiere de una evaluación moral para determinar si una norma forma o no parte del derecho; para los segundos, en cambio, ésta es una cuestión contingente que depende de lo que establezca la regla de reconocimiento de cada sistema jurídico. De conformidad con esta presentación de la polémica, ambas posturas coinciden en rechazar la existencia de una conexión necesaria entre el derecho y la moral, pero discrepan en la aceptación por parte de los excluyentes y el rechazo por parte de los incluyentes de la tesis de las fuentes sociales del derecho. Sobre la distinción entre positivismo incluyente y excluyente pueden consultarse, entre otros, Waluchow, 1994; Coleman, 2001 y Marmor, 2001.

JORGE L. RODRÍGUEZ

---

## 2. El balance o ponderación entre derechos constitucionales

En la teoría del derecho el problema que estamos examinando ha sido objeto de análisis profundo, y con herramientas más sofisticadas que las que se emplean ordinariamente en la dogmática constitucional. Sin embargo, tampoco parece haberse encontrado allí una respuesta satisfactoria.

Como es bien conocido, Ronald Dworkin sostuvo que frente a los casos difíciles los jueces no tendrían discrecionalidad puesto que el derecho estaría integrado no sólo por *reglas* identificables en virtud de algún test relativo a su origen, sino además por *principios*, que resultarían para los jueces tan obligatorios como las reglas<sup>10</sup>. Dworkin

<sup>10</sup> Cfr. Dworkin, 1977, ps. 77 y ss. La expresión “principios jurídicos” ha recibido muy diversos usos por parte de los juristas y filósofos del derecho. Robert Alexy ha expresado que los criterios propuestos para distinguir entre reglas y principios han sido, en primer lugar, la generalidad: los principios serían normas de un grado de generalidad relativamente alto, mientras que las reglas serían normas con un nivel relativamente bajo de generalidad. En segundo lugar, la importancia dentro del orden jurídico: desde este punto de vista, los principios serían normas más importantes que las reglas. Además, con otros criterios se han discutido la “determinabilidad de los casos de aplicación”, la forma de su génesis, el carácter explícito del contenido valorativo, la referencia a la “idea de derecho” o a una ley jurídica suprema, etc. También se los diferencia según sean fundamentos de normas o normas ellos mismos o según se trate de reglas de argumentación o de comportamiento. Sobre la base de estos criterios, continúa Alexy, podrían sostenerse tres tesis totalmente diferentes sobre el carácter de la distinción: a) todo intento por dividir las normas en dos clases –reglas y principios– es vano debido a la pluralidad realmente existente; b) las normas pueden dividirse de manera relevante en la clase de las reglas y la clase de los principios, pero la distinción es sólo de grado; c) las normas pueden dividirse en reglas y principios y entre ambas categorías media una diferencia cualitativa (cfr. Alexy, 1986, ps. 82 y ss.). Con similar criterio, Paolo Comanducci ha sostenido que es posible distinguir una *tesis de separación fuerte* y una *tesis de separación débil* entre reglas y principios. Según la primera, la diversidad en la tipología de las normas entre reglas y principios es condición necesaria y suficiente de la diversidad en su interpretación y aplicación, de la diversidad en la argumentación a partir de ellas y de la diversidad en la solución de conflictos sobre la base de ellas. De acuerdo con la segunda, la diversidad en la tipología de las normas entre reglas y principios es una variable dependiente de las diversidades en la interpretación y aplicación, en la argumentación y en la solución de conflictos (cfr. Comanducci, 1998, p. 85). En el marco de este trabajo sólo examinaré el intento de Dworkin –fallido a mi juicio– de justificar una tesis fuerte de distinción entre reglas y principios.

afirma que la diferencia entre reglas y principios es de carácter lógico, y destaca dos rasgos que justificarían tal distinción:

- a) los principios se distinguen de las reglas puesto que poseen carácter no concluyente, mientras que las reglas poseen carácter concluyente;
- b) los principios se distinguen de las reglas puesto que los primeros poseen una “dimensión de peso” de la que carecen las reglas, respecto de las cuales sólo puede hablarse de una “dimensión de validez”.

En lo que respecta al primero de estos dos aspectos, las reglas serían normas que estipulan todas sus condiciones de aplicación, de modo tal que si una regla es válida y resulta aplicable a un cierto caso, la solución que corresponde para ese caso es la que la regla establece. En cambio, los principios serían normas sujetas a excepciones implícitas, no taxativamente enumerables *ex ante*, de modo tal que si un caso queda comprendido dentro del campo de aplicación de un principio, ello no garantiza que la solución que corresponda otorgarle sea la que el principio establece, puesto que frente a ese caso el principio en cuestión podría resultar vencido o derrotado por otras consideraciones normativas<sup>11</sup>.

Es importante remarcar que el carácter no concluyente de los principios, en opinión de Dworkin, no equivaldría a la existencia de excepciones a su respecto. Las reglas también pueden estar sujetas a excepciones sin perder su carácter de tales, sólo que una formulación completa de una regla debería contener todas sus excepciones. Es el carácter abierto de la nómina de excepciones que podrían afectar el campo de aplicación de los principios lo que los distinguiría de las reglas<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Atienza y Ruiz Manero han sostenido que tanto las reglas como los principios podrían formularse como enunciados que enlazan casos con soluciones normativas, pero esto no significaría que no exista diferencia alguna entre ambos. La diferencia estaría, a criterio de los profesores españoles, en el hecho de que los principios “configuran los casos en forma abierta”, mientras las reglas los configuran “en forma cerrada” o más o menos cerrada (cfr. Atienza-Ruiz Manero, 1996, ps. 10-11).

<sup>12</sup> El carácter no concluyente de una norma no debe confundirse con la vaguedad o la textura abierta. Estas últimas constituyen problemas relativos a la subsunción de un caso individual en un caso genérico, provocados por la falta de precisión de las propiedades que definen a este último. Como consecuencia de la vaguedad o textura

JORGE L. RODRÍGUEZ

---

Ahora bien, ¿cuál sería la razón que justificaría este carácter abierto, no enumerable, de las excepciones que limitarían el campo de aplicación de los principios? Esto se vincula con el segundo rasgo distintivo que Dworkin señala entre ambos tipos de normas. Cuando dos reglas entran en conflicto, de acuerdo con lo que sostiene el profesor norteamericano, una de ellas necesariamente perdería su validez. En cambio, los principios no tendrían esa dimensión de validez que es propia de las reglas. Cuando se produce un conflicto entre dos principios, lo que correspondería hacer es efectuar un balance entre ambos para determinar cuál de ellos posee mayor peso respecto del caso, pero eso no significaría que el principio que ha quedado postergado no pueda prevalecer en otro caso de conflicto. Por consiguiente, los principios podrían sobrevivir intactos a los conflictos con otros principios, una característica que no tendrían las reglas.

Alexy ha sostenido que la supuesta “dimensión de peso” de los principios no sería más que un modo metafórico de aludir a la posibilidad de resolver un conflicto entre dos normas estableciendo una preferencia condicional, no incondicional, entre ambas<sup>13</sup>. En su criterio, tanto en el caso de los conflictos entre reglas como en el de colisiones entre principios, habría dos normas que aplicadas independientemente conducen a resultados incompatibles, pero sería distinta la forma en que se soluciona el conflicto. En el caso de las reglas, un conflicto entre ellas sólo podría ser solucionado estableciendo una preferencia incondicional de una sobre la otra, lo que equivaldría a declarar inválida a una de las reglas. Cuando dos principios entran en colisión, en cambio, uno de ellos debería ceder frente al otro, pero sin que ello signifique declarar inválido al principio desplazado. Lo que sucedería es que bajo

abierta, frente a un caso individual puede ser que *no pueda determinarse si corresponde o no subsumirlo en el caso genérico previsto por la norma*. Cuando se hace referencia al carácter no concluyente de una norma, en cambio, se alude a algo distinto: frente a un caso individual *que se encuentra comprendido dentro del caso genérico previsto por una norma*, puede ser que todavía no se pueda determinar si corresponde o no derivar la solución prevista en la norma, y ello por cuanto puede ocurrir que dicha norma esté sujeta a excepciones implícitas. El problema no es, como antes, de subsumición del caso individual en el caso genérico, sino del modo en el que la solución normativa se encuentra ligada al caso genérico.

<sup>13</sup> Cfr. Alexy, 1986, p. 87.

ciertas circunstancias uno de los principios precedería al otro, pero bajo otras la preferencia podría invertirse. Esto es lo que querría decirse cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. La solución de la colisión en el caso de los principios consistiría en establecer entre ellos una relación de preferencia condicional teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Alexy sostiene que el concepto de relación de preferencia condicional permite dar una respuesta simple al problema del “peso” de los principios: el principio  $p_1$  tendría en un caso concreto un peso mayor que el principio  $p_2$  cuando existan razones suficientes para que  $p_1$  sea preferido a  $p_2$  bajo las condiciones  $C$  dadas en el caso concreto<sup>14</sup>.

Este argumento, al menos por sí solo, no puede ser utilizado para intentar justificar la existencia de dos diferentes tipos de normas en el derecho. De acuerdo con el análisis efectuado, *un conflicto entre dos normas cualesquiera puede ser resuelto estableciendo una preferencia incondicional o una preferencia condicional entre ellas*. De las diversas formas en que un conflicto entre normas puede resolverse no se sigue en absoluto que existan dos diversas especies de normas en el derecho<sup>15</sup>. Por otra parte, el que los principios se encuentren sujetos

<sup>14</sup> Así, siguiendo a Guastini, podrían clasificarse los conflictos entre principios en conflictos en abstracto cuando dos principios conectan consecuencias jurídicas incompatibles a supuestos de hecho abstractos, es decir a clases de supuestos de hecho que se superponen en todo o en parte conceptualmente y conflictos en concreto cuando en su faz de aplicación dos principios conectan consecuencias jurídicas incompatibles a un mismo supuesto fáctico concreto, siendo corriente que los conflictos en concreto no puedan solucionarse apelando a principios como el de *lex superior, lex posterior* o *lex specialis* (cfr. Guastini, 2001, p. 146).

<sup>15</sup> Supóngase, por ejemplo, que debe resolverse un caso en el que una persona ha cazado una cierta especie animal en un parque nacional, y se cuenta con dos normas, una de las cuales considera plaga nacional a dicha especie y, por consiguiente, habilita a cazarla, y otra norma que prohíbe cazar cualquier especie animal en un parque nacional. Existen dos formas en las que puede superarse un conflicto semejante. De conformidad con la primera de ellas, se puede preferir la solución de una de las normas sobre la otra para todos los casos de conflicto entre ambas. Ello equivale a establecer una *preferencia incondicional* de una de las normas sobre la otra. En el ejemplo, podría considerarse que la norma que prohíbe cazar especies en parques nacionales prevalece siempre sobre la norma que habilita a cazar aquellas que sean declaradas plaga nacional. Bajo esta intelección, podría decirse que la norma que ha

JORGE L. RODRÍGUEZ

---

a excepciones no exhaustivamente enumerables por su posible colisión con otros principios, mientras que las reglas no, es algo que también resulta altamente controvertible. Tal como lo señalara Hart, no hay razón alguna para aceptar este contraste radical entre principios y reglas<sup>16</sup>. En un sistema jurídico, una regla derrotada en competencia con otra en un caso dado podría, al igual que un principio, sobrevivir y determinar resultados en otros casos en los que se la juzgue de mayor importancia que otra regla rival<sup>17</sup>. Por otra parte, Hart advierte que

resultado postergada resulta tan inaplicable respecto del caso como si hubiese sido derogada. De modo que preferir a la norma que prohíbe cazar en parques nacionales, bajo esta interpretación, derogaría parcialmente a la permisón de cazar a las especies declaradas plaga: estaría permitido cazar tal especie siempre y cuando no se lo haga en parques nacionales. Pero una segunda forma de solucionar el problema consiste en establecer una preferencia de una de las normas sobre la otra *siempre y cuando se verifiquen ciertas circunstancias*, pero sin que ello obste a que, si tales circunstancias no se verifican, se acuerde la preferencia conversas. Ello equivaldría a establecer una *preferencia condicional* entre ambas normas. En el ejemplo considerado, podría ser que la persona que ha cazado un espécimen declarado plaga nacional en el parque sea una autoridad sanitaria y que se considere a esta circunstancia como jurídicamente relevante respecto del caso. Siendo ello así, podría interpretarse que la norma que habilita a cazar las especies declaradas plaga prevalece sobre la que prohíbe cazar en parques nacionales siempre y cuando el cazador sea una autoridad sanitaria, mientras que si se trata de cualquier otra persona, correspondería dar preferencia a la prohibición de cazar en parques nacionales. En este segundo caso, podría decirse que se reserva un cierto campo de aplicación para las dos normas en juego, esto es, que ambas normas “sobreviven” en cierto sentido al conflicto. Sin embargo, si se interpreta que el ámbito de aplicación de una norma hace a su identidad, como es obvio que éste ha variado, debería admitirse que se está aquí en presencia de nuevas normas. Por supuesto, este supuesto podría no compartirse. Si la operación de interpretación de normas a partir de sus formulaciones se independiza de los criterios de preferencia del sistema, podría decirse que en este caso las normas originales han “*sobrevivido al conflicto sin resultar modificadas*” –tal como Dworkin sostiene que acontece con los principios–. Con todo, que el *sistema* como tal se ha visto modificado en virtud de la introducción de una preferencia condicional resulta claro si se toma en cuenta que una nueva propiedad –que el cazador sea una autoridad sanitaria– se ha vuelto ahora relevante. Y, por otra parte, bajo el supuesto en cuestión, también en el caso de que se establezca una preferencia incondicional entre dos normas correspondería decir, siguiendo este criterio, que las normas han sobrevivido al conflicto.

<sup>16</sup> Cfr. Hart, 1994.

<sup>17</sup> En apoyo de esta afirmación cita a Raz, 1972, donde se formulara originalmente dicha objeción.

ejemplos como los que ofrece Dworkin (como el famoso caso “Riggs vs. Palmer”)<sup>18</sup> implican que las reglas pueden entrar en conflicto con los principios, y que un principio podría prevalecer en ciertos casos cuando entra en competencia con una regla. La existencia de tales conflictos pondría de manifiesto que las reglas tampoco poseen carácter todo o nada, pues serían susceptibles de entrar en conflicto con principios que prevalecen sobre ellas y, al igual que los principios, no permitirían derivar una solución normativa concluyente pues resultarían aplicables únicamente cuando no sean derrotadas por algún principio de mayor peso.

De todos modos, aun cuando la distinción entre reglas y principios, tal como fuera presentada por Dworkin, no se sostenga, el examen de los diferentes modos de resolución de conflictos entre normas permite apreciar con mayor claridad las características de la operación en la que se ven involucrados los jueces cuando han de solucionar conflictos entre derechos fundamentales. La pregunta que cabría formular es si sobre fundamentos teóricos más sólidos como los aquí explorados es posible ofrecer una salida satisfactoria al dilema presentado en el punto anterior. Lamentablemente, no parece ser ése el caso.

En lo que a Dworkin concierne, su rechazo de la tesis de la discrecionalidad judicial frente a los casos difíciles parece carente de fundamento. Aceptando que los principios son parte del derecho, si se considera que dos principios pueden entrar en conflicto frente a un caso particular y que un conflicto semejante ha de resolverse sobre la base de un examen de las características peculiares de ese caso lo que implica rechazar la posibilidad de establecer una jerarquía predeterminada entre principios, la conclusión que se impone es que los jueces seguirán gozando de discrecionalidad en situaciones semejantes. Hart sostiene que la importancia que típicamente se atribuye en el derecho a los procedimientos por analogía ayuda a explicar la reticencia a aceptar que los jueces crean derecho. El núcleo de la interpretación constructiva de Dworkin consistiría en sostener que a menudo los jueces citan algún principio, propósito o meta general que un amplio sector del derecho existente ejemplifica y que señala hacia una respuesta

<sup>18</sup> 115 N. Y. 506; 22 N. E. 188 (1889).

JORGE L. RODRÍGUEZ

---

para el caso en cuestión. No obstante, Hart señala –a mi juicio correctamente– que si paralelamente se sostiene que en cualquier caso difícil pueden presentarse distintos principios que sustenten analogías rivales, y que el juez deberá decidir entre ellos apoyado en su buen juicio, este procedimiento difiere pero no elimina el momento de la creación judicial de derecho. Sólo si para todos los casos semejantes pudiera hallarse en el derecho algún conjunto único de principios de orden superior que asignara un peso relativo a todos los principios potencialmente rivales, la discrecionalidad no sólo sería diferida sino eliminada<sup>19</sup>.

Algo parecido ocurre con la más refinada propuesta de Alexy, que ha contado con una amplia acogida favorable en la doctrina constitucional europea. En primer lugar, existe cierta ambigüedad en la reconstrucción que ofrece el profesor alemán de la operación de ponderación. Pues si bien Alexy se refiere al modo de justificar una decisión frente a un caso concreto de conflicto entre derechos constitucionales, y parece sostener que las circunstancias que permiten justificar la preferencia condicional de uno de los principios en juego son relativas al contexto particular del caso, tales circunstancias han de ser descriptas de cierto modo, a través de ciertas propiedades que podrían reiterarse en otros casos. Pero entonces, si el criterio que se utiliza para justificar la resolución de un conflicto entre, por ejemplo, el derecho a la intimidad y el derecho a la información en cierto caso particular es que si la noticia que pretende difundirse es veraz y tiene relevancia pública, ha de prevalecer el derecho a la información sobre el derecho a la intimidad, cualquier otro caso que presente estas mismas características debería recibir igual solución, salvo que presente alguna otra propiedad –igualmente general– que resulte relevante para diferenciarlo.

Pero, en segundo lugar, siendo que la asignación de relevancia de una cierta propiedad o circunstancia para justificar la preferencia condicional de un principio frente a otro en cierto caso suele no contar con fundamento expreso en ninguna norma preestablecida en el sistema jurídico, parece difícil que esta reconstrucción eluda el cargo de discrecionalidad. En tal sentido, Habermas ha objetado que la operación

<sup>19</sup> Cfr. Hart, 1994.

de ponderación o balance entre derechos constitucionales priva a éstos de su fuerza normativa pues los coloca en un mismo pie de igualdad con valores, objetivos y políticas, quitándoles así a los derechos su carácter de muros de contención o de “cartas de triunfo”, para emplear la expresión de Dworkin. Por otra parte, Habermas puntualiza que no existen estándares racionales para la operación de ponderación, de modo que ella constituiría un ejercicio de arbitrariedad o, al menos, de irreflexividad si es que se apoya en pautas y jerarquías consuetudinarias, por lo que quedaría fuera del dominio de la justificación racional<sup>20</sup>.

Alexy ha intentado salvar tales objeciones apoyándose en que los conflictos entre derechos constitucionales deben resolverse sobre la base de un *principio de proporcionalidad*, que se traduciría en tres exigencias: a) la de *adecuación* –que el sacrificio impuesto en el ejercicio de un derecho sea adecuado para preservar otro derecho–; b) la de *necesidad* –que el sacrificio impuesto a un derecho sea necesario para preservar otro derecho–, y c) la de *proporcionalidad en sentido estricto* –que se afecte al ejercicio de un derecho en el menor grado posible que resulte compatible con la mayor satisfacción en el ejercicio del otro derecho<sup>21</sup>–. Señala además Alexy que los grados en los que un derecho puede resultar afectado pueden clasificarse en tres categorías: leve, media y grave, debiendo una afectación más leve ceder frente a otra más grave en la escala. Y, a su vez, las razones que justificarían una interferencia semejante pueden ser más fuertes o más débiles<sup>22</sup>. De

<sup>20</sup> Cfr. Habermas, 1996, ps. 256-259. No obstante, para Habermas, el que los principios constitucionales no posean significados estables más allá y con carácter independiente de su aplicación a casos concretos, no mella la legitimidad de las democracias constitucionales contemporáneas, tal como lo pretenden autores como Waldron (cfr. Waldron, 1999). Véase al respecto Habermas, 2003.

<sup>21</sup> Cfr. Alexy, 2003.

<sup>22</sup> Alexy considera que una forma de mostrar que es posible la racionalidad respecto de los juicios de intensidades de interferencias y grados de importancia, de modo que el resultado pueda determinarse racionalmente a través de la ponderación, consiste en analizar ejemplos paradigmáticos, lo cual nos permitiría apreciar cuáles son nuestros presupuestos cuando resolvemos casos por medio de la ponderación de derechos (cfr. Alexy, 2003). El papel de los casos paradigmáticos en el razonamiento práctico ha sido destacado, entre otros, por Dworkin (1986, ps. 255-257) y Hurley (1989, p. 212). Moreso también confiere un lugar importante a los casos paradigmáticos, ya que a su juicio constituyen el trasfondo inarticulado en el cual el razonamiento práctico

JORGE L. RODRÍGUEZ

---

ello se seguiría que la afectación de un derecho violaría el principio de proporcionalidad si no está justificada por el hecho de que la omisión de tal afectación daría lugar a una afectación a otro derecho, en la medida en que esta última sea al menos tan intensa como la primera. Los juicios relativos a la proporcionalidad de la afectación de un derecho tendrían pretensión de corrección, y tal pretensión se justificaría a través de juicios relativos a grados de intensidad de las razones que los fundamentan. Con ello se evitaría, a juicio de Alexy, la conclusión de que los juicios de ponderación se encuentren fuera del dominio de la justificación y la corrección.

Creo que la objeción de Habermas de que los juicios de balance o ponderación entre derechos constitucionales resultan arbitrarios o irreflexivos puede descartarse con relativa facilidad. Y ello porque arbitrariedad o irreflexividad no son sinónimos de discrecionalidad. Una decisión es arbitraria si no posee justificación, o tal justificación es sólo aparente o inhábil. Es irreflexiva si no cuenta con razones en su apoyo. En cambio, siguiendo a Dworkin, pueden diferenciarse al menos dos sentidos en los que una decisión puede calificarse como discrecional. En primer lugar, la expresión “discrecionalidad” puede ser empleada para hacer referencia a aquellos casos en los que un funcionario tiene autoridad final para tomar una decisión, que no puede ser revisada ni anulada por otro, situación que suele presentarse cuando el funcionario forma parte de una jerarquía en la que algunos tienen autoridad superior. En segundo lugar, la expresión “discrecionalidad” también se emplea cuando, en lo que respecta a algún problema, el decisor no está vinculado por pauta general alguna impuesta por una

tiene lugar. Su consideración permitiría restringir el ámbito de reconstrucciones admisibles, ya que sólo resultarían admisibles aquellas reconstrucciones que den cuenta de manera satisfactoria de los casos paradigmáticos (cfr. Moreso, 2004). Si bien no puedo explayarme aquí sobre este punto con la consideración que merece, estimo que la apelación a casos paradigmáticos no constituye una buena base para apoyar la racionalidad de nuestras evaluaciones sobre el peso de diferentes derechos en conflicto. Ello en razón de que las apreciaciones que formulamos sobre lo que consideramos casos paradigmáticos no revelan sino nuestras intuiciones o nuestras convenciones, y ninguna de las dos cosas permite extraer conclusión alguna sobre la racionalidad de tal operación.

autoridad<sup>23</sup>. Parece evidente que el problema que aquí se analiza concierne al segundo de estos dos sentidos.

Las decisiones en torno a la ponderación de derechos constitucionales pueden estar fundadas en razones, a veces en muy buenas razones. De manera que calificarlas de irreflexivas o arbitrarias parece injustificado. Con todo, argumentos como los que ofrece Alexy no logran sortear el cargo de discrecionalidad. Clasificar los grados de afectación de un derecho fundamental en tres categorías es –si no lisa y llanamente arbitrario– por lo menos discrecional. Ubicar a la afectación de un cierto derecho en un caso concreto en una de tales categorías es igualmente discrecional. Tomar una decisión cuando la afectación de un derecho es igualmente grave que la afectación de otro derecho en conflicto con el primero es discrecional. Ponderar a las razones que justifican la afectación de un derecho como de mayor peso que aquellas que la descalifican es también discrecional, incluso sin contar con la posibilidad de que existan razones inconmensurables entre sí.

Por ello, podría concluirse que, si la operación de ponderación entre derechos constitucionales en conflicto tiene las características que le atribuye Alexy, ella consistiría, tal como lo sostiene Guastini, en establecer entre los derechos en juego una *jerarquía axiológica móvil*. Una jerarquía axiológica sería una preferencia valorativa elaborada por el intérprete, que sacrifica uno de los derechos y aplica el otro respecto del caso concreto. Una jerarquía móvil constituiría una ordenación de valores de carácter inestable, válida sólo atendiendo al impacto sobre el caso concreto, pero que podría invertirse en relación con otro caso, razón por la cual la solución de conflictos futuros resultaría imprevisible. Esta operación sería doblemente discrecional: porque ins-

<sup>23</sup> Cfr. Dworkin, 1977, ps. 84-85. Dworkin distingue además otro sentido de discrecionalidad, según el cual la expresión se emplearía para aludir a aquellas situaciones en las que, por alguna razón, las normas que un cierto funcionario debe utilizar como fundamento de sus decisiones no pueden ser aplicadas mecánicamente, sino que exigen una cuota de juicio o discernimiento del decisor. Omito este sentido porque siempre me ha parecido que esto no es más que un caso particular de discrecionalidad en el segundo de los sentidos comentados –el sentido fuerte– o, al menos, no he sido capaz de captar la sutil diferencia que mediaría entre ambos. O, en todo caso, ella me parece irrelevante.

JORGE L. RODRÍGUEZ

---

tituiría *ex novo* una jerarquía de valores entre los derechos implicados y porque modificaría el valor relativo de tales derechos a tenor de los diversos casos concretos<sup>24</sup>.

### 3. Universalismo y particularismo

Si no resulta una empresa fácil encontrar una respuesta satisfactoria para el dilema que plantea la resolución de conflictos entre derechos fundamentales es porque la consideración del problema pone de manifiesto una dificultad más básica: la de la relevancia práctica de las normas generales, esto es, en qué medida las normas generales pueden ofrecernos razones para la acción.

Es corriente interpretar que una razón para la acción es cualquier factor relevante a favor o en contra de la realización de una cierta acción<sup>25</sup>. Ahora bien, si se acepta que las normas generales tienen por finalidad básica intentar influir sobre la conducta de sus destinatarios para que hagan o dejen de hacer algo, parecen intuitivamente candidatos ideales para configurar razones para la acción. Es característico de nuestros razonamientos prácticos el acudir a normas de carácter general como premisas para justificar nuestras acciones. No obstante esta conexión aparentemente simple y directa, el que las normas puedan constituir razones para la acción y, en términos más generales, las relaciones existentes entre ambas nociones, constituyen problemas que han generado fuertes controversias en el ámbito de la filosofía moral y de la filosofía jurídica.

El problema está dado porque el uso de normas generales para orientar nuestras acciones parece, al menos a primera vista, sujeto a una dificultad fundamental: el de la justificación racional para el seguimiento de normas. Una norma general destaca como relevantes ciertas circunstancias para calificar normativamente una acción como obligatoria, prohibida o permitida. Pero, al hacerlo, necesariamente soslaya la relevancia de otras muchas circunstancias. Y en cierto sentido, parecería que la evaluación de lo que debemos hacer en deter-

<sup>24</sup> Cfr. Guastini, 2001, p. 147.

<sup>25</sup> Cfr. Redondo, 2004.

minada situación requiere tomar en cuenta todo posible factor que pudiese tener incidencia en la determinación de nuestras obligaciones, esto es, que debe atenderse al espectro completo de razones en juego. Siendo ello así, el apelar a normas generales resultaría irracional. Ahora bien, si las normas generales se interpretan y aplican como si fuesen completamente “transparentes” respecto de nuestra evaluación del resultado que ofrece el balance de todas las razones en juego en cada caso, esto es, si en cada situación de posible discordancia entre lo que expresa una norma y el balance completo de las razones en juego ha de estarse al resultado de este último, las normas como tales resultarían herramientas inútiles<sup>26</sup>. Así, el uso de normas generales en el razonamiento práctico parece cercado por cuestionamientos tanto con respecto a su racionalidad como a su relevancia.

Existen dos visiones radicalmente diferentes acerca de cómo operan las razones justificatorias en la deliberación práctica. Según una de ellas, que puede denominarse *concepción subsuntiva o universalista*, justificar un cierto curso de acción consiste en mostrar que ese caso es una instancia de un caso genérico al que una norma aplicable correlaciona una cierta consecuencia normativa, operación que se conoce con el nombre de *subsunción*. Todos los supuestos individuales que comparten el mismo conjunto de propiedades relevantes han de tener la misma consecuencia normativa. Si fuera siempre posible introducir nuevas excepciones a las normas generales de acuerdo con las circunstancias del caso, entonces la racionalidad práctica obedecería a formas arbitrarias e irreflexivas. La noción de razón para la acción en la visión universalista hace referencia a propiedades o circunstancias *relevantes* desde un punto de vista práctico, relevancia cuya fuente está dada por normas universalmente válidas<sup>27</sup>.

Según la visión alternativa, a la que puede calificarse como *concepción particularista*, no existen pautas universales en las cuales apoyar la corrección normativa de las acciones. Se debe atender siempre al modo en que, en el caso individual, se presentan las circunstancias y *ponderarlas* para determinar la solución correcta para dicho caso. La

<sup>26</sup> Cfr. Schauer, 1991, cap. II.

<sup>27</sup> Cfr. Redondo, 2004.

JORGE L. RODRÍGUEZ

---

deliberación práctica no consiste en la aplicación de normas generales, sino que se trata de una práctica narrativa que permitiría apreciar la significación normativa de determinadas circunstancias para el caso concreto<sup>28</sup>.

El universalismo y el particularismo discrepan sobre el alcance y la fuente de la relevancia de las razones justificatorias. Según el universalismo, la relevancia de las razones es uniforme e invariable y, en este sentido, universal. Esta característica se explicaría porque las razones tienen su fuente en normas y las normas son formuladas a través de enunciados condicionales universales, que correlacionan la presencia de ciertas propiedades o circunstancias con determinadas consecuencias normativas. Por el contrario, el particularismo sostiene que cualquier propiedad puede resultar relevante de acuerdo con la situación individual, es decir, puede constituir una razón. Pero dicha relevancia sería contextual y, consiguientemente, particular. El hecho de que una propiedad de una situación determinada sea relevante en cierto caso no presupone que lo sea en cualquier otra circunstancia. Normalmente, el causar dolor de manera intencional torna incorrecta una acción. Pero si mi hijo se clava en la playa una espina, entonces mi acción de causarle dolor para extraerle la espina no hace que mi acción sea incorrecta si no hay otro modo de lograr ese resultado<sup>29</sup>. Por lo tanto, la corrección de una acción, para la concepción particularista, no depende de su capacidad de ser subsumida en una pauta general, sino que depende de cómo estén configuradas en ese caso concreto las circunstancias. Nada es posible concluir acerca de su relevancia en casos futuros.

La concepción particularista no necesita rechazar lisa y llanamente la noción de norma de carácter general. Conceptualmente es posible aceptar esta idea, pero en tal caso ha de interpretarse a las normas generales como meramente *derrotables*, no sólo en virtud de su justificación subyacente, sino en virtud de cualquier otro hecho que pueda resultar de relevancia frente a cualquier caso concreto de aplicación<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Cfr. Moreso, 2004.

<sup>29</sup> Cfr. Dancy, 1993, p. 65.

<sup>30</sup> La idea de la derrotabilidad de las normas y del razonamiento jurídico ha sido un tópico ampliamente examinado en los últimos años. Para un examen informal de

El desafío más importante que una concepción particularista debe afrontar ha sido claramente expresado por Juan Carlos Bayón<sup>31</sup>, quien afirma que el particularismo debe aclarar en qué consiste esa misteriosa

este problema, puede consultarse Bayón-Rodríguez, 2003. Estudios más concentrados en los aspectos formales del problema pueden hallarse en Alchourrón, 1993 y Nute, 1997.

La idea de la derrotabilidad se conecta con la noción de “normalidad”. Cuando se formulan aserciones condicionales, se lo hace presuponiendo las circunstancias normales, sabiendo que en circunstancias anormales la afirmación condicional puede resultar falsa. La noción de normalidad es relativa al contexto de emisión del enunciado y al conjunto de creencias del hablante. Aplicada a las normas jurídicas, esta idea supone interpretar que ellas no especificarían condiciones suficientes sino meramente contribuyentes para el surgimiento de las soluciones normativas previstas en un sistema jurídico. No obstante, con la expresión “derrotabilidad” se alude en el derecho a diferentes fenómenos, los que podrían genéricamente clasificarse del siguiente modo: la calificación normativa de una conducta en un caso particular de conformidad con ciertas normas resulta *sensible a las variaciones de contexto*, pudiendo esas variaciones verificarse tanto con respecto al contexto normativo como con relación al contexto fáctico. En cuanto a lo primero, la solución normativa correlacionada a un caso genérico por una norma puede resultar desplazada si se toma en consideración otra norma que consagra una solución normativa lógicamente incompatible con la anterior, siempre que se prefiera la solución establecida por la segunda norma a la que se deriva de la primera. Esta peculiaridad puede analizarse dentro del marco de un determinado sistema normativo o relacionando las normas de distintos sistemas normativos, pudiendo en consecuencia distinguirse entre lo que se ha calificado como derrotabilidad *intrasistémica* y derrotabilidad *intersistémica*, de las cuales la primera parece más básica que la segunda. Esta idea admite además una “versión epistémica”, es decir, no sólo cuando varía el contexto normativo, sino también cuando varía nuestro conocimiento de las normas en juego, es posible que varíen las soluciones que un sistema normativo ofrece a cierto caso. Por otra parte, las calificaciones normativas son sensibles a las variaciones en el contexto fáctico, nuevamente, no simplemente en el sentido de que si cambian los hechos pueden variar las soluciones normativas, sino también, porque variando *la información disponible acerca de los hechos* de un caso particular, una norma que se consideraba relevante para su solución puede dejar de serlo o bien una norma reputada irrelevante puede volverse relevante. Podría decirse que una norma es derrotada en su aplicación respecto de un caso individual en este sentido cuando una información adicional acerca de los hechos del caso vuelve inaplicable una norma en principio relevante para su solución. Se habla aquí también de “derrotabilidad” y se emplean técnicas desarrolladas por las lógicas derrotables (o *no monótonas*) para dar cuenta del discurso institucionalizado concerniente al reclamo de derechos, según el cual una parte puede ver derrotada judicialmente su pretensión en virtud de que la contraparte alega y prueba la existencia de una excepción.

<sup>31</sup> Cfr. Bayón, 2001.

JORGE L. RODRÍGUEZ

---

capacidad del “discernimiento” que sería necesaria para determinar qué particularidades del caso concreto resultan normativamente relevantes, una vez que se ha rechazado la idea básica de que la justificación implica una inferencia a partir de una pauta general. Porque si el criterio de decisión no puede universalizarse, no queda claro cómo es que para esta posición la respuesta se circunscribe al caso particular y, no obstante, es distinta de una mera decisión carente de fundamento.

Por su parte, la dificultad mayor que la concepción universalista debe superar es la siguiente: ¿cómo sería posible realizar una interpretación de todas las normas generales de modo que los comportamientos por ellas regulados encajen perfectamente entre sí? ¿Es posible elaborar una reconstrucción completa de todas las normas y de todos los criterios para resolver posibles conflictos entre ellas? Esta cuestión es la que conduce a muchos autores a sostener alguna versión particularista.

En conclusión, la concepción universalista y la concepción particularista parecen enfrentarnos con el siguiente dilema referido a la deliberación práctica, que puede considerarse una formulación más general de nuestro dilema originario: o bien tenemos justificación universalista de las decisiones, lo que obliga a asumir la posibilidad de una reconstrucción completa y consistente de los contenidos regulados por las normas generales, reconstrucción que parece inalcanzable; o bien tenemos ponderación en los casos individuales, abierta siempre a la acusación de arbitrariedad o, al menos, de imposibilidad de control racional<sup>32</sup>.

#### **4. ¿Dos dilemas sin solución?**

No voy a intentar, en el limitado marco que ofrece este trabajo, proponer una solución a las difíciles cuestiones planteadas. Voy a concluir con algo mucho más modesto: trataré de explicar someramente cuál es mi posición frente a los dos dilemas que he presentado, comenzando por el más general.

En la opción entre el universalismo y el particularismo frente a las

<sup>32</sup> Véase la interesante polémica plasmada en Moreso, 2002 y Celano, 2002.

razones para la acción, creo que la segunda alternativa debe ser descartada. No solamente porque considero que una decisión particularista frente a un problema práctico parece, como se dijo, un ejemplo paradigmático de decisión arbitraria, sino porque creo que la plausibilidad del particularismo se asienta en un error lógico. Si lo que el particularismo objeta es que una propiedad puede a veces contar como una razón a favor y otras en contra de llevar a cabo una cierta acción, el argumento así presentado parece completamente inocuo respecto del universalismo. Cualquier propiedad que se verifique en un caso particular puede ser presentada por el universalismo como invariablemente relevante desde el punto de vista normativo, aun cuando pueda ser vencida por razones con mayor peso. En el ejemplo antes citado, provocar dolor es incorrecto, pero provocarle dolor a mi hijo para sacarle una espina del pie no es incorrecto. Esto, sin embargo, no conforma un argumento contra el universalismo, tal como a primera vista podría pensarse, porque el ejemplo puede explicarse sin dificultad –e incluso con mayor claridad– desde la concepción universalista: no se trata de que en este caso causar dolor sea correcto; lo que hace que mi acción sea correcta es que posee una propiedad adicional: que le quita a mi hijo una espina que podría generarle una infección, algo que podría tener un resultado peor que el sufrimiento que le provocho al hacerlo. Por consiguiente, causar dolor no es una característica que a veces cuente a favor y otras en contra de realizar una cierta acción: causar dolor es siempre una razón para no realizar una acción que tenga tal cualidad, sólo que esa razón puede ser derrotada por otras razones. Hasta aquí, no hay ningún argumento interesante contra el universalismo. Porque sólo se estaría objetando que las razones que el universalismo esgrime pueden ser superadas en un caso concreto, pero siempre dentro de lo que el universalismo entiende por “razones”.

El particularismo parece tener un punto interesante al remarcar que no hay ningún caso particular que resulte idéntico a otro caso particular. Hare sostiene que la racionalidad en el discurso práctico está dada por la exigencia de universabilidad: si dos casos son semejantes en sus características no morales, deberían recibir idéntica solución normativa<sup>33</sup>. Sin

<sup>33</sup> Cfr. Hare, 1963, ps. 10 y ss.

JORGE L. RODRÍGUEZ

---

embargo, el particularista puede aceptar esto y, no obstante, decir que, como ningún caso particular es idéntico a otro caso particular, la exigencia de universalidad resulta completamente irrelevante. Lo que el particularista parece sostener es que ninguna propiedad es invariablemente relevante desde el punto de vista normativo porque cualquier caso particular posee al menos una propiedad que lo distingue de cualquier otro, de manera que, como no es posible descartar que semejante propiedad resulte normativamente relevante, sería el contexto particular de un caso lo que ha de tomarse en cuenta para resolver un problema práctico.

No obstante, si bien es correcto que todo caso particular posee, al comparárselo con cualquier otro caso particular, alguna propiedad que los distingue, esto es, que está presente en uno pero ausente en el otro, de eso no se sigue que haya al menos una propiedad que un caso particular posee y que no se encuentra en ningún otro, puesto que, cualquiera sea la propiedad que uno tome en cuenta, siempre puede existir algún otro caso particular que también la posea. Inferir de la premisa “todo caso particular posee alguna propiedad que lo distingue de cualquier otro” la conclusión “existe al menos una propiedad que todo caso particular posee y que ningún otro posee” es incorrecto, tal como lo sería inferir del enunciado “todos los chicos quieren a alguna chica” que “existe una chica a la que todos los chicos quieren”. Lo primero sólo significa que para cada chico se cumple que hay alguna chica a la que quiere; lo segundo supone, infundadamente a partir de la premisa dada, que hay una chica en común a la que todos quieren. Se trata de una falacia bien conocida, que fuera denunciada por Geach como muy extendida, en particular, en muchos argumentos filosóficos<sup>34</sup>. En el caso del particularismo, que cada caso individual posea alguna propiedad que lo diferencia de cualquier otro resulta perfectamente compatible con la idea de que, para describir un caso particular, sólo pueden tomarse en cuenta propiedades generales. Un caso particular de homicidio, por ejemplo, siempre tendrá alguna cualidad que lo distinga de cualquier otro (en este caso particular, el homicidio se cometió con una pistola, el homicida conocía a su víctima, antes de matarlo estaban mirando juntos un partido de fútbol, etc.). Pero cada

<sup>34</sup> Cfr. Geach, 1972, ps. 1-13.

una de esas características del caso podría también verificarse en muchos otros. El único rasgo que singulariza a ese caso de homicidio es que ningún otro caso de homicidio presenta conjuntamente todas las características (generales) que se verifican en éste<sup>35</sup>. Por consiguiente, el particularismo se apoya en una premisa plausible pero deriva de ella una conclusión errónea.

Descartado el particularismo, es preciso ofrecer alguna respuesta al cuestionamiento que ordinariamente se dirige contra el universalismo: la imposibilidad de ofrecer una reconstrucción de todas las propiedades generales normativamente relevantes que permita efectuar frente a cada caso un balance perfecto entre todas las normas concebibles para determinar qué se debe hacer considerando todos los factores relevantes. Esto tiene un fondo de verdad, pero no creo que implique nada intrínsecamente problemático. Si bien no parece posible que efectuemos una reconstrucción completa de todas las normas aplicables a cierto caso y determinemos el peso exacto de unas frente a otras de una vez y para siempre, sobre todo en el dominio moral, ello no implica que justificar una decisión frente a un caso no signifique lo que el universalismo sostiene que significa, esto es, poder subsumir el caso como una instancia de una norma general o conjunto de normas generales. Lo que pone de manifiesto la objeción es que ciertos casos particulares pueden revelarnos que no somos conscientes de todas las consecuencias que se siguen de nuestras convicciones morales; pueden poner en crisis nuestras convicciones morales; pueden destacar la necesidad de que las refinemos o que las modifiquemos, y pueden incluso demostrar la concurrencia de razones inconmensurables entre sí. En otras palabras,

<sup>35</sup> Hare sostiene que un modo simple de descartar el particularismo consistiría en sostener que no puede haber nada sobre una acción que la haga incorrecta, o sobre una persona que la convierta en mala, excepto esas características que son especificables en términos universales. Cualquier característica que no pudiera ser especificada de este modo tendría que consistir en algún tipo de esencia individual, sólo describible diciendo “esta persona” o “este acto”, y permaneciendo callado a partir de entonces. Pero eso no sería describir un acto o una persona en absoluto. La única forma de describir una persona o un acto es mediante la atribución de propiedades universales (cfr. Hare, 1997, p. 108). Por otra parte, en Davidson, 1980, ps. 105-148, se demuestra que la forma lógica de los enunciados relativos a acciones requiere siempre de cuantificadores universales.

JORGE L. RODRÍGUEZ

---

la objeción no demuestra que la noción de justificación que ofrece el universalismo sea incorrecta, sino, a lo sumo, que los sistemas normativos desde los cuales efectuamos nuestras evaluaciones pueden ser imperfectos. No quiere ello decir que no pueda justificarse moralmente una acción a partir de un cierto conjunto de normas generales, sino que la justificación moral debe interpretarse como un proceso dinámico, siempre perfeccionable y abierto a la reconsideración de las razones en juego.

Sobre tales bases, volvamos ahora a nuestro dilema originario relativo a la resolución de conflictos entre derechos fundamentales. Ese dilema consistía en sostener que o se rechaza la posibilidad de conflictos genuinos entre derechos constitucionales, pero entonces debería poder justificarse la existencia de una ordenación completa y en abstracto de tales derechos, lo cual parece un ideal inalcanzable; o se acepta la posibilidad de conflictos genuinos entre derechos constitucionales, pero entonces ha de admitirse que los jueces poseen amplia discrecionalidad para resolver tales conflictos pues sus decisiones serán relativas a cada caso particular y ni siquiera podrán universalizarse los criterios de decisión. El examen de las reconstrucciones que ha ofrecido la teoría general del derecho respecto de la operación de ponderación o balance entre derechos fundamentales parecía indicarnos que dicha operación consiste en el establecimiento de una jerarquía axiológica móvil entre los derechos en juego, una operación doblemente discrecional: porque supone la instauración por el intérprete de una jerarquía entre los derechos involucrados previamente inexistente y porque implicaría modificar el valor relativo de tales derechos con relación a cada caso concreto.

Creo que esta conclusión es sólo parcialmente correcta. No tengo dudas de que, si se admite la posibilidad de genuinos conflictos entre derechos constitucionales, la operación de ponderación, que implica establecer una preferencia condicional entre los derechos en conflicto, significará atribuir relevancia a alguna característica que hasta entonces no la tenía y, por consiguiente, supondrá fijar una jerarquía parcial donde antes no la había, con la discrecionalidad que ello importa. También es correcto que esa jerarquía parcial y condicional resultará inestable, porque estará sujeta a nuevas operaciones semejantes que

precisen su alcance, con la posibilidad de que en el futuro se atribuya relevancia a nuevas propiedades que refinen o incluso modifiquen la jerarquía establecida. Lo que no me parece correcto es sostener que esa operación variará con relación a cada caso concreto, es decir, que frente a los conflictos entre derechos constitucionales deba renunciarse al universalismo y caer en una concepción particularista de la justificación jurídica. Los argumentos expuestos contra el particularismo deberían ser suficientes para advertirnos los errores y peligros que esta alternativa conlleva.

Justificar una decisión judicial consiste en términos generales en construir un razonamiento en el que pueda mostrarse que lo resuelto se sigue de cierto conjunto de normas generales y de los hechos particulares del caso. No veo cómo justificar una decisión en un caso en el que se verifique un conflicto entre derechos fundamentales pueda significar algo diferente. De hecho, en la práctica constitucional los jueces no renuncian a ofrecer razones de carácter general en apoyo de sus decisiones en casos semejantes. Al comentar la postura de Alexy ya se señaló que las circunstancias que permiten justificar la preferencia condicional de uno de los derechos fundamentales en conflicto frente a un caso particular han de ser descriptas a través de ciertas propiedades que podrían reiterarse en otros casos y, consiguientemente, todo caso de conflicto en el que se verifiquen las mismas propiedades debería recibir idéntica solución. Los criterios que permiten establecer preferencias condicionales son siempre generales, y los jueces deben extremar sus esfuerzos por ser coherentes para sostenerlos.

Ello, por cierto, no implica negar que exista aquí un margen muy amplio para la discrecionalidad judicial. Pero, como se dijo, discrecionalidad no equivale a arbitrariedad. La arbitrariedad se elude ofreciendo razones fundadas en normas generales, aunque esas normas generales y su juego recíproco no estén perfectamente preestablecidas y resulten definitivas. Es que, con carácter más general, todo legislador está sujeto a limitaciones cognitivas que le impiden prever por anticipado toda posible combinación de circunstancias en el futuro y adoptar una posición frente a cada una de ellas. Pero para la práctica del derecho esto no constituye un problema: ella consiste justamente en aislar ciertos rasgos generales de ciertas situaciones para tomarlos como

JORGE L. RODRÍGUEZ

---

normativamente relevantes. Al hacer esto, necesariamente se dejan de lado otros rasgos posibles. Por supuesto que en la aplicación de tales normas a casos particulares pueden saltar a nuestra vista que ciertas circunstancias no tomadas en cuenta como normativamente relevantes deberían ser reevaluadas. Esto obliga a dos tipos de ajustes: por una parte, el conjunto de normas generales debe estar abierto a cambios en la faz dinámica; por otra parte, debe reconocerse un cierto margen de discrecionalidad a quien tenga la responsabilidad de aplicar esas normas generales para dejar de lado sus soluciones introduciendo en ellas excepciones que deberá justificar a partir de otros marcos normativos.

En conclusión, creo que la manera de salvar la dificultad que presenta este dilema consiste en rechazar el carácter exhaustivo de sus dos alternativas. No me parece legítimo que las opciones sean aquí justificar la existencia de una jerarquía completa, en abstracto y definitiva entre los derechos fundamentales o aceptar que la resolución de conflictos entre ellos es relativa a cada caso particular, sin posibilidad de universalizar los criterios de decisión y, en consecuencia, que no sólo resulta discrecional sino directamente arbitraria. Resta un pequeño pero valioso terreno entre estas dos opciones, por cuya conquista debe lucharse cotidianamente con sensatez y buen juicio, para decisiones seguramente controvertibles pero apoyadas por razones sujetas al control intersubjetivo.

## Referencias

- ALCHOURRÓN, Carlos Eduardo, *Condizionalità e rappresentazione delle norme giuridiche*, en MARTINO, A. y SOCCI NATALE, F. (eds.), *Analisi Automatica dei Testi Giuridici*, Giuffrè, Milano, 1988.
- *Philosophical Foundations of Deontic Logic and the Logic of Defeasible Conditionals*, en MEYER, J. y WIERINGA, R., *Deontic Logic in Computer Science: Normative System Specification*, Chichester-New York-Brisbane-Toronto-Singapore, Wiley & Sons, 1993:43-84.
- ALCHOURRÓN, Carlos Eduardo y MAKINSON, David, *Hierarchies of Regulations and their Logic*, en HILPINEN, R. (ed.), *New Studies in Deontic Logic*, Dordrecht-Boston-London, Reidel, 1981:125-148.

- ALEXY, Robert, *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, en *Ratio Juris*, vol. 16, Nº 2, 2003:131-140.
- *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, título original: *Theorie der Grundrechte*, SuhrkampVerlag, 1986, traducido por E. Garzón Valdés.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.
- BAYÓN, Juan Carlos, *¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?*, en *Doxa* 24, 2001:35-62.
- BAYÓN, Juan Carlos y RODRÍGUEZ, Jorge L., *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*, Universidad de Externado, Colombia, 2003.
- BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1989.
- CELANO, Bruno, “Defeasibility” e bilanciamento. *Sulla possibilità di revisioni stabili*, en *Diritti & questioni pubbliche*, Nº 2, 2002:34-44.
- COLEMAN, Jules, *The Practice of Principle*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- COMANDUCCI, Paolo, *Principi giuridici e indeterminazione del diritto*, en COMANDUCCI, Paolo, *Assaggi di metaetica due*, Torino, Giappichelli, 1998:81-96.
- *Problemi di compatibilità tra diritti fondamentali*, en *Analisi e Diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, 2002-2003:317-330.
- DANCY, Jonathan, *Moral Reasons*, Basil Blackwell, Oxford, 1993.
- DAVIDSON, Donald, *Essays on Actions and Events*, Oxford University Press, Oxford, 1980.
- DWORKIN, Ronald, *Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 1996.
- *Law’s Empire*, Cambridge, Harvard University Press, Cambridge, 1986.
- *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977, traducción castellana de GUASTAVINO, M., *Los derechos en serio*, Planeta-Agostini, Barcelona, 1993.
- EKMEKDJIAN, Miguel, *Temas Constitucionales*, Ediar, Buenos Aires, 1987.

JORGE L. RODRÍGUEZ

---

- FERRAJOLI, Luigi, *Diritti fondamentali e democrazia costituzionale*, en *Analisi e Diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, 2002-2003:331-350.
- FERRERES COMELLAS, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- GEACH, Peter Thomas, *Logic Matters*, Oxford, Basil Blackwell, 1972.
- GUASTINI, Ricardo, *Conflictos entre principios*, en GUASTINI, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, Fontamara, México, 2001.
- *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 2000.
- HABERMAS, Jürgen, *Between Facts and Norms*, Cambridge, Polity, 1996.
- *On Law and Disagreement: Some Comments on "Interpretative Pluralism"*, en *Ratio Juris*, vol. 16, Nº 2, 2003:187-194.
- HANSSON, Sven Ove, *The Structure of Values and Norms*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.
- HARE, Richard Mervin, *Freedom and Reason*, Oxford University Press, Oxford, 1963.
- *Sorting Out Ethics*, Oxford University Press, Oxford, 1997, traducción castellana de GIFRA, J. V., *Reordenando la ética*, Ariel, Barcelona, 1999.
- HART, Herbert Lionel Adolphus, "Postscript" a *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994:238-276, traducción castellana de HOLGUÍN, M., en *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1997.
- HURLEY, Susan, *Natural Reasons*, Oxford University Press, Oxford-New York, 1989.
- LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de interpretación constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- MARMOR, Andrei, *Positive Law and Objective Values*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- MICHELMAN, Frank, *Human Rights and the Limits of Constitutional Theory*, en *Ratio Juris*, vol. 13, 2000:63-76.
- MORESO, José Juan, *Conflitti tra principi costituzionali*, en *Ragion Pratica* 18, 2002:201-221.
- *Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales*, manuscrito inédito, 2004.

- NUTE, Donald, *Defeasible Deontic Logic*, Dordrecht-Boston-London, Kluwer Academic Publishers, 1997.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación*, en *Diritti & questioni pubbliche*, Nº 2, 2002:97-114.
- RAZ, Joseph, *Legal Principles and the Limits of Law*, en *The Yale Law Journal* 81, Nº 5, 1972:842-854.
- *The Truth in Particularism*, en RAZ, Joseph, *Engaging Reason*, Oxford University Press, Oxford, 1999:218-246.
- REDONDO, María Cristina, *Razones y normas*, a publicarse en *Discusiones, Revista de Filosofía de la Universidad Nacional del Sur*, vol. V, 2004.
- SCHAUER, Frederick, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule Based Decision Making in Law and in Life*, Clarendon Press, Oxford, 1991, traducción castellana de ORUNESU, C. y RODRÍGUEZ, J. L., *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida ordinaria*, Marcial Pons, Barcelona, 2004.
- WALDRON, Jeremy, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford, 1999.
- WALUCHOW, Wilfrid, *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1994.
- WILLIAMS, Bernard, *Ethical Consistency*, en *Proceedings of the Aristotelian Society*, supp. vol. 39, 1965:5-19.
- ZIMMERMAN, Michael, *The Concept of Moral Obligation*, Cambridge University Press, New York, 1996.



## VEINTICINCO AÑOS DESPUÉS

### Una revisión crítica de la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy\*

por JOSÉ ANTONIO SEOANE\*\*

#### 1. Introducción y planteamiento

La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy, aparecida en 1978<sup>1</sup>, reeditada en diversas ocasiones<sup>2</sup> y traducida a varias lenguas, entre ellas el español<sup>3</sup>, es posiblemente la teoría del razonamiento jurídico más difundida de las últimas décadas. Su aparición ha dado

\* Versión revisada de la ponencia presentada en las XVIII Jornadas argentinas y primeras Jornadas argentino-chilenas de Filosofía jurídica y social (Buenos Aires, 30 de septiembre-2 de octubre de 2004).

\*\* Profesor Titular de Filosofía del Derecho, Universidade da Coruña (España).

<sup>1</sup> Cfr. ALEXY, R., *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1978.

<sup>2</sup> Hasta la fecha han aparecido cuatro ediciones alemanas, todas en la editorial Suhrkamp. En relación con la primera edición, la única novedad de las siguientes es la adición de un epílogo con las respuestas a algunas críticas recibidas desde la segunda edición (Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, ps. 399-435).

<sup>3</sup> Cfr. ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, traducción de M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, donde ya se incluyen las respuestas de Alexy a las críticas recibidas aparecidas como epílogo en la segunda edición alemana. Cfr. *Postfacio: respuesta a algunos críticos*, ps. 289-318. Las traducciones a distintas lenguas, incluidas dentro del catálogo de publicaciones científicas de Robert Alexy, pueden consultarse en un apartado de la página web de su cátedra: [www.uni-kiel.de/alexyschriftenverzeichnis.html](http://www.uni-kiel.de/alexyschriftenverzeichnis.html).

JOSÉ ANTONIO SEOANE

---

lugar a intensos debates académicos, que han combinado elogios y críticas. Algunas de las críticas han sido respondidas expresamente por el profesor alemán en la segunda edición de su obra (1991), confirmando su posición inicial, y otras han sido asumidas para renovar o mejorar su teoría. En la actualidad, algo más de veinticinco años después, es posible y conveniente realizar un balance de las aportaciones y de las deficiencias de la teoría de la argumentación jurídica, y de su contribución al pensamiento jurídico contemporáneo<sup>4</sup>.

Tal y como anuncio en el título, esta ponencia se centrará en los aspectos críticos de la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy. Su contenido y sus propuestas son sobradamente conocidas, por lo que no me detendré en su explicación; tan sólo apuntaré media docena de notas distintivas que permiten caracterizar el intento teórico de Robert Alexy, y que servirán para enmarcar las observaciones críticas posteriores. Agruparé las objeciones a la teoría de la argumentación jurídica en dos clases, tan estrechamente relacionadas entre sí que puede afirmarse que constituyen un *continuum*. La primera pretende mostrar las deficiencias o insuficiencias en su tarea de fundamentación de las reglas del discurso; la segunda se ocupará de su noción de racionalidad práctica, que representa uno de los conceptos centrales de la teoría de la argumentación jurídica y, en general, de su teoría del Derecho. Se trata, por tanto, de una crítica “leal”, en la medida en que ambos aspectos constituyen objetivos declarados del intento teórico de Alexy. Mi propósito es desarrollar o llevar hasta sus últimas consecuencias sus propias propuestas teóricas. Mediante las críticas recibidas a lo largo de estos años y las respuestas de Alexy a dichas críticas, matizando o confirmando diversos aspectos de su teoría, será posible configurar un panorama crítico de la cuestión y aun, modestamente, sugerir algunas vías de superación o complemento. Además, el transcurso del tiempo me permitirá concluir la intervención con un balance global y contextualizado de su obra. Creo que sólo entonces estaremos en condiciones de realizar una valoración global y ecuánime

<sup>4</sup> He efectuado un intento previo en SEOANE, J. A., *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, ps. 47-123.

de la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy, de comprobar si las críticas se atenúan o acentúan en el contexto de su Filosofía jurídica y si ésta contiene mecanismos de respuesta o defensa para las objeciones recibidas.

## 2. Una breve exposición de la teoría de la argumentación jurídica a partir de sus notas distintivas

La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy ha sido considerada como una de las “teorías estándar de la argumentación jurídica”, que son aquellas que abrigan pretensiones tanto descriptivas como prescriptivas; esto es, que describen cómo se justifican de hecho las decisiones jurídicas y cómo deberían ser justificadas<sup>5</sup>. Su prolijo desarrollo dificulta la tarea de exponer sintéticamente su contenido y sus propuestas. Con todo, es posible ofrecer una imagen de ella a partir de media docena de rasgos que la singularizan.

1. *La argumentación como discurso práctico.* La argumentación jurídica es una modalidad de actividad lingüística, denominada “discurso”, donde las pretensiones de validez no se presuponen, sino que son problemáticas. Más en concreto, se trata de un “discurso práctico”, que se ocupa de la corrección de los enunciados normativos, que expresan obligaciones, prohibiciones o permisos<sup>6</sup>.

2. *El carácter analítico-normativo.* Alexy configura su teoría de la argumentación como una teoría normativa, o con mayor exactitud, como una teoría analítico-normativa del discurso jurídico: *analítica*, pues atiende a la estructura lógica de los argumentos realmente efectuados o posibles; *normativa*, ya que pretende a través de ella establecer

<sup>5</sup> ATIENZA, M., *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, entre otras ps. 25-26.

<sup>6</sup> Cfr. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica...* cit., p. 34. Cfr. AARNIO, A.; ALEXY, R. y PECZENIK, A., *The Foundation of Legal Reasoning, Rechtstheorie* 12 (1981), ps. 133-158, 257-279 y 423-448, ahora p. 259. Cfr. también ALEXY, *Postfacio: respuesta a algunos críticos* cit., ps. 312 y 313; ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1985; 3. Auflage, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1996. Versión castellana de E. Garzón Valdés; revisión de ZIMMERLING, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 529.

JOSÉ ANTONIO SEOANE

---

y fundamentar criterios para la racionalidad del discurso jurídico<sup>7</sup>. Este carácter analítico-normativo de la teoría ha de ser “asociado con el concepto de razón o racionalidad práctica. Las decisiones jurídicas pretenden ser racionales o justificables razonablemente”<sup>8</sup>.

Aparece, entonces, el elemento en torno al cual se articula la teoría de la argumentación jurídica de Alexy, y aun su entera teoría del Derecho: la noción de razón o racionalidad práctica, cuyo significado, al igual que el del concepto de la argumentación jurídica racional, puede llevarse a cabo dentro del marco de una *teoría procedimental*<sup>9</sup>. La razón o racionalidad práctica es, para Alexy, una razón práctica procedimental; en otras palabras, como veremos a continuación, sometida a reglas<sup>10</sup>.

3. *El carácter procedimental*. Es la teoría de la argumentación jurídica de Alexy una teoría procedimental o procesal, basada en un criterio procedimental de corrección. De este modo, la relación entre corrección y procedimiento, que certifica la validez y la racionalidad de los enunciados normativos, se convierte en una nota esencial de la teoría de Alexy. El carácter procedimental del discurso aboca a una identificación entre la corrección de los enunciados y el res-

<sup>7</sup> Cfr. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica...* cit., p. 35.

<sup>8</sup> AARNIO; ALEXY y PECZENIK, *The Foundation of Legal Reasoning* cit., p. 260.

<sup>9</sup> Cfr. ALEXY, R., *Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation*, *Rechtstheorie* Beiheft 2 (1981), ps. 177-188. Traducción española de C. de Santiago; revisión de GARZÓN VALDÉS, E., *La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica*, en GARZÓN VALDÉS, E. (comp.), *Derecho y filosofía*, Alfa, Barcelona, 1985, ps. 43-57, p. 44.

<sup>10</sup> Una cosa son las reglas del discurso como reglas para actuar en el ámbito del discurso, y otra distinta las reglas del discurso para el actuar, pues la racionalidad práctica también “apunta al actuar práctico correcto”. ALEXY, R., *A Discourse Theoretical Conception of Practical Reason*, *Ratio Juris* 5/3 (1992), ps. 231-255. *Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft*, *ARSP* Beiheft 51 (1993), ps. 11-29. Traducción de SEÑA, J. M., *Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica*, en *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*, Gedisa, Barcelona, 1994, ps. 131-157, p. 150; “hay que distinguir entre dos tipos de reglas o normas de acción: las de tipo procedimental y las de tipo sustancial. Ejemplos de reglas de acción procedimentales los ofrecen las normas de organización del Estado constitucional democrático; el ejemplo más importante de reglas de acción de tipo sustancial son los derechos humanos” (ídem, p. 152).

peto del procedimiento; es decir, entre corrección y cumplimiento de las reglas del discurso<sup>11</sup>.

4. *La fundamentación de las reglas del discurso. El carácter pragmático de las reglas.* El cumplimiento de las reglas del discurso puede garantizar la corrección de los enunciados normativos. Además, añade Alexy, el cumplimiento de las reglas del discurso sirve para resolver el trilema de Münchhausen, enunciado por Hans Albert<sup>12</sup>. Albert sostiene que cualquier pretensión de fundamentación –en este caso de proposiciones normativas– conduce al trilema de Münchhausen: optar bien por el regreso al infinito, bien por la caída en un círculo lógico en la deducción o círculo vicioso, bien por interrumpir arbitrariamente el proceso fundamentador y sustituirlo por una decisión que no hay que fundamentar, inmune a toda crítica.

Sin embargo, Alexy estima que la situación no carece de salida, y que puede evitarse, descartando la infinitud y la circularidad de la argumentación, “si la exigencia de una fundamentación ininterrumpida de cada proposición se sustituye por una serie de exigencias en la actividad de fundamentación”<sup>13</sup>. Tales exigencias son, precisamente, las reglas –y formas de los argumentos– pragmáticas del discurso, referidas al comportamiento del hablante, que garantizan la racionalidad.

En lo que atañe a la fundamentación de las reglas del discurso, la alternativa preferible es el modo de argumentación pragmático-trascendental (siguiendo a K.-O. Apel) o pragmático-universal (siguiendo a J. Habermas), que consiste en mostrar que la validez de determinadas reglas es condición de posibilidad de la comunicación lingüística, si bien tal fundamentación sólo será posible para relativamente pocas reglas fundamentales. Por ello, en la medida en que los distintos modos

<sup>11</sup> Cfr. ALEXY, *La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica* cit., ps. 45-47; AARNIO; ALEXY y PECZENIK, *The Foundation of Legal Reasoning* cit., p. 262.

<sup>12</sup> ALBERT, H., *Traktat über kritische Vernunft*, Tübingen, Mohr, 1968 (5. verbesserte und erweiterte Auflage, 1991). Versión castellana de GUTIÉRREZ GIRARDOT, R., *Tratado sobre la razón crítica*, Sur, Buenos Aires, 1973, ps. 13 y ss.

<sup>13</sup> ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica...* cit., p. 177.

JOSÉ ANTONIO SEOANE

---

de fundamentación de las reglas presentan simultáneamente deficiencias y ventajas, habrán de complementarse entre sí<sup>14</sup>.

*Una revisión del modelo de fundamentación.* Ante la insatisfacción de la propuesta de fundamentación de las reglas del discurso estipulada a partir de la *Teoría de la argumentación jurídica* y a la luz de las críticas recibidas, Alexy ha revisado y articulado vías complementarias de fundamentación que refuercen el argumento pragmático trascendental. Así lo ha manifestado en el epílogo incorporado a la segunda edición alemana, donde completa el argumento pragmático trascendental –que sigue siendo el predominante– con una premisa empírica y con la que denomina “la parte hobbesiana del argumento”, relativa al aumento del nivel de utilidad de los participantes en el discurso; estamos en presencia de una “fundamentación pragmático-trascendental débil”<sup>15</sup>.

Más tarde y con mayor detalle ha vuelto a profundizar en el tema de la fundamentación de las reglas del discurso, esta vez al plantearse la fundamentación de los derechos humanos. La tesis revisada de Alexy se asienta en un argumento compuesto por tres partes distintas. Un argumento trascendental, que determina esencialmente el carácter universal de las reglas del discurso. Para fortalecer la validez de la línea kantiana, que es la predominante, debe añadirse la línea hobbesiana, centrada en la maximización de la utilidad individual. Como complemento es necesaria una premisa empírica sobre la dotación a los seres humanos de un interés en la corrección, una premisa antropológica que constituye la tercera parte del argumento<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Idem, ps. 183-184; cfr. asimismo AARNIO; ALEXY y PECZENIK, *The Foundation of Legal Reasoning* cit., ps. 257-259.

<sup>15</sup> ALEXY, *Postfacio: respuesta a algunos críticos* cit., ps. 305 y ss., en particular ps. 308-311.

<sup>16</sup> ALEXY, R., *Diskurstheorie und Menschenrechte*, en *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1995, ps. 127-164. Traducción de VILLAR BORDA, L., *Teoría del discurso y derechos humanos*, en *Teoría del discurso y derechos humanos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, ps. 63-95, en particular ps. 68 y ss. (La versión española presenta ligeras alteraciones en los epígrafes, y divide el texto original en dos capítulos: el mencionado *Teoría del discurso y derechos humanos*, ps. 63-95, y *La fundamentación de los derechos humanos*, ps. 97-136). Cfr. asimismo la explicación del autor en ALEXY, R., *Vorwort*, en *Recht, Vernunft, Diskurs...* cit., ps. 8-9.

5. *La validez del discurso práctico: corrección y procedimiento.*

Uno de los rasgos más importantes de la teoría del discurso racional práctico general es la pretensión de validez, que en el caso del discurso jurídico es una pretensión de corrección. “La teoría del discurso es una teoría procesal de la corrección práctica”<sup>17</sup>. Así, el respeto del procedimiento del discurso racional equivale a la observancia de sus reglas; y el cumplimiento de las reglas del discurso garantiza la racionalidad, la corrección y, en suma, la validez de los enunciados discursivos. Por consiguiente, el sistema de reglas y formas de argumentos de la argumentación racional constituye el núcleo de la teoría del discurso práctico general, y su observancia garantiza la racionalidad de la argumentación y la justificación del resultado<sup>18</sup>: “un enunciado normativo es correcto o –presuponiendo una teoría liberal de la verdad– verdadero cuando puede ser el resultado de un determinado procedimiento, es decir, el del discurso racional. La relación entre corrección y procedimiento es característica de todas las teorías procesales”<sup>19</sup>.

6. *El discurso jurídico como caso especial del discurso práctico.* Lo expuesto se justifica porque a juicio de Alexy la argumentación jurídica constituye un caso del discurso práctico, con el que comparte diversos caracteres, singularmente el constituir una forma de discurso que trata de la corrección de los enunciados normativos. Pero no se trata de un caso más, sino que presenta ciertas particularidades que lo configuran como un caso especial de aquél. Dicha especialidad radica en que opera bajo una serie de condiciones limitadoras: la sujeción a la ley, la consideración del precedente, la dogmática y las normas procesales, condiciones que delimitan la libertad discursiva en el ámbito jurídico, y singularizan la argumentación o el discurso propio en ese contexto<sup>20</sup>.

Estas seis notas distintivas caracterizan la teoría de la argumentación

<sup>17</sup> ALEXY, *Teoría del discurso y derechos humanos* cit., p. 69.

<sup>18</sup> Cfr. AARNIO, ALEXY y PECZENIK, *The Foundation of Legal Reasoning* cit., p. 261.

<sup>19</sup> ALEXY, *La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica* cit., p. 44.

<sup>20</sup> Cfr. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica...* cit., ps. 34-38 y 205-213. Asimismo, entre otras, *La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica* cit., p. 56.

JOSÉ ANTONIO SEOANE

---

jurídica de Robert Alexy. Su respuesta al problema de la fundamentación racional de las decisiones jurídicas es un código ideal y procedimental de la razón práctica (y la razón jurídica), integrado por una serie de reglas y formas de argumentos cuyo cumplimiento garantiza la racionalidad, la corrección y la validez de los enunciados normativos. Ahora bien, ¿son verdaderas tales afirmaciones? ¿Son suficientes sus tesis para solucionar el problema de la fundamentación de las decisiones jurídicas? Examinaré a continuación algunos de sus postulados para comprobar la solidez y pertinencia de su teoría.

### **3. Un panorama crítico. El impacto de las objeciones en la teoría**

La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy ha generado un fecundo debate que ha servido para que el propio Alexy haya revisado y perfilado algunos aspectos, frecuentemente mediante respuestas o réplicas a las objeciones recibidas. Mi intención es seleccionar y dar cuenta de las que considero más relevantes y que en cierto modo perduran, a saber, las que se ocupan de las insuficientes propuestas de fundamentación de las reglas del discurso, de las repercusiones de tales insuficiencias en su noción de racionalidad práctica y las dificultades irresolubles a las que se ve abocada la teoría al encarar la realidad.

Desde una perspectiva global, se han apuntado algunas *insuficiencias generales* relativas 1) al objeto, en la medida en que descuida algunos aspectos esenciales del razonamiento jurídico (la argumentación en materia de hechos, en la producción legislativa, en los procesos de mediación y negociación, etc.); 2) al método, pues el ofrecido no permite, de una parte, analizar adecuadamente los procesos de argumentación jurídica, y de otra, evaluar sus resultados, y 3) a la función, ya que en razón de lo anterior ofrece un interés limitado para el teórico y el práctico del Derecho, y además resulta insuficientemente crítica con el Derecho positivo<sup>21</sup>. Este último aspecto ha sido subrayado por

<sup>21</sup> Cfr. ATIENZA, M., *Argumentación jurídica*, en GARZÓN VALDÉS, E. y LAPORTA, F. J. (eds.), *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Boletín Oficial del Estado, 1996, p. 235.

Enrique P. Haba, quien ha reprochado la inutilidad del esfuerzo de la teoría de Alexy. Haba admite que la ciclópea teoría del profesor alemán agota teóricamente el tema, pero que su esfuerzo ha resultado baldío<sup>22</sup>. Se trata de una teoría superflua e inútil, entre otras razones por su lejanía y escasa operatividad en el plano real. La teoría, que parece fruto de un debate conceptual al margen de la realidad, deviene inaplicable y poco influyente en los razonamientos que de hecho siguen los juristas<sup>23</sup>.

Otra serie de objeciones recurrentes en algunos críticos apunta al *etnocentrismo, la insuficiente universalidad o el relativismo* que impregnan la teoría de la argumentación<sup>24</sup> (Alexy ya se ocupó de objeciones similares en el “Postfacio” de su *Teoría de la argumentación jurídica*)<sup>25</sup>. Con todo, no son de gran interés a los efectos de esta ponencia. Sí lo son otras dos líneas de crítica más atractivas y perdurables, dirigidas a la médula de la teoría de la argumentación jurídica y, en última instancia, a la concepción iusfilosófica de Robert Alexy: la fundamentación de las reglas del discurso y la noción de racionalidad práctica.

### 3.1. *La fundamentación de las reglas del discurso*

Un alto número de críticas a la teoría de Alexy apuntan a su deficiente *fundamentación de las reglas del discurso*. En este ámbito,

<sup>22</sup> Cfr. HABA, E. P., *Una discusión: ¿Quiénes son los irracionalistas en la teoría del derecho?*, *Doxa* 19 (1996), ps. 385-402.

<sup>23</sup> HABA, E. P., *Teorización constructivista como “forma de vida” (Sobre “reglas y formas” del discurso jurídico en los tribunales inexistentes)*, *Doxa* 21 (1998), ps. 148-163.

<sup>24</sup> Cfr. BETEGÓN, J., *Sobre la pretendida corrección de la pretensión de corrección*, *Doxa* 21 (1998), ps. 171-192, p. 190; GARCÍA FIGUEROA, A., *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, ps. 351-352; HERGET, J. E., *Contemporary German Legal Philosophy*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1996, ps. 53 y 56; HILGENDORF, E., *Zur transzendentalpragmatischen Begründung von Diskursregeln*, en *Rechtstheorie* 27 (1995), ps. 183-200; VELASCO ARROYO, J. C., *El lugar de la razón práctica en los discursos de aplicación de normas jurídicas*, en *Anuario de Filosofía del Derecho* XV (1998), ps. 257-275, p. 272.

<sup>25</sup> ALEXY, *Postfacio: respuesta a algunos críticos* cit., ps. 305 y ss.

JOSÉ ANTONIO SEOANE

---

Atienza ha señalado que la combinación de la fundamentación pragmático-universal o pragmático-trascendental con una premisa empírica propuesta por Alexy, esto es, una fundamentación pragmático-trascendental “débil”, conduciría a un modo empírico de fundamentación<sup>26</sup>; y hablar de fundamentaciones débiles carece de sentido.

En esta línea de crítica se ha situado Jerónimo Betegón, para quien la versión débil del modo pragmático-trascendental ensayada por Alexy como modelo revisado de fundamentación de las reglas del discurso sigue siendo una respuesta insuficiente al problema de la fundamentación de las reglas del discurso. A juicio de Betegón, “[c]laramente, la justicia se aproxima aquí a la idea de seguridad”<sup>27</sup> en la propuesta de Alexy.

La insuficiente fundamentación de las reglas del discurso ha sido también puesta de manifiesto por Georg (Giorgios) Pavlakos, subrayando la importancia de determinar con claridad la naturaleza de tales reglas, bien como reglas puramente procedimentales, bien como normas morales sustantivas<sup>28</sup>.

Por su parte, Steffen Wesche ha diagnosticado el fracaso de la revisión del modelo de fundamentación de las reglas del discurso, al presumir la fundamentación de las reglas en el plano ideal pero careciendo de consecuencias en el plano real, y al ser incapaz de proporcionar justificación a las normas materiales<sup>29</sup>.

Centrándose en la frustrada solución al *trilema de Münchhausen*,

<sup>26</sup> ATIENZA, *Las razones del Derecho* cit., ps. 220, 230. Asimismo, criticando la debilidad de la teoría de la argumentación a causa de la falta de fundamentación de las reglas del discurso –que parecen más bien axiomas derivados del gusto del autor–, así como su escaso carácter universal, cfr. HABA, *Teorización constructivista como “forma de vida” (Sobre “reglas y formas” del discurso jurídico en los tribunales inexistentes)* cit., ps. 156-158.

<sup>27</sup> BETEGÓN, *Sobre la pretendida corrección de la pretensión de corrección* cit., p. 190.

<sup>28</sup> PAVLAKOS, G., *The Special Case Thesis. An Assessment of R. Alexy’s Discursive Theory of Law*, *Ratio Juris* 11/2 (1998), ps. 125-154; *Persons and Norms: On the Normative Groundwork of Discourse-Ethics*, *ARSP* 85 (1999), ps. 7-22.

<sup>29</sup> WESCHE, S., *Robert Alexys Diskurstheoretische Menschenrechtsbegründung*, en *Rechtstheorie* 30 (1999), ps. 79-93. Cfr. también *Rezension zu Robert Alexy, Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1995, *ARSP* 82/4 (1996), ps. 586-589.

Ingrid Dwars ha afirmado que la racionalidad discursiva de Alexy, mediante su remisión y dependencia de las reglas y formas de los argumentos, no es capaz de evitar o solucionar el trilema indicado. Si una afirmación es racional en tanto resultado de un determinado procedimiento, no se puede determinar la racionalidad del procedimiento de la misma manera: si la racionalidad es procedimental, el procedimiento mismo no será racional sino constitutivo de la racionalidad<sup>30</sup>.

Resulta asimismo de interés el examen de la fundamentación de las reglas del discurso efectuado por Peter Gril, quien subraya la persistencia de la incapacidad de Alexy para sortear el escollo del trilema de Münchhausen en esta nueva tentativa, principalmente porque el respeto o cumplimiento de las reglas se deja en manos de la decisión, voluntad o interés de los participantes –quedando asimismo su validez en entredicho<sup>31</sup>–.

También Alfonso García Figueroa se ha hecho eco de la debilidad de la solución propuesta al trilema de Münchhausen, en el marco de una crítica a la insuficiencia del no positivismo del pensamiento de Alexy. En particular, García Figueroa critica la escasa verosimilitud del intento codificador de las reglas de la argumentación, que distorsiona la naturaleza de la deliberación moral, y el empleo del criterio del consenso como cierre del proceso argumentativo<sup>32</sup>.

Las aportaciones de Betegón, Gril y Wesche merecen particular atención por cuanto Alexy estima que su fundamentación teórico-discursiva de los derechos humanos exige elucidar como cuestión preliminar la fundamentación de las reglas del discurso, articulada en torno a un

<sup>30</sup> DWARS, I., *La rationalité du discours pratique selon Robert Alexy*, APhD 32 (1987), ps. 291-304, en concreto ps. 300-304.

<sup>31</sup> GRIL, P., *Alexys Version einer transzendentalpragmatischen Begründung der Diskursregeln im Unterschied zu Habermas*, ARSP 83 (1997), ps. 206-216, en particular ps. 215-216; *Die Möglichkeit praktischer Erkenntnis aus Sicht der Diskurstheorie. Eine Untersuchung zu Jürgen Habermas und Robert Alexy*, Berlin, Duncker & Humblot, 1998, ps. 136-154 en cuanto a la fallida solución del trilema de Münchhausen, y ps. 177 y ss. para una crítica de las reglas de fundamentación del discurso práctico general.

<sup>32</sup> Cfr. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico* cit., ps. 343 y ss. Cfr. también *La tesis del caso especial y el positivismo jurídico*, Doxa 22 (1999), en particular ps. 207-220.

JOSÉ ANTONIO SEOANE

---

argumento pragmático trascendental, y porque tal intento de fundamentación de los derechos humanos representa una revisión de la fundamentación de las reglas del discurso ofrecida en la *Teoría de la argumentación jurídica*. Otros críticos, en cambio, han incidido en la imperfección o debilidad de la propuesta fundamentadora de las reglas del discurso, si bien se han limitado a analizar únicamente la primera versión de la *Teoría de la argumentación jurídica* (1978) o, a lo sumo, la revisión del epílogo de la segunda edición alemana de la mencionada obra (1991), obviando la profundización y el desarrollo posteriores de *Teoría del discurso y derechos humanos* (1995). Éste es el caso de James E. Herget, quien ha apuntado el fracaso de la fundamentación de las reglas del discurso práctico general –en la primera versión de la *Teoría de la argumentación jurídica*–, en particular respecto del primer grupo de reglas, las reglas fundamentales; y ha destacado que la noción de corrección manejada por Alexy conduce a un concepto artificial de racionalidad, al hilo del criterio del consenso –que a su juicio no es siquiera un criterio<sup>33</sup>–. Eveline T. Feteris, refiriéndose sólo a la primera versión de la *Teoría de la argumentación jurídica*, ha criticado principalmente algunas imperfecciones relativas a la justificación externa de las reglas y formas de los argumentos, bien en sus relaciones con la justificación interna, bien en el desarrollo de algunos de ellos<sup>34</sup>. Por su parte, Eric Hilgendorf, ocupándose de la primera versión y también de la primera revisión de la fundamentación contenida en el epílogo de la segunda edición alemana de la *Teoría de la argumentación jurídica*, ha puesto en cuestión la suficiencia e idoneidad de la propuesta de fundamentación pragmático-trascendental intentada por Alexy, criticando el intento de eclecticismo kantiano-hobbesiano, que considera incompatible con la fundamentación ensayada<sup>35</sup>. Finalmente, Juan Carlos Velasco Arroyo, siguiendo a Klaus Günther, ha reprochado a Alexy la omisión de la dimensión de la aplicación de las normas en su teoría. Después de

<sup>33</sup> HERGET, *Contemporary German Legal Philosophy* cit., ps. 55-58.

<sup>34</sup> FETERIS, E. T., *Fundamentals of Legal Argumentation. A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*, Dordrecht, Kluwer, 1999, ps. 92-118, en concreto, ps. 116-118.

<sup>35</sup> HILGENDORF, *Zur transzendentalpragmatischen Begründung von Diskursregeln* cit., ps. 197-200.

examinar el abigarrado conjunto de las reglas del discurso práctico racional, en particular de tres de sus grupos: las reglas fundamentales, las reglas de razón y las reglas de carga de la argumentación, Velasco advierte la insuficiencia de la fundamentación de las reglas ofrecida en la *Teoría de la argumentación jurídica*, y desmiente la presunta neutralidad de las reglas<sup>36</sup>.

\*\*\*

¿Qué cabe decir al respecto? Alexy ha indicado con claridad que las reglas y formas de argumentos que integran su código de la razón práctica son de naturaleza pragmática. No obstante, en lo concerniente a la fundamentación de tales reglas del discurso advierte que el inicial modelo pragmático-trascendental, o pragmático-universal, presenta algunas deficiencias, siendo aconsejable recurrir al complemento de otras formas de fundamentación. Así lo ha hecho al revisar años más tarde su primera propuesta de fundamentación y combinar el argumento pragmático-trascendental con premisas empíricas y el denominado elemento hobbesiano. Surge entonces un modelo escalonado de fundamentación que hunde sus raíces en formas diversas de racionalidad práctica, señaladamente la kantiana, predominante, y la hobbesiana, a las que Alexy incorpora una premisa empírica. De cualquier forma, las reglas del discurso resultantes adolecen en ocasiones de suficiente sustento real. Existe, entonces, el riesgo de la artificiosidad de las reglas y de la teoría; o, cuando menos, la constancia de su no justificación.

La falta de fundamentación o justificación disminuye notablemente la consistencia de la teoría, sustentada principalmente en la aceptación de tales reglas y formas de argumentos en el procedimiento del discurso. Las reglas adquieren carácter estipulativo, con fundamento meramente convencional; aparecen como reglas presupuestas y refrendadas. Late así en la propuesta fundamentante de Alexy cierto intuicionismo y, en todo caso, se advierten deficiencias en la labor de fundamentación.

<sup>36</sup> VELASCO ARROYO, *El lugar de la razón práctica en los discursos de aplicación de normas jurídicas* cit., ps. 267-268. Más recientemente, *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, ps. 126-130.

JOSÉ ANTONIO SEOANE

---

*La solución al trilema de Münchhausen.* Es precisamente en la tarea de fundamentación de las reglas del discurso donde se presenta la solución al trilema de Münchhausen. Alexy afirma que el cumplimiento de las reglas de la argumentación hace posible la resolución del trilema. Dichas reglas actuarían como salvoconductos de la racionalidad (de su noción de racionalidad), garantizando no sólo ésta, sino también la corrección del razonamiento, su validez y aun su objetividad<sup>37</sup>. Sin embargo, ésta no parece una solución satisfactoria. Alexy ha optado por un procedimiento semejante a la tercera propuesta de solución: interrumpir la fundamentación mediante una decisión, y entender que a partir de ahí no se precisa fundamentar nada más. A saber, una serie de exigencias en la actividad de fundamentación –las reglas y formas de argumentos del discurso– que garantizarían la racionalidad. De nuevo la naturaleza estipulativa de las reglas impregna de vaguedad su respuesta y ratifica la insuficiencia de su solución. Y aun cuando se aceptase que la salida de Alexy permite eludir el trilema de Münchhausen, su propuesta de respeto de un código de la razón práctica volvería a incurrir en él, toda vez que las recién designadas reglas y formas de argumentos siguen sin estar suficientemente justificadas.

*¿Justificación externa de las reglas del discurso?* Otra forma de abordar la insatisfactoria solución al trilema de Münchhausen es preguntarse si existe algo semejante a una justificación externa de las reglas y formas de argumentos. Alexy no responde globalmente al problema de la justificación de las proposiciones normativas, sino únicamente al de la justificación de las decisiones jurídicas, acogiendo a la difundida distinción de Wróbleski de dos dimensiones en la justificación: la justificación interna y la justificación externa<sup>38</sup>.

Desde una perspectiva intrasistemática, desde los propios postulados de la teoría de la argumentación jurídica, Alexy parece únicamente interesado en proclamar que la corrección es el resultado del respeto

<sup>37</sup> Cfr. por todos, ALEXY, *La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica* cit., p. 52.

<sup>38</sup> Cfr. WRÓBLESKI, J., *Legal Decision and Its Justification*, en HUBIEN, H. (ed.), *Le Raisonnement Juridique*, Bruxelles, Émile Bruylant, 1971, ps. 409-419; *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision*, *Rechtstheorie* 5 (1974), ps. 39 y ss.

de las reglas. La corrección, la racionalidad y la validez dependen de la observancia de las reglas del discurso.

En cambio, apenas se constata su estipulación o descubrimiento, su justificación externa. En otras palabras: el código de la razón práctica no plantea necesariamente problemas en cuanto a la justificación interna de las decisiones que se establecen a través de ella, pero nada se ha dicho respecto de su fundamentación ni de su justificación externa. Ésta exige la justificación de las premisas, es decir, de las reglas de la argumentación y las formas de los argumentos, ya que la mera existencia de tales reglas no implica necesariamente que se trate de reglas prácticas justificadas y correctas, constatación que exige traspasar los límites de la lógica deductiva.

El problema de la fundamentación y la justificación de las reglas del discurso puede también ser examinado desde una perspectiva externa. El carácter práctico y normativo (analítico-normativo) de la teoría de la argumentación –antes expuesto– permite considerar como normas a las reglas del discurso. Y la obligatoriedad de las normas –reglas del discurso– ha de ser justificada. En la medida en que la elección de cada regla supone justificar una elección frente a otras alternativas todavía posibles, tal elección implica una toma de posición que las reglas del discurso no parecen en condiciones de evaluar y justificar.

Esto es lo que finalmente sucede con la respuesta de Alexy al trilema de Münchhausen, incapaz de ofrecer una justificación suficiente de las reglas previa a su incorporación al código de reglas y formas de argumento, que carecen de razón o fundamento para su incorporación y exigencia en el procedimiento discursivo, salvo la interrupción del proceso de fundamentación mediante la decisión de Alexy de sustituirlo por el respeto de las reglas estipuladas.

El propio Hans Albert, al tratar el trilema de Münchhausen, anticipaba ya algunos aspectos no resueltos por la solución de Robert Alexy, como la imposibilidad de obtener contenidos a través de una conclusión lógica, o que un argumento deductivo válido no dice nada sobre la verdad de sus componentes. Si de enunciados analíticos no es posible deducir enunciados de contenido, en aras de la seguridad se ha sacrificado el realismo y con ello la idea de una verdad con contenido; pues, como se sabe, los enunciados analíticos son por cierto

JOSÉ ANTONIO SEOANE

---

“necesariamente” verdaderos, pero no dicen nada sobre la realidad. Se ha llegado a la sustitución del conocimiento por la decisión<sup>39</sup>.

Y esto es precisamente a lo que conduce la propuesta de solución de Alexy, quien no parece compartir que el juicio de corrección de un enunciado, una norma o una regla del discurso ha de ser un juicio sintético, del que no puede predicarse certeza absoluta. La postura de nuestro autor parece identificar los juicios de corrección con juicios analíticos, lo que implica acentuar el formalismo o procedimentalismo de su teoría de la argumentación. El haz de reglas y formas de argumentos del discurso parece basar su idoneidad fundamentadora en la corrección hipotética y la justificación suficiente que les confiere Alexy, apelando a una suerte de presunción *iuris et de iure* que únicamente consigue arrinconar el problema de su fundamentación en lugar de afrontarlo, y que acaba lastrando irremediablemente su teoría.

*Los inconvenientes de la naturaleza ideal y procedimental de la teoría.* Es claro, incluso para el propio Alexy, que su teoría de la argumentación se topa con problemas irresolubles al encarar la realidad. El carácter ideal del discurso hace que difícilmente se verifiquen en la práctica o realidad sus condiciones. La razón fundamental es su carácter procedimental; tan pronto desciende a contenidos se muestra la dificultad –y aun imposibilidad– de solventar las cuestiones prácticas. Se ve, en suma, abocada a una situación insatisfactoria en el plano del discurso real, algo particularmente evidente al afrontar la tesis de la única respuesta correcta.

Alexy admite la posibilidad de una única respuesta correcta en el plano del discurso ideal, bajo el cumplimiento de una suerte de condiciones *ad infinitum*. En cambio, en el discurso real no es posible garantizar el mismo nivel de corrección, a pesar de su concepto *bi-furcado* de corrección, resignado artificio teórico para obtener y reconocer la llamada corrección procedimental relativa, que es la corrección propia del plano real. En rigor, y al igual que en el discurso ideal, se trata de una noción negativa de corrección, pues su logro en el discurso real es la no incorrección, la no irracionalidad.

Afirma acertadamente Alexy que la corrección procedimental, como

<sup>39</sup> Cfr. ALBERT, *Tratado sobre la razón crítica*, cit., ps. 24-25, 53.

respeto del procedimiento, no es tanto un método para garantizar la racionalidad como, sobre todo, para disminuir la irracionalidad en la decisión<sup>40</sup>. En el plano del discurso real comprobamos que al término de los procedimientos institucionalizados –el procedimiento para la creación estatal del Derecho y el procedimiento del proceso judicial–, en los que no sólo se argumenta sino que también se decide, nos encontramos, y no podemos no encontrarnos, con un resultado definitivo y jurídicamente obligatorio. El problema que surge es el siguiente: ¿cómo se ha decidido?; ¿cómo se han decantado el legislador o el juez por esa solución?; ¿es y puede ser correcta tal decisión?

Alexy se halla ante el abismo de la realidad, y no aclara este último paso. Su teoría de la argumentación jurídica nos ha conducido hasta aquí –lo que no es poco–, pero ante el momento de la decisión se detiene. Y ha de detenerse porque la noción de corrección que postula es meramente procedimental y no resulta operativa más allá del discurso. Se trata de una *corrección intradiscursiva*, en la que las reglas del discurso son los únicos criterios de la corrección.

Cabe, entonces, preguntarse: ante la existencia de dos o más respuestas procedimentalmente correctas, o en rigor no incorrectas; esto es, ante la situación de posibilidad discursiva, ¿cómo decidir u optar por una de ellas?; ¿existen razones o argumentos a favor de alguna o se trata sin más de voluntarismo o decisionismo?; ¿son criterios arbitrarios o irracionales los que guían al legislador y al juez?

La necesidad del Derecho se hace patente ante el denominado “problema del conocimiento”, esto es, la imposibilidad de la teoría del discurso de ofrecer un procedimiento que garantice en todo caso de modo exacto un resultado; son necesarios, pues, procedimientos jurídicamente regulados que garanticen una decisión<sup>41</sup>. Alexy se ha esforzado en reducir el margen de arbitrariedad, de voluntarismo y, en suma, de irracionalidad en la decisión que pone fin a los procedimientos. Con todo, el problema dista de estar resuelto, a causa de la noción de razón práctica de Alexy, una racionalidad apocada que ha rebajado

<sup>40</sup> ALEXY, *Postfacio: respuesta a algunos críticos* cit., p. 304.

<sup>41</sup> ALEXY, R., *La institucionalización de la razón*, traducción del original alemán, no publicado, de SEOANE, J. A., *Persona y Derecho* 43 (2000/2), ps. 217-249, ps. 233, 237.

JOSÉ ANTONIO SEOANE

---

los niveles de exigencia al respeto de un procedimiento, de modo que al margen de éste no puede operar. Ha conseguido reducir el riesgo de irracionalidad y garantizar la no incorrección del resultado. Pero su meritoria aportación no zanja la cuestión de la racionalidad de las decisiones jurídicas.

Habría que distinguir, finalmente, dos modos distintos de culminar el proceso argumentativo. El primero desembocaría en una solución o ideal al que hay que tender, que además puede ser, a juicio de Alexy, la única respuesta correcta. El segundo termina con una decisión, justificada, que es la solución que prevalece; pero que no tiene que ser la única posible. Esta decisión incorpora, en los procedimientos institucionalizados, un elemento de voluntad, subjetivo o autoritativo; una decisión *ex auctoritate*, no arbitraria o injustificada, pero que ha desbordado la racionalidad procedimental de Alexy.

### 3.2. *La noción de racionalidad práctica*

Lo recién afirmado nos aboca al segundo bloque de problemas y críticas a la teoría de la argumentación jurídica de Alexy, referidos a su noción de racionalidad práctica. Sin duda ha sido Klaus Günther uno de los más relevantes críticos de la teoría de la argumentación de Alexy en los últimos años<sup>42</sup>. Su distinción, ausente en la propuesta alexyana, entre los discursos de fundamentación o justificación, concernientes a la validez de las normas, y los discursos de aplicación, relativos únicamente a la adecuación, ha sido el ariete de sus impugnaciones<sup>43</sup>. Alexy ha respondido a las diversas objeciones haciendo

<sup>42</sup> Las tesis de Günther han servido de apoyo para la crítica de Alexy en diversos autores, entre ellos J. Habermas (*Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992. Traducción, sobre la cuarta edición revisada, de JIMÉNEZ REDONDO, M., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998, ps. 274 y ss.); J. P. Rentto (*Aquinas and Alexy: A Perennial View to Discursive Ethics*, en *American Journal of Jurisprudence* 36 [1991], ps. 161-166); G. Pavlakos (*The Special Case Thesis. An Assessment of R. Alexy's Discursive Theory of Law* cit., ps. 134 y ss.), y J. C. Velasco Arroyo (*El lugar de la razón práctica en los discursos de aplicación de las normas jurídicas* cit., pássim).

<sup>43</sup> GÜNTHER, K., *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1988; *Ein normativer Begriff der Kohärenz*

notar, entre otros extremos, que el discurso de fundamentación se refiere también a situaciones de aplicación (por ej., las aplicaciones hipotéticas desempeñan un papel importante en estos discursos), y que la aplicación de las normas puede ser considerada una justificación, en sentido individual, de cada una de ellas. Por ello, aunque la alusión de Günther al contenido y objeto de cada discurso es correcta, de ello no se puede deducir que existan dos formas esencialmente diferentes de discurso; ambas modalidades de discurso forman un *continuum*, y se necesitan mutuamente. Además, afirma Alexy, la separación entre ambos implica graves riesgos e inconvenientes para la unidad de la racionalidad práctica<sup>44</sup>.

Precisamente esta afirmación de la unidad sustancial de la racionalidad práctica ha sido el argumento central con el que Alexy ha refutado ciertas objeciones de Jürgen Habermas a su tesis del caso especial. Éste ha negado que el discurso jurídico pueda ser considerado como un caso especial del discurso moral, ya que el Derecho no contiene únicamente razones morales sino también razones éticas y pragmáticas<sup>45</sup>. A ello Alexy ha opuesto la consideración de que el razonamiento práctico no es una mezcla o combinación de discursos

*für eine Theorie der juristischen Argumentation, Rechtstheorie* 20 (1989), ps. 163-190. Presentación y traducción de VELASCO ARROYO, J. C., *Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica, Doxa* 17-18 (1995), ps. 271-302 (en rigor, ps. 274-302, pues las ps. 271-273 corresponden a la presentación de Juan Carlos Velasco); *Universalistische Normbegründung und Normanwendung in Recht und Moral, ARSP Beiheft* 45 (1992), ps. 36-76; y, sobre todo, *Critical Remarks on Robert Alexy's 'Special-Case Thesis', Ratio Juris* 6/2 (1993), ps. 143-156. El conjunto de objeciones de Günther a la teoría de la argumentación jurídica han sido respondidas por Alexy en su artículo *Justification and Application of Norms, Ratio Juris* 6/2 (1993), ps. 157-170. *Normenbegründung und Normanwendung*, en AARNIO, A.; PAULSON, S. L.; WEINBERGER, O.; VON WRIGHT, G. H.; WYDUCKEL, D. (Hrsg.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993, ps. 3-17.

<sup>44</sup> ALEXY, *Justification and Application of Norms* cit., ps. 157-170.

<sup>45</sup> Cfr. HABERMAS, *Facticidad y validez...* cit., ps. 274 y ss., en especial ps. 301-309; también HABERMAS, J., *Zum pragmatischen, ethischen und moralischen Gebrauch der praktischen Vernunft*, en *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, ps. 100-118. Traducción de MARDOMINGO, J., *Del uso pragmático, ético y moral de la razón práctica*, en *Aclaraciones a la ética del discurso*, Trotta, Madrid, 2000, ps. 109-126, en especial ps. 121 y ss.

JOSÉ ANTONIO SEOANE

---

sino que expresa la unidad esencial de la racionalidad práctica, núcleo de su tesis del caso especial<sup>46</sup>.

A mi juicio, Alexy ha salido vencedor en el debate con la escuela iusfilosófica de Frankfurt (si se admite esta denominación, al ser Günther discípulo de Habermas). Mayores dificultades encuentra con otra línea de críticas a su inadecuada noción de racionalidad práctica, como la de Ingrid Dwars, que denuncia la rigidez de la racionalidad de Alexy, dependiente del cumplimiento o no de las reglas: una afirmación es racional o no lo es; no caben grados. Amén de ello, esta autora ha subrayado el cartesianismo de dicha racionalidad, y la pretensión “legalista” de garantizar la racionalidad mediante la observancia de las reglas de un código<sup>47</sup>.

Volvamos ahora a la propia obra de Alexy, para refinar el rigor en la crítica y la ecuanimidad en el juicio, retomando la clasificación de los tipos de racionalidad práctica que él mismo propone. Adoptando como punto de referencia sus modelos históricos, distingue cuatro nociones de racionalidad práctica, o tres más una: aristotélica, hobbesiana, kantiana y, como rechazo o crítica de la propia noción de racionalidad práctica, la nietzscheana o escéptica. Alexy defiende una variante teórico-discursiva de la concepción kantiana, esto es, una racionalidad procedimental universalista, a la que incorpora elementos hobbesianos –la maximización individual de utilidades, a partir de la idea weberiana de la racionalidad instrumental– para apuntalar la fundamentación de las reglas del discurso<sup>48</sup>. Ahora bien, ¿es suficiente la combinación de esas dos nociones de la racionalidad práctica para subsanar el problema de la fundamentación de las decisiones judiciales?

Enrico Pattaro ha calificado elocuentemente la noción de raciona-

<sup>46</sup> Cfr. ALEXY, R., “Jürgen Habermas” *Theorie des juristischen Diskurses*, en *Recht, Vernunft, Diskurs...* cit., ps. 165-174, en especial ps. 170 y ss. También *The Special Case Thesis*, *Ratio Juris* 12/4 (1999), ps. 374-384. Traducción de LIFANTE, I., *La tesis del caso especial*, *Isegoría* 21 (1999), ps. 23-35, en particular ps. 27-30. Finalmente, una respuesta adicional a Günther y Habermas y una confirmación de la tesis del caso especial en *La institucionalización de la razón* cit., ps. 247-249.

<sup>47</sup> DWARS, *La rationalité du discours pratique selon Robert Alexy* cit., ps. 302-303.

<sup>48</sup> Cfr. ALEXY, *Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica* cit., ps. 133 y ss.

lidad de la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy como “razón débil-fuerte” (*weak-strong reason*): razón prudencial en sus premisas y científica en sus conclusiones. La así llamada razón prudencial implica la presunción de ciertas premisas del discurso racional de naturaleza claramente ético-normativa. Por su parte, las conclusiones, a pesar de la no necesidad sino plausibilidad de tales premisas, inferidas a través de un método deductivo, son necesarias<sup>49</sup>.

Efectivamente, no hay posibilidad lógica de obtener conclusiones fuertes de premisas débiles. Junto a ello reaparece la insuficiente justificación de las reglas del discurso y, sobre todo, la incapacidad de responder al problema de la (racionalidad y corrección de la) decisión mediante la noción de racionalidad “débil-fuerte” de Alexy. La conjunción kantiano-hobbesiana sugerida por Alexy no resuelve satisfactoriamente la tarea propuesta. A su teoría de la argumentación jurídica le falta algo. A juicio de Manuel Atienza sería “algo así como una teoría de la razonabilidad que suministrara algún criterio para elegir, de entre las diversas soluciones racionales, la más razonable”<sup>50</sup>. Ese algo puede ser una teoría de la prudencia, del ejercicio de otra racionalidad práctica, aristotélica más que kantiana –o hobbesiana–, que alumbre la actuación de los órganos de adjudicación, e incluso, con mayor alcance, la facultad decisoria de los órganos legislativos, jurisdiccionales y administrativos. A través de la teoría de la argumentación jurídica de Alexy se ha conseguido, en cierta medida, garantizar la racionalidad –o mejor la no irracionalidad– del sistema; pero falta explorar la racionalidad del decisor. En otras palabras, el Derecho metódicamente asegurado que propugna Alexy no basta para dar cuenta de una realidad jurídica que sobrepasa su noción de racionalidad y su noción de corrección, y para la que se precisan sendas nociones más amplias y comprehensivas.

Incluso desde la variante teórico-discursiva de la concepción kantiana de la noción de razón práctica sugerida por Alexy, en la que está presente la influencia de Habermas, llama la atención la ausencia

<sup>49</sup> PATTARO, E., *Models of Reason, Types of Principles and Reasoning. Historical Comments and Theoretical Outlines*, *Ratio Juris* 1/2 (1988), ps. 118-119.

<sup>50</sup> ATIENZA, *Las razones del Derecho...* cit., p. 229.

JOSÉ ANTONIO SEOANE

---

del modelo aristotélico. A la luz de la distinción habermasiana entre tres usos de la razón práctica: pragmático, ético y moral<sup>51</sup>, y precisamente refutando la crítica a la tesis del caso especial apuntado por este último, Alexy ha afirmado que el discurso jurídico no está abierto sólo a razones morales, sino también a razones éticas y pragmáticas, lo que le permite mantener su tesis de que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general. Los tres tipos de razones que pueden comparecer en el razonamiento jurídico pueden ponerse en correspondencia con los tres modelos históricos de racionalidad práctica que el propio Alexy ha señalado. La noción de racionalidad práctica hobbesiana encuentra su equivalente en la razón pragmática, la aristotélica en el uso ético de la razón práctica, y la kantiana en la razón moral<sup>52</sup>. De ellas Alexy ha combinado la razón kantiana y la hobbesiana –los usos moral y pragmático–, pero apenas hay rastro en su propuesta de la noción aristotélica, del denominado uso ético de la racionalidad práctica.

*La necesidad de la prudencia.* Si el criterio de corrección es para Alexy la observancia de las reglas, la justificación de las mismas constituye una nota esencial para su racionalidad, antesala de su corrección y validez. Sin embargo, si la justificación de las reglas es insuficiente y se limita casi a su estipulación y cumplimiento, se debilita la noción de racionalidad, que pasa a ser únicamente una racionalidad intrasistémica, válida únicamente como propiedad del procedimiento discursivo, al tiempo que la pretensión de corrección acaba formulándose en la práctica como pretensión de no incorrección.

El distanciamiento de la realidad provoca que no se advierta la necesidad de la prudencia. Dos son al menos las razones que aconsejan su inclusión. Una primera de naturaleza biológico-antropológica: la imperfección del ser humano y del mundo, actor y contexto del Derecho, ampliable a otra circunstancia que aduce el propio Alexy: la imperfección del discurso (real). Y una segunda razón, relacionada con la naturaleza, la estructura y el funcionamiento del Derecho: la necesidad de

<sup>51</sup> Cfr. HABERMAS, *Del uso pragmático, ético y moral de la razón práctica* cit., ps. 109, 116-119.

<sup>52</sup> Cfr. ALEXY, “*Jürgen Habermas*” *Theorie der juristischen Diskurses* cit., ps. 172-173.

individualizar la decisión. La ausencia de la única respuesta correcta y la necesidad de una decisión admitida por Alexy se resuelven deficientemente con la rígida noción kantiana de la racionalidad y se acomodan bien a la naturaleza flexible de la prudencia: si la solución puede ser de otra forma es precisa la (buena) deliberación, que mantiene al individuo en relación con su situación; en suma, la reflexión prudencial. La prudencia, que se desenvuelve en lo contingente<sup>53</sup>, es una virtud situada o contextualizada, que recorre la distancia de lo general o abstracto a lo individual o singular; y una virtud humilde, entre el conocimiento apodíctico y la mera opinión, y que exige no preterir la dimensión experiencial del Derecho en favor de la lógica o metodológica<sup>54</sup>.

Alexy podría alegar que si bien esto es cierto en el discurso real no lo es en el discurso ideal, en esa situación hipotética de deliberación *ad infinitum* en la que se alcanzaría, al término del discurso, una única respuesta correcta. Con todo, es aquél el discurso realmente existente, donde ha de ponderarse la pertinencia de la teoría de la argumentación. Por ello, a la teoría de la argumentación alexyana cabe atribuirle, al menos, uno de los posibles vicios de las teorías jurídicas: su falta de eficacia. Esto es, que carezca de relevancia aplicativa, en la medida en que la teoría no satisface las necesidades de la praxis jurídica<sup>55</sup>. La posibilidad discursiva y la resignada corrección procedimental relativa del discurso real ejemplifican una vez más que la propuesta de Alexy conserva únicamente validez intrasistemática, dentro de las coordenadas de su teoría.

<sup>53</sup> Sobre la prudencia como virtud cfr. Aristóteles, *Ética a Nicómaco* VI, 5. En cuanto a la contingencia como ámbito en el que se desenvuelve la prudencia cfr. VI, 5, 1140b 27 y VI, 6, 1141a 1. Respecto de la deliberación cfr. III, 3, 1112a 32-33 y III, 3, 1112b 3-4, así como *Ética a Eudemo* II, 10, 1126a 21-28; y sobre la buena deliberación *Ética a Nicómaco* VI, 9.

<sup>54</sup> AUBENQUE, P., *La prudence chez Aristote*, Presses Universitaires de France, Paris, 1962. Traducción de GÓMEZ TORRES-PALLETE, M. J., *La prudencia en Aristóteles*, Crítica, Barcelona, 1999, ps. 78-105.

<sup>55</sup> CANARIS, C.-W., *Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien*, en *Juristenzeitung* 48 (1993), ps. 377-391. Traducción de BRÜCKNER, D. y DE CASTRO, J. L., *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*, Civitas, Madrid, 1995, ps. 30-37 y 119-120. En este sentido cfr. también, supra, apartado 3 ab initio.

JOSÉ ANTONIO SEOANE

---

Más aceptable resulta su reducción de la pluralidad de respuestas correctas en el plano real mediante la institucionalización de ciertos procedimientos jurídicos o el recurso a lo autoritativo<sup>56</sup>. Esta opción resulta conforme a la segunda razón que hemos expuesto (la naturaleza del fenómeno jurídico), pero rebate de forma indirecta su primera afirmación referida al discurso ideal –salvo que se admita que el fenómeno jurídico existe sólo en el plano conceptual o teórico y no sea una realidad, lo que desmiente el propio Alexy con su preocupación por el discurso real–. Además, esa imposibilidad empírica o real de rebajar y reconducir la pluralidad de respuestas correctas a una sola mediante el único concurso de la razón discursiva confirma el que hemos denominado elemento o factor antropológico.

*El marco kantiano y el momento aristotélico.* La insatisfacción de la teoría de la argumentación jurídica en la práctica no resulta compatible con su orientación aplicativa. Ello no impide conservar sus valiosas aportaciones e intentar completarlas con un momento prudencial o aristotélico. En el plano del discurso real la situación puede ser planteada de la siguiente forma. En primer lugar existe una precomprensión, prejuicio o intuición de la justicia o corrección, que condiciona la elección de las premisas –fácticas y normativas– y la solución que se quiere adoptar o a la que se quiere llegar; posteriormente se procede a la justificación racional. Existe, pues, a) un momento precomprensivo, prejudicativo o intuitivo –que se plasmará en la decisión–, apoyado o derivado de los hechos, y alimentado por la sensibilidad jurídica, la experiencia, los pre-juicios, la intuición, producto de una reacción intelectual y emocional, pero aún no reflexiva. Tras él aparece b) un momento discursivo, relativo a la fundamentación de la decisión, en el que se procede al examen crítico y racional de la respuesta del momento precomprensivo o intuitivo, y que sirve de criba o frontera racional. Parece que a) es previo a b) y que también, en cierta medida, reaparece después, en la decisión o fallo, si bien acrisolado por la intervención de la racionalidad. El juicio previo ha sido puesto en cuestión, interrogado y contrastado, y sólo después de constatar su corrección estará justificado. El momento discursivo (b) es un momento

<sup>56</sup> ALEXY, *La institucionalización de la razón* cit., ps. 233 y ss.

deontológico o kantiano, de respeto a las reglas de la argumentación, mediante el cual no obtenemos –ni hemos de pretender obtener– una decisión, sino que acotamos el campo decisorio y eliminamos de él cualquier rastro de irracionalidad. Precisa, por ello, ser completado con c) un momento prudencial, aristotélico, y teleológico, en el que la razón práctica no opera de forma general o universal sino contextualizada, a través del cual se desemboca en la solución o decisión correcta; correcta en ese momento y en ese lugar y para ese concreto supuesto.

Los tres momentos indicados son complementarios. La teoría de la argumentación jurídica de Alexy podría satisfacer el momento deontológico o kantiano (b), pero desconoce el momento precomprensivo, prejudicativo o intuitivo (a), al menos en su etapa previa a la reflexión racional, y el momento prudencial (c). El desafío a la racionalidad alexyana surge en el tramo final, ante la decisión, que ya no puede ser controlada mediante su uso discursivo. Y es que la codificación de la razón propuesta por Alexy presenta escasa verosimilitud, pues escapa a la misma naturaleza de la razón práctica atribuirle un carácter cerrado, concluso o cuando menos clausurable. El juzgador y el legislador han de conducir su juicio práctico de modo tal que en lugar de una verdad práctica –no verificable o segura de modo absoluto– hubiese de obtener una verdad o corrección “teórica”, generadora de una certeza universal y absoluta. En este sentido la racionalidad alexyana dificulta la deliberación y la ponderación. Su racionalidad de impronta kantiana –o kantiano-hobbesiana–, más técnico-práctica que práctico-moral<sup>57</sup>,

<sup>57</sup> Como un arte o una técnica concibe Kant la prudencia (*Klugheit*), rechazando una doctrina moral de la prudencia, como contraria al ideal de objetividad científica (Por todos cfr. KANT, I., *Kritik der Urteilskraft* [1790], en *Kant's gesammelte Schriften* [hsg. von der Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften], 5, Berlin, Georg Reimer, 1913, XIII-XV, ps. 172-173). La expulsión de la prudencia fuera de la moralidad, pese al reconocimiento de un particular estatuto pragmático, priva a Kant de toda mediación efectiva entre teoría y praxis, construyendo un saber metodológicamente privado de toda dimensión ontológica o axiológica. Tal teoría podrá tener correlarios “técnicos”; podrá ser una filosofía operativa, pero ya no una filosofía práctica (Cfr. AUBENQUE, P., *La prudence chez Kant*, en *Revue de Métaphysique et de Morale* LXXX [1975], ps. 156-182. Traducción de TORRES GÓMEZ-PALLETE, M. J., *La prudencia en Kant*, en *La prudencia en Aristóteles* cit., ps. 212-240).

JOSÉ ANTONIO SEOANE

---

propone la fundamentación racional de las decisiones jurídicas y de su corrección a través de un discurso más próximo al modelo teórico que al discurso práctico.

*El apogeo del método y el eclipse de la razón práctica.* Recorre la teoría de la argumentación jurídica de Alexy un afán de seguridad y certeza. Ante la impredecibilidad de la decisión, el desafío de la racionalidad de la elección se torna dramático, y a su entender acaba eludiéndose a través del respeto de las reglas que componen el código de la razón práctica. Es cierto que tal respeto logra excluir el error craso, la irracionalidad; pero nada más.

El código de la razón práctica ha encorsetado la racionalidad. De una parte, por cuanto la racionalidad resulta un atributo exclusivo del discurso, y no una facultad propia del sujeto. La preponderancia de la noción kantiana de racionalidad, una racionalidad poco dúctil, hace que el comportamiento de ésta en el razonamiento jurídico sea insatisfactorio. El malestar surge porque la realidad jurídica no admite la coexistencia de una pluralidad de respuestas al término de los procedimientos de creación del Derecho o del proceso judicial. Aquí se reconoce, de nuevo, la limitación de la teoría de la argumentación alexyana para traspasar los límites del discurso y exportar su noción de corrección más allá del procedimiento discursivo. De otra parte, la insuficiencia del elemento empírico lastra su teoría. Privilegiando la dimensión lógica o metodológica en detrimento de la experiencial ha convertido el camino o método adoptado para desarrollar su tesis en el auténtico criterio de verdad o corrección. Sólo así, al ocupar el método el lugar de la verdad o corrección, se puede comprender por qué Alexy concluye, en términos ya reiterados, que el respeto del procedimiento implica la corrección.

Además, el problema no es que existan varias respuestas correctas, sino que la definitivamente adoptada pueda ser correcta, justa. Según Alexy, la posibilidad discursiva nos sitúa ante la alternativa de dos o más respuestas correctas; en realidad existen dos o más respuestas no incorrectas, o correctas intradiscursivamente. Procede a partir de ese momento encaminarse a la elección de la decisión definitiva, que ha de ser correcta y ajustada, tarea ésta en la que la racionalidad discursiva no puede prestar ningún auxilio.

De esta forma, la racionalidad práctica no puede garantizar la seguridad. La racionalidad jurídica es un modelo de racionalidad prudencial, cuya falibilidad intrínseca le impide facilitar la seguridad a la que aspira Alexy. Por otro lado, la seguridad jurídica no es únicamente el resultado del ejercicio racional de la argumentación por parte de los juristas, sino que deriva de otras fuentes, como el carácter institucional del ordenamiento jurídico o la propia estructura de los Poderes Legislativo y Judicial, que delimitan las decisiones jurídicamente aceptables de entre todas las lógicamente posibles (Con el tiempo el propio Alexy ha ofrecido respuestas análogas a los problemas de conocimiento, imposición y organización que la teoría del discurso le plantea al Derecho, o incluso al subrayar la importancia de la dimensión institucional, incluso en su teoría de la argumentación jurídica, concebida como un caso especial del discurso práctico general)<sup>58</sup>.

En suma, las condiciones mínimas de racionalidad, representadas por las reglas y formas de argumentos propuestas por Alexy, conforman el marco de la racionalidad, una suerte de lindes infranqueables en la adopción de la decisión. Su código de la razón práctica puede ser, a lo sumo, el umbral de la razón prudencial, una razón práctica de otra naturaleza, sin la cual resulta imposible responder satisfactoriamente al problema que origina su teoría de la argumentación jurídica: la fundamentación racional de las decisiones jurídicas.

#### **4. Un balance contextualizado: el significado de la teoría de la argumentación jurídica en la Filosofía del Derecho de Robert Alexy**

Hasta ahora me he referido a los aspectos principales de la *Teoría de la argumentación jurídica* considerándola de forma aislada, como una obra autónoma y autosuficiente. He examinado sus caracteres y las críticas más relevantes surgidas desde su aparición, sugiriendo algunas vías de superación o complemento. Ahora abordaré otro plano, analizando la teoría de la argumentación de forma contextualizada, a la luz de las investigaciones posteriores de Robert Alexy, lo que nos

<sup>58</sup> Cfr., por todos, ALEXY, *La institucionalización de la razón* cit., ps. 233 ss.

JOSÉ ANTONIO SEOANE

---

brindará un panorama distinto y más completo de la misma, y hará posible un juicio más ecuánime, e interesante, sobre el alcance de su aportación. Cederé inicialmente la palabra al propio Alexy para conocer sus reflexiones sobre las aportaciones y deficiencias de su teoría; en segundo lugar, expondré mi propia posición, contrastándola con la de Alexy y con el acervo crítico ya expuesto.

El núcleo de la filosofía jurídica de Robert Alexy está ocupado por el problema de la conexión entre Derecho y razón<sup>59</sup>. A su entender, dicha cuestión nuclear conduce a tres problemas: 1) qué es Derecho, 2) qué es razón y 3) en qué consiste la relación entre Derecho y razón, a su vez descompuestos en otras numerosas cuestiones.

La obra científica de Alexy comenzó explorando la segunda cuestión, qué es razón, y en la medida en que el Derecho se ocupa de la racionalidad o corrección normativa, qué es la razón práctica. Éste es, *in nuce*, el objetivo de la *Teoría de la argumentación jurídica*<sup>60</sup>, que responde afirmativamente a la posibilidad de discursos prácticos racionales, concebidos como un sistema racional de reglas y formas de argumentos.

Recapitulando a comienzos del presente siglo su itinerario científico<sup>61</sup>, Alexy afirma que hay sobre todo tres puntos que sigue considerando importantes desde la aparición de su *Teoría de la argumentación jurídica*:

1. *La pretensión de corrección*, esto es, que con las decisiones jurídicas y sus fundamentaciones se formula una pretensión de corrección. Con el transcurso del tiempo dicha afirmación ha ampliado su área de actuación e influencia, hasta llegar a la tesis general de que el Derecho formula necesariamente una pretensión de corrección.
2. *La tesis del caso especial*, según la cual el discurso jurídico,

<sup>59</sup> Cfr. ATIENZA, M., *Entrevista a Robert Alexy*, *Doxa* 24 (2001), ps. 671-687, p. 684.

<sup>60</sup> “El objeto de esta investigación es la cuestión de qué haya que entender por argumentación jurídica racional, así como la de si, y con qué alcance, es ella posible. El subtítulo, *La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, aclara de qué manera se contesta a la pregunta” (ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica* cit., p. 19).

<sup>61</sup> Cfr. ATIENZA, *Entrevista a Robert Alexy* cit., ps. 671-672.

por su vinculación característica a la ley, el precedente y la dogmática, es un caso especial del discurso práctico general. Esto lleva a la doble naturaleza del Derecho: el carácter institucional y autoritativo del Derecho, de una parte, y la apertura a la argumentación práctica general, de otra, lo que añade una dimensión ideal y crítica. La conexión entre ambos aspectos conduce a la conexión entre Derecho y moral.

3. *La posibilidad de una argumentación práctica racional.* Éste es, quizás, el más importante. La teoría del discurso intenta mostrar que la argumentación práctica racional es posible, y que la construcción de un sistema de reglas y formas de los argumentos explica de qué manera puede ser práctica la razón. Se constituye así una alternativa a los extremos del puro objetivismo y del subjetivismo puro.

Junto a las aportaciones, Alexy advierte también ciertas debilidades y lagunas de la Teoría, que el paso de tiempo muestra con mayor claridad. Dos son las que refiere:

1. *El concepto no positivista de Derecho.* La primera se refiere a ciertas cuestiones del libro, sobre todo las más generales o completas: la Teoría de la argumentación jurídica presuponía todo un concepto no positivista de Derecho que no estaba desarrollado.
2. *La estructura de los argumentos (la ponderación).* La segunda se refiere a los detalles de la estructura de los argumentos. El análisis lógico de la subsunción tenía un desarrollo relativamente amplio, pero se necesitaban desarrollos de la teoría de la argumentación no monotónica, la cual, no obstante, no cambia el núcleo de la estructura básica de la subsunción. Por el contrario, la ponderación se trataba de modo superficial.

\*\*\*

Como se ha podido comprobar, Alexy considera que su teoría de la argumentación jurídica sigue teniendo vigor, y que más que defectos tenía lagunas, cuestiones sólo presentes de modo implícito y que exigían un desarrollo posterior. Así lo afirmaba en el “Prefacio”: “Un posterior desarrollo de esta teoría no es sólo posible, sino también deseable. Si esta

JOSÉ ANTONIO SEOANE

---

investigación logra su objetivo, habrá establecido también las bases para ello”<sup>62</sup>. Él mismo se ha ocupado de colmar tales vacíos desde entonces, añadiendo los elementos ausentes o profundizando en los ya tratados, mejorándolos y acomodándolos a la fisonomía de su teoría jurídica. Así, las deficiencias o debilidades y las aportaciones de su teoría pueden apreciarse mejor con el paso del tiempo, contextualizando su pensamiento, y no ciñéndose a un análisis histórico o arqueológico de su obra.

Alexy ha estudiado en profundidad la ponderación. Al margen de los aspectos relacionados con el principio de proporcionalidad y, en general, con la consideración de la ponderación como la forma de aplicación propia de los principios, uno de los ejes de su teoría normativa, presente en su producción desde los comienzos<sup>63</sup>, en los últimos años ha intentado otorgar a la ponderación una estructura formalizada semejante a la de la subsunción, remediando así su ausencia en los primeros tiempos. El ejemplo más claro, aunque no el único, de tal intento es “La fórmula de peso”<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> “El objeto de esta investigación es la cuestión de qué haya que entender por argumentación jurídica racional, así como la de si, y con qué alcance, es ella posible. El subtítulo, *La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, aclara de qué manera se contesta a la pregunta (ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica* cit., p. 19).

<sup>63</sup> Cfr. ALEXY, R., *Zum Begriff des Rechtsprinzips*, *Rechtstheorie* Beiheft 1 (1979), ps. 59-87; *Die logische Analyse juristischer Entscheidungen*, *ARSP* Beiheft neue Folge 14 (1980), ps. 181-212; *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien*, *ARSP* Beiheft 25 (1985), ps. 13-29. La versión más acabada de la teoría de los principios aparece en su *Teoría de los derechos fundamentales* cit., en especial el capítulo tercero, donde se ocupa de la estructura de las normas de derecho fundamental: ps. 81-172. Últimamente, en respuesta a alguna de las críticas a su noción de principio, *Zur Struktur der Rechtsprinzipien*, en SCHILCHER, B.; KOLLER, P. y FUNK, B.-C. (Hg.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im Systems des Rechts*, Wien, Verlag Österreich, 2000, ps. 31-52. Traducción de BERNAL PULIDO, C., *Sobre la estructura de los principios jurídicos*, en ALEXY, R., *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, ps. 93-137.

<sup>64</sup> Cfr. ALEXY, R., *Die Gewichtsformel*, en JICKELI, J.; KREUTZ, P.; REUTER, D. (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Walter de Gruyter, Berlin, 2003, ps. 771-792. Una comparación estructural de la subsunción y la ponderación en *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, *Ratio Juris* 16/4 (2003), p. 433-449. Cfr. también *Kollision und Abwägung als Grundprobleme der Grundrechtsdogmatik*, en LA TORRE, M. y SPADARO, A. (ed.), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, Giappichelli, 2002, ps. 9-26; *Ragionevolezza im Verfassungsrecht*. Acht

En lo que concierne a la solución de la primera debilidad apuntada, la ausencia de una exposición detallada del concepto no positivista de Derecho latente en la Teoría de la argumentación jurídica, puede afirmarse que ha sido tarea permanente en los años posteriores. Aquí la obra de referencia es *El concepto y la validez de derecho*<sup>65</sup>, si bien ha sido precedido y continuado por otras publicaciones, que preludian o amplían el tratamiento de las distintas dimensiones que integran dicho concepto no positivista. Precisamente en esta sede se pone de manifiesto cómo Alexy no se ha limitado a eliminar las consideradas debilidades sino también a fortalecer las aportaciones y propiciar posteriores desarrollos de su teoría. Aquí se hallan algunas de sus principales contribuciones al debate iusfilosófico contemporáneo, siendo tal vez la más destacada la tesis de la pretensión de corrección, núcleo de su concepto no positivista de Derecho y de la tesis de la conexión entre Derecho y moral, pormenorizadamente expuesta con delicadas distinciones analíticas<sup>66</sup>, sin descuidar su proyección práctica, en particular a través de la fórmula de

*Diskussionsbemerkungen*, en LA TORRE y SPADARO (eds.), *La ragionevolezza nel diritto*, cit., ps. 143-150; *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de BERNAL PULIDO, C., *Revista Española de Derecho Constitucional* 66 (2002), ps. 13-64, sobre todo ps. 23 ss.

<sup>65</sup> Cfr. ALEXY, R., *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg/München, Alber, 1992. Traducción de SEÑA, J. M., *El concepto y la validez del derecho*, en *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos* cit., ps. 11-130. Cfr. también, con carácter previo, *Zur Verteidigung eines nichtpositivischen Rechtsbegriffs*, en KRAWIETZ, W. und VON WRIGHT, G. H. (Hrsg.), *Öffentliche oder private Moral? Vom Geltungsgrunde und der Legitimität des Rechts. Festschrift für Ernesto Garzón Valdés*, Berlin, Duncker & Humblot, 1992, ps. 85-108, y, con posterioridad, *A Definition of Law*, en KRAWIETZ, W.; MACCORMICK, N.; VON WRIGHT, J. H. (ed.), *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems. Festschrift for Robert S. Summers*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, ps. 101-107.

<sup>66</sup> El mayor impulso lo ha recibido en el intercambio crítico con Eugenio Bulygin. Cfr. ALEXY, R., *Bulygins Kritik des Richtigkeitsarguments*, en GARZÓN VALDÉS, E.; KRAWIETZ, W.; V. WRIGHT, G. H.; ZIMMERLING, R. (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, ps. 235-250. Traducción de GAIDO, P., *La crítica de Bulygin al argumento de la corrección*, en ALEXY, R. y BULYGIN, E., *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, ps. 53-84 (Se trata de la respuesta a E. Bulygin, *Alexy und das Richtigkeitsargument*, en AARNIO, A.; PAULSON, S. L.; WEINBERGER, O.; VON WRIGHT, J. H. y WYDUCKEL,

JOSÉ ANTONIO SEOANE

---

Radbruch<sup>67</sup>. Junto a ella subrayaría la que Alexy denomina doble naturaleza del Derecho, discursiva o ideal y real o institucional, articulada en la *Teoría de la argumentación jurídica* a través de la tesis del caso especial, y que remite a la dimensión institucional del Derecho. Esta dimensión o carácter institucional ha servido de nexo para sus tres

D. [Hrsg.], *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz* cit., ps. 19-24. Traducción de GAIDO, P., *Alexy y el argumento de la corrección*, en ALEXY y BULYGIN, *La pretensión de corrección del derecho* cit., ps. 41-51). ALEXY, R., *On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique*, *Ratio Juris* 13/2 (2000), ps. 138-147. Traducción de GAIDO, P., *Sobre la tesis de una conexión necesaria entre derecho y moral: la crítica de Bulygin*, en ALEXY y BULYGIN, *La pretensión de corrección del derecho* cit., ps. 95-115 (Se trata de la respuesta a BULYGIN, Eugenio, *Alexy's Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality*, *Ratio Juris* 13/2 (2000), ps. 133-137. Traducción de GAIDO, P., *La tesis de Alexy sobre la conexión necesaria entre el Derecho y la moral*, en ALEXY y BULYGIN, *La pretensión de corrección del derecho* cit., ps. 85-93). Merecen también ser mencionadas otras obras en las que Alexy ha intentado perfilar su doctrina sobre la pretensión de corrección y su significado para el concepto de Derecho. De todas ellas destacaría ALEXY, R., *Giustizia come correttezza*, traducción de CELANO, B., *Ragion pratica* 9 (1997), ps. 103-113, y *Recht und Richtigkeit*, en KRAWIETZ, W.; SUMMERS, R. S.; WEINBERGER, O. y VON WRIGHT, G. H. (ed.), *The Reasonable as Rational? On Legal Argumentation and Justification. Festschrift for Aulis Aarnio*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, ps. 3-19.

<sup>67</sup> Cfr. ALEXY, R., *Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*, Hamburg, Vandenhoeck und Ruprecht, 1993. Traducción por SODERO, E. R., *Mauerschützen. Acerca de la relación entre Derecho, moral y punibilidad*, en VIGO, R. L., *La injusticia extrema no es Derecho (De Radbruch a Alexy)*, Buenos Aires, La Ley, 2004, ps. 167-195; *Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze vom 24. Oktober 1996*, Hamburg, Vandenhoeck und Ruprecht, 1997. Traducción de OLIVER-LALANA, D., *Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín*, *Doxa* 23 (2000), ps. 197-230. Luego, como *La decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín*, en VIGO, *La injusticia extrema no es Derecho (De Radbruch a Alexy)* cit., ps. 197-225. La dimensión aplicativa de la fórmula de Radbruch englobada en el concepto de Derecho de Alexy ha sido enfatizada por éste en *Eine Verteidigung der Radbruchschen Formel*. Traducción de SEOANE, J. A., *Una defensa de la fórmula de Radbruch*, *AFUDC* 5 (2001), ps. 75-95. Luego en VIGO, R. L., *La injusticia extrema no es Derecho (De Radbruch a Alexy)* cit., ps. 227-251. Cfr. más recientemente *Recht und Moral*, en HÄRLE, W. und PREUL, R. (Hg.), *Ethik und Recht*, Marburg, N. G. Elwert, 2002, ps. 83-92, sobre todo ps. 89 y ss.

grandes preocupaciones teóricas y para bautizar su corpus iusfilosófico como *La institucionalización de la razón*<sup>68</sup>.

La profundización en las tesis de la teoría de la argumentación jurídica ha servido, simultáneamente, para ocuparse de las otras dos preguntas centrales. Como hemos podido comprobar, la primera cuestión, qué es el Derecho, ha sido detalladamente respondida a través de su tridimensional concepto no positivista de Derecho. Algo similar sucede con la tercera, la relación entre Derecho y razón, que también ha encontrado respuesta en diversas publicaciones<sup>69</sup>. A mi juicio, el análisis conjunto de todas estas respuestas permite comprobar cómo han encajado las críticas y el paso del tiempo las tesis centrales de la *Teoría de la argumentación jurídica*: algunas críticas decaen, en la medida en que su concepto de Derecho las ha rectificado y ya no es merecedor de las mismas, mientras que en otros casos es posible rebatir el optimista juicio de Alexy en torno al acierto y grado de desarrollo de algunas de dichas tesis.

Una síntesis crítica apuntaría que la teoría de la argumentación jurídica presenta:

1. Demasiado carácter ideal y distanciamiento de la praxis jurídica, sobre todo por la deficiente respuesta a la posibilidad discursiva en los discursos reales y la indefensión del jurista ante la decisión.
2. Demasiado carácter procedimental, tanto del modelo de fundamentación como de la noción de corrección.
3. Demasiado carácter general y escasa atención a la situación particular, esto es, hay que admitir la necesidad de reglas y, al mismo tiempo, reconocer su insuficiencia.

<sup>68</sup> Cfr. ALEXY, *La institucionalización de la razón* cit., pássim (repárese en que el título original alemán y el empleado en su versión inglesa antepone a este lema el enunciado de la cuestión a la que sirven de respuesta: *Mi Filosofía del Derecho*. Cfr. al respecto p. 217 de la versión española).

<sup>69</sup> Como preocupaciones postreras destacaría ALEXY, *The Nature of Arguments about the Nature of Law*, en MEYER, L. H.; PAULSON, S. L. and POGGE, T. W. (ed.), *Rights, Culture, and the Law. Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*, Oxford University Press, Oxford, 2003, ps. 3-16, y *The Nature of Legal Philosophy*, *Ratio Juris* 17/2 (2004), ps. 156-167, en las cuales contempla los temas clásicos (pretensión de corrección, relación entre Derecho y moral, concepto de Derecho) desde perspectivas diferentes.

JOSÉ ANTONIO SEOANE

---

4. Mucha racionalidad (científica) y poca razonabilidad o razón práctica; en otras palabras, el olvido de la prudencia y de la imposibilidad de alcanzar la seguridad plena en cuestiones prácticas.

Junto a esto, considero que la *materialización* del (concepto de) Derecho de Robert Alexy es el rasgo que más contribuye a atenuar las críticas en la actualidad: desde la rotunda afirmación del carácter procedimental de su *Teoría de la argumentación jurídica* se ha pasado a una omnipresencia de los derechos fundamentales, y de la Constitución, e incluso a la naturaleza material o sustantiva de la tesis central de su concepto de Derecho, la pretensión de corrección<sup>70</sup>. Creo que esta tesis de la materialización resulta reforzada si atendemos al desarrollo de algo ya presente en su obra temprana y que constituye su principal argumento frente a las objeciones de Habermas y Günther: la unidad del discurso práctico<sup>71</sup>. El Derecho, y una teoría del Derecho adecuada, sólo son concebibles de forma acabada en el seno de la estructura jurídico-política de las sociedades contemporáneas (occi-

<sup>70</sup> Sobre la omnipresencia de la Constitución y los derechos fundamentales cfr., recientemente, ALEXY, R., *Grundgesetz und Diskurstheorie*, en BRUGGER, W. (Hrsg.), *Legitimation des Grundgesetzes aus der Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie*, Baden-Baden, Nomos, 1996, ps. 343-360; *Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat*, en AARNIO, A.; ALEXY, R. y BERHOLTZ, G. (eds.), *Justice, Morality and Society. Festschrift for Aleksander Peczenik*, Lund, 1997, ps. 27-42. Traducción de GARCÍA FIGUEROA, A., *Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático*, en CARBONELL, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, ps. 31-47; *Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat*, en GOSEPATH, S. und LOHMANN, Georg (Hsg.), *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1998, ps. 244-264. Traducción de AÑAÑOS MEZA, M. C., *La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático*, en *Derechos y Libertades* 8 (2000), ps. 21-41; *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales* cit., pássim; *Verfassungsrecht und einfaches Recht-Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, *VVDStRL* 61 (2002), ps. 7-33. Traducción de BERNAL PULIDO, C., *Derecho Constitucional y Derecho ordinario-Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria*, en *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios* cit., ps. 41-92; *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality* cit., pássim. Sobre la doble naturaleza, formal y material, de la pretensión de corrección, cfr. ALEXY, R., *Law, Discourse, and Time*, *ARSP Beiheft* 64 (1995), ps. 101-110.

<sup>71</sup> Cfr. supra apartado 3.2 ab initio.

dentales), esto es, del Estado constitucional de Derecho, un Estado social y democrático de Derecho vertebrado en torno a la Constitución y, dentro de ella, a los derechos fundamentales<sup>72</sup> (ya algunas reglas del discurso tienen un carácter netamente material o de contenido, por ejemplo, la libertad y la igualdad de los participantes en el discurso. Naturalmente, ello no significa que Alexy haya ofrecido una fundamentación adecuada para dichas reglas, ni que la proporción de los elementos formales y materiales para el concepto de Derecho que él sugiere, variable a lo largo de su obra, sea acertada).

En cualquier caso, sí puede afirmarse que hoy, más de veinticinco años después de su teoría de la argumentación jurídica, varios defectos han sido corregidos y, además, siguen siendo valiosas algunas de sus aportaciones. Uno de sus méritos ha sido la elección del tema, y exponer, formalizar y dar razón de algo que tal vez muchos pensaban y en lo que estaban de acuerdo. Al sugerir una vía de superación del formalismo Alexy ha diseñado caminos o brindado herramientas teóricas para que otras obras, propias y ajenas, puedan proseguir dicha tarea. En todo caso, más allá del mérito de contribuir a situar en primer plano la presencia de valoraciones en los procedimientos de interpretación y aplicación del Derecho, y la necesidad de su justificación racional, ha de subrayarse su análisis de la función de la dogmática y el precedente en la argumentación jurídica. Asimismo, conservan indiscutible vigencia algunas de las reglas del discurso: las mencionadas reglas de razón, o las reglas de transición, de notable utilidad y eficacia en la argumentación de los órganos judiciales. Finalmente, las incipientes presencias de la pretensión de corrección, con un excesivo e inadecuado carácter formal o procedimental, y la dimensión institucional, en forma de la tesis del caso especial, configuran un precioso legado teórico-jurídico que aún ha de rendir sus frutos en el proceso de transformación de los sistemas jurídicos bajo el signo de la constitucionalización, y la globalización.

<sup>72</sup> Esta tesis está presente de forma destacada en su lección inaugural en la Facultad de Derecho de la Universidad Christian-Albrechts de Kiel. Cfr. ALEXY, R., *Rechtssystem und praktische Vernunft, Rechtslehre*, 18 (1987), ps. 405-419. Traducción de SEÑA, J. M., *Sistema jurídico y razón práctica*, en *El concepto y la validez del Derecho y otros ensayos cit.*, ps. 159-177. Con mayor nitidez se aprecia en *La institucionalización de la razón cit.*, *pássim*.



## DERECHO E INTERÉS. SOBRE LA (NO) NECESIDAD DE LOS DERECHOS COLECTIVOS\*

por RAÚL MADRID RAMÍREZ\*\*

La pregunta por los derechos colectivos es inseparable del problema de la existencia de los sujetos colectivos, entidades transindividuales que actuarían como titulares de dichas exigencias. Es necesario señalar que ésta es una pregunta estrictamente jurídica; no sociológica, ni cultural, ni empírica; se interesa por la existencia de “subjetividades colectivas” que tengan atribuciones jurídicas asignadas en cuanto tal. En este sentido, y para diferenciarlos de los sujetos colectivos de hecho, nos referiremos a ellos en adelante como “sujetos jurídicos colectivos”.

Este punto de partida es, para algunos autores, sospechoso de ontologismo. Lo sugiere Javier de Lucas cuando afirma que “se advierten los riesgos de incurrir en un planteamiento que es inadecuado por cuanto olvida que lo que nos hace plantearnos la cuestión de los derechos colectivos son razones de carácter político, más que metafísico”<sup>1</sup>.

\* El presente trabajo forma parte del Proyecto FONDECYT (Chile) Nº 1030613, titulado *Fundamentos deconstructivos del modelo de los derechos humanos de tercera generación*, en el cual el autor se desempeña como investigador principal.

\*\* Facultad de Derecho. Facultad de Filosofía, Pontificia Universidad Católica de Chile.

<sup>1</sup> DE LUCAS, Javier, *Sobre algunas dificultades de la noción de derechos colectivos*, en *Una discusión sobre derechos colectivos*, Francisco Javier Ansuátegui (ed.), Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, p. 159.

RAÚL MADRID RAMÍREZ

---

En relación con esta objeción, voy a sostener aquí que el desplazamiento de la pregunta desde los derechos colectivos hasta sus titulares no sólo no entraba el regreso al problema de la existencia de esos derechos, sino que, muy al contrario, resulta la única forma de abordarlo de manera exitosa. Suscribo, en este sentido, la opinión de García Amado cuando señala que el tema ontológico es inevitablemente un presupuesto de la pregunta por los derechos colectivos, y la clave que se ha de aclarar para que la discusión no sea más que un diálogo de sordos<sup>2</sup>. Mi intención es proponer, desde la pregunta por la existencia de sujetos jurídicos colectivos una “tercera vía” –entre individualismo y colectivismo–, por la cual puedan aceptarse los derechos colectivos con un estatuto que permita sortear las objeciones formuladas a ambas corrientes.

Si la cuestión de los sujetos colectivos apunta a las agrupaciones que podríamos llamar “de hecho”, por tener lugar en el mundo de los fenómenos, mediante manifestaciones sensibles que nos permiten deducir un cierto corporativismo de sus actores; si la mirada se dirige hacia colectivos que pueden ser identificados a través de medidores sociales que manifiesten la voluntad común, o por cualquier otro parámetro o criterio que responda a instrumentos de verificación, entonces la respuesta sobre su existencia es indudable y no requiere de argumentación ulterior; aún más, ya desde la Edad Media se concibe la sociedad civil como una organización estructurada en base a agrupaciones intermedias de gran movilidad, que permiten la evolución de las formas sociales<sup>3</sup>. Este análisis de lo social como un espacio de constante dinamismo en el flujo de relaciones interpersonales no sólo es coherente con los derechos humanos y con el principio de autonomía de la voluntad, sino que resulta especialmente significativo en nuestros días, merced a la complejidad que alcanzan las sociedades contemporáneas por causa de la internacionalización y la abstracción de los procesos de intercambio económico y cultural, propios de la creciente fluidez de la información<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Sobre derechos colectivos. Dilemas, enigmas, quimeras*, en *Una discusión...* cit., p. 178.

<sup>3</sup> Me refiero a la teoría de los cuerpos o consorcios intermedios, expresión que designa toda asociación humana entre el individuo y el Estado.

<sup>4</sup> Cfr. los trabajos de Macluhan, Baudrillard y otros teóricos contemporáneos de la sociedad de la información y el problema de la aldea global.

La cuestión que aquí nos ocupa es si una entidad colectiva puede llegar a poseer la capacidad de obrar jurídicamente por sí sola, como si se tratara de un ser substancial, o, por el contrario, no la tiene, y debe serle concedida desde el ordenamiento, o bien por alguna otra causa. ¿Pueden considerarse estas agrupaciones como sujetos jurídicos colectivos; es decir, se trata simplemente de una “modalidad más” entre las distintas formas de subjetividad jurídica posible?

Un sujeto jurídico colectivo es aquel en que se atribuye facultad de ejercer derechos y contraer obligaciones no sólo a los individuos que lo componen, sino también al cuerpo intermedio mismo, considerado como una entidad distinta, autónoma y jurídicamente relevante, aunque se reconozca que depende en definitiva de la existencia de sujetos individuales<sup>5</sup>.

En la doctrina contemporánea, una parte de los autores considera que los sujetos jurídicos colectivos son evidentes, pues se encuentran acreditados en los sistemas positivos. Dice López Calera que “en principio los titulares de los derechos colectivos son grupos sociales, colectividades, sociedades, comunidades, personas morales, personas jurídicas, etcétera, esto es, asociaciones de individuos y, en definitiva, de intereses individuales, ya que hablamos de derechos”<sup>6</sup>. Es frecuente citar como un ejemplo relevante el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que establece en su artículo 27 que “en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

Parece, según esto, que toda asociación humana en general, del tipo o clase que sea, constituye por sí misma un sujeto jurídico colectivo, en virtud de los intereses que tengan en común sus integrantes, y que puedan convertir en demandas. Se suele reconocer que estas

<sup>5</sup> Cfr. ESCUDERO ALDAY, Rafael, *Los derechos colectivos, frente al disparate y la barbarie*, en *Una discusión...* cit., p. 169: “el primer dato característico frente a la titularidad de los derechos colectivos consiste en entender que se trata de derechos cuyo titular sólo puede ser un sujeto colectivo. O, lo que es lo mismo, que su titular nunca puede ser un sujeto individual”.

<sup>6</sup> LÓPEZ CALERA, *Sobre los derechos colectivos*, en *Una discusión...* cit., ps. 34-5.

RAÚL MADRID RAMÍREZ

---

agrupaciones tienen o pueden tener una personalidad diferenciada de los individuos que las componen; una personalidad que produce efectos desde el punto de vista de la sociedad o de las decisiones políticas, y que distingue en los hechos al colectivo de sus integrantes, el cual formula exigencias económicas, sociales, políticas o jurídicas de cualquier índole. Cito nuevamente a López Calera, uno de los más señalados defensores de la cuestión: “jurídicamente los sujetos colectivos son también una experiencia indiscutible [...] no son simples elementos de la experiencia social y política o meros fenómenos sociopolíticos, sino también entidades que se tienen y autoafirman como sujetos morales, esto es, como sujetos que tienen personalidad, capacidad y responsabilidad para ejercer derechos y deberes”<sup>7</sup>.

Serían, en consecuencia, sujetos jurídicos colectivos todos los que se encuentran en condiciones de realizar demandas de un modo colectivo, en base a un cierto interés común y por el hecho de poder ser individualizados socialmente como minorías de cualquier índole. Lo serían por igual tanto un grupo de seguidores de un cantante de moda, una determinada orientación sexual, e incluso por supuesto las personas jurídicas propiamente tales, como un Estado Nacional o una sociedad anónima para la venta de maquinarias agrícolas. La diferencia radicaría simplemente en que a algunos de estos grupos se les han reconocido ya sus atributos, y a otros, por los motivos que sea, el derecho ha sido reacio a concederles el estado que les corresponde; cuestión –se argumenta– que debiera ser corregida. En otros términos: las agrupaciones de naturaleza social, cultural o política tendrían, por su propio carácter de entidades sociológicamente existentes o reconocidas, la posibilidad de ejercer derechos que afectarían a todos los que comparten una misma condición, incluso en el caso de que los mismos afectados no lo supieran o no se hicieran parte de una eventual acción en tal sentido.

Esta posición, sin embargo, no es compartida por toda la doctrina. Existe una tesis, que podríamos denominar “mixta”<sup>8</sup>, en la cual se

<sup>7</sup> LÓPEZ CALERA, ob. cit., p. 36.

<sup>8</sup> En cuanto intermedia entre los que, por una parte, afirman que todo sujeto colectivo puede ser jurídico sólo porque desea ejercer derechos, y la que niega la posibilidad que algún colectivo, de la especie que sea, pueda alguna vez llegar a ser titular de tales derechos.

DERECHO E INTERÉS. SOBRE LA (NO) NECESIDAD DE LOS DERECHOS COLECTIVOS

considera como sujetos jurídicos colectivos sólo a las personas jurídicas, con exclusión de las agrupaciones de naturaleza puramente sociológica, es decir, sin algún tipo de reconocimiento formalmente jurídico. Gregorio Peces-Barba, por ejemplo, sostiene que “los sujetos colectivos deben poseer la capacidad jurídica y la capacidad de obrar. No se puede entender la existencia de sujetos colectivos destinatarios de derechos sin personalidad jurídica”<sup>9</sup>. Argumenta que una cosa es que los sujetos colectivos tengan o puedan defender intereses denominados “difusos”, y otra muy distinta es que ellos mismos *sean* difusos: carezcan de organización, de representación estable y, en general, de los elementos necesarios para que la manifestación de voluntad posea fijeza e interprete de manera sólida el interés de todos los supuestos integrantes del colectivo. La justificación de este razonamiento es, en último término, la seguridad jurídica, es decir, el valor que se atribuye en el ordenamiento a la certeza de las reglas, el conocimiento previo de los procesos de toma de decisiones, y la confianza en que dichas decisiones terminarán por cumplirse de acuerdo a lo previsto por los operadores jurídicos. Esto es diferente –apunta– “de los colectivos que aparecen en las sociedades, como grupos espontáneos, que reivindican objetivos, que podrían situarse en el ámbito de la moralidad de los derechos, pero que no son derechos reconocidos”<sup>10</sup>. Para Peces-Barba estos colectivos espontáneos deben reconducirse o a la personalidad jurídica o a los derechos individuales, como ocurriría en los derechos de las minorías reconocidos en la comunidad internacional.

Me parece razonable la opinión de que un sujeto colectivo espontáneo o de hecho no necesariamente constituye una asociación jurídicamente reconocida por la sola causa de formular exigencias dentro de una determinada comunidad, aunque de suyo pudiera tener los elementos necesarios para considerarle un sujeto jurídico colectivo en sentido estricto, es decir, que se pudieran atribuir derechos a la agrupación, y no sólo a los individuos que la conforman. Tal pretensión entraría en conflicto con el principio fundamental de la seguridad jurídica antes mencionado, en la medida en que ninguna de sus estructuras

<sup>9</sup> PECES-BARBA, Gregorio, *Los derechos colectivos*, en *Una discusión...* cit., p. 73.

<sup>10</sup> Ídem, p. 74.

RAÚL MADRID RAMÍREZ

---

ni procedimientos podría satisfacer certeza alguna por causa de su necesaria indefinición constitutiva, sus ámbitos de actuación carentes de fijeza y la dificultad para mantener una representación estable. Todo titular de derechos debe encontrarse incorporado al sistema jurídico, mediante un conjunto de actos y procedimientos que le reconozcan y le otorguen operatividad en la vida del Derecho. Si fuera verdad, como dice Gierke, que el derecho reconoce como persona a todo ser autónomo portador de voluntad, y que la voluntad de varias personas coligadas se funden en una voluntad orgánica nueva, sería preciso admitir que todas las colectividades son personas jurídicas. Entonces, su número quedaría indeterminado; en cuanto dos o más personas se reunieran, nacería una persona colectiva invisible que tendría derecho a ser una persona reconocida en el ámbito jurídico<sup>11</sup>. De este modo, no cualquier colectivo parece ser *per se* jurídico; requiere de una formalización que emana en definitiva de un acto de autoridad, de una vía de ingreso preestablecida y definida al mundo del derecho, que respete las exigencias básicas de certeza y estabilidad que éste necesita. Así, si se trata de una persona natural, deberá ser inscrita en el registro civil o disponer otros medios para acreditar su existencia como sujeto de derechos; y si se trata de una persona jurídica, será preciso satisfacer un conjunto de exigencias normativas para constituirse como tal y ejercer sus atribuciones, requerimientos que dicen relación básicamente con su estructura y sus representantes.

Situado pues el problema de los sujetos jurídicos colectivos en el ámbito de las personas jurídicas, y sólo dentro de ellas, resulta conveniente decir algo sobre su naturaleza. Es sabido que existe multitud de teorías para explicar el paso de la personalidad jurídica individual a la colectiva. La más famosa de ellas, la teoría de la ficción, tiene un punto de partida en extremo convincente: la capacidad jurídica responde exclusivamente a una voluntad, y por ello sólo el ser humano individual y singular puede ser, en estricto sentido, sujeto de derechos; el derecho sólo existe a causa de la libertad. Como afirma Puchta, la personalidad es la posibilidad de querer jurídicamente, pensada como

<sup>11</sup> FERRARA, Francisco, *Teoría de las personas jurídicas*, Reus, Madrid, 1929, p. 203.

cualidad del sujeto<sup>12</sup>. Ahora bien –se argumenta– el derecho positivo puede modificar este principio, o bien negando la capacidad a algunos hombres (como los esclavos y los dementes), o bien extendiéndola a entes que no son hombres (como los colectivos). La capacidad jurídica puede ser extendida a sujetos artificiales creados por simple ficción desde la nada; es decir, por un acto dispositivo de autoridad y sólo por él. Ésta es la persona jurídica, persona que es admitida sólo para un objeto de derecho, y su capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones sólo existe en el ordenamiento, es un concepto, una creación del sistema y de los operadores jurídicos, para asumir normativamente una situación fáctica que resulta esencialmente extraña al mundo natural de las personas individuales.

Desde el punto de vista crítico, muchas voces se han levantado contra esta teoría, aunque tiene la virtud de resurgir constantemente, reciclada a las nuevas circunstancias histórico-doctrinales. Cito dos opiniones que me parecen especialmente atendibles: (1) en esta concepción, comenta Ferrara, hay una contradicción entre la capacidad para ejercer derechos de la persona jurídica –que se le otorga desde el sistema de derecho–, y su capacidad para adquirirlos (que no posee en realidad, puesto que se ha partido del supuesto que ello sólo es factible para un sujeto con voluntad). Esta aporía es resuelta mediante la tesis de la representación. El colectivo queda en idéntica situación pues que los impúberes y los dementes<sup>13</sup>. Junto a ello, (2) si el querer es condición de la personalidad, ¿cómo el derecho podría *crear* una personalidad, si faltan requisitos, y el derecho no tiene la virtud de ignorar presupuestos lógicos (Böhlau)? Imaginar simples figuras hipotéticas no puede corresponder, en consecuencia, a una personalidad en sentido estricto. Séame permitido agregar otra objeción: si las personas individuales se encuentran inclinadas a poner en común ciertos bienes, y trabajar cooperativamente en pos de ciertos resultados con trascendencia efectivamente jurídica, ¿por qué motivo es necesario inventar o fingir desde el ordenamiento una figura que niega

<sup>12</sup> *Institutionem*, párr. 28; *Vorlesungen*, p. 36; *Pandekten*, párr. 25.

<sup>13</sup> FERRARA, ob. cit., p. 127.

RAÚL MADRID RAMÍREZ

---

la vinculación real entre esos sujetos particulares y la comunidad o sociedad que se verifica entre ellos?

Frente a la tesis de la ficción, que no le otorga ningún grado de realidad a la capacidad jurídica de los colectivos, se sitúa otra que hace justo lo contrario: los considera completamente substantivos y poseedores de derechos con independencia absoluta de sus integrantes. Sus bases son<sup>14</sup> que (1) el concepto de “persona” no coincide con el de hombre, sino con el de sujeto de derecho, por lo que no se excluye que existan sujetos de derecho que no sean hombres<sup>15</sup>; (2) es necesario ensanchar el concepto de sujeto, sacándole de la esfera del derecho privado patrimonial y llevándolo a la del derecho público, y (3) todas las personas jurídicas, públicas y privadas, son realidades plenamente independientes. Considero que esta tesis resulta, a la postre, difícil de sostener, por cuanto la personalidad en sentido estricto aparece como indisociable de un cierto núcleo de subjetividad real, es decir, del ser humano. Si el punto de unión entre ambos sentidos de la persona no es más que metafórico, forzado o puramente ideal, la conclusión, por lejana que parezca de estas premisas, es en definitiva que, para el derecho, todas las personalidades tienen el mismo valor, lo que constituye a mi juicio una tesis peligrosa si se extrapola a otros ámbitos de la realidad humana, como lo demuestra la historia reciente del siglo que acaba de pasar ante nosotros.

Sin pretensión de solucionar aquí este dilema, quisiera ofrecer algunas ideas que contribuyan a su análisis, y que puedan, eventualmente, ayudar a comprender mejor la noción de “derechos colectivos”. ¿Qué tipo de ente es un sujeto colectivo? O todavía antes: ¿qué tipo de ente es un “sujeto”? La palabra “sujeto” deriva de la voz latina *subiectum*, que es el participio del pretérito pasivo del verbo *subicio* (*subicere*), formado sobre la base del verbo *iacio* (*iacere*), que significa “arrojar”

<sup>14</sup> Ídem, p. 168.

<sup>15</sup> En Chile, Alberto Lyon Puelma, en un texto de reciente publicación, se adhiere a esta tesis sosteniendo que “persona y hombre son conceptos substancialmente diferentes. La palabra hombre da cuenta de una realidad. El concepto de persona da cuenta de una abstracción jurídica que expresa solamente el centro de convergencia de un conjunto de derechos y obligaciones”: *Personas jurídicas*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2002, ps. 22-3.

o “lanzar”, y por el prefijo *sub*, es decir, “debajo de”. De aquí se obtiene un sentido etimológico que indica “arrojar o lanzar debajo de”, lo que en un ámbito moral posterior del latín más clásico se entenderá también como “someter”<sup>16</sup>. Este significado sirve de base semántica para la traducción del verbo griego *ipókeimai*, que es forma media o deponente y denota el estado de “yacer o estar debajo de”. Por su parte, el adjetivo verbal substantivado *subiectum* corresponde, también semánticamente, al participio medio substantivado *ipokeímenon*: “lo que yace o está debajo de”<sup>17</sup>. Ahora bien, Aristóteles emplea el sustantivo *ipokeímenon* en dos sentidos relacionados: (1) para designar uno de los sentidos de la *ousía*, es decir, de la substancia<sup>18</sup>, aquel por el cual todas las otras categorías se sustentan en ésta, mientras que ella no es sustentada por ninguna. El segundo (2) significado es la analogía de la función sustentadora con la función predicativa.

El significado original de la palabra “sujeto”, en consecuencia, parece indicar una realidad substantiva, y en este sentido no se puede afirmar que un colectivo es un sujeto. Sin embargo, algún grado de entidad debe tener; un colectivo no es “nada”, sino más bien es algo que le acontece a los sujetos. Es lo que Aristóteles llama un accidente, que en este caso cae en la categoría de “relación”, es decir, de aquella modalidad cuyo darse en la substancia consiste sólo en orientarla o dirigirla hacia otra substancia<sup>19</sup>. Esta dirección es descrita por Aristóteles como “hacia algo” (*prós ti*)<sup>20</sup>, como la orientación del ser hacia otro ser. En virtud de esta condición, la relación es, de todos los accidentes, aquel con mayor palidez ontológica, si se me permite la expresión; de allí los obstáculos para comprenderlo y definirlo<sup>21</sup>. Ésta

<sup>16</sup> Cfr. GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Los orígenes de la noción de sujeto de derecho*, en *Revista de Estudios Histórico-jurídicos* (sección Historia del pensamiento jurídico), XXIV, Valparaíso, 2002, ps. 3 y ss.

<sup>17</sup> Ídem, p. 7.

<sup>18</sup> *Met.*, VII, 3, 1028b, líneas 35-7: “y el cuarto de ellos es el sujeto. Y el sujeto es aquello de lo que se dicen las demás cosas, sin que él, por su parte, se diga de otra”. Edición de Valentín García Yebra, Gredos, Madrid, 1987.

<sup>19</sup> MILLÁN PUELLES, Antonio, *Léxico filosófico*, voz “Relación”, RIALP, Madrid, 1984, p. 510.

<sup>20</sup> *Met.*, V, 1020b 2, 6.

<sup>21</sup> Cfr. Santo Tomás de Aquino, *Suma Contra Gentes*, IV, 14.

RAÚL MADRID RAMÍREZ

---

es, probablemente, la causa de nuestra dificultad para determinar el estatus jurídico de los sujetos colectivos.

Este argumento parece darle, al menos prima facie, la razón a la teoría de la ficción. El sujeto jurídico debe reunir dos requisitos: (1) estar constituido en el ser substancial, y (2) poseer un núcleo de personalidad derivado de su racionalidad y su libertad. El vínculo entre ambos requisitos se produce porque sólo los seres substanciales son racionales, y ello consta por la simple experimentación del mundo. Sin embargo, sobrevive el problema de la causa de la capacidad jurídica de los colectivos, y es allí donde la teoría de la ficción, a mi parecer, no resulta una explicación suficiente, al concebir las agrupaciones como entelequias ideales y abstractas. Las personas jurídicas son entes reales, porque los accidentes son entes reales, y en consecuencia no basta una mera decisión de la autoridad para otorgarle la capacidad jurídica –aunque también sea necesaria–; su causa debe encontrarse en otra fuente, igualmente real, y en esto concuerdo con los críticos de la teoría de la ficción. No afirmo que los actos jurídicos de constitución de una persona jurídica no se sitúen de algún modo en la línea de la causalidad eficiente –aunque quizás desempeñan más bien el papel de una condición–; pero sostengo que esa eficiencia no resulta exhaustiva para concederla, porque no puede por sí sola generar *ex abrupto*, desde un mundo ideal, un efecto productor de resultados reales. Un ente de razón no puede generar un ente real; puede otorgarle un sentido, una significación quizás, pero no está en condiciones de producirlo eficientemente en su totalidad.

El sujeto colectivo –al que hemos identificado antes con la persona jurídica– debe extraer de algún sitio, por lo tanto, la capacidad jurídica real que no podemos negar que posee. Y, en este sentido, me parece posible sostener la existencia de una analogía de atribución intrínseca entre los miembros del colectivo y el colectivo mismo en relación con esa capacidad. Siendo ambos sujetos reales, pero verificándose en uno de ellos (los individuos) la capacidad jurídica en sentido propio, la existencia innegable de una potencia para ejercer derechos y contraer obligaciones en el colectivo no puede sino provenir por participación de la cualidad que opera propiamente en los miembros del colectivo, que la reciben según su naturaleza accidental. De este modo, los sujetos

DERECHO E INTERÉS. SOBRE LA (NO) NECESIDAD DE LOS DERECHOS COLECTIVOS

jurídicos colectivos no sólo existen, sino que su desempeño en el mundo del derecho traduce y expresa una necesidad de los propios sujetos individuales, cual es la de alcanzar en sociedad todos aquellos bienes que no consiguen obtener de manera individual, a través de una extensión de su capacidad jurídica que se transfiere y comunica a la agrupación. En este sentido, me parece que una teoría contemporánea de los sujetos colectivos, y de los derechos atribuidos a éstos, debiera suponer una atenta consideración del concepto tradicional de bien común, por cuanto es a través del bien del colectivo que el sujeto individual alcanza aquello que de otro modo no podría conseguir, hasta el punto de que ese bien colectivo puede ser denominado como el bien del sujeto en (esa) comunidad. La analogía de la capacidad jurídica se produce sólo respecto de un objeto muy acotado, y por voluntad de los miembros y de la autoridad, manifestada en la legislación. El hecho de que el sujeto colectivo posea realmente derechos es lo que permite que pueda ser punto de apoyo para un patrimonio efectivo. Pero justamente la circunstancia de que su capacidad sea real es lo que impide justificar la limitación de ella al ámbito patrimonial; ya que no es una abstracción, sino que traduce todo el campo de la actividad humana, en su completa riqueza y dimensión. Comparto, desde esta perspectiva, la afirmación de Raz de que “los intereses colectivos son una forma de hablar, una forma de atender los intereses individuales que surgen de la pertenencia de los individuos a las comunidades”<sup>22</sup>.

Entonces, ¿tienen derechos los colectivos? Pienso, en base a lo anterior, que poseen atribuciones jurídicas en sentido análogo, pero esto no significa que tal sentido no sea real; al contrario, se trata de derechos efectivos, no puramente ideales, y por lo tanto, no son exclusivamente la concesión de un privilegio, como se sugiere desde la teoría de la ficción. Ahora bien, me parece adecuado señalar que ese accidente de relación –como hemos identificado al sujeto colectivo– debe reunir ciertos requisitos para que se produzca la analogía de que hablábamos antes, justamente en razón de su naturaleza en constante modificación y movimiento, como ocurre con todas las relaciones entre seres substanciales, cuyos límites y características tienden a variar es-

<sup>22</sup> RAZ, Joseph, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1988, p. 208.

RAÚL MADRID RAMÍREZ

---

pontánea y rápidamente; son contingentes por esencia. No todos los colectivos se encuentran obligados a satisfacer estas exigencias, sino sólo aquellos que tienen una pretensión jurídica: me refiero a una cierta fijeza, una estabilidad constitutiva y operativa, que sea coherente con el carácter institucional del derecho. De otro modo, se pondrá igualmente en peligro la seguridad jurídica, como ocurría en el caso de considerar sujetos jurídicos colectivos a las asociaciones espontáneas carentes de formalización alguna; precisamente porque la situación quedaría reducida al mismo caso. Esa estabilidad es la que otorga el ordenamiento, mediante la formalización de una personalidad jurídica, y por ello estimo que no puede considerarse sujeto jurídico colectivo a aquel que no ha sido reconocido por el derecho, sin perjuicio de que una tal asociación pueda llegar a serlo en el futuro, si completa a satisfacción las condiciones normativas exigidas para su constitución como tal. El interés de los sujetos particulares de entrar en relación con otros, ya sea que provenga de una inclinación directamente natural, como la constitución de una familia, o se base genéricamente en un impulso que desempeñe el papel de causa remota, como es el ejercicio de la autonomía de la voluntad en todo aquello que no contradiga el orden público, la moral o las buenas costumbres –para utilizar la expresión de la legislación chilena– (pienso por ejemplo en cualquier sociedad mercantil), debe ser modulado jurídicamente; y ésa –creo– es la función del derecho positivo para el caso que nos ocupa.

Digámoslo de otro modo: dos personas que desean constituir una sociedad cualquiera tienen interés en producir ciertos efectos exteriores y permanentes. Tal pretensión constituye un derecho fundamental, basado en la libertad de asociación, que a su vez se funda en que los hombres deben tener la posibilidad de desarrollar los frutos de sus facultades superiores, cuestión que se encuentra protegida, en el plano operativo, por su dignidad fundamental<sup>23</sup>. En virtud de la voluntad racional y difusiva de estos sujetos, el derecho debe acoger su pretensión, creando formalmente un colectivo según un conjunto de exigencias que proceden tanto de su coherencia con los principios generales del derecho, como de la satisfacción de procedimientos estable-

<sup>23</sup> PECES-BARBA, ob. cit., p. 71.

DERECHO E INTERÉS. SOBRE LA (NO) NECESIDAD DE LOS DERECHOS COLECTIVOS

cidos por la autoridad. Si estos requisitos se cumplen, se satisface entonces tanto el interés de los individuos en producir efectos permanentes, como el interés del derecho en salvaguardar la estabilidad de las relaciones jurídicas. De esta forma, el interés individual, espontáneo, se ha transformado en un interés colectivo en condiciones de operar en el mundo jurídico.

En este punto surge la pregunta de si la identidad del colectivo se produce en sí mismo, o se encuentra determinada por el ejercicio de las actuaciones de grupo. Algunos sostienen que esa identidad es problemática porque (a) el titular no es un ser claramente definido a priori, y (b) se hace necesario para determinar al titular que el grupo sea capaz de articular previamente su ejercicio. La identidad del grupo como titular estaría, entonces, determinada por el ejercicio de las actuaciones del colectivo, extendiendo la legitimación jurídica desde un plano sociológico. Se reconocería a un grupo como titular simplemente cuando el interés general trasciende el interés individual de los miembros, y se ejercita como tal. En la base de esta argumentación se encuentra la teoría de que es el mero interés lo que determina la titularidad. Me parece que esta tesis es otra manera de plantear que la espontaneidad asociativa de los particulares origina de suyo un colectivo jurídico, sin perjuicio de que entraña además una cierta confusión entre la afirmación de que algo se conoce porque opera (plano gnoseológico), y la de que algo es, y por lo tanto opera (plano ontológico). El mismo argumento de la estabilidad y la seguridad jurídicas hace pensar aquí que, en realidad, el derecho debe encargarse de la forma y condiciones en que dicho interés se manifiesta. No bastaría entonces con la mera efectividad de ejercicio, hace falta también una especie de proceso de “constitución”, que defina organización, estructura básica, y un reconocimiento por parte de la sociedad<sup>24</sup>. Para que el tema de los derechos colectivos no sea una especie de agujero sin fondo, en el que tenga cabida cualquier reivindicación más o menos fundada, será necesario determinar un sentido riguroso, donde el sujeto sea perfectamente identificable, y el contenido (del derecho) se pueda incor-

<sup>24</sup> GURUTZ JÁUREGUI, *Derechos individuales versus derechos colectivos. Una realidad inescindible*, en *Una discusión...* cit., p. 59.

RAÚL MADRID RAMÍREZ

---

porar a los rasgos que identifican un derecho fundamental: positivación, garantía y eficacia<sup>25</sup>. Ésta es, como decíamos antes, la personalidad jurídica. Si existen sujetos jurídicos colectivos, no cabe duda de que existirán consecuentemente derechos colectivos, pues de otro modo no habría razón alguna para identificarlos como tal. Un “derecho colectivo” es aquel que está atribuido a un sujeto colectivo, y que puede ser ejercido como tal conforme al ordenamiento. Así lo entiende Kymlicka, cuando afirma que “derechos colectivos son aquellos acordados y ejercidos por las colectividades, donde estos derechos son distintos de –y quizás conflictivos con– los derechos otorgados a los individuos que forman la colectividad”<sup>26</sup>. Del mismo modo en que el hombre necesita de las agrupaciones para canalizar su trabajo o sus intereses, los derechos individuales requieren también de los colectivos para poder satisfacer plenamente sus necesidades. Ésta es la tesis de la complementariedad, que estoy dispuesto a suscribir en la medida en que ella no signifique sostener que los derechos colectivos son necesarios para la *existencia* de los individuales, sino sólo para la operatividad de algunos de ellos. El fundamento de las pretensiones jurídicas colectivas es, entonces, en mi opinión, una acción cooperativa, que ayuda a alcanzar en forma societaria lo que no se puede conseguir de modo individual.

Se ha dejado entrever antes que la diferencia entre un mero interés y un derecho radica (1) en la existencia de un titular moral de derechos, (2) en un reconocimiento explícito por parte del ordenamiento, y (3) un conjunto de atribuciones perfectamente delimitadas tanto por el carácter moral del sujeto como por el derecho positivo. En este sentido, me parece que resulta controvertida la existencia de derechos colectivos de sujetos indeterminables, o de contenidos indeterminados. Si se me permite, explicaré esto un poco mejor. Pongo como ejemplo la protección de los derechos del consumidor. Si cualquiera de nosotros compra en el supermercado un producto que afirma tener un determinado compuesto que no atenta contra la salud, pero luego se descubre que en realidad utilizaba otro que sí afectaba, por ejemplo, al aparato di-

<sup>25</sup> PECES-BARBA, ob. cit., p. 76.

<sup>26</sup> KYMLICKA, Will, *Ciudadanía multicultural*, Paidós, Barcelona, 1966, p. 71.

gestivo, los titulares de una eventual “acción de clase” no se encuentran determinados de hecho ante el juez, pero son determinables en cuanto se demuestre que adquirieron el producto, o que lo consumieron. Es decir, existe una *ratio* objetiva que permite identificar a los sujetos en condición de reclamar el perjuicio, ya sea de manera actual o potencial. El problema en este caso no se presenta desde el punto de vista del derecho substantivo, sino más bien desde el Derecho Procesal, que deberá diseñar y precisar los instrumentos jurídicos que permitan ejercer ante los tribunales una acción de este tipo, y ello pasa, entre otras cosas, por la reelaboración de la noción de “parte” en juicio y la revisión del concepto de cosa juzgada. En contra de algunas posiciones que exigen la plena identidad entre titular del derecho y persona humana, considero que la complejidad social y las nuevas posibilidades vinculadas a la información y la tecnología de globalización exigen del derecho un esfuerzo de comprensión que contribuya a crear nuevas instituciones jurídicas, capaces de hacerse cargo, sin desfigurar la intrínseca pertenencia de los derechos al individuo, de nuevos escenarios sociales que, en definitiva, forman parte de la misma condición humana, los cuales se explicitan con el tiempo. Ésta es, a mi juicio, otra manifestación de la historicidad del derecho positivo.

Pienso, como corolario de todo lo dicho, que uno de los requisitos del derecho es poder identificar, tarde o temprano, a sus titulares, y determinar con exactitud las pretensiones, sin que ellas puedan variar por el simple cambio de opinión por parte de los interesados. Si las categorías de pertenencia y contenido se hacen tan elásticas que cualquiera puede, al final del día, reclamarlas, o reclamar cualquier cosa, entonces ello equivale justamente a la negación de ese derecho, es decir, a lo contrario de lo que se pretende con su establecimiento. Por eso parece argumentable, incluso jurídicamente prudente, hacer ejercer los derechos colectivos desde sujetos identificables mediante algún grado o método de objetividad, al igual que la determinación de sus pretensiones, con la real intención de convertirlos en facultades operativas y, en su caso, verdaderamente reivindicadoras de aquello que les está atribuido pero todavía no pueden exigir eficazmente.

Éstas son, pues, las razones por las cuales me parece razonable considerar que (1) los derechos colectivos existen y son incluso ne-

RAÚL MADRID RAMÍREZ

---

cesarios para el ejercicio de los derechos individuales, en razón de que (2) puede demostrarse la existencia de sujetos colectivos que son en parte distintos y en parte iguales a los derechos del individuo; no constituyen una simple metáfora o una graciosa concesión del ordenamiento jurídico, sin perjuicio de que (3) su intervención resulta indispensable para consagrarlos determinadamente en su titularidad y en su contenido, (4) sin las cuales es imposible, en mi opinión, ejercerlos, y todavía más, (5) parece inalcanzable cualquier pretensión de certeza jurídica asociada a sus pretensiones.

## LA POLITICIDAD DE LA FUNCIÓN JUDICIAL O LA CARA OCULTA DEL DERECHO

por ALICIA E. RUIZ

### Derecho y política

Derecho y política. ¿El juego de la política y el juego del derecho o los juegos de la política y del derecho? ¿Cómo se interfieren, se acercan y se rechazan en una coreografía entre sombras, que repite figuras y las cambia sorpresivamente en el devenir de la historia? ¿Cómo se relacionan sin integrarse ni estallar? ¿Algunos jugadores se mueven en dos espacios y en distintos sentidos o el espacio de cada juego define a los participantes y limita los cursos de acción? No dejemos pasar por alto la advertencia de Kelsen, cuando escribe: “Todo conflicto jurídico es, por cierto, un conflicto de intereses, es decir, un conflicto de poder, toda disputa jurídica es consecuentemente una controversia política, y todo conflicto que sea caracterizado como conflicto político o de intereses o de poder *puede ser resuelto como controversia jurídica*” (Kelsen, H.: 1995).

Derecho y política forman una pareja extraña. Una pareja que, en ocasiones, se niega a sí misma. En otras, en cambio, ocurre que cada uno de sus miembros parece fundirse con el otro y desaparecer. De manera análoga, el proceso de constitucionalización y la legitimación democrática del Poder Judicial, “...son dos caras de una misma moneda: *cómo decidir* (interpretación) y *quién y por qué decide* (legitimación). Ambas están presentes en los debates acerca del control judicial de constitucionalidad, aunque de diversas maneras: mezcladas, separadas, negadas y/o ignoradas” (Viturro, P.: 2001).

ALICIA E. RUIZ

---

En su cotidiana rutina laboral, el juez no percibe el vínculo en el que está implicado y tampoco advierte que los resultados de su actuación no son neutrales. En buena medida esto es así porque “...*la institución judicial, de modo altamente eficaz, elude el carácter social y político de la magistratura, en el discurso sobre sí misma que transmite y enseña a sus integrantes. De ahí que muchos jueces sirvan a fines e intereses que desconocen. Esta distancia entre lo que ‘creen que hacen’ y lo que ‘hacen en realidad’, tiene efectos terriblemente perversos cuando se trata de afianzar modelos democráticos de organización social y política. Y como es el producto de muchas décadas de prácticas autoritarias al interior del Poder Judicial, reemplazarlas exigirá no pocos esfuerzos*” (Ruiz, A. E. C.: 2001).

En la teoría y en la dogmática jurídicas hay obstáculos epistemológicos e ideológicos que desdibujan la politicidad del derecho y de la justicia, y cuya remoción se hace imprescindible. A ellos se refiere Carlos Cossio, en el prólogo de *Ideología y Derecho* (inédito) cuando describe con agudeza cómo lo que hacen los jueces afecta a todos, y cuánto de lo que hacen permanece oculto, tanto para ellos como para los demás mortales “sujetados” por sus decisiones.

Siempre todos estamos involucrados en lo que hacen los buenos y los malos jueces, “*no tan sólo, por lo que pudiera percibirse a primera vista, sino mucho más porque todos ellos, día a día y hora tras hora, hacen algo por las derechas o las izquierdas, y también por la democracia o el totalitarismo, al gravitar sobre la vida social en forma específica, como agentes del Derecho*”, decía aquel notable jusfilósofo.

Ese aporte “*lo realizan también con una eficacia no menor, los jueces [...], que ignoran el alcance de sus tareas, porque el referido aporte siendo una cosa más vivida que pensada, está en función de la situación que defienden esos agentes del Derecho, situación forzosamente referida a las principales estructuras sociales*”. “*Todo el mundo comprende, claro está, que los jueces de nuestro mundo nos conciernen directamente, al menos por la posibilidad de que cualquiera de nosotros necesite recurrir a su amparo alguna vez; y es obvio que para esta reflexión, aun siendo mínima, no es indiferente que los jueces sean buenos jueces o malos jueces, cabaes o torpes*” (Cárcova, C. M.: 1998). Pero, para el hombre de la calle, ya no es tan obvio que

sus jueces les “conciernen”, de la misma manera, aunque jamás sean actores, demandados, acusados o acusadores.

Tampoco los jueces –insisto– son conscientes de cuán significativa es su intervención en la vida social. Ni por formación, ni por el modo en que cumplen su tarea, les es fácil advertir que *“la justicia, no es un valor inmutable; (que) la elección de una solución para una situación concreta, es la manifestación más o menos clara, de una cierta concepción y valoración de las relaciones sociales existentes y de la vocación por mantenerlas o transformarlas [...] cada vez que un juez dice ‘fallo’, su discurso ‘constituye’ cierta conducta en un acto santificado por la ley o maldecido por ella [...] en definitiva, cada sentencia judicial no es un acto aislado, sino parte de esa práctica social específica que llamamos derecho [...] (que) [...], conlleva la carga legitimante del poder que le es propia”* (Ruiz, A. E. C.: 1991).

### **Derecho y juego**

Michel Van De Kerkove y François Ost proponen partir de la categoría de juego a fin de construir una noción de sistema que dé cuenta de las peculiaridades del discurso jurídico, y que sea superadora de las concepciones clásicas en este punto. Vamos a seguirlos en su análisis y a mirar al juez como un jugador del derecho, uno entre muchos diferentes en aptitudes y atribuciones. El derecho/juego es actividad social en la que aparecen en proporción variable, un elemento de convención o de regularidad y un elemento de invención o de creatividad. Por desordenado que sea tiene reglas mínimas que nunca agotan todas sus potencialidades.

Hay un espacio para jugar y en él pueden los jugadores mostrar (o poner en acto) su sentido del juego. Ni absoluta determinación ni pura indeterminación, el sentido del juego *“...exige que los comportamientos del jugador se ajusten a las posibilidades objetivas del campo o del sistema. Reglas implícitas –tanto más operativas, sin duda, cuanto más estrictamente implícitas permanecen– guían al jugador experimentado, impregnan sus hábitos, determinan las jugadas y las metas [...] en este modelo se encuentran los instrumentos conceptuales necesarios para describir el modo de intervención del juez en el trabajo*

ALICIA E. RUIZ

---

*colectivo de sistematización del Derecho. La sutil dialéctica implicada entre clausura y cierre, disciplina y audacia, rigor y flexibilidad, parece, en efecto adaptarse particularmente bien para teorizar sobre la obra jurisprudencial, obra que si, en los planos de la decidibilidad, coherencia y clausura revela los límites del formalismo, también, a su manera, contribuye a restaurar un cierto tipo de sistematicidad*" (Van De Kerkove, M. y Ost, F.: 1997). Un tipo de sistematicidad que implica pluralidad, circularidad, descentramiento y, como ya dije, indeterminación.

La propuesta de los juristas belgas consiste en abandonar la noción de sistema como conjunto de elementos, para priorizar los intercambios entre éstos, los que ocurren con otros sistemas o con el entorno; sustituir relaciones simples por relaciones recurrentes y renunciar a un paradigma único. Advertir que el orden no excluye al desorden sino que está junto a él, que *"...lejos de ponerse término a término como nos permitiría pensar una lógica binaria –la lógica de lo falso y de lo verdadero, de lo permitido y de lo prohibido–, se complementan secretamente [...] según una racionalidad cuya naturaleza aún no ha sido descrita [...] racionalidad plural y gradual, que obsta las respuestas monológicas [...] en los confines del derecho, de la política, de la ética, de lo económico y de lo social, se perfilan espacios de confrontación cuyo trazado movedizo acaba siendo la causa de la reorganización de los sistemas implicados [...] Lejos de parecer como la antítesis del orden, o al menos, como su imagen desgarrada el desorden obraría como condición del orden, de otro orden, de un nuevo sentido garante de la indispensable adaptación del sistema"* (Van De Kerkove, M. y Ost, F.: 1997).

El derecho (juego) dibuja un espacio propio. Define y atribuye al menos parcialmente, papeles determinados. Aquellos a quienes esos papeles les son asignados, pueden elegir estilos y estrategias (aunque las posibilidades de opción no son infinitas). En el desarrollo del juego se reconocen *topoi* (lugares comunes) y se respetan a las autoridades que los imponen. Actores múltiples cuyos parlamentos no están enteramente fijados participan, a través del juego, en otros juegos que se celebran en otros campos (como la familia, la economía, la política). Diversos juegos sociales que son también juegos de lenguaje y entre

los que, inevitablemente, se establecen interferencias que inciden sobre el derecho al tiempo que éste lo hace sobre los demás. La transformación de las jugadas autorizadas por las reglas y de las propias reglas es permanente, pero el ritmo no es regular ni estable: a veces lento, a veces vertiginoso.

El juego del derecho es representación y estrategia. Responde a dos lógicas distintas y por tramos contradictorias, lógicas que se oponen y se combinan. En esa oposición y combinación, el derecho sitúa la distinción entre lo que está dentro y lo que está fuera de él, fija un límite entre el sistema y el ambiente, “...las fronteras no dejan de ser móviles y paradójicas; todo transcurre como si los límites del derecho y del no derecho fueran reversibles [...] como si las fronteras fueran tanto externas como internas; aparece Derecho en el corazón del no-Derecho mientras que se desarrolla un no-Derecho en lo más profundo del Derecho” (Ost, F.: 1993). De ahí que no alcancen las explicaciones ni las teorías que aluden simplemente a la uniformidad de su funcionamiento y a la homogeneidad de sus elementos.

El lugar del juez, la forma en que está habilitado para intervenir en los conflictos sociales, las reglas a las cuales debe sujetar su actuación y aquellas con las que cuenta para construir una decisión fundada pierden entidad si no resulta posible distinguir la actividad de los órganos judiciales de la de otros órganos del estado. No se trata de pretender un derecho ordenado y fijo, de una producción mensurable y medida de normas legislativas, de un poder administrador que proceda siempre con prudencia y cordura, ni de unos jueces que nunca se vean conmocionados por la gravedad de lo que se espera de ellos y que sólo de tanto en tanto se enfrenten a “casos difíciles”.

El arbitrio de los intérpretes o la falta de certeza son características del derecho que dependen de condiciones “mucho más de fondo”. Zagrebelsky explica bien que, tal vez el derecho “*podría permitirse ser esencialmente un derecho por reglas*” en un contexto político y cultural homogéneo y en situaciones sociales mucho más estables que las actuales. Pero agrega que “...la falta de certeza en los procesos de aplicación del derecho (no) radica en una mala disposición de los *Juristas*” sino que es muy dudoso que la certeza pueda ser hoy un objetivo realista y hasta deseable (Zagrebelsky, G.: 1999).

ALICIA E. RUIZ

---

### **De qué se habla cuando se habla de la judicialización de la política**

La vinculación entre el derecho y la política no es un fenómeno de los últimos años. Tiene raíces (epistemológicas) profundas, pese a que se las mantenga ocultas. Otro tanto podría decirse de una dupla mucho más silenciada a la que me referiré más adelante: la del derecho y la violencia.

La judicialización de la política remite, en uno de sus sentidos, a la desaparición de zonas reservadas a otros poderes que no podrían ser puestas bajo el control del juez, lo que convierte a todo y a todos en justiciables. Se trata de una ampliación del modelo democrático que reconoce la primacía de los principios, preceptos y cláusulas constitucionales. Se trata, en fin, del garantismo.

La pérdida de representatividad de las organizaciones tradicionales (partidos políticos, sindicatos), por otro lado, refuerza indirectamente la capacidad de respuesta del Poder Judicial. Es bueno insistir en que esto está muy lejos de lesionar la democracia y que *“es inútil y quizás también peligroso, ignorar estos hechos, haciendo exorcismos sobre el peligro del gobierno de los jueces o requiriendo a la justicia que vuelva a sus competencias”* (Guarnieri, C. y Pederzoni, P.: 1999).

En otra de sus acepciones el proceso que se ha dado en llamar “judicialización de la política” se asocia al avance del activismo judicial y luego, a la aparición de formas de justicia universal o transnacional.

Lo cierto es, que por las razones que sea, las demandas dirigidas a los jueces se multiplican y se diversifican, no sólo se los incita para que resuelvan conflictos particulares o colectivos, sino también para que solucionen problemas a los que otros órganos del Estado u otras instituciones no han logrado poner fin.

Más precisamente, mucho de lo que parecía ajeno y alejado del ámbito jurisdiccional por su carácter político, es hoy llevado ante algún juez. Son cuestiones cuya particularidad consiste en que, o no se puede o no se quiere resolverlas en el espacio del sistema político. Es una situación propia de estados, que simultáneamente incrementan su complejidad y los niveles de conflictividad social, todo lo cual se proyecta al plano del derecho. También, un sistema jurídico que crece y cambia

aceleradamente por vías y fuentes muy variadas, poco homogéneas y hasta de dudosa legitimidad. Esta constante renovación –por sustitución o derogación de leyes, decretos, resoluciones– acaba tornando inexistente la noción misma de sistema y meramente retórica la apelación a principios generales y a categorías jurídicas básicas. La invocación multiplicada de normas derogadas, la dificultad de establecer qué tratos del ordenamiento son aplicables y cuáles han dejado de serlo, las interpretaciones contradictorias que suelen pasar desapercibidas conllevan, en un grado alarmante, discrecionalidad, arbitrariedad e inequidad en las decisiones judiciales. El puro decisionismo o la más esquizofrénica producción de sentencias se superponen a una real “explosión de litigiosidad”, consecuencia, en buena medida, de la desatención, la postergación o el desconocimiento de necesidades sociales que padecen sectores cada vez mayores de seres humanos afectados en sus derechos y garantías más elementales, y a una legislación que se orienta, en muchos casos, sólo a suministrar soluciones de coyuntura, bajo la forma de una normatividad general, con pretensión de prescribir hacia el futuro (Ruiz, A. E. C.: 2001).

En definitiva, muchísimos jueces quedan a merced de las circunstancias, sin herramientas técnicas ni psicológicas, sin formación para enfrentar la crisis ni la labor que se les impone. Los que se sienten responsables frente a la ciudadanía, y que nunca habían reflexionado respecto de qué eran ni qué hacían se preguntan angustiosamente quiénes son, qué se espera de ellos. Otros escogen atajos para huir del problema o, bien (algunos, muchos, unos pocos) por acción u omisión se corrompen. Los hay, desde luego que por formación teórica y compromiso axiológico se hacen cargo de la parte que les toca (del poder que tienen) en la difícil tarea de hacer viable el pacto de sociabilidad que en un Estado de derecho se expresa en la Constitución. Son los que saben que la Constitución y los principios y las garantías que ella consagra son construcciones culturales, producto de luchas sociales en momentos históricos determinados. Tan frágiles como la democracia, y para cuya preservación y profundización siempre hay que estar en guardia.

En otro texto, marqué algunas semejanzas entre las historias y los nuevos papeles sociales reconocidos a las mujeres y a los jueces. Me

ALICIA E. RUIZ

---

preguntaba sí, como ellas, los jueces no fueron pensados y se pensaron, durante mucho tiempo como meros repetidores, guardianes del orden que existe. Y lo que es aún más significativo ¿no fueron fieles a ese modelo? Jueces mantenedores del sistema social, reproductores, alejados y hasta temerosos del cambio y de la transformación. Colocados ahora, por circunstancias muy variadas y por razones bien diversas, en el centro de los conflictos políticos, se les exige que asuman y resuelvan muchos y nuevos problemas. Puestos en el centro de la escena, no saben cómo jugar el papel que les toca, están perplejos porque la responsabilidad no es menor, porque los modelos heredados sirven poco, y porque no se reconocen (Ruiz, A. E. C.: 2001).

Ya no alcanza, como planteara Ost en sugerente metáfora, con pasar de Júpiter a Hércules y de éste a Hermes. Ya no basta ir del juez que se limita a ser “la boca de la ley” al juez ingeniero social y, luego, al dios menor que circula procurando articular los múltiples sentidos que son el derecho (Ost, F.: 1993).

La primera transformación (de Júpiter a Hércules) demolió los postulados que, todavía hoy, algunos juristas están empeñados en repetir y –lo que es más sorprendente– en los que muchos jueces creen: el monismo jurídico, la existencia de un centro único de poder del que emana el derecho, la identidad entre legalidad y legitimidad, la hegemonía de una racionalidad deductiva y lineal, la neutralidad del Poder Judicial y la objetividad de la sentencia. Ya las escuelas realistas, más allá de sus insuficiencias teóricas, mostraron la debilidad de aquellos postulados por lo cual no es necesario volver sobre este aspecto de la cuestión.

Pero éstos no son los únicos cambios. Insisto, ni siquiera la figura del juez Hermes es adecuada para dar cuenta de la función judicial en las sociedades de este siglo, aunque resulta eficaz para revelar la dispersión del derecho, la pluralidad de jugadores con aptitud para intervenir en el proceso de constitución del discurso jurídico y la red de sentidos que lo constituyen.

### **Más allá del orden y el desorden. ¿Cuál es el juego al que juegan los jueces?**

No alcanza con las categorías que hemos enunciado hasta ahora,

porque muchas comunidades (naciones, países, continentes, rincones del planeta) ya forman parte de un nuevo mundo que se aleja con rapidez y con altas cuotas de dramaticidad de aquel que conocíamos y al que creíamos pertenecer.

Los prototipos de juez a los que Ost se refiere, al igual que mucho de lo que está escrito acerca de la judicialización de la política, presuponen determinadas condiciones básicas, sin las cuales se desmoronan la fuerza convictiva y la aparente racionalidad de cualquier argumentación propia del discurso jurídico.

El juego del derecho y el lugar del juez (como han sido entendidos hasta ahora) requieren un Estado con autonomía (soberanía), capacidad de gestión y poder de decisión; una sociedad relativamente integrada con posibilidades de subsistencia –al menos en el mediano plazo–, bajo una forma política que guarde alguna semejanza con la que hemos conocido desde la modernidad, y un sistema jurídico en el cual “el orden” y “el desorden” encuentren un cierto equilibrio, por inestable que sea, para convivir sin destruirse y que permita que el derecho opere sobre la realidad (cualquier cosa que ésta sea). Para que tenga sentido hablar de “judicialización de la política”, se requiere al menos, poder distinguir entre sistema político y sistema jurídico.

He escogido un párrafo de Duncan Kennedy como ejemplo de que los prerequisites enumerados sostienen siempre el razonamiento de los juristas, incluso el de aquellos que se definen como “más radicalizados”: *“Para ponerlo de algún modo resulta que yo me considero un activista político, alguien que tiene vocación de cambio social. Considero que las normas y las leyes vigentes las escogió gente que tenía el poder para optar conforme a su peculiar manera de entender la moral, la justicia y sus propios intereses. Considero además que las normas y las leyes siguen en vigencia porque los grupos que han sido tratados injustamente no han tenido la visión política, la energía, la fuerza bruta para cambiarlas. Me autopercibo como un posible foco de energía política capaz de generar cambios en una dirección igualitaria, comunitaria, descentralizada y socialdemócrata [...] con signas que, dicho sea de paso, no ayudan para nada a resolver qué diablos hacer en ninguna situación jurídica o de vida concreta”* (Kennedy, D.: 1999).

ALICIA E. RUIZ

---

Ironías y críticas al margen, en este texto de Kennedy están presupuestos el Estado, la división de poderes, una sociedad organizada y un derecho diferenciable de otros mecanismos de poder social. Que se caracterice al juez como un activista político con ideología, no implica confundir los márgenes de su actuación con la de otros agentes sociales.

La manera en que se construye la sentencia como un relato, y la verdad “*como representación de la racionalidad de una sociedad en un momento dado de su desarrollo*” (Mari, E.: 1993) reclaman un espacio borroso pero distinguible del entorno, en el que haya donde jugar el juego peculiar del derecho.

El núcleo más duro y difícil del problema consiste en saber si hay juez, cuando el derecho no se diferencia ni de la violencia ni de la política. Y para responder a esta pregunta no es suficiente con apelar a la ética.

Freud, a quien Eligio Resta ubica en esa estirpe de pensadores que miran la racionalidad política occidental con desencanto pero no con cinismo, escribió que “el ciudadano del mundo civilizado” no puede dejar de sentirse perdido cuando la guerra emerge como un destino incontrolable, que lo trastorna todo. Lo mismo sucede cuando el derecho se torna indiscernible de la política. La similitud entre las dos situaciones es asombrosa y los efectos igualmente devastadores. Emergen la desilusión, se desvanecen los mitos de las ficciones fundantes, y las creencias que hacen posible la vida en sociedad (Resta, E.: 2001).

La profundidad del pensamiento de Freud cuando dialoga con Einstein, acerca de la guerra conmueve y sugiere un camino. Dice “*puedo sustituir la palabra fuerza por el término más rotundo y más duro de violencia. Derecho y violencia son hoy para nosotros antagónicos pero no es difícil demostrar que el primero surgió de la segunda [...] es preciso que se cumpla una condición psicológica para que pueda efectuarse este tránsito de la violencia al nuevo derecho: la unidad del grupo ha de ser permanente, duradera [...] la comunidad debe ser conservada permanentemente; debe organizarse, crear preceptos que prevengan las temidas insubordinaciones; debe designar organismos que velen por el cumplimiento de los preceptos –leyes– y ha de tomar a su cargo la ejecución de los actos de violencia que hayan sido legitimados. Cuando los miembros de un grupo humano reconocen*

*esta comunidad de intereses aparecen entre ellos sentimientos gregarios que constituyen el verdadero fundamento de su fuerza”* (Einstein, A. y Freud, S.: 2001).

El cambio de las relaciones de poder internas puede socavar al derecho pero, al mismo tiempo, generar uno nuevo. Las modificaciones o transformaciones culturales de los miembros de la comunidad constituyen, también, otra fuente de cambio normativo.

En todo caso, como señala Resta siguiendo a Freud (Resta, E.: 2001) nunca habrá garantías de que se pueda evitar la solución violenta de los conflictos sociales “de intereses o de valores”. Pero, la circunstancia de que el derecho haya sido originalmente violencia bruta, y que no pueda renunciar al apoyo de la violencia no implica afirmar que sean lo mismo. Sin embargo, la fragilidad de los bienes de la civilización, que sostienen la ilusión de que el discurso jurídico es garante del orden, y el juez como su voz más autorizada, prestigiosa y confiable, provoca una desilusión especialmente amarga porque las que son traicionadas no son expectativas legítimas, y porque queda exhibida la imposibilidad de la razón para remediarla.

### **A modo de conclusión**

No hay duda de que la política está judicializada. Tampoco hay duda de que el derecho se empequeñece exactamente cuando parece que lo comprende todo.

Una sociedad enfrentada a crisis de dimensiones extraordinarias no encuentra solución por vía de uno solo de los subsistemas jurídico, político, económico que la componen sino a través de respuestas concomitantes y en paralelo de todos ellos. Esto es lo que hace que las sentencias resulten insuficientes para satisfacer aquello que se demanda.

En situaciones límite queda al descubierto cuánto hay de ilusorio en la justicia y en el orden que el discurso del derecho promete. Aún entonces, la actuación judicial es significativa en la realización de principios y garantías consagrados en la ley.

La teoría crítica ha priorizado el análisis de la paradojalidad de las “ilusiones” sin las cuales el derecho no se constituye como un discurso social específico, ficciones “necesarias” para que cumpla su papel.

ALICIA E. RUIZ

---

Ésta es la clave que da sentido a lo que si no resultaría inexplicable: que pese a todo los ciudadanos reclamen a los jueces la tutela de sus derechos y que los tribunales puedan convertirse en obstáculos para la perpetuación de su violación. Claro que para esto los ciudadanos tienen, al menos, que poder acceder a la justicia. He dudado antes de hacer esta mención porque, sin un cuidadoso análisis, podría confundirse con una demagógica referencia. Sin embargo creo que es ineludible señalarlo y correr el riesgo.

### **Bibliografía**

- CÁRCOVA, Carlos María (1998), *La opacidad del derecho*, Trotta, Madrid.
- EINSTEIN, Alfred y FREUD, Sigmund (2001), *Por qué la Guerra*, Minúscula, Madrid.
- GUARNIERI, Carlo y PEDDERZONI, Patricia (1999), *Los jueces y la política*, Taurus, Madrid.
- KELSEN, Hans (1995), *Quién es el defensor de la Constitución*, Tecnos, Madrid.
- KENNEDY, Duncan (1999), *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Ediciones Uniandes, Bogotá.
- MARI, Enrique (1993), *Moi Pierre Rivière o el mito de la uniformidad semántica*, en *Papeles de Filosofía I*, Biblos, Buenos Aires.
- OST, François (1993), *Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de jueces*, en *Revista Doxa*, Nº 14, Alicante.
- RESTA, Eligio (2001), *La enemistad, la humanidad, las guerras*, en *¿Por qué la guerra?*, Minúscula, Madrid.
- RUIZ, Alicia E. C. (1991), *Aspectos ideológicos del discurso jurídico*, en *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho* (volumen colectivo), Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- (2001), *Por un compromiso del juez latinoamericano*, en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, Nº 41, Madrid.
- VAN DE KERKOVE, Michel y OST, François (1998), *El sistema jurídico entre el orden y el desorden*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid.
- VITURRO, Paula (2001), *El carácter político del control de constitucionalidad*, en *Desde otra mirada*, compilador Christian Courtis, Eudeba, Buenos Aires.
- ZAGREBELSKY, Gustavo (1999), *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid.

## **UNA APROXIMACIÓN HISTÓRICO-FILOSÓFICA AL PENSAMIENTO DE DAVID HUME: SUS IDEAS ACERCA DE LA JUSTICIA, LA PROPIEDAD Y LO JUDICIAL**

por ANDRÉS BOTERO BERNAL<sup>1</sup>

### **Resumen**

En la actualidad existen varios trabajos académicos y enunciados de investigadores que pretenden ver en David Hume un filósofo del derecho, basándose para ello en los juicios de corte jurídico que el escocés hace a lo largo de su obra. En este artículo se analizarán dichos juicios y argumentos para concluir que éstos no pueden ser interpretados por fuera del contexto jurídico-político del autor, lo cual daría lugar a sostener que su pensamiento referido a lo jurídico correspondía al modelo en el cual podemos inscribir al Common Law del XVIII, lo que permitirá afirmar que Hume no propone una modificación sustancial de lo jurídico, y que sus reflexiones son consecuencia de una visión institucional arraigada de tiempo atrás en Inglaterra.

### **Palabras clave**

Hume, justicia como valor artificial, Common Law, propiedad, filosofía del Derecho.

<sup>1</sup> Abogado y filósofo. Profesor e investigador de la Universidad de Medellín. Correo electrónico: botero39@hotmail.com o anbotero@udem.edu.co.

ANDRÉS BOTERO BERNAL

---

## 1. Introducción

El lector especializado podrá apreciar cómo en la contemporaneidad se ha retomado, en respuesta a la escuela de los anales y a las historias de lo “olvidado”, el estudio de los grandes pensadores, de las grandes épocas, de los grandes textos, según la historiografía tradicional. Es por ello que el tema de David Hume (1711-1776) retomó una fuerza inimaginable, convirtiéndose en muchos casos en una cita obligada de los trabajos que sobre historia de la filosofía del derecho se han elaborado recientemente.

Al respecto pueden encontrarse dos posturas en torno al aporte de Hume en relación con la filosofía del derecho, que en términos expositivos (en ningún momento se pretende reificar esta dualidad) son: la que observa al escocés como un filósofo del derecho y la que lo ve como un filósofo que toca temas jurídicos. Las diferencias entre uno y otro modelo saltan a la vista. Para el primero Hume es un iusfilósofo, sin perjuicio de que reciba otras etiquetas (filósofo, empirista, etc.). Para el segundo Hume es un filósofo que en la estructuración de sus temas favoritos (historia, filosofía de la moral y teoría del conocimiento) recurre de vez en cuando a argumentos jurídicos.

Ahora bien, es este escenario donde el trabajo pretende dar su aporte: ¿hay una propuesta iusfilosófica en el pensamiento de este autor? Para ello debemos preguntarnos tanto por la originalidad de la propuesta (pues de no serlo, ésta sería atribuible a una época o a otros autores diferentes al escocés) como por los argumentos que permitirían hablar de Hume como un iusfilósofo. Pues bien, estos argumentos pueden reducirse, en términos generales, a dos: su concepción del derecho (que implica a su vez una postura política) y su juicio en torno a la justicia (valor que él articula de manera indefectible con la propiedad, con la labor judicial y con el sistema jurídico en general). Pero, tal como se pretenderá demostrar más adelante, la concepción del derecho hecha por el pensador escocés está íntimamente ligada a la concepción de justicia que él ofrecerá, por lo cual la consideración de un aspecto involucra, necesariamente, la comprensión del otro. Y siendo, pues, que la justicia como valor es una de las pilastras de la obra moral de Hume, bien podría decirse que los argumentos que permitirían a algún

---

UNA APROXIMACIÓN HISTÓRICO-FILOSÓFICA AL PENSAMIENTO DE DAVID HUME

---

investigador hablar de una filosofía del Derecho en Hume se centran en este valor que él calificará de artificial. Entonces, del análisis de los aportes del escocés en este campo (el de la justicia) se permitiría dilucidar si existe o no un pensamiento que a posteriori permitiera decir que es una filosofía del derecho.

Se dice a posteriori pues nadie puede negar que el concepto de filosofía del derecho nace en los intrincados años que separan a Kant (*Metafísica de las costumbres*) de Hegel (*Filosofía del Derecho*), por lo que cualquier consideración de Hume como iusfilósofo es una imposición nominativa anacrónica, como sucede cuando se crea un concepto con el que se dilucidan hechos pasados, que surgieron sin tener conciencia del nombre que más adelante podría atribuírsele. Entonces, no puede sostenerse que Hume tenía una conciencia de filósofo del derecho, pues en ese entonces no había posibilidad de creer en tal cosa, y cualquier juicio que se haga al respecto sólo podrá ser a posteriori.

Éntrese, pues, a estudiar la postura de Hume en torno a la justicia para saber si puede hablarse, a posteriori, de un Hume iusfilósofo, no sin antes dejar en claro que los efectos de la respuesta que se brinden tendrán repercusiones claras en el estudio que de la iusfilosofía se haga, todo lo cual quedará patente en las conclusiones de este ensayo. Así, para llegar al objetivo propuesto, analizaremos las concepciones de Hume en torno a la justicia, para preguntarnos en cada una de estas sedes si hay allí un pensamiento iusfilosófico y en caso de encontrarlo interrogarnos sobre su original, para luego plantear en las conclusiones la respuesta a la pregunta que motiva este trabajo académico, dilucidando las consecuencias de la postura que se tomará más adelante.

Una última aclaración. El presente ensayo es el producto final de un trabajo de investigación financiado por la Universidad de Medellín, titulado *La concepción de justicia en David Hume y su relación con el Derecho*, que contó con la participación de cinco auxiliares, estudiantes en su momento de último año de la licenciatura en Derecho, a quienes debe expresarse un profundo agradecimiento. Ellos son: *Natalia Andrea Cardona Gómez, Diana Lucelly Carmona Lopera, Ana Beatriz González Pérez, Milton Andrés Rojas Betancur y Andrés Felipe Villegas Gutiérrez.*

ANDRÉS BOTERO BERNAL

---

## 2. La concepción de justicia en Hume. Aclaraciones iniciales

En la filosofía, al momento de analizar a un autor o alguna tesis, existen por lo menos dos vías para lograr tal cometido: atenerse a la tradición filosófica y sus rutinarias explicaciones y justificaciones, o entrar directamente al texto (ir a las cosas mismas diría Husserl) desechando los prejuicios causados en un sistema formativo como el nuestro.

Esta ambivalencia entre un prejuicio derivado de la tradición en la interpretación, o un acercarse al objeto sin mayores pretensiones que el de dejarlo hablar, ha generado infinidad de debates. Un Husserl, por ejemplo, afirmará que el prejuicio impide la observación de la verdad del objeto, o en sus propias palabras tener “conciencia de”. Heidegger, Gadamer y Habermas, por el contrario, partirán de la tradición en el proceso de elaboración hermenéutica.

Así las cosas, procedamos por los dos caminos, en relación con Hume.

La tradición ha destacado al David Hume del *Tratado de la Naturaleza Humana*<sup>2</sup>, y especialmente el primer tomo del mismo, aquel que está dedicado al entendimiento humano y que según la tradición fue el leído por Kant. Igualmente, el nombre de Hume, está asociado indefectiblemente al *insular trinity* del que habla irónicamente Flew<sup>3</sup>, es decir, a la tríada del empirismo inglés: Locke, Berkeley<sup>4</sup> y Hume.

Además, es famoso en la tradición filosófica aquel Hume que pone en entredicho el principio de causalidad<sup>5</sup>, el que se pregunta por el fundamento de la experiencia<sup>6</sup>, para luego formular el sentimiento de la creencia como el eje sobre el cual se construirá su solución escéptica

<sup>2</sup> Se utilizará, por la calidad de la traducción, la siguiente obra: HUME, David, *Tratado de la naturaleza humana*, trad. de Félix Duque, Orbis, Buenos Aires, 1984, ts. I, II y III.

<sup>3</sup> Citado por Félix Duque, ídem, p. 20.

<sup>4</sup> A pesar de que Hume acusa a Berkeley de escéptico en la sección XII, parte 1, de la *Investigación sobre el entendimiento humano*.

<sup>5</sup> HUME, *Tratado...* cit., ps. 98 y ss. (sección IV, parte primera).

<sup>6</sup> Esto podrá encontrarse en: HUME, David, *Investigaciones sobre el entendimiento humano*, trad. de Magdalena Holguín, Norma, Bogotá, 1992, p. 45 (Parte II, sección IV).

a las dudas por él mismo planteadas<sup>7</sup>. Pero en el imaginario legado por la tradición poco o nada se sabe acerca del Hume que meditó sobre las pasiones y la moral. Queda, entonces, cercenada la posibilidad de una interpretación cabal del pensamiento humeano en la tradición filosófica. ¿A qué podrá deberse ello? Sugerimos las siguientes respuestas:

- Por la sentencia kantiana: “Hume me despertó de mis sueños dogmáticos”<sup>8</sup>. Esta sentencia reduce el pensamiento humeano, al considerarlo como un mero despertador. Claro está que esta afirmación, del famoso autor de la *Crítica de la Razón Pura*, la cual hizo eco en la tradición filosófica, llevó a darle mayor valor a dos obras de Hume: el primer tomo del *Tratado de la naturaleza humana* y, en menor medida, a la *Investigación sobre el entendimiento humano*. Esta última obra, tardía y más mesurada que el *Tratado*, fue la que el propio Hume aconseja a los lectores, en vez de sus escritos de juventud.

Esta concatenación entre Kant y Hume llevó, por ejemplo, a Broiles a decir lo siguiente: “no es extraño que el *Tratado* saliese muerto de las prensas: Kant no estaba allí para leerlo”<sup>9</sup>, al referirse al hecho de la poca aceptación del libro de juventud del pensador escocés por parte del público<sup>10</sup>.

- Como se mencionó con anterioridad, a Hume se le considera un continuador de la obra de Locke y Berkeley<sup>11</sup>, quienes también son conocidos (tradicionalmente) por sus obras sobre el entendimiento. En cambio, no se hizo la necesaria conexión entre

<sup>7</sup> Ante la duda por la realidad, queda como solución la creencia en la misma. La creencia no es otra cosa que el sentimiento de convencimiento, respaldado por la probabilidad, fruto a su vez de las experiencias.

<sup>8</sup> Citado por DUQUE, Félix, en: HUME, *Tratado...* cit., p. 21.

<sup>9</sup> Citado por Felix Duque, ídem, p. 27.

<sup>10</sup> El propio Hume habla así de su obra en su Autobiografía: “Jamás intento literario alguno fue más desgraciado que mi *Tratado de la naturaleza humana*. Ya salió muerto de las prensas, sin alcanzar siquiera la distinción de provocar murmullo entre los fanáticos”, ídem, p. 53.

<sup>11</sup> Su obra cumbre, según la tradición filosófica: BERKELEY, George, *Tratado sobre los principios del conocimiento humano*, trad. de Concha Cogolludo Mansilla, Gredos, Madrid, 1990, p. 157.

ANDRÉS BOTERO BERNAL

---

Hume con los moralistas y los sentimentalistas británicos de su época, como Hutcheson<sup>12</sup>.

- Por el *leit motiv* reinante en Europa, especialmente la continental. Este motivo común que, como el fantasma del comunismo, atravesaba estas tierras, no podría ser descifrado en el problema de la moral, sino, en cambio, en la teoría del conocimiento y la epistemología. Esto llevó, entonces, a preferir al Hume que habló sobre el entendimiento, dejando relativamente de lado su disertación sobre las pasiones y la moral.

Conociendo entonces que la tradición filosófica no abandera íntegramente el ideario de Hume debemos proceder conforme al otro camino planteado: ir directamente al autor y comprenderlo en su contexto. Para ello es necesario hacer un alto en el camino para indagar sobre la virtud de la justicia, ampliamente analizada en el *Tratado de la naturaleza humana*, en su tomo III y en forma más precisa en el *Enquiry concerning the principles of morals*, estableciendo su relación con el derecho, tema que si bien ha merecido diversas escrituras, como la de J. Rawls en su obra cumbre *Teoría de la justicia*, debe ser constantemente analizada con el fin de acceder a la concepción de derecho en las reflexiones del escocés.

### 3. Reseña del pensamiento humeano

Hume, como buena parte de los pensadores de su época, tenía la pretensión de sistema. Es decir, su obra era (por lo menos pretendía ser) toda una estructura estrechamente ligada entre sí. Por tanto, acceder a sus reflexiones sobre la moral, ignorando otros aspectos de su teoría podría ser un error contraproducente.

Hume, a sus veinticinco años, empezó a escribir el Tratado de la Naturaleza Humana, y como su propio nombre lo indica, la reflexión inicial era descubrir la naturaleza del hombre. Pero el descubrimiento de la naturaleza humana supone obtener la idea que de la naturaleza

<sup>12</sup> Pero actualmente varios pensadores establecen esta línea que une a Shaftesbury y Hutcheson con Hume. Véase, por ej.: GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método I*, 7ª ed., Sígueme, Salamanca, 1997, p. 55.

nuestro entendimiento nos proporciona. Ahora bien, el entendimiento trabaja sobre percepciones internas y externas<sup>13</sup>; en otras palabras, la idea es una copia de una impresión, pero esto no nos permite afirmar que la impresión es la “causa” de la idea sino, por el contrario, el que existe una conexión necesaria fundada en el sentimiento de la creencia. Esto supone, entonces, que el pensamiento no es pasivo, no es una mera “tabla rasa” donde se imprimen las percepciones humanas.

La percepción es originalmente una impresión sensorial, afirmación ésta que motivó el rótulo de empirista con el cual se conoce a Hume. Cabe entonces la expresión tomasina, cuyo origen se remonta a Aristóteles, que señala: *Nihil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu* (nada hay en la razón que antes no haya pasado por los sentidos).

La idea de la naturaleza humana se forma de la experiencia interna y externa, y se convierte en certeza con la conexión, reafirmada por la creencia, entre impresiones y sentimientos.

Asimismo, la utilidad debe estar conectada a un sentimiento de agrado, y la acción hecha concretada a la utilidad pública. Aparece así, en el campo de la moralidad, la idea compleja, la cual recibe como clasificación las relaciones, los modos y las sustancias<sup>14</sup>.

Con esta breve síntesis del pensamiento humeano, debemos destacar que el sentimiento juega un papel trascendental. Incluso, para Norman Kemp Smith<sup>15</sup>, la intención original de Hume era la de someter a la razón a los designios de las pasiones y los sentimientos, posición que puede denominarse naturalismo. Pero, independientemente de aceptar interpretaciones naturalistas en Hume, sí es claro que sin sentimiento no es posible acceder a la naturaleza humana, desde la perspectiva del autor escocés.

El sentimiento fundamenta la naturaleza humana, lo que llevaría a afirmar que el sentimiento humanitario sirve de basamento a las acciones humanas motivadas por la utilidad pública y la satisfacción de

<sup>13</sup> “Todos concederán sin dificultad que existe una diferencia considerable entre las percepciones de la mente cuando sentimos dolor o calor excesivo [...] y cuando más tarde recordamos estas sensaciones o las anticipamos con la imaginación”. HUME, *Investigación sobre el entendimiento...* cit., p. 25 (primer párrafo, sección II).

<sup>14</sup> HUME, *Tratado...* cit., p. 101 (sección cuarta, parte primera, t. I).

<sup>15</sup> Citado por Duque en: Ídem, p. 28.

ANDRÉS BOTERO BERNAL

---

necesidades. Además, este sentimiento humanitario se encuentra respaldado por otro sentimiento de igual importancia, aunque sometido a escarmiento por la tradición judeocristiana (dar sin esperar nada a cambio): el reconocimiento fruto de mi buen accionar que supone un sentimiento de vergüenza ante la mala obra<sup>16</sup>. Al respecto dice Hume:

*Otro principio de nuestra constitución que añade una gran fuerza al sentimiento moral es el deseo de fama, el cual impera en todas las almas generosas con tan incontrolable autoridad, y es a menudo el gran objetivo de todos sus planes y empresas [...] Nuestro sentimiento moral mismo es un sentimiento de esa naturaleza, y nuestra preocupación por mantener una buena reputación frente a los demás parece surgir únicamente de un cuidado por preservar nuestra reputación ante nosotros mismos; y a fin de alcanzar ese propósito vemos que resulta necesario apuntalar nuestro vacilante juicio con la correspondiente aprobación de la humanidad<sup>17</sup>.*

#### 4. La concepción de justicia en David Hume

La justicia, para David Hume, no es más que un artificio de las sociedades fundado en la utilidad pública (postulado que luego será recogido por Bentham, quien no dejará de influir en el proceso de la codificación, en especial, la penal). Aquí encontramos una peculiar diferencia entre la *Investigación sobre los principios de la moral* y el *Tratado de la naturaleza humana* en su tercer tomo. La primera de estas obras entra de una vez afirmando que la justicia es un artificio fundado en la utilidad pública<sup>18</sup>, mientras en el *Tratado* toma su tiempo de análisis sobre este “valor” para concluir sólo al finalizar la sección I de la parte II lo siguiente: “...el sentido de la justicia y la injusticia

<sup>16</sup> Es de antiguo la consideración de que la búsqueda del mantenimiento del buen nombre y el sentimiento de vergüenza (dos caras de la misma moneda) son los ejes de la actividad moral judeocristiana. Por ejemplo, ya varios siglos antes de Hume, decía el Conde Lucanor: “Así vemos que la vergüenza es principio de toda virtud y la desvergüenza de todo vicio”. Cfr. Don JUAN MANUEL, *El Conde Lucanor*, Castalia, Madrid, 1996, p. 192.

<sup>17</sup> HUME, David, *Investigación sobre los principios de la moral*, Alianza, Madrid, 1993, ps. 160-161 (conclusión).

<sup>18</sup> Ídem, p. 47 (parte I de la sección 3).

UNA APROXIMACIÓN HISTÓRICO-FILOSÓFICA AL PENSAMIENTO DE DAVID HUME

*no se deriva de la naturaleza sino que surge, de un modo artificial aunque necesario, de la educación y las convenciones humanas*<sup>19</sup>.

Claro está que, encontrándonos que el término “natural” puede tener varias acepciones<sup>20</sup>, puede resultar que si bien la justicia no es algo natural a la humanidad, esta creación artificial pueda ser natural en otro sentido del término. En fin de cuentas el hombre es un ser artificial por “naturaleza”:

*Para que nadie se sienta ofendido, debo señalar aquí que cuando niego que la justicia sea una virtud natural utilizo la palabra natural en cuanto exclusivamente opuesta a artificial. Pero en otro sentido de la palabra, así como no hay principio de la mente humana que sea más natural que el sentimiento de la virtud, del mismo modo no hay virtud más natural que la justicia. La humanidad es una especie inventiva; y cuando una invención es obvia y absolutamente necesaria puede decirse con propiedad que es natural*<sup>21</sup>.

Así las cosas, el señalamiento de artificial de la justicia es un duro golpe para las concepciones dogmáticas de la moral, que fundaban en esta virtud todo su andamiaje. Son muchos, entonces, los sistemas morales que se construyen bajo la égida de que la justicia es un valor absoluto, cuyo fundamento recae en la racionalidad humana (tal como sostendrán varios ilustrados y modernos) o en el querer divino (propuesta de los escolásticos, fundamentalmente). Pero con Hume, se produce una herida narcisista en el hombre que se consideraba realizador de planes más allá de la mera convencionalidad humana. El sacerdote queda en aprietos frente a los argumentos del escocés y qué decir de los abogados. Pero antes de ahondar en la concepción de justicia y sus implicaciones en el derecho desarrollemos un poco más la idea de la tradición dogmática en cuanto la justicia.

El dogmatismo en la concepción de justicia suele atribuir cualidades absolutas y universales a esta virtud. Entre estas visiones tradicionales encontramos dos principalmente: el racionalismo y la teología. El ra-

<sup>19</sup> HUME, *Tratado...* cit., p. 707 (t. III).

<sup>20</sup> Por natural puede entenderse lo opuesto a los milagros, lo opuesto a lo raro y poco habitual, o lo contrario a lo artificial. Cfr. ídem, ps. 695-698.

<sup>21</sup> Ídem, p. 708.

ANDRÉS BOTERO BERNAL

---

cionalismo (o iusnaturalismo racionalista) y la escolástica (iusnaturalismo teológico) son, de esta forma, los blancos fundamentales de las argumentaciones de Hume al afirmar que la justicia es un producto social con miras a lograr la utilidad pública.

Ahora bien, ¿qué entiende Hume por moral? Recordemos que para Hume las virtudes, núcleo de la moral, para ser tales, deben estar respaldadas en un sentimiento, de la misma forma como el conocimiento se funda para ser tal en la creencia. Por tanto, puede decirse que la moralidad del sistema humeano se descifra en el sentimiento. Dirá el propio Hume:

*En resumen, puede establecerse como máxima indudable que ninguna acción puede ser virtuosa, o moralmente buena, a menos que exista en la naturaleza humana algún motivo que la produzca, que sea distinto al sentimiento de la moralidad de la acción<sup>22</sup>.*

La justicia, si desea ser considerada una virtud, debe fundarse en un sentimiento que provoque su inmersión en el campo de la moralidad. ¿Cuál puede ser este sentimiento? Algunos afirmarán que el sentimiento que funda a la justicia es el amor universal o el respeto por los intereses de todos los hombres. Otros afirmarán que no es un amor universal sino un amor al prójimo (entendido como próximo). No falta quien señale que es el mismo hecho de la honestidad. En otras esferas señalarán que es el interés privado el que hace al hombre fundar la justicia como virtud. Algunos la fundarán es el respeto al interés público. Pero en fin de cuentas, ninguna de estas respuestas satisface a Hume, quien da sendos argumentos en contra de cada una de estas posiciones<sup>23</sup>, para concluir, como ya se ha dicho en varias oportunidades en este trabajo, que la justicia surge de un modo artificial y no tenemos otro motivo real de observancia de la justicia que el hecho de su utilidad a la sociedad (no el respeto al interés público, que es un criterio rechazado por Hume como fundamento de la justicia)<sup>24</sup>, no a los individuos, es decir, un criterio de utilidad pública y no particular.

<sup>22</sup> Ídem, p. 701.

<sup>23</sup> Remito a: ídem, ps. 703 y ss.

<sup>24</sup> Hume esgrime tres argumentos en contra del respeto al interés público como fundamento de la justicia: el primero radica en que el interés público no está ligado

UNA APROXIMACIÓN HISTÓRICO-FILOSÓFICA AL PENSAMIENTO DE DAVID HUME

Además, este criterio de justicia como fruto de la utilidad pública está respaldado por una sociedad que la considera como una buena vía de preservar la propiedad y mantenerla como baluarte de la organización comunitaria.

No obstante, queda de esta forma un sinsabor: que la afirmación de la convencionalidad y de la artificialidad de la justicia le hace perder fuerza. Pero el propio Hume es enfático afirmando: la utilidad pública da fuerza a la justicia, sin necesidad de recurrir a otras consideraciones:

*These reflections are far from weakening the obligations of justice, or diminishing any thing from the most sacred attention to property. On the contrary, such sentiments must acquire new force from the present reasoning. For what stronger foundation can be desired or conceived for any duty, than to observe, that human society, or even human nature could not subsist, without the establishment of it; and will still arrive at greater degrees of happiness and perfection, the more inviolable the regard is, which is paid to that duty?*<sup>25</sup>

Ahora bien, es por la utilidad que Hume tiene una concepción de justicia muy ligada a la propiedad. El propio Hume lo dice con las siguientes palabras: “*If the latter be the case, it follows, that property, which is the object of justice, is also distinguished by a simple, original instinct, and is not ascertained by any argument or reflection*”<sup>26</sup>. Esto podríamos denominarlo como una justicia utilitarista y jurídica. Utilitarista pues al ser una convención humana se legitima por su utilidad pública, y jurídica porque está asociada, fundamentalmente, al derecho de propiedad, vinculándose así a una visión del sistema jurídico moderno que, como lo advierte Marx, se fundamenta en el dominio y en

por naturaleza a la observancia de las reglas de justicia, sino que está conectado por una convención artificial. La segunda sería la siguiente: si aceptamos esta posición tendríamos que ante un caso donde el público no se interese en una acción desaparecería la exigencia de justicia para ésta, lo que sería un contrasentido. La tercera consiste en el hecho que la experiencia prueba que los hombres no se preocupan en su conducta ordinaria por algo tan abstracto y lejano como el interés público. Cfr. ídem, ps. 703-704.

<sup>25</sup> HUME, David, *An enquiry concerning the principles of morals*, Indianápolis (Cambridge): Hackett publishing company, 1983, p. 32.

<sup>26</sup> Ídem, p. 33.

ANDRÉS BOTERO BERNAL

---

la posesión, al mismo tiempo que toma partido en el sentido de considerar que la fuente del derecho y la emanación de la justicia no puede buscarse por fuera del derecho de propiedad.

Entonces, recapitulando, al sostener que la justicia es una convención humana<sup>27</sup> que se justifica por la utilidad pública que de ella se deriva, cabría entonces el rechazo al naturalismo en la virtud de la justicia. Si la justicia fuera algo natural a la humanidad, existiría incluso en momentos anteriores a la propia sociedad, tal como la conocemos.

Estos estados del hombre anteriores a las organizaciones sociales y políticas es algo que el propio Hume no deja de criticar. Hobbes, por ejemplo, pensaba que el hombre por naturaleza es un lobo para sí mismo<sup>28</sup>. Por naturaleza el hombre es un asesino, y su estado natural es el salvajismo bajo el cual el fuerte logra imponerse sobre el débil. Esta posición es duramente criticada por Hume. Pero tampoco acepta Hume las tesis de los defensores de posiciones contrarias a las de Hobbes, es decir, de aquellos que sostienen la existencia de una edad dorada que precedió a las sociedades. Estas personas sostienen que el estado de naturaleza del hombre es la bondad, siendo las sociedades las culpables de la corrupción del mismo. Tesis como ésta, defendida entre otros por Rousseau, son rechazadas en el sistema humeano. Sobre el estado de naturaleza salvaje y la edad dorada, dos posiciones contrarias pero igualmente rechazadas por Hume, tenemos las siguientes palabras:

*El que una tal condición de la naturaleza humana pudiera haber existido alguna vez; y el que, si de hecho existió, lograra haber permanecido el tiempo suficiente como para merecer la apelación*

<sup>27</sup> Para Hume la convención consiste únicamente en un sentimiento general de interés común, donde todos los miembros de la comunidad se comunican mutuamente este sentimiento, que les induce a regular su conducta mediante ciertas reglas. HUME, *Tratado...* cit., p. 715.

<sup>28</sup> "...fuera de la sociedad civil reinan las pasiones, la guerra, la pobreza, el miedo, la soledad, la miseria, la barbarie, la ignorancia, la crueldad. Pero en el orden del Estado, la razón, la paz, la seguridad, las riquezas, la decencia, la elegancia, las ciencias y la tranquilidad reinan por doquier. Frente al estado natural de los humanos en el que la desatada violencia natural de las pasiones humanas determina la guerra de todos contra todos..." HOBBS, Thomas, *El Leviatán*, trad. de Manuel Sánchez S., Editorial Universitaria Universidad de Puerto Rico, Puerto Rico, 1974, p. 109.

*de estado, son cosas que pueden justamente ponerse en duda: al fin y al cabo, los hombres nacen necesariamente en una sociedad familiar, y sus padres les enseñan algunas normas de conducta y comportamiento<sup>29</sup>.*

Y por este rechazo a concepciones que hablan de una preexistencia del hombre a la sociedad, es que Hume afirma, con radicalidad, el carácter social del hombre, de forma tal que no puede desvincularse uno del otro, por razones de supervivencia, todo lo cual da origen al primer y al más importante de los derechos: la propiedad.

*De todos los animales que pueblan este mundo, no hay ninguno contra el cual la naturaleza, a primera vista, parezca haber ejecutado más crueldad que contra el hombre, si se piensa en las innumerables necesidades y exigencias de que lo ha cargado y en los flacos medios que le ha dado para satisfacer sus necesidades [...] Sólo en el hombre se observa, en su mayor perfección, esta contranatural conjunción de flaqueza y necesidad. Sólo mediante la sociedad es capaz de remediar sus defectos y elevarse a un plano de igualdad con las demás criaturas, y aun hacerse de una superioridad sobre ellas. Mediante la sociedad, todas sus flaquezas se compensan; y aunque en esa situación sus necesidades aumentan a cada momento para él, sus capacidades aumentan todavía más y lo dejan, en todo respecto, más satisfecho y feliz de lo que podría serlo jamás en su condición salvaje y solitaria<sup>30</sup>.*

## 5. La concepción del derecho en David Hume

Tal como se dijo al inicio, a partir de la concepción de justicia de David Hume puede rastrearse la noción de derecho que subyace en dos de sus obras más importantes, desde la perspectiva que se asumió desde un principio en este trabajo: *Tratado de la naturaleza humana* e *Investigación sobre los principios de la moral*.

<sup>29</sup> HUME, *Investigación sobre los principios...* cit., p. 55. La anterior cita aclara el sentido de la siguiente: "El hombre nacido en una familia, se ve llevado a mantener la sociedad por necesidad, por inclinación natural o por hábito". HUME, David, *Ensayos políticos: sobre el origen del gobierno. Recopilación de Charles W. Hendel*, trad. de Francisco González Aramburu, Herrera Hermanos, México, 1965, p. 42.

<sup>30</sup> Ídem, capítulo sobre el origen de la justicia y la propiedad.

ANDRÉS BOTERO BERNAL

---

Como ya se había señalado, la justicia es una convención humana, lo cual no hace que pierda fuerza alguna, sino, en cambio, se valore su sentido a partir de la utilidad que presta a la sociedad política. La justicia, además, se concreta en el derecho de propiedad, que igualmente es un derecho fruto del artificio. Así las cosas, la propiedad no es un derecho innato, o un atributo divino dado a los hombres por la misericordia de Dios. La propiedad es una convención que, al ser útil, se sustenta a lo largo de las generaciones, siendo incluso un parámetro de medición de las culturas<sup>31</sup>.

El derecho, igualmente, es una convención, un artificio de las sociedades para evitar y acallar los brotes que van en contra de la sociedad misma. Ésta es la clave de la noción que del derecho manejaba Hume. Si bien el propio Hume menciona como antecesores de la concepción de Hobbes sobre el estado de naturaleza a Calicles y a Cicerón<sup>32</sup>, utiliza una sentencia de este último que bien puede servir de sustento a la posición del derecho que acaba de tomarse:

Atque inter hanc vitam, perpolitam humanitate, et illam immanem, nihil tam interest quam JUS atque VIS. Horum utro uti nolimus, altero est etendum. Vim volumus extinguere? Jus valeat necesse est, id est, judicium, quibus omne jus continetur. Judicia displicent, aut nulla sunt, Vis dominetur necesse est. Haec vident omnes<sup>33</sup>.

Este texto en latín puede ser traducido de la siguiente forma: “Y no hay punto en el que esta manera de vida, suavizada por la civilización, difiera más de aquélla otra salvaje, que el hecho de ser la

<sup>31</sup> De allí el buen juicio que hace del pueblo romano, el cual por su derecho (consagrante de la propiedad privada) logró un impulso de las artes y las ciencias. HUME, David, *La norma del gusto y otros ensayos*, trad. de María Beguiristáin, ediciones Península, Barcelona, 1989, ps. 88-92. La idea de medir las culturas según su concepción de la propiedad se encuentra igualmente en: THIERS, L. A., *La propiedad*, Librería de Antonio Novo, Madrid, 1880 (en esta edición, el traductor sólo se identifica por sus iniciales: “R. M.”). Sin embargo, este estudio sobre la propiedad del autor francés se tradujo primeramente al castellano por J. Vázquez Queipo, Imprenta de Mellado, Madrid, 1848, esto es, el mismo año de la edición francesa original. Igualmente hay una impresión de esa traducción en Bogotá, 1852. Una de las tesis de esta obra es que la propiedad inmueble es una característica de civilización.

<sup>32</sup> HUME, *Investigación sobre los principios...* cit., p. 55.

<sup>33</sup> Ídem, p. 55. Igualmente en HUME, *Enquiry...* cit., p. 25.

*justicia*<sup>34</sup> el principio que gobierna una, y la *fuerza*<sup>35</sup> lo que gobierna la otra. Si no elegimos ser guiados por aquélla, hemos, por fuerza de adoptar ésta. ¿Queremos que desaparezca la violencia? Será entonces necesario que la justicia prevalezca, es decir, los jueces. Pues es en ellos donde reside todo el derecho. Cuando los jueces de justicia son despreciados o suspendidos, la violencia se impone. Esto es visto por todos<sup>36</sup>. Esta sentencia explica de alguna manera la importancia que el escocés da a la administración de justicia<sup>37</sup>.

Así las cosas, si bien Cicerón acepta la existencia de un estado de naturaleza de salvajismo anterior al estado romano, es decir, anterior a su experiencia de sociedad, no por ello puede descalificarse su sentencia sabiamente tomada por el filósofo escocés.

Podría interpretarse, asumiendo claro está la responsabilidad de este cambio de mirada del texto del jurista y filósofo latino, que el derecho garantizaría, al seguir los criterios de justicia, que la sociedad no se disuelva, especialmente que no se destruya. El derecho se manifiesta necesariamente a partir de sus hombres: los jueces.

El derecho, entonces, es un artificio que permite la convivencia y que la sociedad no se arroje a los estados de barbarie y de violencia máxima. Esto siempre y cuando obedezca los criterios de justicia impuestos en torno a la utilidad pública y que se identifican con la propiedad.

<sup>34</sup> En la traducción expuesta en la *Investigación sobre los principios de la moral* (ob. cit., p. 56) se escribe este término como *Ley*. En latín, ley se escribe *lex*. Al traducir la palabra latina *jus*, debe preferirse hacerlo por el término justicia. Teniendo en cuenta el contexto de la oración, *jus* define, en este caso, a la justicia expresada en las normas.

<sup>35</sup> En la traducción anotada en el trabajo de Hume (ídem, p. 56) se escribe violencia, tal vez para hacer énfasis en este aspecto. Pero debe preferirse traducir el término *vis* como "fuerza".

<sup>36</sup> Esta traducción se basó, parcialmente, en la efectuada en el texto de Hume (ídem, p. 56).

<sup>37</sup> "Nuestro sistema político entero, y cada uno de sus órganos, el ejército, la armada y las dos Cámaras, todo ello no es sino el medio de alcanzar un solo y único fin: la conservación de la libertad de los doce grandes jueces de Inglaterra". Hume, David, citado por Antonio Pérez Rincón, en: PÉREZ RINCÓN, Antonio, *Apuntaciones históricas sobre el Derecho Administrativo colombiano -1784 a 1941-*, Nelly, Bogotá, 1941. Dedicatoria.

ANDRÉS BOTERO BERNAL

---

Ahora bien, ¿cómo y quién hace el derecho? ¿Acaso se esconde en Hume una nueva revitalización, muy de moda entre los ilustrados de su época, de un contractualismo en torno a determinar qué es justo y qué no lo es? ¿Quién y cómo determina la utilidad para que sirva de guía a la justicia que de allí surge? Estos interrogantes, altamente unidos al tema que nos ocupa, deberán ser resueltos en otra investigación, pero se dejan expuestos para mantener vigente la lectura de un filósofo que al pasar los años sigue siendo influyente.

## **6. Ejemplo concreto: La justicia en el derecho internacional humanitario**

Si el derecho es la concreción de la justicia y ambos son artificios de las sociedades para evitar su aniquilamiento, podría pensarse que el derecho está asociado a la paz y a las bellas formas de la vida.

Muchos de los defensores de una moral internacional, asimilada a unas formas jurídicas de carácter supranacional (derecho internacional humanitario), afirman que la justicia se suspende una vez que se inicia el conflicto armado. La justicia evita o apaga el conflicto, pero nunca es su concreción. El derecho, en cambio, una vez iniciado el conflicto, toma más vigencia, en tanto debe encauzar los comportamientos de los actores armados, reglas que deben ser obedecidas sin ninguna excepción.

Pero en la guerra, el derecho y la justicia adquieren nuevas formas de presentarse, no de ausentarse. La sentencia que a continuación se escribirá, puede generar todo tipo de reacciones viscerales en los defensores de una moral internacional, asimilada al derecho internacional humanitario:

*The rage and violence of public war; what is it but a suspension of justice among the warring parties, who perceive, that this virtue is now no longer of any use or advantage to them? The laws of war, which then succeed to those of equity and justice, are rules calculated for the advantage and utility of that particular state, in which men are now placed. And were a civilized nation engaged with barbarians, who observed no rules even of war; the former must also suspend their observance of them, where they no longer serve to any*

---

UNA APROXIMACIÓN HISTÓRICO-FILOSÓFICA AL PENSAMIENTO DE DAVID HUME

---

*purpose; and must render every action or reencounter as bloody and pernicious as possible to the first aggressors*<sup>38</sup>.

La guerra, entonces, no es la suspensión de la justicia, sino que puede ser su expresión en un momento dado: cuando obedezca a la ventaja (*advantage*) y a la utilidad (*utility*) pública. Incluso, la trasgresión de las normas mínimas de guerra, en momentos en que se enfrenta a enemigos que no observan ninguna regla en el conflicto, es un acto de justicia, lo cual permite negar cualquier lectura que señale que Hume es un crítico absoluto del concepto de “razón de Estado”.

En el ejemplo propuesto por el escocés, la justicia estaría de manos del agredido, y ésta permitiría y justificaría la actuación de defensa. Por tanto, los criterios que asimilan justicia y paz son denunciados por Hume, para quien la guerra puede ser escenario de justicia en ciertas situaciones.

El derecho sirve en tanto esté guiado por la utilidad pública (no privada). Las normas que regulan la guerra deben ser acatadas en cuanto sean útiles y correspondan a la justicia aplicable a dicha situación. Pero en momentos en que la justicia indique que la supervivencia de la sociedad está en juego, como por ejemplo cuando el agresor actúa en forma más que inhumana, la reacción no puede ser otra que actuar de la forma más perniciosa (*pernicious*) y sangrienta (*bloody*) posible.

El derecho por el derecho, las normas por las normas, las formas jurídicas justificadas por sí mismas, es algo que no acepta la propuesta filosófica de David Hume.

## 7. Conclusiones

Con lo visto hasta el momento, no nos queda duda de que Hume tiene entre su bagaje filosófico importantes argumentos jurídicos. La pregunta es si esto permite hablar en el pensador escocés de un filósofo del Derecho.

Pues bien, retomemos algunos de los conceptos cruciales del pen-

<sup>38</sup> HUME, *Enquiry...* cit., p. 23.

ANDRÉS BOTERO BERNAL

---

samiento jurídico de este filósofo, que son a saber, la concepción de justicia como valor artificial pero fundante del Derecho, la fuerte ligazón que establece entre justicia y propiedad, y la vinculación que hace entre la justicia con el rol jurisdiccional (que llega a identificar como el más importante en el Estado), asuntos que fueron someramente expuestos en los apartados anteriores. Ahora, ¿estos aspectos de su pensamiento corresponden a una originalidad del pensamiento de Hume de manera tal que podamos decir que hay una propuesta iusfilosófica en este autor?

Analicemos uno por uno estos postulados, iniciando esta reflexión con la concepción de justicia. Ya se anotó, claro está que de manera muy general, la artificialidad de este valor, lo que constituye indudablemente un aporte del escocés al pensamiento filosófico (lo que de por sí no permite hablar de una filosofía del derecho a posteriori, en tanto no tiene como objeto directo el Derecho, sino una estructura de valores y una postura política), pero el señalar que la justicia es fundamento del Derecho no es en modo alguno un pensamiento que pudiera calificarse de innovador ni mucho menos de un argumento fuerte, dado que era una concepción muy general que se deriva de los autores clásicos, tan queridos por Hume.

Resulta que el Derecho occidental, de tiempo atrás ha estado asociado a concepciones axiológicas, y la más antigua es aquella que se remonta a Grecia y Roma, que ligaba, e incluso confundía, lo justo y lo jurídico. De esta manera, al retomarse esta tradición jurídica de antiguo, es fácil explicar la identificación que hace San Agustín entre derecho y justicia<sup>39</sup>, concepción matizada algunos siglos después con Santo Tomás quien ya consideraba que la justicia era el fin al que debía propender el Derecho, y al colocar la idea de fin ya se puede hablar de Derecho que no es justo en tanto no cumple lo esperado, lo que pone en la mesa el debate sobre la obediencia o no al derecho

<sup>39</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Del mito y de la razón en el pensamiento político*, en Revista de Occidente, Madrid, 1968, ps. 65-93 (Cap. *La idea medieval del Derecho*). En este ensayo se encuentra una buena exposición de la relación justicia-derecho durante el medioevo, con lo que puede afirmarse que desde los inicios mismos de la(s) cultura(s) occidental(es) la idea de justicia no se ha desvinculado de manera absoluta de la de derecho, lo que explica el énfasis que hace Hume en este sentido.

injusto, asunto que no estudiaremos en tanto escapa a nuestro objeto de análisis. Será el iusnaturalismo, aquel que pudiéramos denominar histórico, el que intente recuperar la justicia como el valor superior del ordenamiento jurídico, el cual tiene representantes en la actualidad<sup>40</sup>. Hume, entonces, responde en su momento de manera correspondiente a la idea general, incluso podría decirse que tradicional, de vinculación del Derecho con la Justicia. Recordemos que Hume está enclavado en un contexto determinado, que en su caso es el Common Law británico, donde la configuración de lo justo está profundamente ligado, más en ese entonces, con el quehacer jurisprudencial que ratificaba una costumbre que, por inveterada, está igualmente conectada con la idea de concreción de lo justo. Además, la consideración del Derecho como fruto (ideal o real) de lo Justo, era un *leit motiv* en los juristas del XVIII inglés, cosa que queda patente de la lectura del más importante e influyente de ellos: William Blackstone (1723-1780)<sup>41</sup>.

Ahora bien, con respecto a la propiedad, cuando Hume considera la ligazón justicia-propiedad, todo lo cual en una clave de evolución humana, lo que hace es ratificar una idea muy general en su momento (no sólo en Gran Bretaña sino en todo el continente) de considerar que en el binomio *liberty-property* se encuentra el fundamento de las diferentes cartas y pactos de Derechos que se remontan a su vez al Derecho natural y, además en el caso inglés, a la *Magna Charta libertatum* (1215), siendo derechos que se perfeccionan –tanto en su presentación formal como en su aplicación judicial– con el paso del tiempo. Incluso, la libertad debe entenderse en clave de antiguo régimen inglés (que en virtud del historicismo es entendido como un derecho

<sup>40</sup> En nuestro medio se destaca: VALENCIA RESTREPO, Hernán, *Nomoárquica, principialística jurídica o los principios generales del derecho*, 2ª ed., Temis, Bogotá, 1999, ps. 268-272. Este autor considera la justicia como principio fundante no fundado, el universalísimo o principio sumo. A su sentir el principio de que el *derecho debe ser justo y su aplicación equitativa*, fundamenta a todos los demás principios pero no es fundado por ninguno.

<sup>41</sup> Entre 1765 y 1769, Blackstone publicó los cuatro volúmenes de *Commentaries on the Laws of England*, que supuso la primera sistematización doctrinal del derecho consuetudinario inglés, de gran influencia posterior, tanto en Gran Bretaña como en Estados Unidos. En sus *Commentaries* es constante la referencia al Derecho (Common Law) como lo justo.

ANDRÉS BOTERO BERNAL

---

en continuo mejoramiento pero atento al pasado)<sup>42</sup>, por lo cual no podría pensarse que el contenido de dicho concepto en la tradición jurídica británica corresponde al modelo de libertad que instaurará más adelante la revolución francesa (de ruptura con el antiguo régimen, en clave individualista y hermanado con la igualdad ante la ley). Así, entre la libertad, que aún no toma la fuerza que luego tendrá en los procesos revolucionarios de finales del XVIII, y la propiedad, expresada inicialmente como una garantía frente al sistema de imposición fiscal, hay un nexo muy fuerte. Esta visión tradicional que identifica en el fondo del surgimiento de la carta de derechos a la propiedad es predominante hasta el XX<sup>43</sup>, y sólo en ese siglo empieza a ser cuestionada, siendo un ejemplo de ello el debate entre Jellinek y Boutmy<sup>44</sup>, debate

<sup>42</sup> Esto puede demostrarse de la siguiente manera: la libertad en la constitución histórica inglesa se remonta, fundamentalmente, a la protección de la libertad personal, pero con el paso del tiempo se empieza a predicar para otros sectores, en tanto es un derecho en expansión, como es el caso de la libertad religiosa. Ésta no era la esencia del concepto medieval de libertad en el Common Law, pero en el XVII James Harrington afirmó que la libertad religiosa es consecuencia de la libertad civil de los ingleses, consagrada por la constitución histórica.

<sup>43</sup> A manera de ejemplo, Locke consideraba la idea de propiedad como la base del derecho natural (LOCKE, J., *Secondo trattato sul governo* [1690], UTET, Torino, 1968, p. 343). Los iusnaturalistas racionalistas de aquel entonces compartían una tesis similar (según sostiene STRAUSS, L., *Diritto naturale e storia*, Neri Pozza editore, Venezia, 1957). Igualmente, era del acervo común del político y del jurista inglés considerar la propiedad como uno de los derechos fundamentales del Common Law.

<sup>44</sup> Cfr. E. Boutmy, *Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte* und Georg Jellinek, editado en 1902. Jellinek: *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, 1902, con una edición posterior en 1911 en "Schriften und Reden". El argumento central de Jellinek (tendremos que hacer aquí una reducción de un pensamiento muy extenso) es que la declaración de derechos francesa con toda su consecuencia constitucional tiene no sólo como precedente sino como instaurador el proceso declarativo de derechos americano, el cual –según este autor– tiene como una de sus principales bases la libertad de conciencia. La tesis de Boutmy es que en la Francia ilustrada se encuentra la cuna del proceso declarativo de derechos francés, en especial en autores como Rousseau. En la biblioteca jurídica virtual de la UNAM (México), consultable en la internet, existe una edición de *La declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano*, de Jellinek, traducida al español por Adolfo Posada, donde tanto el traductor como Miguel Carbonell hacen sendos estudios del debate antes mencionado. Cfr. JELLINEK, G., *La declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano*, trad. de Adolfo Posada, Estudio preliminar de A. Posada y M. Carbonell, UNAM, México, 2001.

que subsiste parcialmente entre los que sostienen que el origen de los derechos se encuentra en la libertad de conciencia y los que defienden la tesis tradicional de que se halla en la propiedad (algunos de los cuales se atreven a decir sin miramiento alguno que es la propiedad privada)<sup>45</sup>. Como fruto de este encarnado debate, se plantea una tercera vía, más propicia al modelo de la complejidad, de creer que el origen de las declaraciones de derechos se debe a un entramado complejo donde intervienen las estructuras (en movimiento) de reconocimiento de la propiedad como garantía (modelo tradicional) y la libertad de conciencia (fundada especialmente en la Paz de Westfalia y en las elaboraciones de los monarcómacos surgidas a partir de las matanzas de San Bartolomé), pero que no se agota allí, proponiendo también como explicación de su nacimiento el tránsito desde una concepción estamentalista del sujeto (como integrante en un grupo o corporación, dotado de un fin corporativo que se impone al propio individuo) hacia una concepción individualista, en la que el sujeto cobra importancia identificando un ámbito de autonomía propio.

En consecuencia, la base de la justicia en la consideración de la propiedad, en lo atinente a sus consecuencias jurídicas, no es en modo alguno una propuesta que podría decirse original, sino propia de una tradición que consideraba esta idea como un lugar común, tradición que luego da soporte a las afirmaciones en este mismo sentido de los liberales políticos (previos a Hume), los liberales económicos clásicos (con trabajos coetáneos a la obra del escocés, como los de A. Smith)<sup>46</sup>,

<sup>45</sup> Entre los autores que ponen en duda que la propiedad haya sido el primer derecho están Walzer (WALZER, M., *Diritti costituzionali e forma della società civile*, en BONAZZI, T. [ed.], *La costituzione statunitense e il suo significato odierno*, Il Mulino, Bologna, 1988. Igualmente: WALZER, M., *Sulla tolleranza*, Laterza, Roma-Bari, 2003) y Gozzi (GOZZI, G., *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di Diritto alla democrazia costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 1999, Parte prima). Estos autores parten del reconocimiento de que la teoría tradicional (que atraviesa el período de vida de Hume) identifica la propiedad como el primer derecho, pero consideran que la respuesta acertada se encuentra del lado de la libertad de conciencia.

<sup>46</sup> Si bien el interés de Hume por la propiedad se explica a partir del contexto que lo rodea (historicismo y Common Law), el contenido de este derecho no corresponde por entero al significado que tuvo en el medioevo, acercándose de alguna manera a las concepciones que de la propiedad esgrimirá el liberalismo clásico. Algo

ANDRÉS BOTERO BERNAL

---

las explicaciones del surgimiento de la cultura greco-romana siendo Fustel de Coulanges y Theodor Mommsen los mejores ejemplos, las propuestas político-académicas de Marx y Engels, etcétera<sup>47</sup>.

Claro está que el énfasis que Hume da a la propiedad no significa en modo alguno que éste ignore la importancia de la otra cara de esta moneda, la libertad, reconocida por muchos estudios como otra base del sistema del Common Law, afirmación sobre la que volveremos más adelante. Hume parte del reconocimiento de la libertad en su teoría del conocimiento, cuando afirma que la imaginación no está limitada a reproducir con la misma forma y orden nuestras percepciones<sup>48</sup>. Igualmente, considera la libertad como condición de la teoría moral, en tanto sin ella no sería posible una concepción del buen obrar<sup>49</sup>. Estas máximas de Hume en torno a la libertad son emitidas en un contexto determinado (por lo cual no podemos considerar que el concepto francés revolucionario, ni mucho menos el acuñado en la contemporaneidad como “derecho fundamental”, son categorías presentes íntegramente en Hume), donde la libertad se asocia funda-

similar acaece con el concepto de libertad. Entonces, el hecho de que la visión histórica y tradicional de los derechos haga que Hume vincule justicia con propiedad (así como justicia con jueces), no significa que el contenido de la propiedad se identifique con lo que se entendía por tal en el medioevo. Remitirse a la nota 51 de este artículo.

<sup>47</sup> Debemos agradecer al prof. Ignacio Fernández Sarasola (Universidad de Oviedo), quien contribuyó de manera decisiva en la elaboración de los párrafos inmediatamente precedentes.

<sup>48</sup> “Hume dice que no hay nada más libre que la imaginación que está en constante movimiento y nada es más veloz que la rapidez de pensamiento. Pero de la libertad ó de su movimiento constante no se sigue que los eventos mentales ocurran azorosamente, en completo caos. Hay un orden y una coherencia en los sucesos de la mente, tal como los hay en los eventos más aparentemente caóticos del mundo físico”. STROUD, B., *Hume Filosofía Contemporánea*, trad. de Antonio Zirón, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995. p. 57. Un análisis al respecto en: GARCÍA, Mercedes, *La identidad personal en Hume*, UNAM (Instituto de Investigaciones Filosóficas), México, 1984.

<sup>49</sup> Por ello Hume (según Copleston) sostendrá que la espontaneidad es la forma de libertad que debemos tener interés en conocer, ya que si los actos se debieran al azar y no fueran causados por el agente, sería injusto que Dios o los hombres hicieran responsables a los seres humanos por las acciones malas o viciosas y se les hicieran condenas morales. COPLESTON, F., *Historia de la Filosofía*, trad. de Ana Doménech, Ariel, Barcelona, 1973, p. 306.

mentalmente a la propiedad y a la garantía de la libertad personal (que se expresa en el Common Law con el Habeas Corpus, por ejemplo) en un estrecho contacto con la autoridad (que debe ser obedecida como condición de ejercicio de la libertad)<sup>50-51</sup>. Estas consideraciones han dado lugar a algunas reflexiones que ponen el énfasis en la importancia del establecimiento de reglas claras de juego para el verdadero ejercicio de la libertad<sup>52</sup>, lo que supone una limitación jurídica de los roles políticos y de la acción de los individuos como garantía de la sociedad misma.

A la par, la consideración de la norma jurídica que hace Hume en defensa del establecimiento de las potestades del ciudadano, permitiría afirmar que la libertad no es una idea ausente en el pensamiento del escocés, pero ¿esto es una idea que podríamos calificar de iusfilosófica? Si esto es así, tendríamos que extender la iusfilosofía hasta los inicios del *logos*, pues estas afirmaciones tan generales las encontramos en un variopinto de autores tal que la filosofía del derecho terminaría siendo la misma filosofía. Además, la convicción de la importancia de la libertad en el sistema británico es una reflexión que encontramos en todas las obras jurídicas de la época, basta dar una hojeada a Edward Coke (en su obra de 1628) y a William Blackstone (con sus estudios publicados entre 1765 y 1769), e incluso en filósofos precedentes,

<sup>50</sup> Ídem, p. 324.

<sup>51</sup> Esto no significa que los conceptos de libertad y de propiedad en Hume corresponden por entero al modelo medieval, dado que hay diferencias entre la forma de concebirse ambos derechos en el XIII y en el XVIII inglés, pero también existen similitudes de partida entre ambos conceptos. Recuérdese que el historicismo no significa inmovilismo de los derechos (pero sí cierta sedimentación histórica, cierto peso del pasado que constituye el punto de arranque) y que antiguo régimen no siempre es lo mismo que medioevo (si bien el primero no puede comprenderse sin el segundo).

<sup>52</sup> Pero de ahí a afirmar que Hume es un defensor del Estado de Derecho (concepto político posterior al escocés), como lo dice Andrés Mejía, ya es otra cosa. MEJÍA VERGNAUD, *El gobierno de la ley: el pensamiento jurídico de David Hume*, en *Ámbito Jurídico*, Legis, Bogotá (julio/agosto, 2002), Nº 3. Ahora bien, es importante señalar que el escocés considera que la libertad es motor del arte y de las ciencias: HUME, *La norma del gusto...* cit., ps. 82-84. Hume critica el poder arbitrario, al que califica de ser, en todos los casos, opresor y degradante (Ídem, p. 87). Allí se encuentra la importancia de restringir a los magistrados-funcionarios con el fin de preservar la libertad, dando lugar a leyes y estatutos generales (Ídem, ps. 87-93).

ANDRÉS BOTERO BERNAL

---

como Locke. Es que la libertad, obviamente entendida en clave histórica, no es un sentimiento ajeno al inglés del XVIII.

Otro aspecto bien importante en la obra de Hume, tal como se dijo con anterioridad, es el relativo al papel de los jueces en el sistema político<sup>53</sup>. Pues bien, ya se había señalado que en el Common Law (así como en muchos otros pensadores británicos anteriores al escocés)<sup>54</sup>, que es el contexto que rodea a Hume, el juez es el centro de la acción jurídica, pero esto no sólo es una premisa predicable de la Isla, sino también que corresponde a una característica general del sistema antiguo, que podríamos denominar “potestad jurisdiccional”<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> Mejía realza en Hume su concepción de los jueces. Según la interpretación que él da del escocés, se hace necesario que los hombres instituyan varias personas llamadas magistrados cuya tarea es señalar los dictados de la equidad, castigar a los transgresores, corregir el fraude y la violencia y obligar a los hombres a observar sus intereses más auténticos y permanentes, por más que se resistan a hacerlo. MEJÍA VERGNAUD, *El gobierno de la ley...* cit.

<sup>54</sup> Por ejemplo, Locke, quien al defender la condición de igualdad manifiesta la necesidad de la existencia de los jueces, quienes a la larga cargarían con la responsabilidad de la salvaguarda de los derechos naturales, jugando un papel central en su pensamiento político (GOZZI, *Democrazia...* cit., p. 15). Ahora bien, es importante señalar que el pensamiento de Locke referido al Derecho y a la política, igualmente debe ser interpretado, si se quiere respetar el patrón original, con base en el Common Law. Es por ello que Gozzi dice: “La dottrina di Locke rappresenta certamente una razionalizzazione della tradizione costituzionalistica inglese” (Ídem, p. 15).

<sup>55</sup> Entre los trabajos académicos que defienden la existencia de un paradigma jurisdiccional dentro de la gestión del poder político en el antiguo régimen, encontramos: COSTA, P., *Iurisdictio, semantica del potere politico nella pubblicistica medioevale*, Milano, 1969; VALLEJO, J., *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid, 1992; HESPANHA, A. M., *Visperas del Leviatán. Instituciones y poder político (Portugal, siglo XVII)*, Madrid, 1989; MANNORI, L. y SORDI, B., *Storia del Diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001; MARTÍNEZ, F., *La orden apócrifa de 1810 sobre comercio libre en América. Estructura histórico-jurídica*; GROSSI, P., *L'ordine giuridico medioevale*, Roma-Bari, 1995; GARCÍA-PELAYO, M., *La idea medieval del Derecho*, entre muchos otros. El último autor citado dice: “(La) función del poder público era guardar ese orden jurídico compuesto por un mosaico de derechos subjetivos y, por eso, el rey no era configurado como legislador, sino como juez, y el rango jurídico-político se medía, como hemos dicho, en función de las atribuciones jurisdiccionales” (GARCÍA-PELAYO, ob. cit., p. 93), lo que explica la importancia de la función judicial en el antiguo régimen, que es mucho más acentuada en el Common Law.

UNA APROXIMACIÓN HISTÓRICO-FILOSÓFICA AL PENSAMIENTO DE DAVID HUME

Esta característica, profundamente analizada por varias escuelas historiográficas, en especial por la famosa escuela de Florencia liderada por Grossi, indica que en el antiguo régimen la manifestación de las instituciones de poder se hacía por medio de “decir el derecho” (*iuris dictio*), más que de hacerlo. En consecuencia, la labor judicial era el núcleo del poder y la manera de poner a funcionar, en una estructura casuística, el aparato político de entonces. Si a este modelo, que era más o menos común en la Europa del antiguo régimen, le sumamos la labor protagónica del juez en el Common Law que toma un camino diverso al derecho común basado en el derecho justiniano, encontramos como coherente y evidente la expresión del autor del *Tratado de la naturaleza humana*. Esto ratifica una vez más la importancia de articular a Hume con su contexto, como clave para acceder al contenido original del concepto, y así tener los elementos del caso para saber si en él hay o no una filosofía del derecho.

Entonces, esta vinculación de Hume con una época que determina su pensamiento (por lo menos el que podríamos llamar jurídico), queda más patente cuando se establece la vinculación de la justicia con el Estado jurisdiccional y la propiedad. Esto queda en evidencia si se estudia la concepción jurídica reinante en el XVIII inglés, trabajo que realiza, entre otros, Fioravanti<sup>56</sup>. Este autor italiano hace una excelente síntesis del modelo británico y americano, que bien podríamos resumir de la siguiente manera: según el modelo jurídico que vive Hume, son los jueces los que construyen el derecho común inglés<sup>57</sup>, con lo cual la jurisprudencia es la encargada de declarar (incluso constituir) los derechos que se remontan a las costumbres locales, a diferencia de lo que sucedió en el bajo medioevo continental donde con el éxito de la recuperación del Derecho Romano justiniano en Bolonia se inicia un desarraigo de lo local en el ámbito jurídico central. Y estos derechos, de manera indudable para el inglés del XVIII, estaban asociados al binomio *liberty & property* que implica inicialmente dos garantías que se remontan a la

<sup>56</sup> FIORAVANTI, Maurizio, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, 1995. Existe una traducción al español: FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*, trad. de Manuel Martínez Neira, 2ª ed., Trotta, Madrid, 1998, p. 165.

<sup>57</sup> Ídem, p. 32.

ANDRÉS BOTERO BERNAL

---

constitución histórica: el habeas corpus y la representatividad para la aprobación de impuestos. De esta manera, según Fioravanti, la costumbre jurisprudencial británica da un núcleo intocable al legislador por fuera del “orden natural de las cosas”<sup>58</sup>; pero este mismo modelo cae en un agotamiento pues la fuerza de este sistema es la historia (el orden natural de las cosas)<sup>59</sup>, lo que da origen a la consideración de este modelo como uno de carácter “historicista”. Incluso, esta concepción del Derecho anclado en la tradición, tal como sucede en Hume<sup>60</sup>, se encuentra en el pensamiento jurídico de Locke donde hay una defensa de la legalidad tradicional frente al Derecho nuevo<sup>61</sup>, postura que es fruto, claro está, del profundo arraigo que el modelo histórico tiene en la mente del hombre británico. Este modelo que centra al juez y su actividad, impone como consecuencia lógica la instauración de un gobierno moderado, equilibrado y limitado, de consuno con la concepción (que poco a poco se iba perdiendo en el continente) de concebir la función estatal en términos de función jurisdiccional, es decir, no tanto de constituir nuevo derecho y derogar el viejo (función estigmatizada en el antiguo régimen)<sup>62</sup>, sino de declarar en el caso concreto los derechos que se evidencian en el proceso histórico.

<sup>58</sup> Ídem, ps. 32-34.

<sup>59</sup> Ídem, p. 35.

<sup>60</sup> Pueden darse varios ejemplos para demostrar el “historicismo” de Hume, pero bastarán los siguientes: en su obra *Historia de Inglaterra* (escrita mientras se desempeñaba como bibliotecario del colegio de abogados de Edimburgo y que influirá en E. Burke), hay una constante referencia a la constitución histórica que, en efecto, retrotrae a la Carta Magna, pero que la entiende en constante evolución judicial perfeccionando de esta manera la libertad y la propiedad de los ingleses. Igualmente, el historicismo de Hume resulta patente cuando critica los instrumentos de gobierno de Oliver Cromwell (entre ellos su intento de contar con una constitución escrita), en tanto iban en contra de la legalidad anclada en la tradición jurídica británica (Cfr. HUME, David, *The History of England, from the invasion of Julius Caesar to the Revolution in 1688*, London, 1807, vol. VII, p. 232; HUME, David, *Historia de Inglaterra bajo la Casa de Tudor*, trad. de Eugenio de Ochoa, Orbis, Buenos Aires, 1986).

<sup>61</sup> FIORAVANTI, *Los derechos...* cit., p. 34.

<sup>62</sup> Esta afirmación es compartida en muchas corrientes historiográficas del derecho, cosa que puede verificarse en GROSSI, Paolo, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari, 1995, p. 265. ÁLVAREZ CORA, Enrique, *La producción normativa bajomedieval según las compilaciones de Sicilia, Aragón y Castilla*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 216.

Continúa Fioravanti afirmando que este modelo se traspasa, salvando las especificidades, a Estados Unidos, el cual sigue su proceso revolucionario con un profundo respeto al binomio *liberty-property*<sup>63</sup>, fundante del sistema del Common Law<sup>64</sup>. Sin embargo, en Estados Unidos hay una reacción no en contra del antiguo régimen y de la tradición jurídica<sup>65</sup>, como sucede en Francia, sino en contra de un poder público que actúa, bajo el modo de ver de los revolucionarios, de manera ilegítima<sup>66</sup>, lo que hace que desde un inicio surja un sentimiento de desconfianza al gobierno legislador<sup>67</sup>, todo lo cual hace que la revolución de Estados Unidos, a diferencia de la francesa, contenga un repudio a una visión estatalista-legicentrista de los derechos<sup>68</sup>.

Entonces, teniendo que en el siglo XVIII se produce la revolución americana, ésta no produce un cambio drástico en la concepción jurídica del Common Law, de la que se alimenta Hume, aunque no dejan de

<sup>63</sup> El sistema estadounidense se inscribe al modelo que Fioravanti denomina “individualista” por su adhesión al clásico binomio *liberty-property*, pero siempre con sospecha al Estado fuerte (FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales...* cit., p. 85). Esto influye en que el sistema jurídico americano del XVIII sea concebido como conjunto inviolable de reglas (rigidez constitucional como tutela de libertades), que es una mezcla del *higher law* así como del contrato social, todo en la rigidez constitucional que queda afincada con la famosa sentencia del juez Marshall de 1803 (“*Marbury vs. Madison*”). Claro está que la defensa judicial de la Constitución (y por ende de los derechos consagrados en la Carta) no se inicia en 1803 como muchos han creído, primero porque el papel central del juez en el Common Law (tanto el británico como el estadounidense) hacían de éste un factor clave en la defensa de los derechos mucho antes de esta fecha, y segundo porque ya había varias sentencias de jueces americanos precedentes a la de Marshall que dejaban en claro la existencia de este poder-deber de la judicatura. Cfr. CORWIN, Edward S., *The “higher law” background of American Constitutional Law*, Cornell University Press, Ithaca (New York), 1957. Es importante señalar que la crítica neoliberal (británica fundamentalmente) reclama que el proceso constitucional contemporáneo debe retomar el binomio *liberty-property*, considerado como fundamento del sistema histórico británico y estadounidense. En consecuencia, el neoliberalismo califica las constituciones de la segunda mitad del XX como fruto de manifestaciones estatalistas (FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales...* cit., ps. 132-133).

<sup>64</sup> Ídem, p. 80.

<sup>65</sup> Ídem, p. 83. En contra Paine (véase la nota de pie de p. 71).

<sup>66</sup> Ídem, p. 82.

<sup>67</sup> Ídem, ps. 82-83.

<sup>68</sup> Ídem, p. 83.

ANDRÉS BOTERO BERNAL

---

existir algunos factores diferenciadores. De esta manera podríamos decir que el historicismo de Estados Unidos presenta algunas diferencias con el modelo británico en aspectos tales como la defensa de una constitución escrita<sup>69</sup>; la crítica a la omnipotencia parlamentaria británica<sup>70</sup>; el reconocimiento de la existencia del poder constituyente<sup>71</sup>; el sistema de gobierno limitado con fines de garantía de los derechos históricos<sup>72</sup>, con la técnica de los pesos y contrapesos<sup>73</sup>; y, la visión que en el país americano se gesta de la representatividad política (libertad positiva)<sup>74</sup> de mayor cercanía entre elegido y sociedad civil, en comparación con el modelo inglés del XVIII donde el parlamento no era representación explícita de los intereses de los súbditos (entre ellos los americanos) sino virtual<sup>75</sup>.

Entonces, una vez comprendido el sistema de Common Law que rodea a Hume, bien puede entenderse, sin mayor problema, por qué este autor da la importancia que da a las tres pilastras de su pensamiento jurídico: la justicia como fundamento del Derecho, la justicia como concreción judicial y la justicia como valor ratificador de la propiedad.

Esto hace que miremos con preocupación lecturas que se hacen del autor escocés como si éste se dirigiera sin más a lectores en abstracto (recuérdese que en Hume es constante la referencia al lector, pues escribe teniendo en cuenta al hombre de su época, cosa que queda clara por palabras del mismo escocés)<sup>76</sup> con una representación del

<sup>69</sup> Ídem, ps. 84-85.

<sup>70</sup> Ídem, p. 84.

<sup>71</sup> Paine, respondiendo a las críticas de Burke, asemeja las revoluciones francesa y americana en la clave anti-historicista, afirmando en ambas un poder de constituir algo completamente nuevo (cosa que no comparte Fioravanti): PAINE, T., *I diritti dell'uomo I* (1791), in: *I diritti dell'uomo*, Riuntini, Roma, 1978, p. 217.

<sup>72</sup> FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales...* cit., p. 92.

<sup>73</sup> Ídem, p. 93. Por eso Fioravanti califica a la constitución y revolución americana como las matrices del constitucionalismo moderno (Ídem, p. 93).

<sup>74</sup> Ídem, p. 86. Esto es fruto de la desconfianza de USA a la autonomía de lo político respecto de lo social (Ídem, p. 87).

<sup>75</sup> Ídem, p. 87.

<sup>76</sup> Esta afirmación queda patente si se estudia la influencia de la obra de Hume en sus contemporáneos. Empezamos diciendo que él nunca estuvo conforme con la acogida que tuvieron sus escritos en su época, muestra de esto es la famosa frase –ya citada– que él expuso al referirse al *Tratado de la Naturaleza Humana*: “Nació

derecho por completo diferente al que se encuentra en el británico del XVIII<sup>77</sup>. Creemos que la defensa que del Derecho se hace en la obra de Hume debe ser interpretada en clave histórica (no es gratuita la preocupación histórica del autor, lo que hace, por ejemplo, que trabaje sobre la historia inglesa, indague la evolución de la religión, investigue

*muerta de la imprenta*”; todo lo cual hizo que Hume retocara sus escritos pensando en el “lector” de su época, dando a luz sus “Investigaciones”. Paradójicamente, los textos que hoy día son reconocidos como los importantes de la obra de Hume fueron los que no tuvieron acogida en su momento, cosa que no aplica justo con las obras que hoy son prácticamente desconocidas: los trabajos de moral y religión; en relación con el tema dice Hendel: “Los contemporáneos de Hume reconocieron su valor a este respecto, en tanto que nosotros, propendemos a fijarnos exclusivamente en su escepticismo respecto del conocimiento” (HUME, *Ensayos políticos* cit., p. XIV).

En este sentido, Hume, en su escrito autobiográfico *Mi vida*, hace varias referencias al éxito que tuvieron sus ensayos, todo lo cual pone en evidencia el interés que significaba para Hume ser leído: “En 1742 imprimí en Edimburgo la primera parte de mis *Essays*: la obra fue recibida favorablemente, y pronto me hizo olvidar por completo mi primer desengaño (haciendo referencia al *Tratado*...). Mientras tanto, mi editor [...] me informaba de que mis primeras publicaciones [excepto el desafortunado *Tratado*] comenzaban a ser tema de conversación, que las ventas iban aumentando gradualmente y que se pedían ediciones [...] En 1752 se publicaron en Edimburgo, donde yo entonces vivía, mis *Political Discourses*, la única de mis obras que alcanzó el éxito en la primera publicación. Fue bien recibida en el extranjero y en mi país”. HUME, David, *Mi Vida. Cartas de un caballero a su amigo de Edimburgo*, Alianza, Madrid, 1985, ps. 15-17.

Lo que sí es innegable es que Hume logró una influencia no sólo dentro de Gran Bretaña (en personajes de la talla de A. Smith o Bentham) sino también en el extranjero (en Rousseau y Kant, entre los más importantes). Pero esta influencia no significa en modo alguno que el texto haya sido escrito por fuera del contexto del autor. Es más, defendemos, dado el carácter histórico del conjunto de la obra y las continuas referencias a la realidad circundante, que el referente jurídico de Hume no era otro que el que él vivía, referente, por cierto, profundamente admirado por los ilustrados continentales que llegaron a idealizar el sistema político-jurídico inglés, especialmente en la primera mitad del XVIII.

<sup>77</sup> Tal como el artículo referido de Andrés Mejía donde califica, sin mayores explicaciones, que Hume defendía un sistema político de “gobierno de la ley” (MEJÍA, *El gobierno de la ley...* cit.), desconociendo que hoy día damos a este concepto un contenido que se remonta de manera concreta (sin negar la existencia de antecedentes) al legicentrismo fruto de la revolución francesa, que sucede tiempo después del escocés y que corresponde al modelo jurídico que hoy conocemos como “derecho continental” o “Derecho Civil”, bien diferente a la realidad jurídica-política del Common Law.

ANDRÉS BOTERO BERNAL

---

sobre el origen de la propiedad, etc.). Obviamente, cualquier lector tiene derecho a reelaborar el texto leído, pero no sería justo atribuir su reelaboración al autor.

En consecuencia, salvo la concepción de artificialidad del valor justicia, podemos afirmar que las posturas jurídicas presentes en la obra de Hume, al ser interpretadas bajo la lógica del pensamiento de su época, no ofrecen mayor diferenciación con el imaginario social del jurista o del hombre culto británico del XVIII. Esto permite, diciéndolo de manera clara, afirmar que en Hume, si queremos tratar de ser fieles a su pensamiento, no hay una propuesta iusfilosófica en sentido estricto, y no sólo por el hecho de que él no podía tener conciencia de la filosofía del derecho (recuérdese la reflexión que se hizo en las primeras páginas de este artículo sobre si es posible hablar de una filosofía del derecho a posteriori en Hume) sino también porque lo que él hace no es más que una defensa de los ideales y de los valores que el sistema jurídico británico tenía en su momento, defendiendo la propiedad y la libertad como fundamentos del Derecho, reseñando la importancia de los jueces en su concepción estatal, o articulando el Derecho con la justicia. Entonces, encontramos en Hume a un filósofo que en la estructuración de su obra retoma pensamientos jurídicos, propios de su época, interpretados de manera histórica, tal vez como estrategia de influencia en el lector para que acepte sus postulados fuertes (que no son los jurídicos) o simplemente para reafirmar su adhesión a un modelo jurídico que en su momento era considerado ejemplo y modelo para toda Europa<sup>78</sup>. En otras palabras, si hay una propuesta iusfilosófica (en sentido amplio) en David Hume no es otra que aquella que está en el imaginario del hombre culto británico, que es calificada de histórica. Si hay una filosofía del de-

<sup>78</sup> Era una constante del pensamiento ilustrado del XVIII las referencias benéficas para con el modelo político-jurídico británico. Seguramente por ello, buena parte del proceso constitucional de finales del XVIII y durante todo el XIX, tuvo como un referente (de adhesión u oposición) el modelo inglés, cosa que queda clara si se estudia a fondo la Constitución de Sicilia de 1812, o las francesas de 1814 y 1830, por sólo citar algunos casos. Cfr. ROMANO, Andrea (a cura di), *Il modello costituzionale inglese e la sua recezione nell'area mediterranea tra la fine del 700 e la prima metà dell'800: Atti del seminario internazionale di studi in memoria di Francisco Tomás y Valiente*, Giuffrè, Milano, 1998.

---

UNA APROXIMACIÓN HISTÓRICO-FILOSÓFICA AL PENSAMIENTO DE DAVID HUME

---

recho en Hume, es la misma que podría decirse que existe en la cultura de su época, por lo que el escocés deja de ser su pensador y más su voz.

Esto supone, entonces, que planteemos al lector las consecuencias políticas del presente pensamiento: reconocer que no hay una propuesta iusfilosófica en Hume (primero porque la filosofía del Derecho es un concepto posterior a nuestro autor, segundo porque las concepciones del derecho que él hace corresponden al imaginario colectivo del hombre culto del XVIII, y tercero porque si hay una propuesta iusfilosófica –si alguien llega a identificar como iusfilosofía toda reflexión filosófica en torno al derecho– ésta no es de Hume sino de la época o incluso de autores mucho más remotos –Locke, por ejemplo– o influyentes en lo jurídico –como Blackstone–). Pues bien, esta afirmación remite de manera inmediata a dos asuntos que dejaremos abiertos, pero que no podemos dejar de expresar en tanto efecto político: de un lado la crítica a las lecturas que pretenden imponer la interpretación del lector al autor (buscando con esto argumentos de autoridad con los cuales reafirmar juicios que son del intérprete) así como la denuncia de la ligereza que se hace del término filosofía del derecho, creyendo que éste está conformado de cualquier pensamiento filosófico referido de alguna manera al derecho.

Esta primera consecuencia política de nuestro trabajo remite a reflexiones más profundas, como aquella de la legitimidad de la interpretación por fuera del contexto de la obra (cosa, por cierto, que no criticamos, siempre y cuando el intérprete sea consciente de lo que hace, y lo exprese claramente de esta manera), y la relación que existe y la que debe existir entre la iusfilosofía y la iushistoria (siendo un ejemplo este artículo, donde la segunda ha permitido dilucidar la no existencia de la primera en el pensamiento de Hume).

El segundo efecto, por su parte, implica una puesta en escena en la investigación iusfilosófica del objeto de estudio en la revolución epistemológica que ahora enfrentamos (como el de la complejidad), de manera tal que no se llegue al absolutismo de confundir la filosofía general con la filosofía del derecho, pues eso es como creer que la vida puede ser atrapada en su integridad por el pensamiento jurídico. Claro está que no puede creerse que nuestra crítica a consideraciones

ANDRÉS BOTERO BERNAL

---

amplísimas de la iusfilosofía implica de suyo una invitación a abandonar la lectura de los grandes filósofos. Lo que se denuncia es creer que los grandes filósofos son iusfilósofos, por el mero hecho de que su pensamiento tiene consecuencias para el mundo del derecho; quien crea esto cae no sólo en el absolutismo del concepto, sino incluso en la defensa de la fragmentación totalitaria del saber (creer que la “parcela” es el territorio dominante).

### 8. Bibliografía

- ÁLVAREZ CORA, Enrique, *La producción normativa bajomedieval según las compilaciones de Sicilia, Aragón y Castilla*, Giuffrè, Milano, 1998.
- BERKELEY, George, *Tratado sobre los principios del conocimiento humano*, trad. de Concha Cogolludo Mansilla, Gredos, Madrid, 1990.
- COPLESTON, F., *Historia de la Filosofía*, trad. de Ana Doménech, Ariel, Barcelona, 1973.
- CORWIN, Edward S., *The “higher law” background of American Constitutional Law*, Cornell University Press, Ithaca (New York), 1957.
- COSTA, Pietro, *Iurisdicchio: semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Giuffrè, Milano, 1969.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*, trad. de Manuel Martínez Neira, 2ª ed., Trotta, Madrid, 1998.
- GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método I*, 7ª ed., Sígueme, Salamanca, 1997.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Del mito y de la razón en el pensamiento político*, Revista de Occidente, Madrid, 1968.
- GARCÍA, Mercedes, *La identidad personal en Hume*, UNAM (Instituto de Investigaciones Filosóficas), México, 1984.
- GOZZI, G., *Democrazia e diritti, Germania: dallo Stato di Diritto alla democrazia costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 1999.
- GROSSI, Paolo, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari, 1995.
- HOBBS, Thomas, *El Leviatán*, trad. de Manuel Sánchez S., Editorial Universitaria Universidad de Puerto Rico, Puerto Rico, 1974.
- HUME, David, *An enquiry concerning the principles of morals*, Indianápolis (Cambridge): Hackett publishing company, 1983.

UNA APROXIMACIÓN HISTÓRICO-FILOSÓFICA AL PENSAMIENTO DE DAVID HUME

- HUME, David, *Ensayos Políticos: sobre el origen del gobierno. Recopilación de Charles W. Hendel*, trad. de Francisco González Aramburu, Herrera Hermanos, México, 1965.
- *Historia de Inglaterra bajo la Casa de Tudor*, trad. de Eugenio de Ochoa, Orbis, Buenos Aires, 1986.
- *Investigación sobre los principios de la moral*, Alianza, Madrid, 1993.
- *Investigaciones sobre el entendimiento humano*, trad. de Magdalena Holguín, Norma, Bogotá, 1992.
- *La norma del gusto y otros ensayos*, trad. de María Beguiristáin, ediciones Península, Barcelona, 1989.
- *Mi Vida. Cartas de un caballero a su amigo de Edimburgo*, Alianza, Madrid, 1985.
- *Tratado de la naturaleza humana*, trad. de Félix Duque, Orbis, Buenos Aires, 1984, tomos I, II y III.
- JELLINEK, G., *La declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano*, trad. de Adolfo Posada, estudio preliminar de A. Posada y M. Carbonell, UNAM, México, 2001.
- JUAN MANUEL (Infante don), *El Conde Lucanor*, Castalia, Madrid, 1996.
- MEJÍA VERGNAUD, *El gobierno de la ley: el pensamiento jurídico de David Hume*, en *Ámbito jurídico, Legis*, Bogotá (julio/agosto, 2002), Nº 3.
- PAINE, T., *I diritti dell'uomo I (1791)*. In: *I diritti dell'uomo*, Riuntini, Roma, 1978.
- PÉREZ RINCÓN, Antonio, *Apuntaciones históricas sobre el derecho administrativo colombiano -1784 a 1941-*, Nelly, Bogotá, 1941.
- ROMANO, Andrea (a cura di), *Il modello costituzionale inglese e la sua recezione nell'area mediterranea tra la fine del 700 e la prima metà dell'800: Atti del seminario internazionale di studi in memoria di Francisco Tomás y Valiente*, Giuffrè, Milano, 1998.
- STROUD, B., *Hume filosofía contemporánea*, trad. de Antonio Zirón, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995.
- THIERS, L. A., *La propiedad*, Librería de Antonio Novo, Madrid, 1880.
- VALENCIA RESTREPO, Hernán, *Nomoárquica, Principialística Jurídica o los principios generales del Derecho*, 2ª ed., Temis, Bogotá, 1999.
- WALZER, M., *Diritti costituzionali e forma della società civile*, en BONAZZI, T. (ed.), *La costituzione statunitense e il suo significato odierno*, Il Mulino, Bologna, 1988.
- WALZER, M., *Sulla tolleranza*, Laterza, Roma-Bari, 2003.



## SOBRE EL CAMBIO DE LOS PRECEDENTES

por EDUARDO ROBERTO SODERO

Constituye ya un lugar común en la discusión iusfilosófica actual que los precedentes ocupan un lugar muy destacado entre los argumentos de que dispone el juez para justificar sus decisiones, tanto si hablamos del sistema de derecho continental o codificado, como si nos referimos al sistema del case-law.

En tal sentido –y como expresión del fenómeno de creciente acercamiento que experimentan ambos sistemas– basta con efectuar un repaso a la praxis reflejada en sus colecciones de fallos para constatar que casi constantemente el centro de la argumentación judicial –en lugar de limitarse a la pura exégesis de textos sancionados por el legislador– se desplaza hacia la consideración de decisiones anteriores, que constituyen un material con el cual siempre *debe* operar el juez, como uno de los novelistas de la cadena, revisando lo que anteriormente han escrito otros jueces, a fin de interpretar lo que ha sucedido anteriormente, porque tiene la responsabilidad de hacer avanzar la empresa que tiene entre manos y no dar un viraje hacia otra dirección individual. El deber de un juez es interpretar la historia legal que encuentra, no inventar una mejor<sup>1</sup>.

Si pensamos que el derecho es un concepto interpretativo<sup>2</sup>, y advertimos que los precedentes, al completar la norma, posibilitan pre-

<sup>1</sup> DWORKIN, Ronald, *El derecho como interpretación*, en AA. VV., *Hermenéutica*, Arco/Libros, Madrid, 1997, p. 225 y ss.

<sup>2</sup> “Law is an interpretative concept”: vide, al respecto DWORKIN, Ronald, *Law’s Empire*, Cambridge, Mass./London, ps. 87 y 410.

EDUARDO ROBERTO SODERO

---

cisamente esa pre-comprensión (*Vorverständnis*)<sup>3</sup> de la cual parte toda interpretación según lo destacara la hermenéutica, aun dejando de apelar a aquello que con algo de exageración destacara Hughes al decir (si bien pensando en la Constitución) que el derecho es lo que los jueces dicen que es<sup>4</sup>, resultará innecesario un eventual alegato en pro de la centralidad de este tema, y verificaremos asimismo que en definitiva –para tomar palabras de Hart– dos son las técnicas de las que se vale el Derecho para regular las conductas: el precedente y la legislación<sup>5</sup>, siendo ambos elementos necesarios de todo sistema jurídico<sup>6</sup>. Nuestra intención en el presente trabajo es, precisamente, formular algunas reflexiones acerca de uno de los aspectos más operativos de esta temática, como lo es el vinculado con la observancia y el cambio, mo-

<sup>3</sup> Vide, entre una bibliografía inagotable, la clásica obra de Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt am Main, 1972.

<sup>4</sup> HUGHES, Charles Evans, *Adresses*, New York, 1908, p. 139.

<sup>5</sup> HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, trad. de Genaro Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977, p. 155.

<sup>6</sup> Los cuales vienen así a exhibir una nota común que, con todo, no le impide a Raz destacar que las normas del common law son menos obligatorias que las normas legisladas, por cuanto los precedentes, al contrario que las normas sancionadas por el legislador, pueden ser objeto de distinción (*distinguishing*) o de reemplazo/anulación (*overruling*) por los propios jueces, encontrándose por ello sometidas a una *especial revisibilidad* (vide RAZ, Joseph, *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y moral*, UNAM, México, 1985, p. 237).

En su Lecture XXXVII (*Statute and Judiciary Law*), Austin decía que la principal diferencia que distingue al derecho legislado del judicial es que “a law made judicially is made on the occasion of a judicial decision. The direct or proper purpose of its immediate author is the decision of the specific case to which the rule is applied, and not the establishment of the rule. [...] He knows that similar cases may be decided in a similar manner; and that the principles or grounds of his decision may therefore be a law by which the members of the community may be bound to guide their conduct. But, this notwithstanding, his direct and proper purpose is not the establishment of the rule, but the decision of the specific case to which he applies it. He legislates *as properly judging*, and not *as properly legislating*. But a statute-law, or a law made in the way of direct legislation, is made solely, and is made professedly, *as a law or rule*. It is not the instrument or mean of deciding a specific case, but is intended solely to serve as a rule of conduct, and therefore to guide the tribunals in their decisions upon classes of cases” (AUSTIN, John, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, 50 ed., John Murray, London, 1885, vol. II, ps. 621/622).

dificación o apartamiento de los precedentes, movidos por el interés de contribuir así al amplio debate que sobre la teoría de la interpretación o argumentación jurídica (o, en una terminología más clásica, teoría de las fuentes del derecho)<sup>7</sup> se ha venido desarrollando con creciente intensidad –en particular desde que von Savigny publicara hacia 1840 su *System des heutigen Römischen Rechts*<sup>8</sup>– hasta llegar a constituirse

<sup>7</sup> Entendiendo por fuentes del derecho a toda razón que, de acuerdo con las reglas generalmente aceptadas en la comunidad jurídica, puede ser usada como base justificatoria en la interpretación (AARNIO, Aulis, *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 123), concepto éste que, si bien se mira, exhibe una total coincidencia en su perspectiva con la definición de argumento que proporcionaba Tomás de Aquino en sus *Quaestiones disputatae de veritate*, q. XIV, a. 2, ob. 14 (*argumentum dicitur quod arguit mentem ad assentiendum alicui*), pues en definitiva la justificación de las decisiones judiciales obedece –antes que nada– a la finalidad de convencer u obtener la adhesión de los destinatarios de las mismas, sin perjuicio de cumplir al propio tiempo una función validante del fallo.

En cuanto a la importancia de los precedentes en esta reflexión, observa Alexy que “eine Theorie der juristischen Argumentation, die nicht auf die Rolle der Präjudizien eingeht, würde einen der wesentlichen Aspekte juristischen Argumentierens verfehlen” (ALEXY, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1978, p. 334).

<sup>8</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von, *Sistema de Derecho Romano actual*, versión española por F. Góngora y Compañía editores, Madrid, 1878. Cfr., en especial, t. I, libro I, Cap. IV, *Interpretación de las leyes*, ps. 145/221. A diferencia de Robert Alexy, quien le atribuye a Von Savigny haber dado el puntapié inicial en la discusión (vide *Theorie der juristischen Argumentation* cit., p. 288), hemos preferido decir en particular porque –como se ha observado– si bien es cierto que Savigny formuló los cánones con mayor expresividad que sus contemporáneos, sus predecesores fueron los juristas del Derecho Romano clásico. El emperador Justiniano inmortalizó las reglas para el hallazgo del derecho en su gran obra legislativa. La codificación justiniana estuvo desaparecida durante quinientos años. En el siglo XII fue despertada a una nueva vida por los juristas italianos de la Universidad de Bologna (destacándose Irnerius –1055-ca. 1130–, fundador de la escuela boloñesa). Y a mediados del siglo XVI aparecieron en Italia las primeras teorías interpretativas (RAISCH, Peter, *Juristische Methoden: Vom antiken Rom bis zur Gegenwart*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1995, p. 2).

De todas maneras, lo indiscutible es que the theory of legal reasoning has recently become one of the central topics in the international discussion of legal theory and legal philosophy (AARNIO, Aulis; ALEXY, Robert y PECZENIK, Alexander, *The Foundation of Legal Reasoning*, en *Rechtstheorie* 12 [1981], Duncker & Humblot,

EDUARDO ROBERTO SODERO

---

en uno de los temas centrales de la filosofía del derecho y, más concretamente, de la lógica jurídica, configurando en ese ámbito lo que Bobbio diera en llamar lógica de los juristas<sup>9</sup>.

Por obvias razones de orden metodológico, nuestro análisis del tópico propuesto principiará por algunas observaciones acerca de los precedentes considerados en sí mismos y en cuanto a su obligatoriedad, para luego pasar al examen detenido de las diversas implicancias de lo que también se conoce como el problema del cambio de jurisprudencia<sup>10</sup>.

### 1. ¿Qué son, y cómo pueden ser, los precedentes?

Constituye un precedente a los fines de la interpretación jurídica toda decisión judicial anterior que tenga alguna *relevancia*<sup>11</sup> para el juez que debe resolver el caso. Se trata, según puede advertirse, de una noción amplia que excluye eventuales restricciones como las que podrían derivarse de atribuir el valor de precedentes sólo a las decisiones emanadas de la Corte Suprema respectiva, o de exigir que se trate de precedentes reiterados –requisitos ambos que están presentes, por ejemplo, en el artículo 1.6 del Título Preliminar al Código

Berlin, p. 133) lo cual se explica por la necesidad de una teoría del razonamiento jurídico, derivada del hecho que you cannot have an adequate theory of rights without having a theory of legal reasoning, and an adequate theory of legal reasoning presupposes a theory of rights (ALEXY, Robert, *Rights, Legal Reasoning and Rational Discourse*, en *Ratio Juris*, Nº 2, vol. 5, 1992, p. 143).

<sup>9</sup> BOBBIO, Norberto, *Derecho y lógica*, Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, México, 1965, Cuaderno 18, p. 23.

<sup>10</sup> Un problema de cuyo alto grado de polémica dan testimonio los acalorados debates –algunos muy recientes– que siempre suscita la ruptura con precedentes anteriores: así, cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sus pronunciamientos en “Montalvo” –*Fallos*: 313:1333– (abandonando “Bazterrica” –308:1392–, que a su vez había abandonado “Collavini”), o Provincia de San Luis –marzo 5, 2003–, al cual se lo acusa de cambiar “Peralta” –*Fallos*: 313:1513–; o cuando este mismo año su similar norteamericana dejó sin efecto “Bowers vs. Hardwick” (478 U. S. 186 [1986]) en “Texas vs. Lawrence” (junio 26, 2003), con una fuerte discusión entre los propios jueces del tribunal.

<sup>11</sup> AARNIO, Aulis, ob. cit., p. 126.

Civil español<sup>12</sup>-, o establecidos en decisiones firmes (esto es, que gocen del status de la *res iudicata*)<sup>13</sup>.

Según su origen, esos precedentes pueden provenir de un tribunal de extraña jurisdicción (nacional o extranjera)<sup>14</sup>, de un tribunal de la

<sup>12</sup> Cuando se define a la jurisprudencia como la doctrina que, de modo reiterado, establezca el tribunal supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

Lo dicho no obsta a remarcar que, indudablemente, la fuerza (no sólo persuasiva) de un precedente es en principio mayor si se extrae de una jurisprudencia constante (la perpetuo similiter iudicatarum de los romanos) que si se toma de una sentencia aislada; lo mismo si proviene del tribunal de máxima jerarquía dentro del país, supuesto en el que frecuentemente basta con un solo pronunciamiento, siendo innecesario que se trate de una línea jurisprudencial constante, por aquello de que la Corte Suprema es el intérprete final de la Constitución ("Calvete", *Fallos*: 1:340), fórmula que no es ciertamente exclusiva de nuestro sistema jurídico nacional, encontrándose también, por ejemplo, en la jurisprudencia de la Supreme Court americana ("Cooper vs. Aaron", 358 U. S. 1 [1958]). En cuanto a esos fallos que en solitario sentaron jurisprudencia, pensemos en "Rey c/Rocha" (*Fallos*: 112:384) o "Siri" (239:459) o "Fiorentino" (306:1752), o "Ekmekdjian" (315:1492).

<sup>13</sup> No podemos ocuparnos aquí de las *dissenting opinions*, un tema cuyo tratamiento nos conduciría a preguntarnos –por ejemplo– acerca de la posición en que se encuentra el juez disidente respecto de sus propias disidencias, o por el valor que cabe reconocerle a las mismas, destacado oportunamente por Hughes cuando decía –pensando en la Corte que presidió alguna vez– que un voto particular, en un tribunal de última instancia, es una exhortación al espíritu permanente del derecho, a la inteligencia de un día futuro en el que una decisión ulterior pueda corregir el error cometido por la Corte a juicio del disidente (HUGHES, Charles Evans, *La Corte Suprema de Estados Unidos*, FCE, México, 1946, p. 78).

Entre nosotros, múltiples son los ejemplos en los cuales la Corte Suprema ha cambiado su jurisprudencia adoptando la posición anterior contenida en alguna disidencia: así, por ejemplo, "Banco Sudameris c/Belcam SA" (*Fallos*: 317:507), remitiendo a la disidencia en "YPF c/Corrientes" (*Fallos*: 315:158); "Dirección Nacional de Vialidad c/Cervecería y Maltería Quilmes s/Expropiación" (*Fallos*: 319:545), remitiendo a la opinión disidente en "Moschini, José María c/Fisco Nacional (ANA)" (*Fallos*: 317:779).

<sup>14</sup> Lo cual nos conduce ante el argumento comparativo, de funcionamiento bien conocido entre nosotros debido a la frecuente apelación que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha hecho en particular a criterios de su similar norteamericana –cuya sabiduría práctica ha reconocido alguna vez (así, *Fallos*: 178:327)– sobre todo cuando ha tenido que interpretar nuestra Constitución –vgr., el caso "Empresa Gutiérrez SRL", *Fallos*: 316:2865–, encontrándose en un siglo y medio de pronunciamientos innumerables ejemplos en los que tal seguimiento o inspiración se ha

EDUARDO ROBERTO SODERO

---

misma jurisdicción (de jerarquía inferior, igual –dando lugar al llamado precedente horizontal– o superior –precedente vertical–), de uno supranacional o internacional, o finalmente, del propio tribunal (auto-precedente)<sup>15</sup>. Asimismo, y desde el punto de vista de la necesidad de su consideración por el juez, encontramos –para seguir la categorización de Peczenik referida a las fuentes del derecho<sup>16</sup>– que hay precedentes que deben (must), otros que deberían (should) y, finalmente, otros que pueden (can) ser considerados por aquél.

Conjugando ambas distinciones, vemos que los precedentes que provienen de tribunales de extraña jurisdicción o de la misma jurisdicción con igual o inferior jerarquía, funcionan en el discurso como argumentos par l'exemple o de ilustración<sup>17</sup>, sin que exista ninguna obligación de considerarlos, por lo que es respecto de ellos que más propiamente vale decir con Martínez García que así como su técnica es la cita, la condición de su uso es la erudición<sup>18</sup>, o en palabras de Perelman, el prestigio. Si en estos casos el tribunal se pronuncia en un sentido contrario al de tales precedentes no habrá propiamente un cambio de precedentes.

Si nos referimos, en cambio, a los precedentes emanados de tribu-

verificado, desde antiguos fallos del siglo XIX –como “Sojo” (*Fallos*: 32:120 [1887]) que recepcionó la doctrina del control de constitucionalidad de “Marbury vs. Madison”, 5 U. S. (1 Cranch) 137 (1803)– hasta otros más recientes, como los que aplicaron las doctrinas de los frutos del árbol envenenado para perfilar los alcances del debido proceso, de la actual malice, del standard inteligible en la delegación legislativa, etc. (Vide PÉREZ, Felipe S., *Tratado sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Ideas, Buenos Aires, 1941, t. I, p. 23; también, MILLER, Jonathan, *The authority of a foreign talisman: a study of US Constitutional practice as authority in nineteenth century Argentina and the Argentine Elite's leap of faith*, en *American University Law Review*, junio de 1997).

<sup>15</sup> Lo cual plantea el eventual interrogante de los cambios en la integración del tribunal o en la titularidad del propio juzgado unipersonal, de lo que nos ocuparemos ut infra.

<sup>16</sup> PECZENIK, Alexander, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, Springer Verlag, Wien-New York, 1983, p. 57.

<sup>17</sup> PERELMAN, Chaïm et OLBRECHTS-TYTECA, L., *La Nouvelle Rhétorique. Traité de l'Argumentation*, Presses Universitaires de France, Paris, 1958, tome second, ps. 471 y ss., 481 y ss.

<sup>18</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, J. I., *Decisión jurídica y argumento de autoridad*, en AFD, Nueva Época, 1984, t. I, p. 150.

nales de jerarquía superior dentro de la misma jurisdicción (provincial o nacional)<sup>19</sup>, aparece aquí la nota distintiva de la obligatoriedad, que –como enseña Aarnio– puede ser legal (*de iure*) o fáctica (*de facto*)<sup>20</sup>. En el primer supuesto, la inobservancia del precedente está legalmente sancionada –mediante la invalidación del fallo y/o la posibilidad de que el juez sea acusado de un mal desempeño de sus funciones (incluso, de prevaricato)<sup>21</sup>–, mientras que en el segundo la consecuencia consiste exclusivamente en la posibilidad de que el caso sea decidido de manera diferente (de acuerdo con el precedente) por el tribunal superior (cámara de apelaciones, Corte Suprema) sin dar lugar a la sanción jurídica del primer supuesto analizado.

Como caso especial cabe considerar a los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>22</sup>, que navegan a media agua entre

<sup>19</sup> Schlüchter destaca que en los estados federales existen dos Präjudizienpyramiden independientes: la de la justicia federal y las de cada una de las justicias de los Estados federados, existiendo un supuesto en que tal independencia se rompe: cuando el máximo tribunal del país ejercita su potestad constitucional y, por ejemplo, dice que la norma X es inconstitucional (SCHLÜCHTER, Ellen, *Mittlerfunktion der Präjudizien*, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1986, p. 74).

<sup>20</sup> AARNIO, ob. cit., p. 126.

<sup>21</sup> Ejemplo paradigmático de este tipo de precedentes son los polémicos fallos plenarios, cuya inobservancia durante el tiempo de su vigencia determina la nulidad del pronunciamiento. También las sentencias dictadas por tribunales superiores que disponen reenvíos de las causas a fin de que las mismas sean nuevamente juzgadas conforme a las pautas allí establecidas (como ocurre con algunas decisiones adoptadas por la CSJN al acoger recursos extraordinarios) participan de esta categoría, aunque la obligatoriedad jurídica se encuentra limitada al caso particular.

<sup>22</sup> La cual ha afirmado que no obstante que ella sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos y sus fallos no resultan obligatorios para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllos (*Fallos*: 25:364; 212:51 y 160), toda vez que por disposición de la Constitución Nacional y de la correspondiente ley reglamentaria, la Corte Suprema tiene autoridad definitiva para la justicia de la República (arts. 100, Const. Nac., y 14, ley 48; *Fallos*: 212:51) [...] Este deber de los tribunales no importa la imposición de un puro y simple acatamiento de la jurisprudencia de la Corte, sino el reconocimiento de la autoridad que la inviste y, en consecuencia, la necesidad de controvertir sus argumentos cuando se aparten de dicha jurisprudencia al resolver las causas sometidas a su juzgamiento (doctr. de *Fallos*: 212:51) (*Fallos*: 312:2007), de suerte tal que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición adoptada

EDUARDO ROBERTO SODERO

---

la obligatoriedad jurídica y la fáctica porque, si bien a primera vista pareciera que la consecuencia que se sigue de su inobservancia encuadraría en la última, lo cierto es que el reproche que se formula al fallo desobediente (arbitrariedad o ausencia de fundamentación válida) nos coloca directamente ante una sanción propia de la obligatoriedad *de iure*.

Particular atención merecen los precedentes originados en fallos de tribunales con jurisdicción comunitaria, supranacional o, incluso, internacional. Aquí se plantean una serie de cuestiones de las que no podemos ocuparnos, vinculadas con su observancia por los tribunales nacionales, impuesta fundamentalmente por consideraciones de responsabilidad internacional, siendo una expresión paradigmática de ello la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, motivo de atención para nuestra Corte en reiterados pronunciamientos<sup>23</sup>.

Llegamos, finalmente, al autopercedente. En éste, a diferencia de las

por el Tribunal en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (*Fallos*: 307:1094; en idéntico sentido, 311:1644 y 2004; 316:221; 318:1476; 2060 y 2103, etc.; 324:3764, etc.).

Con todo, no podemos dejar de observar que se trata de un tema que exige algunas precisiones y distinciones adicionales, como las que resultan de las materias sobre las cuales versan los pronunciamientos del alto tribunal, existiendo en el punto algunas razones de peso (derivadas principalmente del sistema federal de organización del poder) que habilitan a entender que la autoproclamada obligatoriedad de los fallos de la Corte no puede funcionar en cuestiones de Derecho Público local o que remitan a la interpretación del derecho común y –a fortiori *ratione*– procesal, como resulta incluso de determinados precedentes de ese Cuerpo, entre los cuales se destacan “Lopardo” (*Fallos*: 304:1459 [1982]) y “Zulueta” (*Fallos*: 307:1264 [1985]) (vide, también, MORELLO, Augusto, *Suprema Corte de Buenos Aires versus Corte Suprema de Justicia de la Nación*, en E. D., t. 153, ps. 917 y ss.).

Anotemos, finalmente, que como peculiaridad de estas tierras aparece la ley 24.463, que en su art. 19, segunda parte, establece expresamente que los fallos de la CSJN serán de obligatorio seguimiento para los jueces inferiores en las causas análogas (vide *Fallos*: 323:563).

<sup>23</sup> Así, “Ekmekdjian” (*Fallos*: 315:1492), “Giroldi” (*Fallos*: 318:514), “Bramajo” (*Fallos*: 319:1840, introduciendo un supuesto anómalo de precedente, al abarcar a los dictámenes de la Comisión Interamericana, que obviamente carecen del carácter de sentencia –y que también demandan necesarias diferenciaciones respecto de los fallos de la Corte en cuanto a su valor y obligatoriedad–), “Acosta” (*Fallos*: 321:3555).

hipótesis anteriores, el tribunal que dictó el precedente es el mismo que tiene que resolver el caso actual, por lo que el material jurisprudencial con el cual opera está constituido por las propias decisiones, de manera que en definitiva el juez realiza una deliberación consigo mismo (*délibération avec soi-même*), para emplear palabras de Perelman<sup>24</sup>.

Se trata de un supuesto que plantea interrogantes de enorme interés, como los que resultan de los cambios en la composición, integración o titularidad del tribunal, que generalmente traen consigo cambios jurisprudenciales<sup>25</sup>, y donde cabe preguntarse si es realmente el mismo juzgado o la misma Corte, o si los nuevos jueces en realidad están libres de toda atadura.

De todas maneras, y más allá de ello, la pregunta fundamental es acerca de la posición en la que se encuentra el juez respecto de sus anteriores decisiones, cuánto éstas tienen relevancia para el caso actual. Aquí Alexy aporta como una de las reglas básicas del discurso práctico general la de que ningún hablante puede contradecirse<sup>26</sup>, regla que nos conduce ante el principio de coherencia y su papel en el discurso propiamente jurídico<sup>27</sup>.

## 2. Cambio de jurisprudencia y *stare decisis*

Si repasamos las distintas hipótesis, vemos que la problemática del cambio de jurisprudencia está planteada estrictamente en la última alternativa, o sea, cuando se trata de cambiar un criterio propio y ya no se está a lo decidido, para emplear con libertad la conocida fórmula *stare decisis et quieta non movere*, cuya significación no se halla por cierto exenta de vaguedad e imprecisión, pues para algunos por *stare decisis* hay que entender la regla que atribuye valor vinculante a las

<sup>24</sup> PERELMAN, et OLBRECHTS-TYTECA, ob. cit., p. 53.

<sup>25</sup> Como se lee en la disidencia del *Justice* Scalia en "South Carolina vs. Gathers", 490 U. S. 805 (1989), overrulings of precedent rarely occur without a change in the Court's personnel.

<sup>26</sup> Kein Sprecher darf sich widersprechen (ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation* cit., p. 234).

<sup>27</sup> Vide ALEXY, Robert et PECZENIK, Aleksander, *The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality*, en *Ratio Juris*, vol. 3, Nº 1, 1 bis, March 1990, ps. 130 y ss.

EDUARDO ROBERTO SODERO

---

decisiones de los órganos judiciales de mayor jerarquía<sup>28</sup>, cuando en realidad el principio significa que un tribunal debe seguir sus propios precedentes en casos análogos<sup>29</sup>.

Este principio, expuesto originariamente por Blackstone<sup>30</sup> –y cuya defensa clásica encontramos en Chamberlain<sup>31</sup>– ha merecido la atención de nuestra Corte en el caso “Baretta c/Provincia de Córdoba”<sup>32</sup>, cuando dijo que ella no podría apartarse de su doctrina, sino sobre la base de causas suficientemente graves, como para hacer ineludible tal cambio de criterio, pues sería en extremo inconveniente para la comunidad –dice Cooley citando al canciller Kent, *Constitutional Limitations*,

<sup>28</sup> Así, la clásica obra de CROSS, R., *Precedent in English Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961. Vide, también, el igualmente clásico libro de CUETO RÚA, Julio, *El “Common Law”*, La Ley, Buenos Aires, 1957, ps. 32, 121 y 141.

<sup>29</sup> Así, Alonso García, quien agrega: el que el tribunal inferior siga el precedente del superior no es una derivación del principio de *stare decisis*, sino de la regla administrativa que, para el buen funcionamiento de los tribunales y en aras de la uniformidad, implica el que dicho tribunal inferior siga las directrices del superior (ALONSO GARCÍA, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 165).

También hay versiones que incluyen ambos aspectos, como la de Salmond, para quien en el derecho inglés el *stare decisis* significa que: 1) todos los tribunales se encuentran absolutamente obligados por las sentencias de todos los tribunales que les son superiores [...]; 2) la Cámara de los Lores se encuentra absolutamente obligada por sus propias sentencias; 3) el tribunal de apelaciones pareciera encontrarse absolutamente obligado por sus propias sentencias y por las de los antiguos tribunales de jerarquía coordinada [...] (*Jurisprudence*, 90 ed., Sweet and Maxwell Ltd., London, 1937, p. 234).

<sup>30</sup> BLACKSTONE, sir William, *Commentaries on the laws of England*, Clarendon Press, Oxford (ed. original 1769), libro I, p. 70: “Es regla establecida la de someterse a los precedentes cuando puntos ya juzgados vuelvan de nuevo ante los jueces. Es preciso, en efecto, que la balanza de la justicia sea firmemente sostenida y estable, no sujeta a variación según la opinión de cada nuevo juez. Además, cuando un punto de derecho ha sido maduramente decidido y declarado, lo que antes era incierto e incluso, quizás, no estaba previsto por el derecho, se convierte en regla permanente, que ya no puede ser modificada o alterada por el juez conforme a sus sentimientos, puesto que [...] no tiene la misión de crear un derecho nuevo, sino la de mantener y exponer el viejo derecho”.

<sup>31</sup> The doctrine of *stare decisis* as applied to decisions of constitutional questions, 3 *Harvard Law Review* 125 –1889–.

<sup>32</sup> *Fallos*: 183:409 (1939).

tomo I, página 116<sup>33</sup>– si los precedentes no fueran debidamente considerados y consecuentemente seguidos. Y aun cuando ello no signifique que la autoridad de los antecedentes sea decisiva en todos los supuestos, ni que pueda en materia constitucional aplicarse el principio de *stare decisis* sin las debidas reservas –conforme Willoughby, *On the Constitution*, tomo I, página 74<sup>34</sup>– no es menos cierto que cuando de las modalidades del supuesto a fallarse no resulta claro el error y la inconveniencia de las decisiones ya recaídas sobre la cuestión legal objeto del pleito, la solución del mismo debe buscarse en la doctrina de los referidos precedentes, argumentos sobre los cuales el ministro Petracchi construirá más tarde su disidencia en Montalvo<sup>35</sup>, afirmando entonces que no concurrían aquellas razones, necesarias para habilitar el cambio del criterio adoptado en “Bazterrica”.

### 3. ¿Cuándo cambiar?

Explica Aarnio que a fin de que la vida social no caiga en el caos [...] las regulaciones tienen que tener algún tipo de contenido. Cuando especifican los contenidos del sistema jurídico, tanto los funcionarios como los científicos tienen que lograr un equilibrio entre dos objetivos que apuntan en direcciones opuestas. Por una parte, tienen que respetar

<sup>33</sup> En *A Treatise on the Constitutional Limitations*, Cooley cita al *Chancellor Kent* cuando decía que “a solemn decision upon a point of law existing in any given case becomes an authority in a like case, because it is the highest evidence which we can have of the law applicable to the subject, and the judges are bound to follow that decision so long as it stands unreversed, unless it can be shown that the law was misunderstood or misapplied in that particular case. If a decision has been made upon solemn argument and mature deliberation, the presumption is in favor of its correctness, and the community have a right to regard it as a just declaration or exposition of the law, and to regulate their actions and contracts by it. It would therefore be extremely inconvenient to the public if precedents were not duly regarded, and implicitly followed” (COOLEY, Thomas M., *A Treatise on the Constitutional Limitations*, 7th. ed., Little, Brown and Co., Boston, 1903, ps. 83/84).

<sup>34</sup> There are indeed good reasons why the doctrine of *stare decisis* should not be so rigidly applied to the constitutional as to other laws (WILLOUGHBY, Westel Woodbury, *The Constitutional Law of the United States*, Baker, Voorhis and Company, New York, 2nd. ed., 1929, vol. I, p. 74).

<sup>35</sup> *Fallos*: 313:1333.

EDUARDO ROBERTO SODERO

---

la estabilidad y, por otra, tienen que procurar la flexibilidad requerida por las circunstancias<sup>36</sup>; con la primera se permite anticipar las relaciones sociales y la segunda, a su vez, posibilita ajustar el derecho a las nuevas realidades<sup>37</sup>.

En tal sentido, una exigencia ineludible de la teoría de los precedentes es la de reconciliar la obligatoriedad de seguirlos (following) con la facultad/deber de los jueces de encontrar la solución más correcta o justa para la disputa jurídica concreta. Al respecto ya el propio Perelman advertía que el principio de inercia no significa que todo lo que es deba permanecer inmodificado, sino sólo que es irrazonable abandonar sin fundamento una concepción ya aceptada<sup>38</sup>.

Es que si bien todo precedente se construye con una pretensión de corrección, nunca puede tener una rectitud absoluta en el sentido que sea tanto definitiva como válida para todos los tiempos. Nunca es definitiva porque la inabarcable variedad y el continuo cambio de las relaciones de la vida ponen constantemente al que aplica las normas ante nuevas cuestiones. Definitivamente válida tampoco puede serlo porque la interpretación tiene siempre una referencia de sentido a la totalidad del orden jurídico respectivo y a las pautas de valoración que le sirven de base<sup>39</sup>, condicionados siempre por el factor tiempo, de suerte tal que un cambio en la situación demanda el consiguiente ajuste jurisprudencial.

Además, y si bien se mira, hablar de que existe un apartamiento del precedente presupone que se ha determinado la sustancial similitud de casos, extremo que no se presenta cuando –más allá de la obvia

<sup>36</sup> AARNIO, ob. cit., p. 32.

<sup>37</sup> Adaptación o ajuste ya reclamado, con relación a la Constitución, por John Marshall en el caso “McCulloch vs. Maryland”, al señalar que ese instrumento está llamado a perdurar en el tiempo, teniendo que adaptarse a las diferentes crisis de los asuntos humanos (vide CORWIN, Edward S., *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, Fraternal, Buenos Aires, 1987, p. 13).

<sup>38</sup> PERELMAN, Chaïm, *Betrachtungen über die praktische Vernunft*, en *Zeitschrift für philosophische Forschung* 20, 1966, p. 219.; también ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation* cit., p. 217.

<sup>39</sup> LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 40ª ed., Ariel, Barcelona, 1994, p. 311.

dificultad que existe para tal determinación— se ha verificado un cambio de circunstancias o de contexto.

En cualquier caso, el concepto clave es el de *racionalidad*: a la luz del mismo, la sujeción al precedente perderá justificación cuando sólo se sustente en lo que Bentham denomina falacia del miedo a la innovación, consistente en el rechazo de toda nueva medida simplemente porque es nueva<sup>40</sup> y que se da la mano con otros sofismas que discurren en idéntica dirección, también tratados por Bentham al hablar de las falacias de autoridad, como lo son las de la sabiduría de los antepasados o argumento chino y de la ausencia de precedentes<sup>41</sup>.

Esa racionalidad también supone que todo juez llamado a decidir un caso ya resuelto por fallos anteriores puede y debe someter los precedentes a un test de fundamentación racional, y decidir independientemente, según su convicción formada en conciencia, si la interpretación expresada en el precedente, la concretización de la norma o el desarrollo judicial del derecho son acertados y están fundados en el derecho vigente. Por tanto, el juez no debe aceptar, en cierto modo “ciegamente”, el precedente. No sólo está facultado sino incluso obligado a apartarse de él si llega a la convicción de que contiene una interpretación incorrecta o un desarrollo del Derecho no suficientemente fundamentado o si la cuestión rectamente resuelta para su tiempo tiene que ser hoy resuelta de otro modo a causa de un cambio en la situación normativa o de todo el orden jurídico<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> BENTHAM, Jeremy, *Falacias políticas*, trad. de Javier Ballarín, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 84. Para Perelman esto de ningún modo corresponde a un sofisma, sino al efecto de la inercia que favorece el estado de cosas existentes, el cual sólo debe modificarse si hay razones en pro de la reforma (PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA, ob. cit., p. 143).

<sup>41</sup> Vide BENTHAM, ob. cit., ps. 41 y 65.

<sup>42</sup> LARENZ, ob. cit., p. 431.

Esto nos hace pensar en la vieja regla, pensada para las leyes, de “cessante razione legis, cessat lex ipsa”, que hace decir a Austin que “in the case of judiciary law, if the ground of the decision has fallen away or ceased, the ratio decidendi being gone, there is no law left” (AUSTIN, ob. cit., vol. II, p. 631).

Zagrebel'sky, por su parte, propone la fórmula de la continuidad jurisprudencial críticamente evaluada (ZAGREBELSKY, Gustavo, *La Corte Constitucional y la interpretación de la Constitución*, en LÓPEZ PINA, Antonio [ed.], *División de poderes e interpretación*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 175).

EDUARDO ROBERTO SODERO

---

Esto mismo ha sido dicho por la Corte nacional, al observar que si bien la permanencia de la jurisprudencia es deseable, con fundamento en la preservación de la seguridad jurídica, no debe obstar a su revisión cuando medien razones de justicia suficientes al efecto<sup>43</sup>.

Es que, aunque el respeto de los precedentes no es una exigencia caprichosa, lo cierto es que tal exigencia no puede traducirse en un aprisionamiento de la razón (en la gráfica expresión del juez Frankfurter en su voto disidente en “U. S. vs. International Boxing Club”)<sup>44</sup>, ni significar que los jueces queden atrapados por antiguos errores<sup>45</sup>, tal como lo ha manifestado también el *Bundesverfassungsgericht* al ocuparse del problema del *overruling* en una decisión de 1991, cuando precisó que la pretensión de validez de un precedente más allá del caso concreto se basa solamente en la fuerza de convicción (*Überzeugungskraft*) de sus fundamentos, como así también en la autoridad y competencia del tribunal<sup>46</sup>.

#### 4. Las exigencias para el cambio

Alexy apunta que, como derivación del principio de universalidad (*Universalisierbarkeitsprinzip*), existe la regla de la carga de argumentación (*Argumentationslastregel*)<sup>47</sup>, que determina que quien quiera

<sup>43</sup> *Fallos*: 248:115. Vide, también, *Fallos*: 167:121; 183:409; 192; 414; 212:325; 216:91; 293:50; 314:1003, voto del Juez Fayt; 315:2309, voto de los jueces Levene, Barra y Fayt; 317:1090 y 1271, votos del juez Fayt; 324:2367.

<sup>44</sup> 348 U. S. 236, 249 (1955).

<sup>45</sup> En idéntica dirección se manifestaba Taney, pensando en los precedentes constitucionales: “I had supposed that question to be settled, so far as any question upon the construction of the Constitution ought to be regarded as closed by the decision of this court. I do not, however, object the revision of it, and am quite willing that it be regarded hereafter as the law of this court that its opinion upon the construction of the Constitution is always open to discussion when it is supposed to be founded in error, and that its judicial authority should hereafter depend altogether on the force of the reasoning by which it is supported” (*Passenger cases*, 7 How. 283, cit. por WILLOUGHBY, ob. cit., t. I, p. 74).

<sup>46</sup> Aussperrung, BVerfGE 84, 212 –227–. Al respecto, vide ALEXY, Robert et DREIER, Ralf, *Precedent in the Federal Republic of Germany*, en McCormick, D. Neil-Summers, Robert S. (eds.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study* cit., p. 29.

<sup>47</sup> ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation* cit., p. 335.

apartarse de un precedente tiene que asumir la carga de justificar tal apartamiento<sup>48</sup>, siendo inadmisibles el abandono discrecional de los precedentes, que sería ofensiva para la seguridad jurídica y la necesaria previsibilidad de las decisiones judiciales<sup>49</sup>; hay, pues, una necesidad de tomar en serio (para apropiarnos de la expresión patentada por Dworkin) los precedentes<sup>50</sup>.

El propio Alexy remite aquí al principio perelmaniano de inercia (Perelmansche Trägheitsprinzip)<sup>51</sup>, característico del derecho y de la mentalidad de los juristas<sup>52</sup>. Este principio determina, por un lado, que la apelación a una praxis preexistente no necesite ninguna justi-

<sup>48</sup> Wer von einem Präjudiz abweichen will, trägt die Argumentationslast (ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation* cit., ps. 339 y 366). Präjudizien sind zwar nicht verbindlich, aber sie kehren die Begründungspflicht um: Sie sind in aller Regel der Ausgangspunkt unserer juristischen Überlegungen (KRIELE, Martin, *Recht und praktische Vernunft*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1979, p. 93); Adie Verbindlichkeit der Präjudizien nur präsumptiv ist. Ein Gericht darf zwar Präjudizien nicht negieren, aber es darf sich mit ihnen auseinandersetzen und auf Grund von Gegengründen von ihnen abweichen. Es ist nur zu beachten, dass es dabei die *Argumentationslast* hat (KRIELE, Martin, *Theorie der Rechtsgewinnung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1976, p. 253).

Se trata de una regla que, como puede advertirse, no se sustenta en una suerte de presunción de legitimidad del precedente, ni en esa suposición a favor de la rectitud del precedente de que hablara Kriele (KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung* cit., ps. 160, 165, 245 y ss., 258 y ss.), y que motivara la crítica de Larenz –quien advierte que el juez no debe abandonarse a ellos sin el menor reparo, sino que tiene que formarse un juicio propio, al menos cuando abriga dudas respecto de la rectitud del precedente (LARENZ, ob. cit., p. 431)–.

<sup>49</sup> Cfr., CSJN, causa “Carrera”, *Fallos*: 301:917.

<sup>50</sup> Una exigencia que, si bien se mira, se proyecta directamente en la actitud que deben adoptar los tribunales al fallar, determinando que ellos –contra el modelo clásico de adjudicación– no puedan cerrar su mirada al caso particular, sino que deban siempre tener en cuenta que resuelven más allá del mismo, sentando reglas llamadas a funcionar en casos futuros, lo cual configura una de esas consecuencias que deben ser ponderadas por los jueces, para apelar a la conocida fórmula de Oliver Wendell Holmes (vide su *The Path of Law*, 10 *Harvard Law Review*, vol. 10, 1897, p. 443), coincidente en su espíritu con la de Kriele: der Jurist muss sich fragen, welche praktischen Konsequenzen es voraussichtlich haben wird, wenn er so oder so entscheidet (KRIELE, *Recht und praktische Vernunft* cit., p. 75).

<sup>51</sup> Vide PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA, ob. cit., ps. 142 y ss.

<sup>52</sup> Y fundamento de la estabilidad de nuestra vida espiritual y social (PERELMAN, Chaïm, *Betrachtungen über die praktische Vernunft*, p. 219).

EDUARDO ROBERTO SODERO

---

ficación<sup>53</sup>, ya que, para seguir con el fundador de la Escuela de Bruselas, lo precedente se convierte en parte integrante del sistema jurídico, en un modelo del que (los jueces) pueden prevalerse con la condición de mostrar que el nuevo caso se asemeja suficientemente al antiguo [...] En efecto, se estima que el enunciar ciertos actos, ya se trate de apreciaciones o decisiones, es un consentimiento implícito a su utilización en concepto de precedentes, una especie de compromiso (une sorte d'engagement) para comportarse de forma semejante en situaciones análogas<sup>54</sup>, idea que se da la mano con la ya apuntada fórmula de la justicia que prescribe tratar igual a lo igual, de suerte tal de no introducir discriminaciones arbitrarias.

La Corte Suprema de Justicia de nuestro país se ha ocupado de esta exigencia que pretende derivarse del principio de igualdad, señalando que las variaciones jurisprudenciales no afectan la garantía de la igualdad ante la ley<sup>55</sup>; y Gascón Abellán, en ese sentido, ha insistido en la distinción entre igualdad y regla del precedente, observando que un apartamiento de precedentes puede no lesionar el principio de igualdad, aunque sí pueda afectar el principio de certeza<sup>56</sup>.

De todas maneras, esa ausencia de lesión está condicionada a la satisfacción de la carga de argumentación alexyana, como lo ha destacado el Tribunal Constitucional español al afirmar que la igualdad, aunque no implica una férrea inmutabilidad de los criterios interpretativos, impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considera que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable<sup>57</sup>.

<sup>53</sup> Die Berufung aus eine bestehende Praxis bedarf keiner Rechtfertigung (ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation* cit., p. 216).

<sup>54</sup> Ídem, ps. 144 y 145.

<sup>55</sup> MONTALVO, cit., cons. 61 y sus citas.

En "Levin" (*Fallos*: 302:315), incluso, descartó explícitamente la tacha de arbitrariedad fundada en el cambio de jurisprudencia.

<sup>56</sup> GASCÓN ABELLÁN, M., *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, 1993, p. 56.

<sup>57</sup> STC, 40-1979, del 14 de julio (F. J. 21), reiterada en numerosos pronunciamientos (vgr., SSTC 166/1985; 12/1988; 63/1988, etc.). Vide, al respecto, VIDALES RODRÍ-

Por ello los cambios han de ser justificados, pues una vez tomada una decisión (o, lo que es lo mismo, una vez que una concepción ya ha sido aceptada) sólo puede modificarse por *raisons suffisantes*<sup>58</sup>, pues detrás se encuentra la propia continuidad que constituye la base de la vida social e intelectual<sup>59</sup>, lo cual también determina que el apartamiento de los precedentes deba verse como la *ultima ratio* para el juez, quien tiene que echar mano de instrumentos alternativos que eviten tal recurso cuando se juzga inconveniente seguir los criterios disponibles (y así aparece la técnica del *distinguishing*, que permite esquivar la regla para el caso dejando al mismo tiempo incólume –al menos formalmente– el precedente, un recurso que también debe ser aplicado dando razones suficientes)<sup>60</sup>.

Si consideramos que en definitiva la fuerza vinculante de un precedente depende del peso de los argumentos presentados para la decisión<sup>61</sup>, y que la opinión de un tribunal está siempre abierta a la discusión cuando se supone que ha sido fundada en el error, y que su autoridad judicial dependerá siempre en lo futuro de la fuerza del razonamiento en que se apoya<sup>62</sup>, es entonces claro que una de las notas distintivas del precedente es la de estar expuesto a la contra-argumentación, y que ningún precedente ha de tener la autoridad suficiente para clausurar el diálogo, determinando definitivamente la solución correcta para el caso al cual esté referido.

La dificultad de tal contra-argumentación dependerá de la fuerza de las razones fundantes del precedente a sustituir, y de la legitimación de que goce el mismo en la comunidad jurídica, cuyo grado se manifiesta a través de la existencia/ausencia de precedentes contrarios, del aval de las obras científicas o de su aceptación por la opinión dominante (*herrschende Meinung*), y que nos hablará eventualmente

GUEZ, Caty, *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 98.

<sup>58</sup> PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA, ob. cit., 142; también, PERELMAN, *Betrachtungen über die praktische Vernunft* cit., p. 412.

<sup>59</sup> PERELMAN, Chaïm, *Fünf Vorlesungen über die Gerechtigkeit*, en del mismo autor, *Die Gerechtigkeit*, München, 1967, p. 92.

<sup>60</sup> KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung* cit., ps. 246 y 286.

<sup>61</sup> AARNIO, ob. cit., p. 127.

<sup>62</sup> Voto del juez Taney en “Smith vs. Turner” (1849).

EDUARDO ROBERTO SODERO

---

de cierta incorporación del precedente a la tradición jurídica, lo cual hace pensar en una variabilidad de la fuerza de los mismos según su antigüedad o novedad, de lo cual Scalia nos ofrece una lectura posible en su opinión disidente en “South Carolina vs. Gathers”<sup>63</sup> al afirmar que el respeto acordado a decisiones anteriores se incrementa, antes que decrece, con su antigüedad [...] La novedad del error no sólo priva del respeto que merece la práctica largamente establecida, sino que además aconseja que la oportunidad de corrección sea aprovechada de inmediato, antes de que el derecho y la práctica se hayan ajustado al mismo.

Además no hay que perder de vista que –como vimos– la estabilidad de la jurisprudencia constituye en sí misma “a good reason”, ya que si bien es cierto que la autoridad de la jurisprudencia no es siempre decisiva, no lo es menos la evidente conveniencia de su estabilidad en tanto no se alleguen fundamentos o medien razones que hagan ineludible su modificación<sup>64</sup>.

Así se lee en la *dissenting opinion* del mismo *Justice* Scalia (a quien adhieren el *Chief Justice* Rehnquist y el *Justice* Thomas), cuando critica la inconsistencia en el manejo de la doctrina del *stare decisis* por parte de la mayoría en “Lawrence vs. Texas”: “Liberty –recuerda Scalia– finds no refuge in a jurisprudence of doubt”. “Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey”, 505 U. S. 833, 844 (1992). “That was the Court’s sententious response, barely more than a decade ago, to those seeking to overrule ‘Roe vs. Wade’, 410 U. S. 113 (1973). The Court’s response today, to those who have engaged in a 17-year crusade to overrule ‘Bowers vs. Hardwick’, 478 U. S. 186 (1986), is very different”<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> 490 U. S. 805, 824 (1989).

<sup>64</sup> *Fallos*: 209:431 (1947), citando *Fallos*: 183:409 y 192:414.

<sup>65</sup> No es por cierto éste un ejemplo aislado de crítica de la minoría disidente a la posición adoptada mayoritariamente por la Corte; y así encontramos, vgr., la disidencia del *Justice* Jackson en “Securities and Exchange Commission vs. Chenery Corp.” (332 U. S. 194, 214 [1947]): Me entrego. Ahora comprendo plenamente lo que Mark Twain quería decir cuando escribía: “Cuanto más os explicais menos os comprendo” (I give up. Now I realize fully what Mark Twain meant when he said, “The more you explain it, the more I don’t understand it”).

## 5. ¿Previsibilidad vs. justicia?

Aarnio afirma que los tribunales tienen que comportarse de manera tal que los ciudadanos puedan planificar su propia actividad sobre bases racionales<sup>66</sup>, coincidiendo con Larenz, quien postula que la continuidad de la jurisprudencia de los tribunales, la confianza del ciudadano, basada en ella, de que su asunto será resuelto de acuerdo con las pautas hasta entonces vigentes, es un valor peculiar<sup>67</sup>. Es que la existencia de concretos criterios jurisprudenciales de hecho orienta la conducta de los particulares, quienes basándose en ellos (y no sólo en las normas legislativas) obran en cierto sentido, emprenden ciertos negocios o celebran ciertos contratos, lo cual determina que la posterior modificación de las pautas tenidas originariamente en cuenta genere fuertes inquietudes desde el plano de las exigencias de justicia, que no pueden ser respondidas genéricamente sino sólo a partir de necesarias distinciones, pues cada clase de precedentes tiene sus propias implicancias y reglas para su abandono.

Así, entre algunas de las hipótesis imaginables, podemos diferenciar:

a) Precedentes interpretativos: resulta innegable que si el cambio se refiere a un precedente que, en definitiva, se limitaba a atribuir determinada inteligencia a una norma emanada del legislador, tal mutación exhibirá una menor dosis de dramatismo en orden a la seguridad jurídica que si se trata de precedentes *praeter legem* que en su momento hayan significado –mediante el recurso a la analogía, al Derecho Comparado, etcétera– la creación *ex nihilo* de una norma (para el caso concreto, pero con proyecciones de generalidad) por inexistencia de pautas concretas<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> AARNIO, ob. cit., p. 26. Y agrega en muchos casos, las decisiones jurídicas son la única razón propiamente dicha de una planificación de futuro.

Entre nosotros, la Corte ha destacado la necesidad de que los particulares conozcan de antemano las “reglas claras de juego” a las que atenerse en aras de la seguridad jurídica (*Fallos*: 311:2082, cons. 7 *in fine*).

<sup>67</sup> LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho* cit., p. 311.

<sup>68</sup> Vide, al respecto ITURRALDE, Victoria, *Las decisiones judiciales como fuente del Derecho en los sistemas de civil law: el caso español*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1995, p. 403; y RUIZ MIGUEL, Alfonso, *Creación y aplicación en la decisión judicial*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1984.

EDUARDO ROBERTO SODERO

---

b) Precedentes incorrectos: también es claro que si el precedente a abandonar consagraba una interpretación defectuosa o no suficientemente fundamentada de la norma, los puntos de vista que hablan a favor del seguimiento de los precedentes –la salvaguarda de la seguridad jurídica– tienen que pasar a segundo plano<sup>69</sup>, a fin de permitir que exista un nuevo precedente que le devuelva a aquélla su significación originaria. Lo mismo puede predicarse respecto de los precedentes (incluso no-interpretativos) que creaban soluciones contrarias a la lógica, a la prudencia, desproporcionadas, etcétera. En tal sentido ya Blackstone decía que la obligación de someterse al precedente admite excepciones cuando la decisión anterior es evidentemente contraria a la razón; y todavía más, si es contraria a la ley divina [...] los precedentes y las reglas deben ser seguidos a menos de que sean netamente absurdos o injustos<sup>70</sup>.

Como lo expresara Rehnquist en “Payne vs. Tennessee”<sup>71</sup>, cuando las decisiones son inaplicables o incorrectamente razonadas, “esta Corte no se ha sentido obligada a seguir un precedente” (“Smith vs. Allwright”, 321 U. S. 649). Stare decisis is not an inexorable command<sup>72</sup>; “es un principio de política y no una fórmula mecánica de adhesión a la última decisión” (“Hilvering vs. Hallock”, 309 U. S. 106), idea sobre la cual ha insistido recientemente en la citada causa “Lawrence vs. Texas”, donde la mayoría, ante la pregunta: “Bowers vs. Hardwick A.” should be overruled?, respondió afirmativamente

<sup>69</sup> LARENZ, ob. cit., p. 431.

<sup>70</sup> BLACKSTONE, ob. cit., t. I, p. 69.

<sup>71</sup> 501 U. S. 808, 828 (1991).

<sup>72</sup> Aquí resulta obligada la cita del Justice Lurton en “Hertz vs. Woodman” (218 U. S. 205) –la regla del *stare decisis*, aunque provea a la consistencia y uniformidad de la decisión, no es inflexible. Si ella debe ser seguida o abandonada es una cuestión enteramente librada a la discreción del tribunal llamado a considerar una cuestión ya decidida alguna vez– o los votos disidentes del Justice Brandeis en “State of Washington vs. Dawson” (264 U. S. 219) –*Stare decisis* is ordinarily a wise rule of action. But it is not a universal, inexorable command– y “Burnet vs. Colorado Oil & Gas Co.” (285 U. S. 393) –la regla del *stare decisis*, aunque tiende a la consistencia y uniformidad de las sentencias, no es inflexible. El que sea seguida o dejada de lado es una cuestión sometida a la discreción del tribunal ante el cual se encuentra pendiente de decisión una cuestión ya decidida antes–.

recordando que the doctrine of stare decisis is essential to the respect accorded to the judgments of the Court and to the stability of the law. It is not, however, an inexorable command. “Payne vs. Tennessee”, 501 U. S. 808, 828 (1991) (Stare decisis is not an inexorable command; rather, it “is a principle of policy and not a mechanical formula of adherence to the lastest decision”) (quoting “Hilvering vs. Hallock”, 309 U. S. 106, 119 [1940]). Concordante con esta concepción, también nuestra Corte ha dicho precisamente que la regla de la autoridad del precedente debe ceder ante la comprobación del error o de la inconveniencia de las decisiones anteriores<sup>73</sup>.

El problema, claro está, reside en establecer el grado de incorrección que debe exhibir el precedente para justificar la restricción a la seguridad jurídica que supone su abandono, tema librado en definitiva al juicio de ponderación, lo cual no impide observar que, en todo caso, a mayor gravedad del error<sup>74</sup> o de la inconveniencia de la regla jurisprudencial<sup>75</sup>, mayor evidencia y, con ello, menor lesión a la seguridad jurídica.

c) Precedentes inconstitucionales o ilegales: si la incorrección del precedente llega a consagrar soluciones contrarias a la Constitución o a una ley válida, las objeciones al cambio quedan absolutamente debilitadas, pues ninguna protección merece la confianza en tales precedentes<sup>76</sup>, ni los tribunales pueden estar obligados a seguirlos, tanto

<sup>73</sup> Fallos: 166:220; 167:121; 178:25; 183:409; 192; 414; 212:325; 216:91; 293:50; 314:1003, voto del juez Fayt; 315:2309, voto de los jueces Levene, Barra y Fayt; 317:1090 y 1271, votos del juez Fayt; 323:540; 323:2186, voto del juez Boggiano.

<sup>74</sup> Pensemos en ese acto inconcebible dentro de una racional administración de justicia de que hablara Holmes en “Chicago Life Insurance Company and the Federal Life Insurance Company, Plffs. in Err., vs. Bertha R. Cherry”, 244 U. S. 25 (1917), citado por nuestra Corte en la causa “Estrada” (Fallos: 247:715 [1960]; vide también Fallos: 315:814; 317:444; 321:874, votos concurrentes, etc.).

<sup>75</sup> Pensemos, una vez más, en la hipótesis de que se haya operado una alteración sustancial de la situación social de tal naturaleza que, a su luz, las sentencias precedentes hayan perdido sentido como expresión de justicia, transformándose en un factor de iniquidad y atentatorio contra el bienestar social (CUETO RÚA, ob. cit., p. 142).

<sup>76</sup> El ciudadano no puede confiar [...] en la medida que sea violatoria del sistema e injusta, de modo tal que existan serias dudas sobre su constitucionalidad (BVerfGE 13, 215; 19, 187; 30, 367).

EDUARDO ROBERTO SODERO

---

más si lo violado eran exigencias de justicia (precedente injusto)<sup>77</sup>, si bien aquí el criterio a adoptar estará determinado por la respuesta al interrogante sobre la validez (y, por ende, obligatoriedad) de tal precedente, respuesta condicionada a su vez por la idea que el juez tenga acerca del derecho<sup>78</sup>, demostrando una vez más que las teorías de la interpretación no son análisis independientes de las teorías acerca del derecho, sino que dependen de ellas<sup>79</sup>, y que, como observa Alexy, detrás de toda praxis jurídica existe un concepto del derecho<sup>80</sup>.

En tal sentido Aarnio advierte que no es suficiente que las decisiones sean (muy) previsibles. Así, por ejemplo, en una dictadura la práctica de los tribunales puede no ser arbitraria en el sentido de que el grado de previsibilidad puede ser alto y, al mismo tiempo, cada decisión particular puede violar gravemente las más elementales exigencias de justicia<sup>81</sup>, concordando en su dirección con Alexy, quien tras apuntar que la observancia de los precedentes contribuye al mismo tiempo a la seguridad jurídica (*Rechtssicherheit*) y a la protección de la confianza en la Jurisprudencia<sup>82</sup>, señala que ciertamente no son éstos los dos únicos objetivos<sup>83</sup>.

d) Cambios obligados: también existen supuestos en los cuales el propio sistema jurídico exige a los jueces cambiar sus precedentes. Así ocurre cuando los tribunales superiores en grado cambian su jurisprudencia (en particular, si la misma es jurídicamente obligatoria) o cuando ellos explicitan por vez primera algún criterio en sentido contrario al de los tribunales inferiores. Pensemos también en aquellas hipótesis en las que el derecho positivo que daba sustento al precedente sufre mutacio-

<sup>77</sup> Una temática que recientemente ha encontrado campo fértil en los precedentes emanados de los tribunales de la antigua República Democrática Alemana.

<sup>78</sup> DWORKIN, *El derecho como interpretación*, art. cit., p. 230.

<sup>79</sup> Dice Dreier: Welche Auslegungstheorie man wählt, hängt davon ab, welche Rechts und Staatsphilosophie man hat (DREIER, Ralf, *Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation*, en del mismo autor, *Recht-Moral-Ideologie. Studien zur Rechtheorie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1981, p. 114).

<sup>80</sup> ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1984, ps. 14/15.

<sup>81</sup> AARNIO, ob. cit., p. 27.

<sup>82</sup> ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation* cit., p. 338.

<sup>83</sup> Si lo fueran, no sería posible apartarse de los precedentes.

nes, ya sea por la derogación de las normas antes vigentes (y su reemplazo por otras distintas), ya sea por la declaración de su inconstitucionalidad: en tales situaciones los tribunales deben tomar nota y ajustar su propia jurisprudencia al nuevo panorama normativo, pues sólo así sus decisiones serán derivación razonada del derecho vigente.

## 6. ¿A qué obliga un precedente obligatorio?

Decir que en principio hay que observar los precedentes obligatorios<sup>84</sup> no significa otra cosa que la exigencia de aplicar a los casos particulares las normas generales contenidas en los mismos, fallando aquéllos dentro del marco de posibilidades que les ofrecen tales normas.

Para ello siempre será necesario determinar con antelación aquello a lo que obligan los precedentes en cuestión, lo cual nos coloca ante la pregunta de cómo se interpretan los precedentes, tópico que motivara la seria denuncia de Larenz de que en la teoría ha sido hasta ahora sorprendentemente descuidada la interpretación de resoluciones judiciales, a diferencia de la interpretación de las leyes y preceptos jurídicos<sup>85</sup>, y que plantea problemas complejos como el del valor que tienen las sentencias con votos plurales en cuanto al razonamiento, ninguno de los cuales es mayoritario (plurality decisions)<sup>86</sup> o, fundamentalmente, el del propio fin de esa interpretación, polémica tradicional en el campo de la interpretación de la ley<sup>87</sup>, donde se discute acerca de si hay que considerar la ratio legis (teoría objetiva) o la ratio legislatoris (teoría subjetiva, preocupada por descubrir la voluntad o intención del autor de la norma –que en nuestro caso sería un juez o tribunal–), que aún sigue abierta, y en la cual podemos afirmar, refiriéndola a nuestro tema y parafraseando a Radbruch<sup>88</sup>, que en de-

<sup>84</sup> Categoría en la cual podemos incluir a los precedentes del propio tribunal y a los de los tribunales superiores, cada uno con una obligatoriedad fundada en razones distintas.

<sup>85</sup> LARENZ, ob. cit., p. 355.

<sup>86</sup> Vide Comment, Supreme Court no-clear majority decisions: a study in stare decisis, *University of Chicago Law Review* 24 (1956), ps. 99 y ss.

<sup>87</sup> Cuyos problemas y exigencias comparte la interpretación de los precedentes.

<sup>88</sup> La ley puede y debe ser más inteligente que sus autores (RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, F. C. E., México-Buenos Aires, 1955, p. 122).

EDUARDO ROBERTO SODERO

---

finitiva lo importante es que el precedente tiene que ser más inteligente que el juez, y que su valor o fuerza no proviene de la concreta intención del hacedor (Borges), sino de ser expresión de la voluntad o poder del Estado; en la medida en que define una cierta clase de casos a los cuales [...] vincula cierto tipo de consecuencias jurídicas, el fallo queda “desprendido” de la decisión original y, por así decirlo, adquiere vida propia<sup>89</sup>.

Además, quizás podamos descubrir lo que “pasaba por la cabeza” de todos los jueces que resolvieron<sup>90</sup> casos similares al que tenemos que resolver, acumulando datos sobre las concretas (y a menudo muy diferentes) motivaciones de los jueces que contribuyeron a crear determinada línea o criterio jurisprudencial; podríamos incluso escoger las motivaciones de un concreto y particular juez (o grupo de jueces), a la manera de quien atribuye a una norma legal el sentido que resulta compatible con la intervención de algún legislador –entre un repertorio de intervenciones de igual valor, pero frecuentemente contradictorias– en el marco del debate parlamentario<sup>91</sup>. Pero esta acumulación no sería de mayor ayuda para el juez que tratara de responder a la pregunta de qué alcance real tienen las resoluciones precedentes globalmente consideradas [...] Dicho juicio requiere, en todo caso, un ejercicio renovado de interpretación que no sea ni una tosca investigación histórica ni una expresión a partir de cero de cómo debieran ser idealmente las cosas<sup>92</sup>.

Ese ejercicio renovado de interpretación consistirá, antes que nada, en un asunto lingüístico, donde no podrá perderse de vista que los precedentes participan –al igual que la legislación– de la nota de irreductible textura abierta que caracteriza al derecho<sup>93</sup>, por lo que al determinar sus alcances también se han de presentar esas dificultades o faltas de certeza que provienen de la ambigüedad, oscuridad y vaguedad

<sup>89</sup> AARNIO, ob. cit., p. 129.

<sup>90</sup> DWORKIN, *El derecho como interpretación*, art. cit., p. 235.

<sup>91</sup> Lo que se conoce como travaux préparatoires, un material del que no disponemos a la hora de precisar la opinión jurídica del tribunal, pues allí sólo tenemos la propia sentencia en su literalidad.

<sup>92</sup> *Ibidem*.

<sup>93</sup> Vide HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, p. 159.

del lenguaje, de suerte tal que, si bien habrá por cierto casos obvios, que aparecen constantemente en contextos similares [...] habrá también casos frente a los cuales no resulta claro si aquéllas se aplican o no<sup>94</sup>, lo cual nos permite constatar que –parafraseando a Larenz– los precedentes encuentran en esa flexibilidad, riqueza de matices y capacidad de adaptación del lenguaje general un punto fuerte y, al mismo tiempo, un punto débil, porque si bien permiten la adaptación a nuevas circunstancias sin necesidad de modificaciones jurisprudenciales, impiden al mismo tiempo un sentido literal claro<sup>95</sup>, generando una situación ante la cual aparecerá esa discrecionalidad judicial contra la que embistiera Dworkin, que no es otra cosa sino la libertad que tiene el juez para elegir añadir (o no) un caso nuevo a una línea de casos por virtud de semejanzas (o diferencias)<sup>96</sup>.

### 7. ¿Qué es lo que obliga de un precedente obligatorio?

En el punto anterior decíamos que observar el precedente no es otra cosa que aplicar al caso concreto la norma general obligatoria<sup>97</sup> que aquél ha establecido, lo cual exige determinar, ante todo, de dónde se extrae esa norma general o, en otros términos, qué es lo que obliga de un precedente, de suerte tal que su apartamiento resulte generador de problemas.

Ello nos coloca ante la distinción entre *ratio decidendi*<sup>98</sup> y *obiter dictum*, que ha sido objeto de una infinidad de teorías cuya diversidad obedece a que –como lo observara Hart– los términos clave usados en la teoría (del precedente): “*ratio decidendi*”, “hechos relevantes”, “interpretación”, tienen su propia penumbra de incertidumbre<sup>99</sup>, dificultad que no impide destacar la importancia que se le ha reconocido a la distinción, en la medida en que –según lo dicho por la Corte Suprema argentina– no forman parte de un precedente que sea invocable

<sup>94</sup> HART, ps. 157 y 158.

<sup>95</sup> LARENZ, ob. cit., p. 317.

<sup>96</sup> Ídem, p. 159.

<sup>97</sup> The general principle or rule, diría Austin (ob. cit., vol. II, p. 622).

<sup>98</sup> O *holding*.

<sup>99</sup> HART, ob. cit., p. 167.

EDUARDO ROBERTO SODERO

---

como tal y que posea autoridad institucional [...] las opiniones *obiter dicta*, que no integran la “unidad lógico-jurídica” que es la sentencia pues no son “motivaciones” que hayan servido de base a la decisión<sup>100</sup>.

Precisamente ése es el punto que divide las aguas entre la *ratio decidendi* y el *obiter dictum* (y, con ello, entre las consideraciones que tienen y no tienen *authority*): la necesidad de las razones o *grounds* respectivos en orden a la justificación de la respuesta para el caso. Si son fundamentos (necesarios), configuran la obligatoria *ratio decidendi*<sup>101</sup>; si en cambio se trata de enunciados y comentarios contenidos en un fallo, sobre alguna regla de derecho o proposición jurídica que no esté necesariamente en juego ni sea esencial para la solución del caso, son *obiter dicta* y carecen de fuerza obligatoria<sup>102</sup>; “a *dictum* is an opinion expressed by a court not necessarily arising in the case, que no exhibe por tales razones la fuerza de un precedente obligatorio”<sup>103</sup>, aunque pueda tener alto valor retórico o persuasivo<sup>104</sup>.

Se trata, con todo, de una distinción que se presenta como dudosa<sup>105</sup> y expuesta a las vicisitudes de la práctica y al cambio, como ya en 1956 lo observara el autor de *Grundsatz und Norm* al señalar que la polémica sobre el principio establecido sólo accesoriamente (*obiter*) desempeña un papel cada vez más importante que no se compadece con la tesis oficial que le niega carácter vinculante<sup>106</sup>, destacando el valor que tales *dicta* judiciales tienen para la formación de los principios, al punto que hay ocasiones en que el *gratis dictum* prepondera

<sup>100</sup> *Fallos*: 242:280; 304:590; 313:1392 (1406); las expresiones de un considerando de una sentencia de la Corte Suprema, por no referirse precisamente a la cuestión debatida en la causa, constituyen un “*obiter dictum*” que no debe considerarse como jurisprudencia del Tribunal en sentido propio (*Fallos*: 219:583).

<sup>101</sup> The general reasons or principles of a judicial decision (as thus abstracted from any peculiarities of the case) are commonly styled, by writers on jurisprudence, the *ratio decidendi* [...] *Ratio decidendi* is itself a law (AUSTIN, ob. cit., vol. II, p. 627).

<sup>102</sup> *Black's Law Dictionary*, 4th. ed., West Publishing Co., p. 541. Vide, también, TUNC, André et TUNC, Suzanne, *El derecho de los Estados Unidos de América*, UNAM, México, 1957, p. 252.

<sup>103</sup> “Union Tank Line vs. Wright”, 39 S. Ct. 276, 249 U. S. 275.

<sup>104</sup> Vide TUNC et TUNC, ob. cit., p. 254.

<sup>105</sup> Vide ESSER, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, Bosch, Barcelona, 1961, ps. 237 y 250.

<sup>106</sup> Ídem, p. 251.

hasta tal punto sobre la concreta *ratio decidendi*, que está justificado preguntarse si el juicio entero es o no *obiter*<sup>107</sup>.

Y también es un distingo que resulta difícil de operar, pues la línea que separa el holding del *dictum* no es clara ni definida<sup>108</sup>, lo cual explica las múltiples propuestas de que ha sido objeto –por ejemplo– el problema de la explicitación de la norma general contenida en el precedente<sup>109</sup>, o los riesgos del constante manipuleo de lo que es holding y de lo que es *dictum*<sup>110</sup>.

### **8. La preocupación central: ¿con qué efectos se cambian los precedentes?**

Introduciéndonos finalmente en el tema de la aplicación temporal de los nuevos precedentes, se advierte la existencia de dos posibilidades –prospectividad o retroactividad– cada una de las cuales presenta argumentos en favor y en contra.

La primera alternativa –conforme a la cual el nuevo precedente sólo ha de aplicarse hacia el futuro, resolviéndose el caso actual según la regla anterior<sup>111</sup>– parte de considerar que, en definitiva, el cambio de jurisprudencia supone siempre un cambio del derecho aplicable y que, por ello, aplicar la nueva regla al caso en el cual se la establece significa fallar conforme a un derecho *ex post facto*, vulnerando así elementales exigencias de justicia y contra la idea de que –además– la autoridad institucional del precedente ha de regir para el futuro<sup>112</sup>.

<sup>107</sup> Ídem, p. 254.

<sup>108</sup> CUETO RÚA, ob. cit., p. 162.

<sup>109</sup> Analizadas por el mismo Cueto Rúa en el Cap. IV de la obra ya citada (ps. 147 y ss.).

<sup>110</sup> Ídem, p. 169, manipuleo del cual –dice Cueto Rúa– constituye un resonante ejemplo el razonamiento del juez Frankfurter al votar en “Graves vs. New York” (306 U. S. 488) y declarar mero *dictum* la expresión del gran Marshall en “McCullough vs. Maryland” (4 Wheat. 316) en el sentido de que la facultad de gravar impositivamente implicaba la de destruir, ¡expresión que había sido aceptada como holding durante más de ciento veinte años!

<sup>111</sup> Como lo explica la Corte americana en “Linkletter vs. Walker” (381 U. S. 618 [1965]), una regla que es puramente prospectiva no se aplica a las partes ante el tribunal.

<sup>112</sup> Doctrina de *Fallos*: 9:53; 183:409; 192:414; 293:531; 308:552.

EDUARDO ROBERTO SODERO

---

Objetando la misma se ha dicho que su tesis pierde de vista la posición del vencido en el pleito, quien habrá litigado en vano y se verá privado de su derecho no obstante reconocerle el tribunal que le asiste razón en sus afirmaciones, situación que por su inadmisibilidad constituye el principal argumento disponible contra la traslación lisa y llana del principio de irretroactividad de las leyes<sup>113</sup> al campo de los precedentes, motivando la observación del Bundesverfassungsgericht en el sentido de que ella habría de conducir a que los tribunales hubieran de estar vinculados a una jurisprudencia incluso cuando se demuestra que ésta es insostenible a la luz del conocimiento esclarecedor o en vista del cambio de las relaciones sociales, políticas o económicas<sup>114</sup>.

Al respecto es forzada –una vez más– la cita de Larenz, cuando señala que existen inconvenientes contra la propuesta de Wilhelm Knittel<sup>115</sup> de que los tribunales, en casos de confianza fundada (en la permanencia de una jurisprudencia) debían resolver el caso que se les someta –que por cierto se refiere a un hecho ocurrido en el pasado– todavía conforme a la jurisprudencia de hasta entonces, pero anunciar a la vez que, en el enjuiciamiento de los casos que ocurran en el futuro, habrán de poner como base otra opinión jurídica. Los tribunales habrían de resolver entonces el caso según una máxima que ellos mismos han reconocido ahora que no era correcta; al mismo tiempo, respecto al enjuiciamiento de casos futuros, que ellos no conocen todavía en absoluto, habrán de atenerse a una determinada opinión jurídica. Pero esa opinión jurídica podría necesitar una revisión cuando en los casos futuros aparezcan aspectos que el caso en

<sup>113</sup> Considerado por el Tribunal Constitucional Federal alemán como expresión del principio del Estado de Derecho (así, BVerfGE 7, 89, 92; 11, 64, 73; 13, 261, 271; 31, 222, 225, etc.), este subprincipio –también llamado de protección de la confianza del ciudadano hacia la legislación– prohíbe la aplicación de nuevas normas a supuestos de hecho ya concluidos, salvo que el ciudadano no hubiese podido confiar legítimamente en la subsistencia de la legislación anterior (por ser ésta inválida).

<sup>114</sup> BVerfGE 18, 224, 240.

<sup>115</sup> En *Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung*, Verlag Gieseking, 1965, ps. 50 y ss.

cuestión no ha dado motivo alguno a considerar. Los tribunales deberían evitar tales compromisos<sup>116</sup>.

Esto nos conduce de manera directa a la técnica del *prospective overruling*, conforme a la cual –precisamente– se anuncia el nuevo criterio que habrá de seguirse en el futuro –en una suerte de profecía, como se lee en “Great Northern Ry. Co. vs. Sunburst Oil & Refining Co.”<sup>117</sup>–, pero al mismo tiempo se falla el caso sometido a decisión según el criterio anterior, técnica que ha sido empleada por la Corte norteamericana a partir de considerar los intereses de la parte afectada por el cambio in the law (vide los casos reportados en 287 U. S. 358; 308 U. S. 371; 375 U. S. 411; 377 U. S. 13; 392 U. S. 481; 393 U. S. 544; 395 U. S. 701; 399 U. S. 204; 458 U. S. 50; etc.).

Sopesando el valor de esta técnica, cabe considerar que así como el cambio de jurisprudencia hacia atrás (donde el viejo criterio ya no se aplica ni siquiera al caso enjuiciado) puede crear una fuerte impresión de injusticia en cabeza de quienes habrían confiado en la jurisprudencia existente al momento de demandar, iniciando un juicio sólo para encontrarse al final con que aquello que se consideraba como derecho ya no lo es<sup>118</sup>, también resulta cierto que –como vimos– el otro criterio (*prospective overruling*) genera injusticia igualmente: la parte vencida obtiene una victoria moral al persuadir al tribunal de cambiar el criterio que ella ha sostenido que es equivocado, pero al propio tiempo pierde su caso, por lo cual se comprende que este proceder haya sido objeto de fuertes críticas, pudiendo agregarse a las objeciones antes apuntadas del profesor Larenz las que surgen desde el propio ámbito anglosajón, verbigracia, las de sir Leslie Scarman, quien comentaba: encuentro difícil de comprender cómo un juez puede decir que un caso será decidido de este modo para las partes, y anunciar que en el futuro será decidido de otra manera para partes diferentes que puedan venir más tarde. Ello luce, en mi opinión, como

<sup>116</sup> LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho* cit., p. 434.

<sup>117</sup> 287 U. S. 353, 366 (1932).

<sup>118</sup> Situación cuya dureza –para citar el ejemplo de la Corte– se ha procurado atenuar por la vía de imponer las costas del juicio por su orden en todas las instancias (así, *Fallos*: 318:1214; 323:973, entre otros).

EDUARDO ROBERTO SODERO

---

una deformación o distorsión del proceso judicial que deberíamos evitar en lo posible<sup>119</sup>.

Al respecto, y como obvia derivación de su naturaleza<sup>120</sup>, el Common Law ofrece una historia particularmente rica en materia de efectos temporales de la derogación de un precedente por otro nuevo, apuntándose la existencia en ese sistema de una tradición de retroactividad para las decisiones judiciales<sup>121</sup>, lo cual se verifica especialmente en Inglaterra, donde prevalece la tesis de la derogación retroactiva de la mano de Blackstone, quien entendía que los jueces al fallar apartándose de precedentes erróneos no crean derecho, sino que simplemente declaran el que ha existido desde siempre (the subsequent judges do not pretend to make a new law, but to vindicate the old one from misrepresentation)<sup>122</sup>, visión muy similar a la que había sido expuesta por sir Matthew Hale en su *History of the Common Law*, publicada trece años antes del nacimiento de Blackstone<sup>123</sup>.

Si bien esta tesis ha merecido ciertamente adhesiones y defensas<sup>124</sup>,

<sup>119</sup> Law Reform by Legislative Techniques, 32 Sask. L. R. 217, 219 (1967).

<sup>120</sup> Al respecto se ha observado que, entre los tres *principes fondamentaux* sobre los cuales se apoya el Common Law se cuenta el del respect du précédent judiciaire, que est certainement de beaucoup le plus important à l'époque actuelle (TUNC, André et TUNC, Suzanne, *Le Droit des États-Unis d'Amérique. Sources et Techniques*, Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris, Serie Les Systèmes de Droit Contemporains, VI, Librairie Dalloz, Paris, 1955, p. 89; versión española citada, ps. 214/215).

<sup>121</sup> LAITOS, Jan G., *Legislative Retroactivity*, en *Journal of Urban and Contemporary Law*, 1997, vol. 52, p. 97.

<sup>122</sup> Vide BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England* cit., libro I, sección tercera.

<sup>123</sup> Con todo, y a estar a las observaciones de Cueto Rúa, aun la teoría tradicional de que cuando se modifica la jurisprudencia no es que se modifique el Derecho, sino que el tribunal se equivocó en su sentencia previa, y el Derecho es –y siempre fue– tal cual está expuesto en la última sentencia, reconoce una excepción en la cual el cambio jurisprudencial carece de efecto retroactivo, constituida por el cambio de jurisprudencia en la interpretación de las leyes sancionadas por la Legislatura, pues éstas carecen generalmente de efecto retroactivo (“Douglas vs. County of Pike”, 101 U. S. 687) (CUETO RÚA, ob. cit., p. 94).

<sup>124</sup> CARTER, James Coolidge, *Law: Its Origin, Growth and Function*, The Knickerbocker Press, New York and London, 1907; MISHKIN, Paul, *The High Court, The Great Writ, and the Due Process of Time and Law*, 79 *Harvard Law Review* 56, 60 (1965).

también ha sido objeto de fuertes críticas, calificándose de mito<sup>125</sup> o de ficción, siendo ejemplos de ello las expresiones de Lord Diplock (es una ficción legal el que los tribunales simplemente exponen el derecho como éste ha sido desde siempre)<sup>126</sup> o, más recientemente, de Lord Browne-Wilkinson, de la House of Lords, quien al fallar en “Kleinwort Benson LTD. vs. Lincoln City Council, etc.”<sup>127</sup> se sumaría a estas voces al expresar, con referencia a la teoría de que los jueces no hacen ni crean el derecho, sino que sólo descubren y declaran el derecho como ha sido desde siempre (de suerte tal que cuando un criterio anterior es dejado de lado el derecho no cambia, sino que su verdadera naturaleza es descubierta), que, como lo decía Lord Reid, se trata de un cuento de hadas en el cual ya nadie cree<sup>128</sup>. En realidad, los jueces crean y cambian el derecho [...] Pero mientras que el mito subyacente ha sido dejado de lado, su progenie –el efecto retrospectivo de un cambio hecho por una decisión judicial– permanece...

La jurisprudencia de la Corte Suprema americana, por su parte, nos ofrece una zaga de antecedentes cuya antigüedad se remonta a los primeros años de existencia de ese tribunal –como “United States vs. Schooner Peggy” (5 U. S. [1 Cranch] 102) que ya en 1801 fijó la doctrina de la retroactividad limitada<sup>129</sup>–, conformándose un repertorium de respuestas que en razón de su amplitud no podemos agotar aquí, por lo cual nos limitaremos a mencionar algunos casos que nos parecen relevantes, a saber:

i) “Kuhn vs. Fairmont Coal Co.”<sup>130</sup>, donde el *Justice* Holmes en su voto disidente afirma no conocer ninguna autoridad entre los precedentes de la Corte (no authority in this court) para decir que en general las decisiones (de los tribunales) locales deberían crear derecho

<sup>125</sup> TRAYNOR, Roger J., en su *Quo Vadis, Prospective Overruling: A Question of Judicial Responsibility*, 28 *Hastings Law Journal*, 1977, p. 773.

<sup>126</sup> Lord Diplock, Presidential Address, The Holdsworth Club, 1965.

<sup>127</sup> Octubre 29, 1998.

<sup>128</sup> A fairy tale in which no-one any longer believes.

<sup>129</sup> Vide al respecto ITURRALDE SESMA, Victoria, *El precedente en el Common Law*, Civitas, Madrid, 1995, p. 182.

<sup>130</sup> 215 U. S. 349, 372 (1910)

EDUARDO ROBERTO SODERO

---

sólo para el futuro agregando que las decisiones judiciales han tenido una operatividad retrospectiva por aproximadamente mil años;

ii) “Great Northern Ry. Co. vs. Sunburst Oil & Refining Co.”<sup>131</sup>, verdadero *leading*, en el cual se examinaba la validez constitucional de un fallo de la Corte Suprema de Montana que había optado por la derogación exclusivamente prospectiva de un precedente, rehusándose a aplicar la nueva regla al caso juzgado. La Corte, al confirmar la decisión, señala con el voto del juez Cardozo que la Constitución federal “has no voice upon the subject”, y que por ello un Estado, al definir los límites de la adhesión al precedente, puede hacer por sí mismo una elección entre el principio de la operatividad hacia adelante (forward operation) o hacia atrás (backward operation), destacando que tal elección puede ser determinada por la filosofía jurídica de los jueces de sus tribunales, sus concepciones del derecho, sus orígenes y naturaleza;

iii) “Griffin vs. Illinois”<sup>132</sup>, donde el juez Frankfurter formula observaciones en el sentido de que la elección judicial no está constreñida ni a una retroactividad necesaria de la nueva regla, ni a lo contrario (o sea, rechazo de la aplicación al caso de las nuevas reglas descubiertas). Aunque por buenas razones, el derecho generalmente habla de manera prospectiva; al arribar a un nuevo principio, el proceso judicial no es impotente para definir sus alcances y límites. La adjudicación no es un ejercicio mecánico ni tampoco exige decisiones por esto o aquello. Y agrega a esto su juicio negativo respecto de la tesis de Blackstone, al observar que no deberíamos permitirnos la ficción de que el derecho ahora anunciado ha sido siempre el derecho [...]<sup>133</sup>. Es mucho más favorable para el autorrespeto del derecho reconocer abiertamente las razones que le confieren prospectividad a un nuevo pronunciamiento en derecho. Ello es consonante con el espíritu de nuestro derecho...;

iv) “Linkletter vs. Walker”<sup>134</sup>, donde se discutía la aplicación de

<sup>131</sup> Cit.

<sup>132</sup> 351 U. S. 12, 26 (1956).

<sup>133</sup> Juicio reiterado por la Corte en “Chevron Oil Co. vs. Huson” (404 U. S. 97, 107 [1971]).

<sup>134</sup> 381 U. S. 618, 622, 629 (1965).

la regla de “Mapp vs. Ohio”<sup>135</sup> (que extendía a los Estados la regla de exclusión de pruebas ilegales en materia criminal) a una persona condenada con anterioridad a ese caso, y que había solicitado un habeas corpus sobre la base de “Mapp”. La Corte efectuó entonces una reseña del problema, señalando que “at common law there was no authority for the proposition that judicial decisions made law only for the future”, y que ella misma había seguido la teoría de Blackstone en “Norton vs. Shelby County” (118 U. S. 425 [1886]), donde el juez, antes que creador del derecho, era su descubridor [...] En el caso del criterio aquí abandonado –“Wolf vs. Colorado”– el mismo sería considerado sólo como un error en el descubrimiento de la verdad y consecuentemente nunca habría sido derecho. “Mapp” no habría sido nuevo derecho sino la aplicación de lo que es, y siempre ha sido, el verdadero derecho. Pero –agregó el tribunal– si bien la visión blackstoniana gobernó la jurisprudencia inglesa e incluso alcanzó la norteamericana, algunos filósofos del derecho continuaron insistiendo en que tal regla no se compadecía con la realidad, y así ya en 1863 la Corte adoptó este segundo punto de vista, cuando en “Gelpcke vs. Dubuque” (1 Wall. 175 [1863]) sostuvo que un cambio de criterio de la Corte de Iowa “no podía tener efecto sobre el pasado”.

En todo caso, lo importante en Linkletter es que la Corte reafirma que la Constitución no prohíbe ni exige el efecto retroactivo (con explícita referencia a “Great Northern Ry. Co. vs. Sunburst Oil & Refining Co.”) y que, por ello, una vez aceptada la premisa de que no estamos obligados a aplicar, ni tenemos prohibido hacerlo, una decisión retroactivamente, debemos entonces sopesar los méritos y deméritos en cada caso (weight the merits and demerits in each case) por la vía de considerar la historia anterior de la regla en cuestión, su propósito y efecto, y si la aplicación retrospectiva fomentará o retardará su operación<sup>136</sup>;

v) “Desist vs. United States”<sup>137</sup>, donde la Corte recuerda que desde “Linkletter”, establecido que la Constitución no prohíbe ni exige el

<sup>135</sup> 367 U. S. 643 (1961).

<sup>136</sup> Regla reiterada más tarde en “Desist vs. United States”, 394 U. S. 244, 248 (1969).

<sup>137</sup> 394 U. S. 244, 248 (1969).

EDUARDO ROBERTO SODERO

---

efecto retrospectivo para decisiones que contengan nuevas reglas constitucionales en materia de juicios criminales, ella siempre ha considerado la retroactividad o irretroactividad de tales decisiones en función de tres factores, recientemente reseñados en “Stovall vs. Denno”, 388 U. S. 293, que importan tener en cuenta: a) el fin al cual sirven los nuevos standards, b) el grado de confianza sobre los viejos standars, y c) el efecto sobre la administración de justicia de la aplicación retroactiva de los nuevos standards;

vi) “Chevron Oil Co. vs. Huson”<sup>138</sup> –uno de los casos clave en esta zaga, donde se discutía, entre otros aspectos, la aplicación de un precedente<sup>139</sup> dictado luego de iniciado el juicio, que cambiaba la interpretación del régimen legal aplicable a la prescripción de la acción por daños a la persona en supuestos como el allí ventilado. La Corte, partiendo de que “we do not blind ourselves to the fact that this is, in relevant aspect, a pre-Rodríguez case”, ingresa al repaso de su jurisprudencia y expone la idea de los tres factores que han sido generalmente considerados a la hora de resolver cuestiones de retroactividad: primero, la decisión a ser aplicada no-retroactivamente debe establecer un nuevo principio jurídico, ya sea por cambiar un claro precedente anterior con el cual los litigantes pueden haber contado [...] <sup>140</sup> o por decidir por primera vez una cuestión cuya resolución no era claramente previsible [...] <sup>141</sup>. Segundo, se ha subrayado que “debemos [...] sopesar los méritos y deméritos en cada caso por la vía de considerar la historia anterior de la regla en cuestión, su propósito y efecto, y si la aplicación retrospectiva fomentará o retardará su operación...”<sup>142</sup> Finalmente, hemos ponderado la injusticia (inequity) generada por la aplicación retroactiva, pues “si una decisión de esta Corte podría producir resultados sustancialmente injustos si es aplicada retroactivamente, existe una amplia base en nuestros casos para evitar la injusticia o perjuicio sosteniendo la no-retroactividad”<sup>143</sup>; a la luz de este test de tres niveles,

<sup>138</sup> 404 U. S. 97 (1971).

<sup>139</sup> “Rodríguez vs. Aetna Casualty & Surety Co.”, 395 U. S. 352 (1969).

<sup>140</sup> Se cita “Hanover Shoe vs. United Shoe Machinery Corp.”, 392 U. S. 481, 496.

<sup>141</sup> Citándose aquí “Allen vs. State Board of Elections”, 393 U. S. 544, 572.

<sup>142</sup> Cita de “Linkletter vs. Walker”, ya mencionado en el texto.

<sup>143</sup> Citándose aquí “Cipriano vs. City of Houma” (395 U. S. 701, 706 [1969]).

el tribunal concluyó en concreto que el criterio de “Rodríguez” no podía aplicarse al caso, señalando que la aplicación no-retroactiva aquí simplemente preserva para el actor “his right to a day in court”;

vii) “Griffith vs. Kentucky”<sup>144</sup>, que en materia criminal vuelve al criterio tradicional de que la decisión prospectiva viola básicas normas de adjudicación constitucional y no se condice con la naturaleza de la *judicial review*, reafirmando al mismo tiempo que la retroactividad civil sigue siendo gobernada por el standard anunciado en *Chevron Oil*<sup>145</sup>;

<sup>144</sup> 479 U. S. 314 (1987).

<sup>145</sup> Dijo entonces la Corte: “Shortly after the decision in “Linkletter”, the Court held that the three-pronged analysis applied both to convictions that were final and to convictions pending on direct review”. See “Johnson vs. New Jersey”, 384 U. S. 719, 732 (1966); “Stovall vs. Denno”, 388 U. S., at 300. In the latter case, the Court concluded that, for purposes of applying the three factors of the analysis, “no distinction is justified between convictions now final [...] and convictions at various stages of trial and direct review”. Ibid. Thus, a number of new rules of criminal procedure were held not to apply retroactively either to final cases or to cases pending on direct review. See, e. g., “Stovall vs. Denno”, supra; “De Stefano vs. Woods”, 392 U. S. 631, 635, Nº 2 (1968); “Desist vs. United States”, 394 U. S. 244, 253-254 (1969); “Daniel vs. Louisiana”, 420 U. S. 31 (1975) (per curiam).

In “United States vs. Johnson”, 457 U. S. 537 (1982), however, the Court shifted course. In that case, we reviewed at some length the history of the Court’s decisions in the area of retroactivity and concluded, in the words of *Justice Harlan*: [R]etroactivity must be rethought, *id.*, at 548 (quoting “Desist vs. United States”, 394 U. S., at 258, dissenting opinion). Specifically, we concluded that the retroactivity analysis for convictions that have become final must be different from the analysis for convictions that are not final at the time the new decision is issued –y agrega la Corte en nota al pie: we noted in “Johnson” that our review did not address the area of civil retroactivity. See 457 U. S., at 563. That area continues to be governed by the standard announced in “Chevron Oil Co. vs. Huson”, 404 U. S. 97, 106-107 (1971)–.

The rationale for distinguishing between cases that have become final and those that have not, and for applying new rules retroactively to cases in the latter category, was explained at length by *Justice Harlan* in “Desist vs. United States”, 394 U. S., at 256 (dissenting opinion), and in “Mackey vs. United States”, 401 U. S. 667, 675 (1971) (opinion concurring in judgment). In “United States vs. Johnson”, we embraced to a significant extent the comprehensive analysis presented by *Justice Harlan* in those opinions.

In *Justice Harlan’s* view, and now in ours, failure to apply a newly declared constitutional rule to criminal cases pending on direct review violates basic norms of constitutional adjudication. First, it is a settled principle that this Court adjudicates only “cases” and “controversies”. See U. S. Const., Art. III, 2. Unlike a legislature,

EDUARDO ROBERTO SODERO

---

viii) “American Trucking Assns., Inc. vs. Smith”<sup>146</sup> –donde merece destacarse el voto del juez Scalia, quien comparte la percepción de la disidencia en el sentido de que decisión prospectiva es incompatible con el rol judicial–;

ix) “James Beam Distilling Co. vs. Georgia”<sup>147</sup> –donde, en sustitución de “Chevron”, como dice el juez Souter, la mayoría estuvo de acuerdo en que, una vez formulada una nueva regla de derecho federal, la misma es aplicable a todos los casos sometidos a juicio, sin considerar si los mismos son anteriores o posteriores al anuncio de la nueva regla–;

x) “Harper vs. Virginia Dept. of Taxation”<sup>148</sup>, que nos ofrece una intensa polémica sobre el problema: así el juez Thomas sostiene la aplicabilidad retroactiva al recordar –con cita de “Robinson vs. Neil”<sup>149</sup>– que tanto el common law como nuestras propias decisiones han reconocido una regla general de eficacia retroactiva para las

we do not promulgate new rules of constitutional criminal procedure on a broad basis. Rather, the nature of judicial review requires that we adjudicate specific cases, and each case usually becomes the vehicle for announcement of a new rule. But after we have decided a new rule in the case selected, the integrity of judicial review requires that we apply that rule to all similar cases pending on direct review. *Justice Harlan* observed: “If we do not resolve all cases before us on direct review in light of our best understanding of governing constitutional principles, it is difficult to see why we should so adjudicate any case at all [...] In truth, the Court’s assertion of power to disregard current law in adjudicating cases before us that have not already run the full course of appellate review, is quite simply an assertion that our constitutional function is not one of adjudication but in effect of legislation”. “*Mackey vs. United States*”, 401 U. S., at 679 (opinion concurring in judgment).

As a practical matter, of course, we cannot hear each case pending on direct review and apply the new rule. But we fulfill our judicial responsibility by instructing the lower courts to apply the new rule retroactively to cases not yet final. Thus, it is the nature of judicial review that precludes us from “[s]imply fishing one case from the stream of appellate review, using it as a vehicle for pronouncing new constitutional standards, and then permitting a stream of similar cases subsequently to flow by unaffected by that new rule”. *Ibid.* “*See United States vs. Johnson*”, 457 U. S., at 546-547, 555.

<sup>146</sup> Cit.

<sup>147</sup> 501 U. S. 529 (1991).

<sup>148</sup> 509 U. S. 86, 97 (1993).

<sup>149</sup> 409 U. S. 505, 507 (1973).

decisiones constitucionales de esta Corte, por lo que –siguiendo a “Beam” (y extendiendo la doctrina de “Griffith” a los casos civiles)– cuando el tribunal cambia un precedente por otro nuevo, esta nueva regla también es aplicable a las partes del juicio, y retroactivamente a las conductas anteriores a ella, sin poder efectuarse distinciones o aplicaciones selectivas; por su parte el juez Scalia, en su opinión concurrente, critica la opinión disidente de la jueza O’Connor en el sentido de que “Chevron Oil” articularía el análisis tradicional de la retroactividad, afirmando por el contrario que la visión verdaderamente tradicional es que la decisión prospectiva es totalmente incompatible con el Poder Judicial [...], con raíces que se hunden en la antes citada disidencia de Oliver W. Holmes en “Kuhn”; la concepción del rol del juez –sigue diciendo Scalia– en América surge de la filosofía jurídica de Blackstone, quien veía a la retroactividad como una característica inherente al Poder Judicial; y la jueza O’Connor, quien explicita (con la adhesión de los jueces Kennedy y White) su rechazo hacia la prohibición absoluta de la prospectividad selectiva, y su adhesión al tradicional test de ponderación equitativa (*traditional equitable balancing test*) de “Chevron Oil” como el método apropiado de decisión de la cuestión de retroactividad en casos individuales, criticando a la decisión de la mayoría por introducir aún mayor incertidumbre y desorden en un área ya caótica–; y

xi) “Landgraf vs. USI Film Prods”<sup>150</sup> –donde el tribunal insistió en la firme regla de que los nuevos criterios jurisprudenciales son aplicables retroactivamente–.

Como se advierte, el catálogo de respuestas es muy diverso, pudiendo constatarse –para emplear las palabras del Justice Harlan en su voto disidente en “Desist vs. United States”<sup>151</sup>– la existencia en los Estados Unidos de una ambulatory retroactivity doctrine, como lo confirma el propio tribunal supremo en “United States vs. Johnson”<sup>152</sup> o la misma jueza O’Connor al observar en “Harper”<sup>153</sup> que la jurisprudencia

<sup>150</sup> 511 U. S. 244 (1994).

<sup>151</sup> Cit.; también en su opinión concurrente en “Mackey vs. United States”, 401 U. S. 667, 675 (1971).

<sup>152</sup> 457 U. S. 537 (1982).

<sup>153</sup> Cit.

EDUARDO ROBERTO SODERO

---

dencia sobre retroactividad de esta Corte ha devenido algo caótica en los años recientes, de lo que resulta que ese tribunal se encuentra hoy confrontado con tal confusión que, en lugar de basarse en precedentes, debe recurrir al recuento de votos.

Ante este panorama<sup>154</sup>, y no habiendo –paradójicamente– un precedente claro que resuelva el problema, parece forzoso concluir en que será el juicio prudencial del juez el que ha de determinar en cada caso la alternativa más justa *hic et nunc*, a partir de ponderar los méritos y deméritos en cada caso (según la fórmula ya citada de “Linkletter vs. Walker”)<sup>155</sup>, teniendo en claro que la cuestión no debe

<sup>154</sup> En el cual prescindimos de traer a colación los argumentos y contra-argumentos ofrecidos para la polémica por autores como Milan M. Durgala (*Prospective Overruling in the Common Law*, en *Syracuse Law Review*, vol. 14, Nº 1, ps. 53 y ss.) o Thomas S. Currier (*Time and Change in Judge-Made Law: Prospective Overruling*, en *Virginia Law Review*, vol. 51, Nº 2, ps. 201 y ss., 1965).

<sup>155</sup> Una ponderación en la cual no podrá ignorarse la naturaleza e importancia del caso de que se trate, como lo denunciara en su hora el *Chief Justice* Marshall cuando en “United States vs. Schooner Peggy” (1 Cranch 103 [1801]) y al ocuparse del supuesto de que antes de la decisión aparezca una norma que cambia la regla que gobernaba el caso, señalaba que es verdad que en casos meramente privados, entre individuos, un tribunal habrá de luchar duramente contra una construcción que vaya a afectar los derechos de las partes por vía de una operación retrospectiva, pero en los grandes asuntos nacionales [...] el tribunal debe decidir de acuerdo a las leyes existentes, y si es necesario dejar de lado un criterio, correcto cuando fue expuesto, pero que no pueda ser afirmado sin una violación del Derecho, ese criterio debe ser dejado de lado (citado, también, en “Bradley vs. Richmond School Board”, 416 U. S. 696 [1974] –donde precisamente se expresó que una cuestión de segregación racial en la escuela era uno de esos litigios diferentes de los “mere private cases between individuals”–).

Lo mismo apuntaba Willoughby: “there are indeed good reasons why the doctrine of stare decisis should not be so rigidly applied to the constitutional as to other laws. In cases of purely private import, the chief desideratum is that the law remain certain, and, therefore, where a rule has been judicially declared and private rights created thereunder, the courts will not, except in the clearest cases of error, depart from the doctrine of stare decisis. When, however, public interest are involved, and specially when the question is one of constitutional construction, the matter is otherwise” (ob. cit., vol. I, p. 74).

Se trata, en definitiva, de un distingo que también puede reconstruirse en términos de la mayor o menor incidencia que pueda tener la decisión concreta sobre el bien común.

ser gobernada por concepciones metafísicas sobre la naturaleza del judge-made law, ni por el fetiche hacia algún dogma implacable como el de la división de los poderes gubernamentales, sino [...] por el más profundo sentido de justicia<sup>156</sup>.

Esto último determina que un capítulo particularmente discutido y sensible sea el del efecto de los cambios de precedentes vinculados con la materia penal, ámbito donde funcionan principios, como el de legalidad (y una de sus expresiones propias, el principio de irretroactividad de la ley, salvo que sea más benigna), que remiten en definitiva a exigencias de justicia material constitutivas del Estado de Derecho.

Para saber qué efectos han de tener allí las variaciones jurisprudenciales desfavorables habrá que precisar, ante todo, cuáles son los alcances del principio de legalidad, pues claro está que las conclusiones no serán las mismas si lo entendemos en un sentido literal o formal (limitado a la ley *stricto sensu*) que si lo entendemos en un sentido material, que además de a la ley comprenda a la jurisprudencia, lo cual nos recuerda la advertencia de Larenz en el sentido de que la cuestión de si el “derecho judicial” se equipara al “derecho legal” no puede sencillamente responderse de modo afirmativo<sup>157</sup>.

Al respecto encontramos en nuestra jurisprudencia las consideraciones de los jueces Barra, Fayt y Petracchi en su voto disidente en la causa “Villada”<sup>158</sup> cuando, ante un recurso de revisión planteado con fundamento en un nuevo criterio jurisprudencial que declaraba la inconstitucionalidad de la norma en base a la cual habían sido condenados los recurrentes, se destacó que en su mera materialidad, al margen de las diferencias de carácter formal, la situación planteada en autos no se distingue de las que se presentan ante modificaciones normativas, recordándose que esta Corte ya tuvo oportunidad de señalar que decisiones suyas que alteran sustancialmente la inteligencia de la legislación deben equipararse a cambios en ésta a fin de asegurar que la defensa en juicio sea una realidad en la República (*Fallos*:

<sup>156</sup> CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process* cit., p. 148.

<sup>157</sup> LARENZ, ob. cit., p. 430.

<sup>158</sup> *Fallos*: 315:276 (1992).

EDUARDO ROBERTO SODERO

---

308:552), porque de lo contrario se daría una grave violación sustancial al privilegio de igualdad ante la ley y al derecho de defensa, lo cual hace recordar a Benjamín Cardozo cuando afirmaba no estar seguro de que se pueda establecer ninguna distinción acertada entre el cambio de jurisprudencia con respecto al sentido o vigencia de una ley<sup>159</sup>.

También la Corte Suprema de los Estados Unidos se ha pronunciado al respecto –por ejemplo, en “Marks et al. vs. United States”<sup>160</sup>–, en el sentido de que “si bien la cláusula que prohíbe las leyes *ex post facto* es una limitación que no se aplica por su propia fuerza a la rama judicial del gobierno (“Frank vs. Magnum”, 237 U. S. 309, 344 [1915]) [...] el principio sobre el cual se basa esa cláusula –la noción de que las personas tienen derecho a recibir una advertencia clara (*fair warning*) sobre aquellas conductas que darán nacimiento a penas criminales– es fundamental en nuestra concepción de la libertad constitucional...” En “Bouie vs. City of Columbia”, 378 U. S. 347 [1964] “...la Corte revocó las condenas [...] con base en que ellas se apoyaban sobre una interpretación inesperada de las leyes aplicadas por la Corte Suprema estadual: una inesperada interpretación amplia de una ley penal, aplicada retroactivamente, opera precisamente como una ley *ex post facto* [...] Si la cláusula de las leyes *ex post facto* prohíbe a una legislatura estadual sancionar tales leyes, debe seguirse que una Corte Suprema estadual, por virtud de la cláusula del debido proceso, está impedida de alcanzar precisamente el mismo resultado a través de una interpretación judicial”<sup>161</sup>.

<sup>159</sup> CARDOZO, ob. cit., p. 120, con mención de “Douglas vs. County of Pike”, 101 U. S. 677.

<sup>160</sup> 430 U. S. 191 (1976).

<sup>161</sup> En el mismo sentido, vide “James vs. United States”, 366 U. S. 213 (1961); “Wilbert K. Rogers vs. Tennessee” (mayo 14, 2001); MORRISON, Trevor W., *Fair Warning and the Retroactive Judicial Expansion of Federal Criminal Statutes*, en *Southern California Law Review*, 2001, vol. 74, ps. 455 y ss.

En la literatura, sin embargo, nos encontramos con voces discordantes como la de Claus Roxin, para quien respecto de la jurisprudencia no rige la prohibición de retroactividad. Por lo tanto, si el tribunal interpreta una norma de un modo más desfavorable para el acusado que como lo había hecho la jurisprudencia anterior, éste tiene que soportarlo, pues, conforme a su sentido, la nueva interpretación no

Ahora bien: más allá de la materia concreta de que se trate, y de encuestas en la jurisprudencia y en la literatura, nuestra tesis es que ninguna fórmula podrá expresar suficientemente la respuesta para esta problemática, y por ello preferimos quedarnos con la idea directriz de que la aplicación en el tiempo de los nuevos criterios jurisprudenciales ha de demandar el ejercicio de una especial prudencia<sup>162</sup>, orientada por el sentido de justicia<sup>163</sup> que exige evitar las consecuencias sustancialmente inequitativas<sup>164</sup>, teniendo siempre en claro que no podremos pretender aquí respuestas generales y a priori, ni tampoco do-

es punición o agravación retroactiva, sino la realización de la voluntad de la ley, que ya existía desde siempre pero que sólo ahora ha sido correctamente reconocida, aunque dejando abierto el camino al funcionamiento del error de prohibición (ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte general*, 20ª ed., Civitas, Madrid, 1999, t. I, p. 165. Vide, también, JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, 1995, ps. 126 y ss.).

<sup>162</sup> “Téllez”, *Fallos*: 308:552 cit., prudencia que ha de ejercitarse –lo ha dicho el mismo tribunal– a fin de posibilitar a los litigantes la evaluación razonable de la decisión de promover una acción, impidiendo situaciones frustratorias del derecho de defensa de quienes no pudieron prever las modificaciones ni, lógicamente, adecuar a ellas sus actos ya cumplidos (*Fallos*: 321:1248; cfr. también *Fallos*: 320:1393).

Como ejemplo interesante en este sentido cabe apuntar la causa “Brunel” (*Fallos*: 324:2366), donde los jueces Moliné O’Connor y López, frente al agravio dirigido contra la aplicación retroactiva de un nuevo criterio que otorgaba menor tiempo para la prescripción de la acción en materia previsional, entendieron que asiste razón al recurrente cuando plantea la arbitrariedad del fallo en el aspecto indicado, pues éste traduce el juzgamiento de una situación totalmente precluida bajo una doctrina jurisprudencial entonces vigente, desde la perspectiva de un criterio diferente, adoptado con posterioridad a la consolidación de la postura de la recurrente y que afecta sus derechos de manera irreparable.

<sup>163</sup> Que según Cardozo debe orientar la fijación de la línea divisoria entre la vieja y la nueva jurisprudencia. Cfr. CARDOZO, ob. cit. (vide *Fallos*: 308:552).

<sup>164</sup> Para apelar a la fórmula de “Cipriano vs. City of Houma” (cit.) –substantial inequitable results–, reiterada entre otros en “Chevron” y “American Trucking” (cits.), utilizando aquí el concepto de equidad entendida como la romana *aequitas* (vide RÜMELIN, Max, *Die Billigkeit im Recht*, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1921, p. 27; también, SABELLI, Héctor E., *Equidad y control de constitucionalidad*, en L. L. 2001-D, p. 460).

Lo dicho supone la necesidad de atender especialmente, por su directa vinculación con la justicia, a la naturaleza de los derechos en juego en cada caso, aspecto del cual no podemos ocuparnos aquí.

EDUARDO ROBERTO SODERO

---

tadas de certezas absolutas<sup>165</sup>, pues nos encontramos ubicados en un campo que explicita paradigmáticamente la naturaleza práctica de la razón jurídica, lo cual habilita a recordar la advertencia oportuna de Martin Kriele al sentenciar que si se separan [...] el Derecho y la razón práctica no se comprende ni el Derecho ni la razón<sup>166</sup>.

<sup>165</sup> Lo cual era bien claro para Santo Tomás, cuando enseñaba, siguiendo a Aristóteles, que no se debe exigir la misma certidumbre en todas las materias. Acerca de los actos humanos sobre los que versan los juicios y son exigidos los testimonios no puede darse una certeza demostrativa, ya que dichos actos tienen por objeto cosas contingentes y variables, y por lo tanto es bastante la certeza probable (*Summa Theologica*, II-II, q. 70, a. 2).

Idénticas ideas se detectan en el caso “Lopardo” (*Fallos*: 304:1459 [1982]), donde la Corte observó que el fallo entonces impugnado exhibía una motivación adecuada que obstaba a su anulación, aunque su conclusión sea controvertible como todo juicio humano en aquellas materias; es que sólo caben certezas morales (doct. de *Fallos*: 212:51, quinto considerando).

<sup>166</sup> Wenn man Recht und praktische Vernunft in dieser Weise trennt, so versteht man weder das Recht noch die Vernunft. KRIELE, Martin, *Recht und praktische Vernunft*, Göttingen, 1979, p. 9.

**ALGUNAS REFLEXIONES  
SOBRE LA MEMÉTICA Y SU  
APLICACIÓN AL DERECHO**

**Una nueva manera de ver diferentes  
aspectos de la práctica, la ciencia  
y la filosofía del derecho**

por ERNESTO GRÜN<sup>1</sup>

El propósito inicial de este trabajo es motivar para que en nuestros ámbitos académicos y de investigación se tome en cuenta la memética como un ángulo de mirar la cultura, su evolución y desarrollo, digno de ser utilizado en el ámbito jurídico.

Muchos temas referentes a la historia, la sociología y la psicología jurídicas, como también de la teoría del derecho y práctica jurídica, pueden ser clarificados y, por lo menos, vistos así desde una perspectiva nueva.

Es posible que muchos eventos políticos, económicos y sociales puedan ser entendidos y posiblemente controlados mediante una comprensión del proceso de distribución y replicación de entidades culturales. Si ello es así la importancia de esta nueva disciplina para todo lo concerniente al derecho puede ser muy significativa.

Por ello se explican brevemente los principales aspectos de los memes y la memética, para seguidamente exponer algunas de las posibles aplicaciones del concepto de meme y la memética en diversas áreas de la ciencia jurídica, su filosofía y práctica.

<sup>1</sup> Grun@elsitio.net.

ERNESTO GRÜN

---

## Palabras

Meme, memética, complejo memético, replicadores.

*I... believe that people who understand memetics will have an increasing advantage in life, especially in preventing themselves from being manipulated or taken advantage of.*

RICHARD BRODIE, *Virus of the mind*<sup>2</sup>

*Algunas buenas ideas permanecen dormidas durante años antes de, finalmente, atraer y colonizar la imaginación científica.*

RICHARD DAWKINS, *El gen egoísta*

## Introducción

En los últimos años han aparecido algunos intentos de aplicar una de las ciencias más recientes, la ciencia de la memética, a diferentes aspectos del derecho. Hay que tener presente que las investigaciones sobre la memética son tan recientes que hay autores que han objetado su status como ciencia y otros que consideran que recién está en proceso de constituirse como tal.

Los pocos trabajos que he podido rastrear están casi todos en inglés y enterrados en revistas de diversas universidades norteamericanas<sup>3</sup>. Prácticamente ningún material específico existe, en lo que es de mi conocimiento, en idioma castellano. De allí que el propósito inicial

<sup>2</sup> Creo [...] que la gente que entiende la memética tendrá una ventaja creciente en la vida, especialmente en prevenirse de ser manipulados o que se saque ventaja de ellos [...] Richard Brodie. *Virus of de Mind*.

<sup>3</sup> DEAKIN, Simon, *Evolution for our time: a theory of legal memetics*, Working Papers on Law, Economics, and *Evolutionary Biology*, vol. 1, Issue 1, 2001, article 3º; COTTER, Thomas F., *Prolegomenon to a Memetic Theory of Copyright: Comments on Lawrence Lessig's The Creative Commons*; GOODENOUGH, Oliver, *Cultural Replication Theory and Law*, The Gruter Institute Working Papers on Law, Economics, and *Evolutionary Biology*, vol. 1, Issue 1, 2001, article 3º; EVANS STAKE, Jeffrey, *Are We Buyers or Hosts? A Memetic Approach To The First Amendment*, *Alabama Law Review*, Summer, 2001.

de este trabajo es motivar para que en nuestros ámbitos académicos y de investigación se tome en cuenta la memética como un ángulo de mirar la cultura, su evolución y desarrollo, digno de ser utilizado en el ámbito de lo jurídico.

Lo que sigue son algunas reflexiones, mayormente inconexas, acerca de este nuevo enfoque, pero que, espero, permitirán al lector una aproximación al mismo. Pienso que muchos temas referentes a la historia, la sociología y la psicología jurídicas, como también de la teoría del derecho y práctica jurídica pueden ser clarificados o por lo menos vistos así desde una perspectiva nueva.

Este trabajo no constituye, pues, una exposición integrada de la temática; muchos temas solamente serán sugeridos y pueden motivar a juristas a desarrollarlos; otros son reflexiones acerca de la aplicación o la aplicabilidad a nuestra disciplina.

No obstante, iniciar, aunque sea mediante tales elucubraciones, una investigación en esta dirección me parece útil y excitante. Es, de alguna manera, como entrar en una selva inexplorada. Y abrir algunas sendas puede ser útil para desbrozar el camino.

Una advertencia cabe hacer sin embargo y es que, como señala Susan Blackmore<sup>4</sup>, para poder empezar a pensar meméticamente es preciso realizar un gigantesco ajuste mental. Y si bien esta afirmación es, quizás, exagerada, sí es cierto que hay que adecuarse a esta forma de pensar, lo que no es fácil.

Eilan Moritz<sup>5</sup> considera que es totalmente posible que muchos eventos políticos, económicos y sociales puedan ser entendidos y posiblemente controlados mediante una comprensión del proceso de distribución y replicación de entidades culturales. Si ello es así, la importancia de esta nueva disciplina para todo lo concerniente al derecho puede ser muy significativa.

### Qué son los “memes” y qué es la memética

La prestigiosa *Enciclopedia Británica* caracteriza al “meme” como

<sup>4</sup> BLACKMORE, Susan, *The meme machine*, Oxford University Press, 1999, p. 35.

<sup>5</sup> MORITZ, Eilan, *Memetic Science: I – General Introduction (2000)*, en *The Lectric Law Library's Lexicon*.

ERNESTO GRÜN

---

un modelo (pattern) de información cognitiva o conductal guardado en la memoria de un individuo, que es capaz de ser copiado a la memoria de otro individuo<sup>6</sup>.

Esta capacidad hace que los memes sean replicantes similares a los genes. Pero a diferencia de éstos, que sólo pueden transmitirse verticalmente (esto es, de padres a hijos), los memes pueden transmitirse también horizontalmente (de un individuo a otro).

El meme es el ladrillo básico de la cultura, de la misma manera que el gene lo es de la vida.

Prácticamente cualquier entidad cultural puede ser vista como un meme: religiones, lenguaje, moda, canciones, técnicas, teorías científicas, conceptos, convenciones, tradiciones y, como veremos, también normas e instituciones jurídicas.

La característica definitoria de los memes como modelos informacionales es que pueden ser replicados en cantidades ilimitadas entre individuos, independientemente de cualquier replicación a nivel de los genes.

Las ideas, como las cadenas de ADN que codifican instrucciones para construir y mantener organismos vivientes, parece que pasan por un proceso análogo a la evolución biológica. Entender este proceso es una parte vital para desenmarañar nuestra estructura cognitiva. En la evolución cultural, los modelos evolutivos de información son memes-representaciones mentales de ideas, conductas u otros constructos teóricos o imaginarios. La variación aparece cuando tales representaciones son combinadas, transformadas o reorganizadas<sup>7</sup>.

Tenemos que tener en cuenta que no solamente los organismos biológicos son vehículos para los memes y que los memes/replicadores no deben ser vistos como alojados únicamente en organismos biológicos como cerebros y cuerpos. Resulta importante para nosotros entender claramente que entidades no biológicas como ser libros, computadoras,

<sup>6</sup> Otros autores lo denominan "culturgen". Aunque existen diferencias en su caracterización. Véase LUMSDEN, Charles J. and WILSON, Edward O., *Genes, Mind and Culture: the Coevolutionary Process* (Cambridge: Harvard University Press, 1981).

<sup>7</sup> LABORA, Liane, *A day in the life of a meme*, en *The Nature, Representation, and Evolution of Concepts*, ed. Philip van Looche, 1997, Routledge Press.

discos ópticos y sobre todo, desde hace unos años Internet, entre otros, son igualmente importantes para cumplir el mismo propósito (si es que no lo son aún más).

Para que un meme pueda ser exitosamente replicado tiene que pasar por cuatro etapas: 1) asimilación por un individuo, lo que implica comprensión y aceptación del mensaje; 2) retención en esa memoria individual; 3) expresión por el individuo en un lenguaje, conducta o de otra forma en que pueda ser percibido por otros; 4) transmisión del mensaje así creado a uno o más individuos. Esta etapa 4 de transmisión es seguida nuevamente por la etapa 1, asimilación, etcétera. En cada etapa se produce una selección, lo que quiere decir que algunos memes no pasarán de esta etapa. En las etapas 3 y 4 existe aún más posibilidad de multiplicación, lo que resultará en un aumento en el número de ejemplos del meme<sup>8</sup>.

Susan Blackmore considera que la forma de transmisión de los memes consiste, básicamente, en imitación<sup>9</sup>.

Un punto importante a tener en cuenta es que los memes se replican por su propio beneficio y no en beneficio de las mentes en las que “habitan”. Es que los memes son simples entes reproductivos. Si hay algo en un meme que lo hace bueno para ser copiado en otras mentes o en otros medios, entonces continuará existiendo. Si muta y produce un meme que es algo mejor replicando, entonces el nuevo meme competirá más eficientemente por estar representado en el pool (o reservorio) memético, lo que podría llevar a la desaparición del meme más antiguo.

A su vez la memética es definida, también por la *Enciclopedia Británica*, como la ciencia teórica y empírica que estudia la replicación, distribución y evolución de los memes.

<sup>8</sup> HEYLIGHEN, Francis, *¿What makes a meme successful? Selection criteria for cultural evolution*, <http://pespmc1.vub.ac.be/Papers/MemeticsNamur.shtml>.

<sup>9</sup> Dice Susan Blackmore que el término “imitación” incluye desde el hecho de pasar información por medio del lenguaje, de la lectura y de la inculcación, hasta el desarrollo de otras habilidades y conductas más complejas. El acto de imitar comprende cualquier tipo de copia de ideas y de conducta de una persona a otra y que Edward Thorndike dio la primera definición precisa de imitación: “aprender a ejecutar un acto por medio de su observación”.

ERNESTO GRÜN

---

La memética constituye una segunda forma de evolución, distinta de y sin embargo entrelazada con, la evolución biológica, con la potencialidad de proveer el tipo de entramado abarcativo para las ciencias sociales y cognitivas que la primera forma provee para las ciencias biológicas.

La perspectiva memética no solamente otorga un fundamento para la investigación de la dinámica de los conceptos y artefactos en el nivel social, sino, además, un entramado sintético para entender cómo las representaciones son generadas, organizadas, almacenadas, recuperadas y expresadas a nivel individual<sup>10</sup>.

Por su parte Eilan Moritz dice que la ciencia memética es el nombre de un nuevo campo de ideas que se ocupa del análisis cuantitativo de la transferencia cultural<sup>11</sup>. Los conceptos de “meme” y “memética” aparecen por primera vez en la obra de Richard Dawkins, *El gen egoísta*<sup>12</sup>. Allí expresaba: “así como los genes se propagan a sí mismos en el acervo genético saltando de un cuerpo a otro por vía del esperma o huevos, así los memes se propagan a sí mismos en el acervo memético, saltando de cerebro en cerebro”. Ideas que luego ha ampliado y desarrollado en la edición 1989 de ese libro.

Si, como sostiene Enrique Cáceres Nieto<sup>13</sup> cabe entender “por ‘realidad social’ al sistema de creencias, representaciones, pensamientos, sentimientos, actitudes y conductas compartidos por los miembros de una comunidad dada, se pone de relieve que mientras ha habido una permanencia de los procesos psicosociales que intervienen en la generación de la realidad (creencias, representaciones, pensamientos, sentimientos, actitudes y conductas organizadas sistémicamente y compartidas socialmente) no ha sucedido lo mismo con los contenidos. Dicho de otra manera, la variabilidad histórica de la realidad social radica única-

<sup>10</sup> LABORA, ob. cit. en nota 7.

<sup>11</sup> MORITZ, ob. cit. en nota 5.

<sup>12</sup> DAWKINS, Richard, *El gen egoísta*, Biblioteca Científica Salvat, Barcelona, 1993.

<sup>13</sup> CÁCERES NIETO, Enrique, *Institucionalismo jurídico y constructivismo social*, en Boletín Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, Nº 100.

mente en la información procesada en cada período”, un enfoque memético de ese sistema cobra gran importancia en el campo del derecho.

### **La aplicación del concepto de meme y de la memética al derecho**

Cuando comencé a pensar en la aplicación de la memética al derecho consulté por Internet a algunos importantes memeticistas, entre otros a Aron Lynch, Hans Cees y Brent Silby. Así, Brent Silby, del Departamento de Filosofía de la Canterbury University de Nueva Zelanda, me escribió que sería interesante aplicar la memética al derecho. Como todos los otros aspectos de la cultura humana –decía– el derecho ha evolucionado a través del tiempo. Contiene una multitud de memes que están todos compitiendo por sobrevivir en el ambiente del derecho. Los memes legales que mejor sobreviven son aquellos que tienden a propagarse y se ajustan bien con las sensibilidades de nuestra sociedad y mencionaba que, como memeticista podía predecir que el derecho seguiría cambiando<sup>14</sup>.

Por su parte, Lynch señalaba que su trabajo, especializado en el fenómeno de los contagios del pensamiento, trata con varias ideologías que han afectado a las leyes desde tiempos antiguos a modernos, si bien –decía– no discuto las ideologías en término de derecho y agregaba que en un libro reciente suyo hay un capítulo que trata de ideologías que llevaron a las leyes de Nürnberg y a las leyes sobre la esclavitud estadounidenses, aunque no tratando el tema específicamente por el lado del derecho<sup>15</sup>.

Finalmente Hans Cees, ex editor del *Journal of Memetics*, me escribió indicando que pensaba que el campo legal, debido a la gran cantidad de material impreso, es ideal para una genealogía de ideas y linajes a través del tiempo y esperaba que alguna gente de derecho tomaría a su cargo esa investigación, puesto que, obviamente, hay trabajo que hacer allí<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Silby Brent, comunicación personal.

<sup>15</sup> Lynch Aron, comunicación personal.

<sup>16</sup> Cees Hans, comunicación personal.

ERNESTO GRÜN

---

En esta línea, dice Simon Deakin en su trabajo *Evolution for our time: a theory of legal memetics*<sup>17</sup> que es útil pensar los conceptos jurídicos como memes que guardan y “codifican” adaptaciones sociales en una forma que se equipara a la forma y función del código genético y al hacerlo así, posibilitará echar nueva luz sobre algunas cuestiones perdurables en el debate sobre la evolución del derecho y que, desde el punto de vista de la memética, debemos tener presente que los conceptos legales son replicados a través de la actividad humana; que los jueces y los creadores de leyes, entre otros actores legales son agentes claves en este proceso. Pero también que la continuidad legal no es simplemente una función de la volición individual. Las informaciones para el juez o el creador de normas están a la vez formadas y constreñidas por el “acervo” (pool) memético de formas legales. Así como se han desarrollado en la esfera biológica mecanismos para aislar el código genético de influencias externas que llevarían a su ser diluido y a su desintegración, así condiciones limitativas y reglas de reconocimiento que determinan qué actos, procesos y normas cuentan como “legales” cumplen la misma función con el sistema jurídico.

Entretanto y luego de haber dejado “macerar” la idea durante algunos años retomando la investigación, he encontrado que ya existen, hoy en día, elaboraciones del tema, particularmente el importante trabajo de S. Deakin ya citado, el hecho de que el profesor Jack Balkin de la prestigiosa Facultad de Derecho de Yale esté dando un curso sobre Memética y ha citado aspectos legales en su libro *Cultural Software*<sup>18</sup>. También el profesor Goodenough de la Facultad de Derecho de Vermont, Estados Unidos, ha publicado un trabajo sobre la teoría de la replicación cultural (memética) aplicada al derecho<sup>19</sup> e incluso ya han aparecido trabajos dedicados a aspectos específicos del área legal y su relación con la memética, como el trabajo de Thomas Cotter

<sup>17</sup> DEAKIN, Simon, *Evolution for our time: a theory of legal memetics*, Esrc Centr Fo Business Research, University of Cambridge Working Paper Nº 242.

<sup>18</sup> BALKIN, Jack, *Cultural Software*, Yale University Press, 1998.

<sup>19</sup> GOODENOUGH, Oliver, *Cultural Replication Theory and Law*, The Gruter Institute Working Papers on Law, Economics and Evolutionary Biology, vol. 1, Issue 1, 2001, article 3.

relacionándola con el derecho intelectual<sup>20</sup> y un extenso artículo de Jeffrey Evans Stake aplicando la memética a la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos<sup>21</sup>. Lógicamente no es posible extenderse aquí sobre el contenido y aspectos conceptuales de estos trabajos.

### **Algunas posibles aplicaciones interesantes de la memética, en el campo de lo jurídico**

#### *Historia y sociología del derecho*

Una parte importante de la escasa literatura sobre memética aplicada al derecho se ha realizado en el ámbito del *common law*, en el cual, dadas sus características, lo ha sido en un aspecto que interesa especialmente allí, es decir investigar la evolución del derecho en un paralelo con la concepción darwiniana y post darwiniana de la evolución biológica. Pero ello no quiere decir que no sea también útil aplicar la memética al estudio de la historia y evolución del derecho continental.

Si, como yo lo concibo, el derecho es un sistema complejo en constante evolución y transformación, particularmente debido a continuos procesos de retroalimentación que se producen dentro de él y con relación a los que actúan en su entorno<sup>22</sup>, los estudios ya efectuados y los que se efectúen sobre la evolución del derecho desde un punto de vista memético, pueden aportar interesantes reflexiones para entenderla, y de alguna manera, influir sobre ésta de manera consciente.

#### *La interpretación del derecho*

En mi libro sobre la aplicación de la sistémica y la cibernética al

<sup>20</sup> COTTER, Thomas F., *Prolegomenon to a Memetic Theory of Copyright: Comments on Lawrence Lessig's The Creative Commons*.

<sup>21</sup> La enmienda dice: "El Congreso no aprobará ley alguna que coarte la libertad de expresión o de prensa". Aunque esta Enmienda menciona específicamente sólo al Congreso Federal, la disposición actualmente protege a la prensa frente a todo el gobierno, bien sea local, estatal o federal.

<sup>22</sup> EVANS STAKE, Jeffrey, *Are We Buyers Or Hosts? A Memetic Approach To The First Amendment*, Alabama Law Review, Summer 2001.

ERNESTO GRÜN

---

derecho<sup>23</sup> he sostenido que los jueces, a través de la aplicación de la norma a los casos concretos, realizan una labor de ajuste y adaptación. Ello así porque un cambio de criterio en la jurisprudencia significa que el tribunal ha tenido en cuenta las circunstancias del medio ambiente y que ellas han jugado un papel decisivo en la modificación de su apreciación de los hechos y de las normas. Tal modificación es una muestra de que los tribunales son permeables a las respuestas del entorno. Esas respuestas conforman la información por la cual adaptar sus pronunciamientos a la evolución del medio en que se desenvuelven los jueces. En forma coincidente, ha señalado Deakin<sup>24</sup> que la variación en los memes legales puede ser pensada como el resultado de la experimentación de actores legales cuando se enfrentan con la necesidad de adaptar una norma legal a nuevas circunstancias y (hablando del *common law*) que, si bien principios tales como la instrucción de que “casos similares deberían ser decididos en forma similar”, aseguran su copia fiel la mayor parte del tiempo permitiendo sin embargo cierta oportunidad para que emerjan variaciones en respuesta a novedosas situaciones fácticas. Y que normas legales derivadas de la legislación también cambian a través del tiempo sin ser necesariamente abrogadas, gracias a la interpretación judicial de leyes y códigos.

#### *Las fuentes del derecho*<sup>25</sup>

Tradicionalmente se habla de cuatro fuentes del derecho:

1. la ley;
2. la costumbre;
3. la jurisprudencia;
4. la doctrina.

A las que el autor escandinavo Alf Ross añade la que él llama la “tradición de cultura”<sup>26</sup>. Todas estas fuentes constituyen complejos

<sup>23</sup> Ob. cit. en nota 22.

<sup>24</sup> DEAKIN, ob. cit. en nota 17, ps. 22 y 27.

<sup>25</sup> Para un desarrollo amplio del tema véase CUETO RÚA, Julio, *Fuentes del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

<sup>26</sup> ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la justicia*, Eudeba, 1963, Cap. III.

de memes con diferentes características. Ross, sin utilizar esta terminología ha anticipado, visionariamente, muchas de las ideas de hoy sustentadas por la memética. Particularmente cuando caracteriza a la “tradición de cultura” diciendo que anima todas las formas manifestadas de vida de un pueblo, sus costumbres y sus instituciones jurídicas, religiosas y sociales y que bajo la forma de mito, poesía, religión, filosofía y arte, vive un espíritu que expresa una filosofía de la vida que es una íntima combinación de valoraciones y de cosmogonía teórica que incluye una teoría social más o menos primitiva<sup>27</sup>.

#### *El derecho consuetudinario*

Vinculado con el acápite precedente está el tema de la costumbre y el derecho consuetudinario. Ahora bien, si para caracterizar el derecho consuetudinario usamos la definición que de él hacen, por ejemplo, Aftalión, García Olano y Vilanova en su *Introducción al Derecho*<sup>28</sup> (similar en líneas generales a la de otros autores) como “*la repetición constante en un medio social de determinados modos de obrar, repetición acompañada de un profundo convencimiento de su obligatoriedad en cuanto podría ser coactivamente exigida en caso de transgresión*”, vemos que tales modos de obrar repetidos considerados obligatorios tienen una evidente resonancia memética y que un enfoque desde esta disciplina puede ser esclarecedor y fructífero.

#### *La enseñanza del derecho*

La enseñanza del derecho en gran medida se ha hecho –y se sigue haciendo– en forma memética consciente. Se exige a los alumnos que aprendan el contenido de memes y complejos de memes de memoria o lo más cerca posible de la memorización. Asimismo los alumnos toman apuntes de lo que dice el profesor para repetirlo en los exámenes. El aprendizaje del abogado novel consiste, básicamente, en observar

<sup>27</sup> ROSS, ídem, p. 95.

<sup>28</sup> AFTALIÓN, GARCÍA OLANO y VILANOVA, *Introducción al Derecho*, 11ª ed., ps. 30/328, véase también ROSS, ob. cit., Cap. III, párr. XVIII.

ERNESTO GRÜN

---

e imitar el trabajo de los abogados con mayor experiencia, para lo cual ingresan como pasantes o *juniors* en estudios jurídicos.

En el ámbito del common law, particularmente en Inglaterra, tradicionalmente y no hace mucho la enseñanza del derecho era realizada en los llamados *inns of courts*, donde los estudiantes absorbían los conocimientos por imitación del trabajo de sus “profesores”. Incluso la enseñanza por medio del método de casos es una forma de internalizar memes o complejos de memes en el cerebro de los estudiantes<sup>29</sup>.

Susan Blackmore apunta que los catedráticos generosos con sus alumnos a quienes dedican tiempo, esfuerzo, etcétera, incrementan su fortaleza cultural y la probabilidad de transmisión memética, con inclusión de la regla benéfica por sí misma que, a la sazón, puede ser transmitida a las subsiguientes generaciones de estudiantes.

#### *Los denominados “leading cases” o “casos piloto”*

Otro claro ejemplo de un meme o complejo memético es el de los llamados “*leading cases*” o “casos piloto” y puede ejemplificarse muy claramente el carácter memético de tales pronunciamientos a través de la génesis y desarrollo del “recurso o acción de amparo” en nuestro derecho. Es que un “*leading case*” muy especial y paradigmático en nuestro derecho fue el llamado “caso Kot”<sup>30</sup>, creación pretoriana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que fue refinándose en sucesivas sentencias para llegar finalmente a su recepción legislativa en la ley 16.986 y finalmente en el artículo 43 de la Constitución Nacional en su reforma de 1994.

<sup>29</sup> Dice Simón Deakin que la doctrina legal puede ser pensada como un mecanismo particular de transmisión cultural que actúa codificando información en forma conceptual, ayudando así a su diseminación inter-temporal. El mecanismo involucrado es esencialmente darwiniano, en el sentido de que opera a través de un ciclo de herencia, variación y selección. El discurso legal posee elementos de autonomía y auto-referencia que le proveen de la capacidad de replicación, mientras que al mismo tiempo está conectado con procesos sociales y biológicos más amplios a través de co-evolución.

<sup>30</sup> Véase la sentencia en *Fallos*: 241:291 y el excelente libro de GENARO CARRIÓ, *Recurso de amparo y técnica judicial (Análisis crítico del caso Kot)*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959.

Un desarrollo pormenorizado de esta evolución cae fuera de los límites y la intención de este trabajo, pero podría ser una interesante tarea como ejemplo de aplicación de la memética en la evolución del derecho.

### *El Derecho Internacional*

Otro ejemplo de esta nueva ciencia la encontramos en el área del Derecho Internacional. Como dice George Modelsky: “pienso el Derecho Internacional como el actual conjunto de normas (que son memes) regulando la conducta de los Estados. Esto es, el Derecho Internacional es el tipo de meme que lleva instrucciones para, por ejemplo, establecer una embajada y manejarla, o cómo una organización internacional ha de ser fundada u operada. El Derecho Internacional puede ser considerado como un subset de la cultura mundial (el stock mundial de memes)”. “Si las normas que comprenden el Derecho Internacional están sometidas a una fuerza de inercia pueden también ser vistas como auto-replicadores por cuanto los Estados tienden a comportarse de modo previsible, en la forma establecida por la práctica estadual consuetudinaria y precedentes relevantes. La práctica jurídica y las escuelas de Derecho transmitirán el ‘memetype’ (entiendo que Modelsky usa esta expresión en vez de Complejo de memes) a una nueva generación de operadores estaduales. Es útil pensar en las formas en las cuales el Derecho Internacional es codificado, tales como tratados o manuales autoritativos o libros de texto, como formando el memetype ‘material’. La primera premisa, pues, propone que en un proceso ‘natural’ pero ‘social’ el memetype tenderá a replicarse a sí mismo. Pero entonces, se pregunta, ¿cómo es que cambia el Derecho Internacional adoptando nuevas normas y dejando caer otras? La respuesta más concreta es: por medio de procesos de selección social, incluyendo selección política”.

### *La memética y la globalización del derecho*

Brent Silby ha predicho la lenta emergencia de un derecho global, el cual –dice– se está produciendo actualmente y que junta las ideas legales de un gran número de culturas. Yo mismo he escrito en otros

ERNESTO GRÜN

---

trabajos<sup>31</sup> que, desde un punto de vista sistémico y cibernético estamos ya en un acelerado proceso de globalización del derecho y que hay hoy en día sistemas jurídicos específicos del mundo globalizado.

La transmisión memética en este campo se ve favorecida por la rápida evolución de medios de transmisión como Internet, e-mails, teléfonos celulares y otros, que contribuye, indudablemente, a la globalización de los memes jurídicos.

#### *La influencia de la memética sobre la genética*

Como señala Susan Blackmore<sup>32</sup>, hoy en día el comportamiento sexual humano está dirigido por memes. Será una interesante tarea conectar la memética con una plétora de normas jurídicas que han surgido en los últimos decenios a raíz de las grandes transformaciones que ha sufrido la biología y la biotecnología con la fertilización asistida, la clonación, etcétera, y con la tendencia a una mayor aceptación de la homosexualidad, la unión y hasta el casamiento entre homosexuales o la permisión de adopción por parejas de homosexuales<sup>33</sup>.

#### **Algunos temas que pueden verse desde un ángulo diferente utilizando la memética**

##### *El extraño caso del Código de Justiniano*

Los libros son relativamente permanentes y las inscripciones en los monumentos aún más, pero, salvo que se encuentren bajo la protección de conservadores humanos, tienden a disolverse en el tiempo. Un caso curioso de un complejo memético lo constituye el Corpus Juris Civilis.

<sup>31</sup> Véase *La globalización del Derecho* (versión ampliada y actualizada), [http://www.justiniano.com/revista\\_doctrina/revista\\_doctrina.htm](http://www.justiniano.com/revista_doctrina/revista_doctrina.htm).

<sup>32</sup> BLACKMORE, Susan, *La máquina de los memes*, Paidós, 2000. Véase especialmente el Cap. 11.

<sup>33</sup> Véase GATHERER, Derek, *Modelling the effects of memetic taboos on genetic homosexuality*, en *Journal of Memetics—Evolutionary Models of Information Transmission*, [http://jom-emit.cfpm.org/2001/vol14/gatherer\\_d.html](http://jom-emit.cfpm.org/2001/vol14/gatherer_d.html), también HEYLIGHEN, Francis, *Competition between memes and genes*, <http://pespmc1.vub.ac.be>.

En el siglo VI de nuestra era, el emperador Justiniano dispuso una compilación de las normas del Derecho Romano que luego se denominó *Corpus Juris Civilis* y que constituyó la base del sistema jurídico de Roma hasta su caída. Desapareció prácticamente durante toda la Baja Edad Media para ser redescubierto alrededor del año 1000 y adaptado a la nueva sociedad cristiana por los denominados glosadores y posglosadores, con lo que recuperó su influencia sobre el derecho de los siglos posteriores.

Estos memes no se adecuaban a la sociedad medieval, cristiana, fundamentalmente diferente de la romana, sin embargo reformulados por los juristas de aquella época se revitalizaron y siguieron influyendo hasta prácticamente nuestros días en el derecho, especialmente en el continental europeo. Podría ser una interesante labor, para los estudiosos del Derecho Romano analizar y describir las modificaciones y transformaciones que fueron sufriendo a través de los siglos estos importantes memes jurídicos.

Esto, por otra parte, se relaciona con un concepto sistémico, el de “aura”, debido al médico francés Henri Prat, y que Francois define en su Diccionario como el “conjunto de rastros dejados por el sistema en su entorno, antes y después de su desaparición”. Señalando que implica un cierto grado de sobrevivencia de sus estructuras materiales o abstractas<sup>34</sup>.

#### *Las notas de Vélez Sársfield al Código Civil argentino*

El Código Civil argentino ha sido la obra de un solo autor, el doctor Dalmacio Vélez Sársfield, pues su proyecto fue aprobado a libro cerrado por el Congreso de la Nación.

Vélez ha colocado una importante cantidad de “notas” a numerosos artículos. Tales notas pueden considerarse como la información acerca de qué memes han influido en el codificador en la creación de estas normas, aunque, indudablemente ellos no han sido los únicos. Y también hay que tener presente que, como señala Richard Dawkin, parece que los memes no son, en absoluto, replicadores de alta fidelidad. Cada vez que un científico escucha una idea y la transmite a otro

<sup>34</sup> Véase más sobre este tema en ob. cit. en nota 2.

ERNESTO GRÜN

---

tiende a cambiarla por algo. La transformación del texto de normas legales recogidas por Vélez de otras fuentes puede ser un buen ejemplo de esto.

### Conclusiones

Espero haber podido mostrar en esta ponencia que con el enfoque memético se abre un fructífero e interesante campo de investigación para distintas disciplinas vinculadas con el derecho que vale la pena tener en cuenta.

Puede ayudar a entender mejor cómo se generan y mutan, realmente, más allá de los enfoques meramente racionales, las normas, instituciones y doctrinas jurídicas y también puede ayudarnos a encauzar en forma más adecuada la evolución del derecho, tal como hoy en día se está comenzando a encauzar la evolución genética humana.

Como señala Michael S. Fried<sup>35</sup>, “si bien mucho trabajo queda por hacer para crear y aplicar una fructífera ciencia memética, tales dificultades se encuentran minimizadas en el área de lo legal. Incorporar la memética en la tradición evolucionaria legal no producirá, probablemente, el tipo de avances revolucionarios que aportó la síntesis entre la genética y el darwinismo al comienzo del siglo (XX). Sin embargo, promete aumentar nuestro conocimiento del derecho y arrojar importantes revelaciones”.

Si alguien, luego de leer este trabajo emprende tales investigaciones, el propósito de la misma estará cumplido (y un nuevo “complejo memético” habrá nacido...).

### Bibliografía

- BALKIN, Jack, *Cultural Software*, Yale University Press, 1998.  
BLACKMORE, Susan, *The meme machine*, Oxford University Press, 1999 (hay traducción española, *La máquina de los memes*, Paidós, 2000).  
COTTER, Thomas F., *Prolegomenon to a Memetic Theory of Copyright: Comments on Lawrence Lessig's The Creative Commons*.

<sup>35</sup> FRIED, Michael, *The Evolution of Legal Concepts: The Memetic Perspective*, en *Jurimetrics Journal*, Spring, 1999, ps. 291 y ss.

---

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA MEMÉTICA Y SU APLICACIÓN AL DERECHO

---

- CUETO RÚA, Julio C., *Judicial Methods of Interpretation of the law*, Paul M. Hebert Law Center, 1981.
- DAWKINS, R., *The selfish gene*, Osford University Press, 1989 (hay traducción española, *El gen egoísta*, Salvat, Barcelona, 1994).
- DE JONG, Martin, *Survival of the institutionally fittest concepts*, <http://www.cpm.mmu.ac.uk/jom-emit/1999/vol3/Price&Shaw96>.
- DEAKIN, Simon, *Evolution For Our Time: A Theory of Legal Memetics*, Esrc Center For Business Research, University of Cambridge Working Paper Nº 242.
- FRIED, Michael S., *The Evolution of Legal Concepts: The Memetics Perspective*, en *Jurimetrics Journal*, Spring, 1999, p. 201.
- GRANT, Glen, *Léxico memético*, traducido por José María Filgueiras Nodas, en <http://www.galeon.com/filoesp/index.html>.
- LABORA, Liane, *A day in the life of a meme*, en *The Nature, Representation and Evolution of Concepts* (ed. Philip van Loocke) 1997, Routledge Press.
- MODELSKI, George, *An evolutionary theory of culture?*, [http://www.cpm.mmu.ac.uk/jomemit/1999/vol3/modelski\\_g.html](http://www.cpm.mmu.ac.uk/jomemit/1999/vol3/modelski_g.html).
- MORITZ, Eilan, *Memetic Science: I – General Introduction (2000)*. *The Lectric Law Library's Lexicon*.
- SILBY, Brent, *The Evolution of Technology: Exposing the Myth of Creative Design.*, [http://www.def-logic.com/articles/evolution\\_of\\_technology.html](http://www.def-logic.com/articles/evolution_of_technology.html).



## ÍNDICE SUMARIO

ÍNDICE GENERAL .....	5
<i>Presentación</i> , por MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI .....	7

### RAZONES, REGLAS E INTERPRETACIÓN

#### El regreso del *legislador racional* en el ámbito de la filosofía del derecho

por HERNÁN BOUVIER

I. Introducción .....	17
II. La idea de razón subyacente en <i>Frederick Schauer</i> .....	19
III. Reglas y principios en Atienza y Ruiz Manero .....	26
IV. El origen de la confusión. La necesidad de atribuir razones en la situación de interpretación .....	30
a) Razones conceptuales y razones evaluativas en la interpretación (Davidson). El <i>non-sequitur</i> interpretativo .....	30
b) Razones conceptuales y razones evaluativas en la descripción del derecho. La metodología de la teoría del derecho. El <i>non-sequitur</i> descriptivo .....	35
V. La falacia naturalista y la idealización de los procesos de decisión colectiva .....	48
VI. Conclusiones .....	54
	279

## EL DERECHO Y EL PROBLEMA DE SU INDETERMINACIÓN

por ROLANDO TAMAYO

I. Introducción.....	57
II. El orden jurídico .....	59
1. <i>Pannomion</i> .....	59
III. <i>Autopoyetika iuris</i> .....	61
1. Nomodinámica.....	61
2. Validez sistemática .....	63
3. La función de facultar .....	64
4. La función constitutiva .....	65
IV. Interpretación e indeterminación.....	69
1. Primera “lectura” y sus paradojas .....	69
2. Creación jurídica. ¿Determinación o profecía?.....	69
3. La “otra lectura”.....	72
4. “Libertad” de los órganos de aplicación .....	75
V. ¿Perplejidad? .....	77
VI. Las variaciones jurídicas .....	77
VII. Final .....	80
Bibliografía.....	81

## CONSTITUCIÓN Y CONFLICTOS

por JORGE L. RODRÍGUEZ

Resumen .....	85
1. Introducción.....	86
2. El balance o ponderación entre derechos constitucionales .....	96
3. Universalismo y particularismo.....	106
4. ¿Dos dilemas sin solución? .....	110
Referencias .....	116

**VEINTICINCO AÑOS DESPUÉS**  
**Una revisión crítica de la teoría de la**  
**argumentación jurídica de Robert Alexy**

por JOSÉ ANTONIO SEOANE

1. Introducción y planteamiento . . . . .	121
2. Una breve exposición de la teoría de la argumentación jurídica a partir de sus notas distintivas . . . . .	123
3. Un panorama crítico. El impacto de las objeciones en la teoría . . . . .	128
3.1. La fundamentación de las reglas del discurso . . . . .	129
3.2. La noción de racionalidad práctica . . . . .	138
4. Un balance contextualizado: el significado de la teoría de la argumentación jurídica en la Filosofía del Derecho de Robert Alexy . . . . .	147

**DERECHO E INTERÉS. SOBRE LA (NO) NECESIDAD**  
**DE LOS DERECHOS COLECTIVOS**

por RAÚL MADRID RAMÍREZ

. . . . .	157
-----------	-----

**LA POLITICIDAD DE LA FUNCIÓN JUDICIAL**  
**O LA CARA OCULTA DEL DERECHO**

por ALICIA E. RUIZ

Derecho y política . . . . .	173
Derecho y juego . . . . .	175
De qué se habla cuando se habla de la judicialización de la política . . . . .	178
Más allá del orden y el desorden. ¿Cuál es el juego al que juegan los jueces? . . . . .	180
A modo de conclusión . . . . .	183
Bibliografía . . . . .	184

281

**UNA APROXIMACIÓN HISTÓRICO-FILOSÓFICA  
AL PENSAMIENTO DE DAVID HUME:  
SUS IDEAS ACERCA DE LA JUSTICIA,  
LA PROPIEDAD Y LO JUDICIAL**

por ANDRÉS BOTERO BERNAL

Resumen .....	185
Palabras clave .....	185
1. Introducción .....	186
2. La concepción de justicia en Hume. Aclaraciones iniciales .....	188
3. Reseña del pensamiento humeano .....	190
4. La concepción de justicia en David Hume .....	192
5. La concepción del derecho en David Hume .....	197
6. Ejemplo concreto: La justicia en el derecho internacional humanitario .....	200
7. Conclusiones .....	201
8. Bibliografía .....	216

**SOBRE EL CAMBIO DE LOS PRECEDENTES**

por EDUARDO ROBERTO SODERO

.....	219
1. ¿Qué son, y cómo pueden ser, los precedentes? .....	222
2. Cambio de jurisprudencia y <i>stare decisis</i> .....	227
3. ¿Cuándo cambiar? .....	229
4. Las exigencias para el cambio .....	232
5. ¿Previsibilidad vs. justicia? .....	237
6. ¿A qué obliga un precedente obligatorio? .....	241
7. ¿Qué es lo que obliga de un precedente obligatorio? .....	243
8. La preocupación central: ¿con qué efectos se cambian los precedentes? .....	245

**ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA  
MEMÉTICA Y SU APLICACIÓN AL DERECHO**

**Una nueva manera de ver diferentes aspectos de  
la práctica, la ciencia y la filosofía del derecho**

por ERNESTO GRÜN

.....	261
Palabras .....	262
Introducción .....	262
Qué son los “memes” y qué es la memética .....	263
La aplicación del concepto de meme y de la memética al derecho .....	267
Algunas posibles aplicaciones interesantes de la memética, en el campo de lo jurídico. ....	269
Historia y sociología del derecho .....	269
La interpretación del derecho .....	269
Las fuentes del derecho. ....	270
El derecho consuetudinario .....	271
La enseñanza del derecho .....	271
Los denominados “ <i>leading cases</i> ” o “casos piloto” .....	272
El Derecho Internacional. ....	273
La memética y la globalización del derecho. ....	273
La influencia de la memética sobre la genética .....	274
Algunos temas que pueden verse desde un ángulo diferente utilizando la memética. ....	274
El extraño caso del Código de Justiniano .....	274
Las notas de Vélez Sársfield al Código Civil argentino .....	275
Conclusiones .....	276
Bibliografía .....	276

LA COMPOSICIÓN Y DIAGRAMACIÓN SE REALIZÓ EN  
RUBINZAL - CULZONI EDITORES Y SE TERMINÓ DE IMPRIMIR  
EL 26 DE ENERO DE 2006 EN LOS TALLERES GRÁFICOS  
DE IMPRENTA LUX S. A., H. YRIGOYEN 2463, SANTA FE







