

## ÍNDICE GENERAL

|   |     |
|---|-----|
| <i>Presentación</i> , por EDUARDO BARBAROSCH. . . . .   | 7   |
| <i>Relativismo epistemológico (Berstein, R. J., “Beyond objectivism and relativism”)</i> , por CARLOS M. CÁRCOVA. . . . .                 | 15  |
| <i>La posibilidad conceptual del positivismo incluyente</i> , por CLAUDINA ORUNESU . . . . .  | 25  |
| <i>Minimalismo de los derechos: ¿apología razonable o deslegitimación insidiosa?</i> , por TECLA MAZZARESE . . . . .                      | 45  |
| <i>Colisiones de principios y lógica paraconsistente anotada</i> , por CÉSAR ANTONIO SERBENA. . . . .                                     | 73  |
| <i>La objetividad en la moral y en el Derecho</i> , por EDUARDO BARBAROSCH. . . . .   | 85  |
| <i>La eficiencia de Pareto y las teorías deontológicas: una respuesta a Kaplow &amp; Shavell</i> , por EDUARDO STORDEUR (h) . . . . .     | 103 |
| <i>Acerca de la posibilidad de fundamentar las normas morales</i> , por NICOLÁS ZAVADIVKER. . . . .                                       | 143 |
| <i>Los parlamentos ¿crean Derecho? Sobre teoría del Derecho y su transposición didáctica</i> , por OSCAR SARLO . . . . .                  | 173 |
| <i>El Estado de Derecho y el Estado Red</i> , por ANTONIO A. MARTINO . . . . .  | 183 |
| <i>El integrativismo trialista en el Derecho Penal</i> , por MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI . . . . .   | 203 |
| <i>Principios prácticos para orientar el razonamiento jurídico ante la objeción de conciencia</i> , por CRISTÓBAL ORREGO SÁNCHEZ. . . . . | 215 |
| ÍNDICE SUMARIO . . . . .  | 227 |



## PRESENTACIÓN

Se me ha conferido el honor de presentar el número 5 de *Ideas y Derecho*, el Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho año 2005 que con su reciente aparición cumple ya un lustro desde su primera edición en el año 2001. En aquel entonces el Presidente de la Asociación, profesor Ricardo A. Guibourg, que es además el editor responsable, nos decía que la entidad había tenido un largo anhelo: el de expresar la actividad de la Asociación y la de sus socios, amigos e invitados entregando a la comunidad el fruto de las reflexiones que nos unen. No puedo menos que congratularme y extender esa congratulación a toda la comunidad científica y académica por contar con una publicación ya firmemente instalada en las disciplinas a las que se aboca: la Filosofía del Derecho y la Teoría General del Derecho.

Me parece que, habiéndose cumplido cinco años desde la primera edición del Anuario, sin interrupciones, sería ingrato no expresar un reconocimiento tanto al profesor Ricardo Guibourg como a la Secretaria de Redacción Liliana Rodríguez Fernández, ya que sin el empeño eficaz y continuado de ellos este logro no hubiera sido posible.

En estos cinco años las diversas vertientes del pensamiento iusfilosófico han tenido cabida con los trabajos presentados por autores de las más variadas tendencias. Se ha cumplido así con uno de los principios que inspiran a la Asociación: el de respetar dentro de la controversia el pluralismo de ideas. El Anuario no ha limitado sus publicaciones a integrantes de nuestra comunidad académica: en él han colaborado profesores y filósofos del derecho de otros países que por su versación han enriquecido el contenido de los distintos números.

Sólo nos cabe esperar que en el futuro esta obra pensada en la participación pluralista y en el rigor académico siga dando sus frutos para las generaciones presentes y futuras de aquellos que cultivan y cultivarán, sin duda, la visión del derecho desde un punto de vista filosófico. Para que esta esperanza se cumpla habrá que aunar pasión, vocación y, sobre todo, un esfuerzo continuado y desinteresado.

El presente número se integra con trabajos de autores nacionales y extranjeros que vuelcan en ellos sus diversas perspectivas. Están aquellos que lo hacen desde la filosofía analítica, otros desde la teoría crítica y también quienes se enrolan en el trialismo y en el jusnaturalismo. En este número algunos autores introducen cuestiones vinculadas a la ética y en particular a una de sus ramas: la metaética. El problema de la fundamentación de la moral es tratado con singular lucidez por el ganador del premio al joven investigador; cabe señalar que, en los desarrollos contemporáneos de las teorías del derecho, el análisis de sus presupuestos metaéticos resulta insoslayable.

Por seguir un orden alfabético en la lista de autores que contribuyen con sus aportes a este número, me veo obligado a enunciar un trabajo de mi autoría y para no parafrasearme refiero solamente a su título: “La objetividad en la moral y en el derecho”; el lector interesado en el artículo podrá remitirse a su lectura. El trabajo perteneciente al profesor Carlos M. Cárcova, lleva por título *Relativismo epistemológico* (Berstein, R. J., *Beyond objectivism and relativism*). En el texto de su trabajo, nos dice el autor, se recogen en lo sustancial, con afán divulgatorio, los estudios de R. J. Berstein cuya obra citada en el subtítulo del trabajo se publicó en Blackwell, Oxford, 1987. En el trabajo se distingue, por una parte, una filosofía de la modernidad marcada cartesianamente en la búsqueda de un fundamento absoluto para el conocimiento científico, que culmina en Hegel con una racionalidad totalizadora. Y otra que confronta con ella y es la que aparece con Nietzsche, quien exalta los beneficios de lo múltiple, de lo abierto, de lo incierto, de una razón plural. Cárcova enuncia las diversas posiciones de distintos autores como Peter Winch, Gadamer, Thomas Kuhn, Paul Feyerabend, Richard Rorty y culmina afirmando que el panorama de la epistemología actual se ha complicado y al mismo tiempo enriquecido, de manera notable y seguramente proficua.

El profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani se propone realizar un

aporte al Derecho Penal desde la visión de un integrativismo trialista. Advierte que existe una crisis en las soluciones tradicionales positivistas como también en el iusnaturalismo apriorista. Para salvar los desafíos de una nueva era histórica como la actual, a veces denominada “posmodernidad” y signada, entre otras cosas, por la globalización/marginación que plantea la crisis del Derecho Penal clásico, es necesario, según el autor, recurrir al integrativismo que propone la teoría trialista del mundo jurídico. Analiza las dimensiones sociológicas, normológicas y dikelógicas aplicables al Derecho Penal. Entiende que el Derecho Penal clásico se edificó sobre la consideración de la conducta “repartidora” del delincuente, pero la crisis tiende a poner en cuestión sus soportes. Concluye el profesor que un régimen justo ha de tomar a cada individuo como un fin y no como un medio; esto significa que ha de ser humanista y no totalitario. Se pronuncia en el Derecho Penal por un humanismo abstencionista, aunque considera que predomina el humanismo intervencionista.

El profesor Antonio A. Martino, de la Universidad de Pisa, presenta un trabajo donde distingue variadas formas del Estado de Derecho que reconoce su origen en la antigüedad griega y romana. Con la globalización y la rápida difusión de las redes de comunicaciones informáticas, sobre todo por medio de Internet, el Estado se convierte en un Estado red en el que distintos componentes se encuentran en un proceso constante de conflicto, negociación, compromiso, decisión y co-decisión durante la práctica administrativa. Finalmente analiza las funciones del Estado en un mundo que se perfila con nuevas tecnologías.

Tecla Mazaresse, profesora de la Universidad de Brescia, expresa en su ensayo una crítica severa a la literatura reciente que intenta fundar el minimalismo de los derechos. Asume como paradigma de esa postura minimalista la de Michel Ignatieff desarrollada en su obra *Los derechos humanos como política e idolatría*, que tuvo su origen en las Tanner Lectures de 2000. La profesora italiana nos dice que la propuesta minimalista suscita bastantes perplejidades conceptuales, pues los argumentos usados para formularlas parecen en efecto poco convincentes y, sobre todo, poco coherentes. Uno de sus argumentos demuestra la lucidez con la que encara la crítica. Para la posición minimalista, nos dice, los derechos tienen un carácter histórico y con-

tingente, lo cual no se compadece, como pretende el minimalismo, con la idea de establecer un catálogo mínimo de derechos *verdaderos*. Es por lo menos extraño que una concepción historicista, que sostiene la dificultad para decidir un fundamento último de los derechos, insista en recitar un catálogo inmutable, soslayando la pluralidad de variables filosóficas, políticas y jurídicas que con el tiempo pueden influir en su modificación.

Cristóbal Orrego Sánchez, profesor de Derecho Natural de la Universidad de los Andes, Chile, plantea el problema de qué es lo que debe hacerse con los objetores de conciencia, de acuerdo a las exigencias del derecho. Excluye la solución que ve la cuestión como un conflicto entre libertad de conciencia del objetor y otro derecho fundamental o la justicia general. Entiende que para resolver el problema corresponde acudir a principios prácticos no sólo intuitivamente y *ad casum*, sino mediante principios prácticos que orienten el razonamiento necesario. Ello lo lleva a formular principios prácticos y reglas de prudencia para no inclinarse unilateralmente ni hacia la imposición de la ley ni hacia la admisión de la objeción de conciencia. Entiende que esto ayudará a los jueces en el razonamiento jurídico que llevan a cabo.

La profesora Claudina Orunesu, de la Universidad Nacional de Mar del Plata, forma con su trabajo un novedoso planteo sobre un problema que actualmente ocupa centralmente las discusiones en la teoría del derecho de filiación analítica. La controversia entre el positivismo excluyente y el positivismo incluyente se mantiene vigente y ello le permite a la autora ingresar en la discusión con un análisis provechoso para quienes se interesan en esta temática. Explica con claridad las posiciones de autores como Jules Coleman, Wilfrid Waluchow, Scott Shapiro, Joseph Raz, Juan Carlos Bayón y José Juan Moreso. Por momentos sus argumentos parecen demostrar que el positivismo incluyente es una postura acorralada y sin salida, pero también tiene buenos argumentos para mostrar que las apariencias engañan. Pues el positivismo incluyente intentaría mantener la consistencia entre dos conceptos opuestos: por un lado el de que el derecho es un producto convencional y, por el otro, la idea de que en ciertos casos su validez depende de la moral objetiva. Esta postura, para el profesor Bayón, es inconsistente e insostenible. No piensa así la autora, pues la validez

jurídica podría depender en cierta medida de la moral objetiva, como piensan los positivistas incluyentes. Pero éstos a su vez se verían obligados a aceptar que no existen acuerdos acerca de lo que exige la moral objetiva. Esto hace que se tengan diferentes creencias acerca de cuándo una norma es válida, pero no que no exista un criterio unívoco de validez jurídica. Si los positivistas de la visión incluyente aceptaran este argumento se desvanecería la inconsistencia sostenida por Bayón. Sin embargo, la autora concluye, teniendo en cuenta la tesis de Scott Shapiro, que el positivismo incluyente debe superar un escollo adicional, cual es el de explicar la característica más básica del fenómeno jurídico que es el de ser una práctica social normativa, pues la remisión a pautas morales no establecería una diferencia práctica y nada se añadiría a las razones para actuar que los jueces ya tendrían.

El artículo de Oscar Sarlo, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de la República, Uruguay, plantea un interrogante vinculado a si los parlamentos crean derecho. Un segundo aspecto, tratado por el autor, versa sobre la teoría del derecho y su transposición didáctica. Piensa Sarlo que bajo la denominación de crear derecho se alude a fenómenos muy diversos. Señala tres sentidos: a) producir un texto dotado de autoridad; b) lograr que ese texto sea comprendido como derecho por sus intérpretes; c) lograr que ese texto motive las conductas de sus destinatarios directos o de quienes tienen el cometido de hacerlo cumplir, para que lo hagan efectivamente de acuerdo con la intención con la cual fue sancionado, etcétera. Manifiesta que para Kelsen la noción de norma jurídica descansa en su dimensión pragmática, pues la interpretación depende de la que haga un tercero desinteresado que capta el sentido objetivo de un acto de voluntad destinado a motivar la conducta de otros. De ahí que, para el autor, hablar del parlamento como creador de normas merece una distinción entre dos cosas: por un lado están los textos normativos, pero por el otro estarán los sentidos obligatorios que pueden generarse o elaborarse a partir de esos textos. En resumen, es factible presumir que el parlamento crea derecho con sus textos normativos, pero otra cosa son los sentidos de obligación de los textos interpretados que no dependen de la voluntad parlamentaria, sino de otros sujetos que acepten el sentido de obligatoriedad y estén dispuestos a hacerlo efectivo. El autor explica

la transposición didáctica como la traslación de los saberes científicos a saberes escolares. Ello plantea problemas teóricos y prácticos de gran importancia en la alfabetización científica y tecnológica y, por ende, considera más preciso el término transposición para distinguirlo de la mera traslación de conocimientos sin mayor fundamento teórico.

El profesor César Antonio Serbena, de la Universidad Federal de Paraná, Brasil, nos ofrece un artículo donde analiza las colisiones de principios a la luz de la lógica paraconsistente anotada. Sigue el sistema de lógica paraconsistente aplicada de los autores N. C. A. Da Costa, J. M. Abe, J. I. Da Silva Filho, A. C. Murolo y C. F. S. Leite que, nos dice el autor, combina de manera interesante la paraconsistencia con el razonamiento no monotónico, manejándolo mediante un método de atribución de grados de creencia y no creencia en las proposiciones. Esta lógica admite proposiciones contradictorias, en el sentido que las proposiciones pueden presentar valores contrarios de creencias. Entiende el profesor Serbena que este tipo de lógica resulta aplicable con utilidad como un método de representación de las colisiones de principios en el Derecho Constitucional, particularmente a partir de la teoría elaborada por R. Alexy. El autor considera que se le puede atribuir racionalidad al razonamiento jurídico cuando existe una colisión de principios. Alexy adopta una clasificación acerca de los juicios de valor que entran necesariamente a jugar cuando se valoran los principios que coliden. Entre ellos están los clasificatorios, comparativos o métricos y Serbena señala que la lógica paraconsistente anotada formaliza exactamente las últimas dos especies de valoraciones. Para ello es posible atribuir un número al objeto valorado, permitiendo así que cada proposición tenga un valor y sea susceptible de comparación. Lo que el autor intenta defender en su valioso trabajo es que no cabe descartar las metrificaciones *ab initio*, que tienen sólo una diferencia de grado con los juicios comparativos. Recordemos, como señala el autor, que para Alexy los juicios métricos no son útiles en el campo del Derecho Constitucional.

El profesor de Derecho y Economía en ESEADE y en Maestrías de la UBA, Eduardo Stordeur (h), ensaya una respuesta a la tesis volcada por Kaplow y Shavell en la obra *Fairness versus Welfare*. Estos autores postulan que las decisiones en materia legal deben tomarse únicamente en consideración de sus consecuencias en el bie-



nestar de los individuos, sin otorgar peso moral independiente alguno a los criterios de justicia. El trabajo es extenso, erudito y lúcidamente expuesto. Stordeur señala que los autores a quienes critica fundan la proposición anterior en tres argumentos; el primero de ellos es el “argumento paretiano” que postula que las teorías deontológicas que pretenden dar un peso moral independiente a los criterios de justicia tienen altos costos en utilidad. El segundo argumento, relacionado con el primero, es un examen de los altos costos en materia de utilidad que se sigue de aplicar doctrinas fundadas en las teorías deontológicas en el Derecho americano. El tercer argumento, que el autor entiende tiene claras reminiscencias humanas, es que las teorías deontológicas suponen una explicación evolutiva causal de los criterios de justicia para alcanzar una mayor utilidad. Por ende, los autores sostienen que resulta más conveniente perseguir de modo directo el bienestar o la utilidad. Stordeur (h), concluye, luego de su extenso análisis, que los autores a quienes critica no han provisto un argumento atractivo contra las teorías deontológicas, porque el argumento está mal construido, es tautológico y profundamente parcial. De ahí que razone que Kaplow y Shavell no han podido ofrecer ni siquiera de manera razonable una recepción de la teoría económica del bienestar en el ámbito de la filosofía social jurídica, lo que no excluye que quizá, eso pudiera ser beneficioso si se esgrimieran buenas razones.

Nicolás Zavadviker obtuvo el premio al joven investigador que instituye todos los años la AAFD. Su trabajo se interna en una de las cuestiones más importantes de la metaética al plantear el interrogante sobre la posibilidad de fundamentar las normas morales. ¿Es posible fundar la ética en el conocimiento a partir de un análisis del lenguaje en que ésta se formula? Considera el joven investigador que la metaética se inicia con la publicación del *Principia Ethica* de G. E. Moore en 1903, cuando se intenta responder a la pregunta “¿qué decimos cuando decimos que algo debe hacerse?”, en lugar de plantearse pregunta morales como “¿qué debemos hacer?”

El examen de Zavadviker aborda la relación entre los enunciados normativos y los enunciados descriptivos y los más variados intentos de reducir los primeros a los segundos con la intención de fundar las normas éticas en algún tipo de conocimiento. Con lenguaje llano y accesible, el autor desarrolla lúcidamente todos los argumentos vertidos

y concluye que abandonar la búsqueda de un fundamento último para nuestras propias convicciones morales puede resultar una tendencia saludable. Esa renuncia no sólo evitaría innumerables falacias, sino que permitiría encarar los problemas éticos sin la pesada carga de los prejuicios de nuestra cultura, pues una manera no fundacionista de ver la ética facilitaría la reflexión moral.

Buenos Aires, julio de 2006

EDUARDO BARBAROSCH  
Universidad de Buenos Aires

## RELATIVISMO EPISTEMOLÓGICO

(Berstein, R. J., “Beyond objectivism and relativism”)

por CARLOS M. CÁRCOVA

La filosofía de la modernidad se desarrolla marcada cartesianamente por la búsqueda incesante de un fundamento absoluto para el conocimiento científico. Se afirma que con Hegel se expresa esa búsqueda como culminación de una racionalidad totalizante y totalizadora (No pocos autores han sostenido que esa racionalidad totalizante fue usada como fundamento por los totalitarismos del siglo XX, en especial por el nazismo).

Se trataba de encontrar un fundamento de carácter cognitivo único, fijo, invariable y seguro. Esta tendencia, que sigue presente en la filosofía de nuestra época, comienza a ser audazmente confrontada por la aparición de un autor como Nietzsche quien, en cambio, exaltó los beneficios de lo múltiple, de lo abierto, de lo incierto, esto es, de una razón plural.

¿Qué es la verdad?, se preguntaba este pensador (“Sobre la verdad y la mentira en sentido extramoral”) y se respondía: “una hueste en movimiento de metáforas, metonimias, antropomorfismo; en resumidas cuentas una suma de relaciones humanas realzadas, extrapoladas y adornadas, poética y retóricamente y que, después de un prolongado uso, un pueblo considera firmes, canónicas y vinculantes. Las verdades son ilusiones de las que se ha olvidado que lo son, metáforas gastadas y sin fuerza sensible, monedas que han perdido su troquelado y no son ahora consideradas como monedas, sino como metal”.

De modo que la verdad se presenta ahora con el mismo estatuto de la ficción. Ya no será más *adecuatio rei ad intellectum*, sino aquella interpretación de los hechos o de la realidad, que resulte favorecedora de la vida.

CARLOS M. CÁRCOVA

---

Por cierto, este relativismo cognitivo aparece como una teoría más realista, pero ofrece más desasosiego, en cuanto representa menor seguridad. Cuando la explicación científica, cualesquiera fueran sus presupuestos, avanzó sobre el mundo encantado de los mitos y de las fábulas establecidas por centurias, no produjo menor grado de inseguridad, porque obligó a los hombres a modificar drásticamente sus representaciones del mundo.

Contemporáneamente, la confrontación entre los modelos del absolutismo y el relativismo cognitivo sigue estando presente en el desarrollo del debate epistemológico. Pero el papel dominante que durante buena parte del siglo XX tuvieron las tradiciones objetivistas, se ha visto conmovido por la heterodoxia de algunos de sus representantes y por la relevancia crítica de algunos de sus oponentes.

En este texto que en lo sustancial recoge con afán divulgatorio los estudios de R. J. Berstein expuestos en *Beyond objectivism and relativism* [...] –Blackwell, Oxford, 1987– haremos esquemáticas referencias a unos y otros.

#### *Peter Winch y las sociedades “otras”*

Como es conocido, este autor fue el introductor de la filosofía del segundo Wittgenstein en el campo de las ciencias sociales y, particularmente, de la sociología. Inscribió sus tesis en la corriente del comprensivismo epistemológico y siguiendo las ideas de Alfred Schütz, reivindicó como concepto central el de “proceso de socialización”, pero básicamente el de socialización lingüística. La realidad era susceptible de ser comprendida, porque los hombres compartían un juego de lenguaje desde el cual tal realidad se mentaba. La nota polémica la introduce nuestro autor, cuando en su texto “Comprendiendo la Sociedad Primitiva” (*Understanding a primitive society*, 1964) sostiene su idea de *inconmensurabilidad*. Sostiene allí que los juegos del lenguaje, productores de sentido, son necesariamente contextuales e históricos y ello determina un problema en relación con la posibilidad de realizar objetivamente, juicios morales acerca de acciones que se desarrollan en los marcos de una cultura diferente.

La interacción humana no puede aprehenderse sino existe un len-

guaje común, pues el lenguaje no puede adquirirse sin adquirir al mismo tiempo conocimiento acerca de las “formas de vida” con él asociadas y, ciertamente, como lo prueban hoy las luchas político-militares del mundo global, puede existir inconmensurabilidad de las formas de vida.

A pesar de todo, Winch no se reivindica a sí mismo como un relativista, porque entiende que es posible vencer las barreras que suponen las diferencias culturales, a través del diálogo tolerante entre distintas concepciones de la vida. La cuestión es que no puede soslayarse la complejidad que está radicada en la precaria objetividad con que el intérprete de una cultura que no es la propia, pueda observar y comprender una cultura otra, es decir, distinta. Desde el punto de vista de Winch, debe rechazarse la idea, cara a la tradición positivista, de que el conocimiento supone la existencia de matrices prefijadas y ahistóricas. Al contrario, éste debe considerarse como contextual, situado y abierto, en el marco de un lenguaje y una forma de vida determinados. Y esta idea vale para todo conocimiento, aun el de las ciencias naturales. En su polémica con Jarvie, autor que reivindica la tradición objetivista y externalista del conocimiento, Winch afirma que la realidad extralingüística existe, pero subraya la importancia de la pregunta acerca de cómo se llega al conocimiento de esa realidad y cómo se aíslan, además, nuestras propias convicciones y representaciones ideológicas. El positivismo ha ignorado siempre el papel jugado por los factores ético-prácticos, tanto como el hecho de que, sin comunicación, no es posible conocer la realidad.

Comprender una cultura será, pues, entender y dar cuenta de su sentido, al interior de la sociedad que la genera. Para ello, es preciso descartar la superioridad acrítica de la cultura propia, esto es, descartar todo etnocentrismo y recorrer el camino del diálogo y los intercambios de experiencias comunes, generando una sabiduría práctica fundada, en una razón práctica.

#### *Gadamer: otra ontología*

Hans Gadamer (*Verdad y Método*, 1960) es un continuador del pensamiento comprensivista propio de la tradición alemana iniciada por Dilthey. Este autor opone a la ilimitada expansión del pensamiento

CARLOS M. CÁRCOVA

---

positivista y cientificista el mérito de una hermenéutica que reivindica los logros de la filosofía práctica aristotélica, de la tradición medieval que culmina en Vico y de aspectos de la fenomenología y el pensamiento de Heidegger. Gadamer pone en crisis el legado cartesiano y sus dualismos clásicos (mente-cuerpo; sujeto-objeto; naturaleza-sociedad; etc.) y, con ello, la búsqueda obsesiva de un fundamento único y la reivindicación del método matemático ejercitado por una razón abstracta, universal y exenta de contingencias históricas. Según Gadamer, Descartes se apoya en una errónea concepción del ser y, particularmente, del ser en el mundo, lo que acarrea también, consecuencias erróneas epistémicas y metódicas. De modo que el autor centra su crítica en una cuestión de naturaleza ontológica. Según él, el modo de ser y actuar de los seres humanos no puede comprenderse ni interpretarse si se excluye la consideración de fenómenos tales como el arte y los juegos. Siendo la realidad dinámica sólo es posible entenderla auténticamente a través de un proceso hermenéutico que no implica relativismo sino la posibilidad de diferentes interpretaciones, respecto de las cuales es posible distinguir a unas como mejores que las otras. Dicho de otro modo, sólo es posible acceder a lo real a través de los sujetos, es decir, que nuestro ser en el mundo consiste en ese proceso subjetivante. Un proceso con diversas etapas; en la primera, estamos en el nivel de la precomprensión, básicamente fundada en el prejuicio. Junto a ella juegan los elementos heredados de la tradición y de la autoridad que se legitiman a través de intercambios dialógicos. Conocer implica construir ese círculo hermenéutico que supone la inexistencia de datos brutos. Nuestros puntos de partida siempre son datos interpretados o contruidos, por ello, no hay ciencia exenta de valores, pues siempre encontraremos una dimensión práctico-histórica del conocimiento. Ciertamente los horizontes interpretativos pueden ser diferentes pero deben hallarse abiertos a otros horizontes interpretativos y consecuentemente, con capacidad para cambiar y fusionarse entre sí. Y esos horizontes tienen como hábitat natural el lenguaje. De allí la centralidad epistémica que el mismo posee.

La verdad pasará a ser así, en este contexto, no un dato previo, externo e inmutable sino el resultado de un proceso hermenéutico.

Verdad es para Gadamer “lo que puede ser argumentativamente válido para la comunidad de intérpretes”.

Winch y Gadamer integran con Dilthey, Weber, Schutz y Davidson, entre muchos otros, la pléyade de representantes de la corriente comprensivista.

Pero otros autores más próximos a la tradición explicativista se han separado de sus expresiones más ortodoxas. Por ello se los denomina frecuentemente como post-empiricistas.

#### *Thomas Kuhn y la inconmensurabilidad de paradigmas*

Como es muy conocido, en su ya clásica obra *La estructura de las revoluciones científicas* (1962), este autor produjo una fuerte conmoción al interior de la tradición explicativista, que ya el falsacionismo popperiano había iniciado con anterioridad. Con Kuhn se modifican radicalmente aquellas concepciones que veían en la ciencia un largo proceso acumulativo e incesante de lucha del hombre contra la ignorancia y la superstición. La novedad es que ahora la evolución científica no se concibe ya como un continuo progresivamente más amplio y consistente sino, al contrario, como una ruptura, una caída, una superación de un cierto modelo explicativo al interior de una rama del conocimiento y su reemplazo por otro que lo contradice y lo supera. En realidad, la idea que desarrolla Kuhn con tan apreciable éxito no es totalmente novedosa. En la tradición francesa, Gastón Bachelard, veinte años antes, había mostrado (luego lo reafirmaría Popper) que la ciencia avanzaba sólo cuando conseguía refutar un conocimiento tenido hasta ese momento por válido. De allí el nombre de su primer libro, denominado “Filosofía del No”. También Bachelard desarrolla el concepto de “ruptura epistemológica” con connotaciones que lo homologan con el de “revolución científica” utilizado por Kuhn. Volviendo a este último: él sostiene la idea de que la ciencia está constituida por visiones paradigmáticas o por paradigmas, más tarde (*La tensión esencial*) las denominará matrices explicativas y ellas serían el conjunto de principios entramados, lógicas de funcionamiento y prácticas científicas, propias de un determinado momento histórico. Podemos hablar así, por ejemplo, en el campo de la física, de un paradigma copernicano y más tarde de un paradigma newtoniano y más tarde de un paradigma

CARLOS M. CÁRCOVA

---

relativista, del big bang, de las estructuras disipativas, etcétera. La vigencia y sustitución de los paradigmas se materializa en etapas diferentes que nuestro autor caracteriza. Así, puede hablarse de una visión preparadigmática, que corresponde al momento donde no existen acuerdos firmes y claros en la comunidad científica, acerca del mejor modelo capaz de dar cuenta de un cierto sector de la realidad del mundo (por ej., el del mundo de la física). A esa primera etapa seguiría la de un paradigma que ha conseguido tornarse dominante, porque ha terminado por ser reconocido universalmente. En ese momento, existe lo que Kuhn llama una etapa de “ciencia normal”. Pero la continua observación y experimentación termina por alcanzar experiencias refutatorias que se constituyen poco a poco en “anomalías del modelo”. Cuando estas anomalías son considerables, aparece un momento que es propio de la ciencia extraordinaria, es decir, un momento en donde hay lucha de paradigmas (vg. Newton/Einstein). Ése es un momento de incompatibilidad y de inconmensurabilidad de los paradigmas. Hasta que nace un nuevo paradigma dominante y se reconstituye el modelo de ciencia normal.

Pero el dato que escandalizaría a un positivista ortodoxo es que desde el punto de vista de Kuhn, el tránsito de un paradigma a otro no está siempre fundado en términos racionales. Media también lo que él denomina “conversión”. Es decir, cambios en los valores y en las visiones sociales que implican deliberación y elección de finalidades, al mismo tiempo que racionalidad. Esto ocurre, claro está, al interior de una comunidad científica y de sus prácticas sociales, jugando en ese proceso un rol fundamental, la socialización educativa de sus integrantes.

Naturalmente, estos criterios conmueven al pensamiento tradicional, tanto como su noción de inconmensurabilidad. Sin embargo, dicen los kuhneanos, deben distinguirse tres conceptos diferentes: incompatibilidad, inconmensurabilidad e incomparabilidad. Las teorías son compatibles cuando no existen entre ellas contradicciones lógicas. Son, en cambio, inconmensurables cuando no contamos con un lenguaje neutral que permita comparar cada una de sus conclusiones y consecuencias punto por punto. Sin embargo, este modo de presentar las cosas no incurre en un relativismo radical, porque afirma que de cualquier ma-



nera las teorías, en general, son comparables siempre y susceptibles de juicios racionales de preferencia.

De todas maneras la ruptura de Kuhn con la tradición objetivista es moderada, si se la compara con las del más audaz de sus colegas a quien nos referimos en el punto siguiente.

### *Paul Fayerabend y el método anarquista*

Las ideas de este singular pensador se divulgan en los años setenta, básicamente a través de su trabajo denominado *Contra el método* y de un libro posterior que tituló *Por qué no Platón*. Se trata de un polemista filoso e inteligente en buena medida desacreditado por su fuerte perfil crítico.

Sostiene la idea de que junto con las metodologías tradicionales debe contarse, al mismo tiempo, con otras que contengan el *error* como ingrediente.

Su argumento es que la historia misma de las ciencias muestra que buena parte de los más importantes descubrimientos son producto de fallas metódicas, de desviaciones experimentales o de meras casualidades. La ciencia transmitida ha simplificado y adulterado los procesos realmente acaecidos, impregnándolos de una lógica racionalista. Sin embargo, como dice Bunge, no hay teorías sino hombres que teorizan. No debe pues prescindirse de elementos no racionales en el desarrollo del pensamiento científico. La ciencia no puede entenderse sin referencia a valores, por eso, él instala el principio del “todo vale”. En otros términos, ciertos procedimientos inusuales y sorprendidos pueden terminar echando luz y aportando claridad mayor, inesperada y gratamente. Por esta razón propone, por ejemplo, incorporar procedimientos contrainductivos, que resultarían de introducir en el marco investigativo hipótesis no consistentes con teorías ya establecidas o con hechos ya establecidos. Otra sugerencia es la de implementar procesos de “proliferación”, inventando teorías inconsistentes con los denominados paradigmas normales.

Siguiendo la saga de Stuart Mill, sostiene que una metodología pluralista resultará útil no sólo para el avance del conocimiento sino también para el de nuestra propia individualidad. La sociedad capaz

CARLOS M. CÁRCOVA

---

de encarar estas prácticas será una sociedad de hombres auténticamente libres. Cada refutación de lo ya establecido, nos permitirá abrirnos a conocimientos nuevos y devolverá a nuestras mentes libertad y espontaneidad que son sus propiedades más preciadas. Se muestra abierto a la filosofía de Hegel porque entiende que ella invita al cambio y a la interconexión entre conceptos y hechos, sujeto y objeto, etcétera, lo que recusa nuestras parálisis habituales. El autor reniega de todo dogmatismo y se afirma como un relativista entusiasta al afirmar: “La ciencia no tiene la prerrogativa del conocimiento, ni siquiera del conocimiento paradigmático. La ciencia es conocimiento tanto como lo son los mitos, los cuentos de hadas, las tragedias, los poemas épicos y otras creaciones de filiación no científica. A veces, estas últimas son las únicas explicaciones disponibles que hacen justicia a la complejidad de los fenómenos. No existen ciencias en el sentido de los racionalistas. Sólo hay humanidad”.

*Richard Rorty: de la representación a la conversación*

La obra fundamental de Rorty, publicada en 1979, se denomina “La filosofía y el espejo de la naturaleza”. Este importante filósofo norteamericano, de enorme predicamento en el pensamiento contemporáneo, influenciado por el pragmatismo de James y de Dewey, se presenta como un deconstruccionista antiobjetivista.

Desde su perspectiva, la tradición moderna de la epistemología (Descartes, Locke, Kant), ha quedado embretada en la metáfora de la representación. Se trata de una idea que concibe a la mente humana como un gran espejo en el que se proyectan diversas representaciones de la realidad, algunas exactas y otras no, pudiendo todas ellas estudiarse a través de métodos puros, formales, no empíricos. En consecuencia, para ese punto de vista que él critica, lo que denominamos conocimiento científico debe asimilarse a una representación exacta de lo real.

Pero Rorty, siguiendo la saga de James y de Nietzsche, no cree que la cultura deba basarse en un fundamento único y fijo. Comparte así, visiones como las de Wittgenstein, Heidegger y Dewey, todos los cuales no pretenden desarrollar un modelo alternativo al del objetivismo explicativista, sino trastocar radicalmente los marcos de referencia del debate. Se trata en expresión de Rorty, de pasar del “discurso

epistemológico” al “discurso hermenéutico”, con lo cual renunciaríamos al incumplible ideal de fijeza, en aras de seguir pensando.

Desde Dewey, la verdad aparece como la “justificación social de la creencia”. En esa misma línea, Sellars y Quine, sostienen que la justificación de un cierto conocimiento no consiste en una relación entre palabras y objetos, sino en la conversación y la práctica social.

Desde luego, un esquema como este demanda comprender y compartir los juegos lingüísticos, productores de sentido, para dar continuidad conversacional a la experiencia cognitiva. De este modo, la racionalidad humana se sitúa en dimensiones ampliadas.

La filosofía de nuestra época, aquella que alude a la condición posmoderna del conocimiento o al “pensiero debole”, se despliega con acentos plurales, paradójicos y complejos, con el fin de entender las experiencias cognitivas.

Con estos planteos y los que provienen de los desarrollos de la teoría lingüística en relación con las prácticas de producción de sentido, por una parte, y por la otra, los que aportan las teorías sistémicas con su arsenal sofisticado de insumos provenientes de la neurociencia, la biología, la cibernética de segundo orden, etcétera. El panorama de la epistemología actual se ha complejizado y al mismo tiempo enriquecido, de manera notable y seguramente proficua.



## LA POSIBILIDAD CONCEPTUAL DEL POSITIVISMO INCLUYENTE

por CLAUDINA ORUNESU\*

### 1. Un nuevo escenario

En los textos constitucionales, especialmente en aquellas normas que tutelan derechos básicos, es corriente hallar referencias a pautas valorativas y principios morales, que parecen dificultar la determinación del contenido del derecho cuando se ejercita el control de constitucionalidad. Lo mismo ocurre en los casos de conflictos entre principios constitucionales, en los que frecuentemente se recurre a argumentaciones que trascienden el derecho, para entrar en los dominios de la política y la moral.

La existencia de ese tipo de referencias ha llevado a replantear cuál es la mejor teoría explicativa para dar cuenta del derecho tal como se presenta hoy en las democracias modernas. Al mismo tiempo, ha repositionado en el centro de la escena iusfilosófica la tradicional discusión en torno a las relaciones entre el derecho y la moral.

Recuérdese que, en lo que a esto concierne, el positivismo jurídico ha negado toda conexión necesaria entre derecho y moral. Desde este punto de vista, ese vínculo es meramente contingente. Sin embargo, en los últimos años ha surgido una controversia en el seno del positivismo sobre la posibilidad de una particular conexión entre derecho y moral. Algunos autores han planteado que es viable compatibilizar los postulados positivistas con la posibilidad de que los principios morales sean fuentes jurídicas vinculantes.

\* Universidad Nacional de Mar del Plata.

CLAUDINA ORUNESU

---

El positivismo de tradición hartiana se caracteriza por sostener las siguientes tesis<sup>1</sup>:

(i) *La tesis de las fuentes sociales*: la existencia y el contenido del derecho de una sociedad dependen de un conjunto de factores sociales. Identificar normas jurídicas implica conocer ciertos hechos sociales que dan lugar a la creación de derecho.

(ii) *La tesis de la separación*: la validez de una norma no implica necesariamente su validez moral y viceversa. Una norma no es jurídicamente válida por el mero hecho de ser moralmente aceptable, y del hecho de que una norma sea inmoral no se sigue que ella no sea jurídicamente vinculante.

(iii) *La tesis de la discrecionalidad*: las normas jurídicas válidas no regulan en forma clara cada comportamiento. Cuando la ley es indeterminada, los jueces tienen discrecionalidad.

En este marco, la principal característica del positivismo es que intenta dar cuenta del derecho en término de hechos sociales. En la versión de Hart, el derecho es posible por una convergencia interdependiente de conductas y actitudes, una suerte de acuerdo. Hart explica este acuerdo en términos de una práctica social que comprende dos elementos: conducta convergente y una actitud reflexiva hacia esa conducta, esto es, su aceptación. Esta actitud reflexiva y crítica es el llamado *punto de vista interno*. Aceptar una regla desde el punto de vista interno consistiría en apelar a ella como una razón para la acción. El derecho es posible por la existencia de un cierto tipo de hechos sociales: la existencia de una práctica por parte de las autoridades de establecer criterios de legalidad o validez.

Este modelo fue fuertemente criticado por Ronald Dworkin<sup>2</sup>. Para

<sup>1</sup> Seguimos aquí la caracterización brindada en MORESO, José Juan, *En defensa del positivismo jurídico inclusivo*, en NAVARRO, Pablo y REDONDO, Cristina (comp.), *La relevancia del Derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Gedisa, Barcelona, 2002, ps. 93-116.

<sup>2</sup> Vid.: DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977, vers. esp. GUASTAVINO, M., *Los derechos en serio*, Planeta Agostini, Barcelona, 1993; *No Right Answer?*, en HACKER, P. y RAZ, J. (eds.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Clarendon Press, Oxford, 1977, ps. 588-4; *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, vers. esp. FERRARI, C., *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988.

él, el derecho estaría integrado no sólo por reglas identificables en virtud de algún test relativo a su origen, sino además por principios, a cuyo respecto no sería posible ningún test semejante. Las tesis centrales de esta postura podrían esquematizarse del siguiente modo:

(i) El derecho está compuesto por reglas y principios.

(ii) Como el derecho está conformado por reglas y principios, no existe la discrecionalidad judicial. Los jueces siempre resultan orientados por los principios, los cuales, aunque no determinan una decisión del modo en el que lo hacen las reglas, proporcionan no obstante una orientación suficiente. Los jueces nunca tienen que buscar fundamento a sus decisiones en pautas extrajurídicas.

(iii) Los principios, al igual que las reglas, imponen obligaciones y derechos que preexisten a las decisiones judiciales que los reconocen.

Sobre estas bases, el argumento de Dworkin consiste en que, si los jueces resuelven algunos de los casos que les son sometidos a juzgamiento apelando a principios (los denominados “casos difíciles”), y por sus características ellos no son identificables por ningún test de origen, entonces no sería posible demarcar un límite claro entre el *derecho que es* y el *derecho que debe ser*, tal como lo pretende el positivismo. Según Dworkin, si los principios morales son jurídicamente vinculantes por cuestiones sustanciales, entonces la moral es una condición de la legalidad, y la tesis de la separación debe ser abandonada. Asimismo, para Dworkin la tesis de la regla de reconocimiento también debería descartarse, porque el postulado según el cual ella especifica las condiciones necesarias y suficientes de la validez jurídica resultaría falso, en tanto no serviría para identificar a los principios<sup>3</sup>. De acuerdo con este punto de

<sup>3</sup> Si la regla de reconocimiento es entendida como expresando las condiciones necesarias y suficientes de validez parecería que se asume su carácter conceptual. No obstante existe un largo debate sobre el carácter conceptual o normativo de la misma. Vid.: BULYGIN, Eugenio, *Sobre la regla de reconocimiento*, en BACQUE, Jorge, et al., *Derecho, filosofía y lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Astrea, Buenos Aires, 1976, ps. 31-40; *Regla de reconocimiento ¿Norma de obligación o criterio conceptual? Réplica a J. Ruiz Manero*; CARACCIOLO, Ricardo, *Sistema jurídico y regla de reconocimiento*, y MANERO, Juan Ruiz, *Normas independientes, criterios conceptuales y trucos verbales. Respuesta a Eugenio Bulygin*, los tres últimos publicados en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 9, 1991, ps. 311-318; 295-310 y 281-294.

CLAUDINA ORUNESU

---

vista, la regla de reconocimiento establecería un test puramente de origen y algunas pautas o principios morales serían jurídicamente vinculantes por razones no relativas a su origen. En consecuencia, sobre la base de una crítica a la tesis de la discrecionalidad, Dworkin pone en tela de juicio también la tesis de la separación conceptual y la tesis de las fuentes del derecho.

La ofensiva de Dworkin llevó en los últimos años a un replanteo, no uniforme, de las tesis del positivismo. Un positivista debería responder si puede aceptar que la corrección moral constituye un posible criterio de legalidad, que ciertas pautas morales pueden ser parte de un sistema jurídico aun en los casos en que ninguna autoridad las haya promulgado<sup>4</sup>.

Las diferentes respuestas que se han ofrecido a esta cuestión en el seno del positivismo pueden sintetizarse del siguiente modo. El *positivismo excluyente*, entre cuyos defensores encontramos a Joseph Raz<sup>5</sup>, Andrei Marmor<sup>6</sup> y Scott Shapiro<sup>7</sup>, sostiene que la existencia y contenido de una norma jurídica es solamente una función de puros hechos sociales, de si tiene una apropiada fuente en la legislación, la jurisprudencia o la costumbre. Para el positivismo excluyente, la corrección moral de una norma nunca puede constituir un criterio de legalidad. Una vez que se han establecido los hechos sociales apropiados, por ejemplo, que una autoridad emitió válidamente una formulación nor-

<sup>4</sup> SHAPIRO, Scott, *Law, Morality and The Guidance of Conduct*, en *Legal Theory*, vol. 6, 2000, ps. 127-170, p. 128.

<sup>5</sup> Vid.: RAZ, Joseph, *Legal Principles and the Limits of Law*, *The Yale Law Journal*, 81, Nº 5, 1972, ps. 842-854; *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, Oxford, 1979; *Authority, Law and Morality*, en RAZ, Joseph, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Clarendon Press, Oxford, 1994, ps. 194-221; *Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison*, *Legal Theory*, vol. 4, Nº 3, 1998, ps. 249-282.

<sup>6</sup> Vid.: MARMOR, Andrei, *Exclusive Legal Positivism*, en COLEMAN, Jules y SHAPIRO, Scott (eds.) y HIMMA, Kenneth (ed. asoc.), *Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, ps. 104-124.

<sup>7</sup> Vid.: SHAPIRO, Scott, *On Hart's Way Out*, en COLEMAN, Jules (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001 ps. 149-192, y *Law, Morality and The Guidance of Conduct* cit. en nota 4.



mativa y se ha determinado su significado, se alcanzan los límites del derecho existente<sup>8</sup>. Podría ocurrir que en ciertos casos el propio derecho autorizase a un juez a fundar una decisión en una pauta moral, pero con ello lo estaría autorizando a ir más allá de los “límites del derecho”.

El *positivismo incluyente*, con antecedente en Hart<sup>9</sup> y de la mano de Jules Coleman<sup>10</sup> y Wilfrid Waluchow<sup>11</sup>, entre otros, ha sugerido en cambio que, entre las conexiones concebibles entre derecho y moral que un positivista puede aceptar, se encuentra el que la identificación de una regla como válida dentro de un sistema jurídico, así como el discernimiento de su contenido y de cómo se comporta en un caso, pueden depender de factores morales. A esta posición se la ha denominado también *incorporacionismo* o *positivismo suave*<sup>12</sup>. Los defensores de esta corriente consideran que se trata de una forma de positivismo, porque no se admitiría una conexión necesaria entre derecho y moral. A diferencia de Dworkin, el positivista incluyente sostiene que el que la moral sea o no una condición de validez jurídica en un cierto sistema jurídico depende de lo que establezca una regla social o convencional, como la regla de reconocimiento de Hart. Si en un cierto sistema jurídico su regla de reconocimiento establece que la

<sup>8</sup> RAZ, *Legal Principles and the Limits of Law* (supra nota 5).

<sup>9</sup> Vid.: HART, H. L. A., *Postscript to The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994.

<sup>10</sup> Vid.: COLEMAN, Jules, *Negative and Positive Positivism*, en *Journal of Legal Studies* 11/1, 1982, 139-162 reimpresso en COLEMAN, Jules, *Markets, Morals and the Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988, ps. 3-27; *On the Relationship Between Law and Morality*, en *Ratio Juris* 2, 1989, ps. 66-78; *Authority and Reason*, en GEORGE, Robert (ed.), *The Autonomy of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1996, ps. 287-319; *Second Thoughts and Other First Impressions*, en BIX, Brian (ed.), *Analyzing Law. New Essays in Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1998, ps. 257-297; *Constraints on the Criteria of Legality*, en *Legal Theory* 6, 2000, ps. 171-183; *Incorporationism, Conventionality and the Practical Difference Thesis*, en COLEMAN, Jules (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, ps. 99-148; *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

<sup>11</sup> Vid.: *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1994.

<sup>12</sup> En el *Postscript* a la 2ª ed. de *The Concept of Law* Hart se declara como un “positivista suave”. Vid.: HART, *Postscript to The Concept of Law* cit. en nota 10, p. 250.

CLAUDINA ORUNESU

---

moral es una condición de validez jurídica, entonces ella lo será respecto de ese sistema. Si en cambio la regla de reconocimiento no incorpora ningún principio moral, entonces ellos no figurarán entre los criterios de validez jurídica del sistema respectivo.

En síntesis, para el positivismo incluyente la moral puede de hecho ser una condición de la validez jurídica respecto de ciertos sistemas jurídicos. En ellos, la existencia y contenido del derecho dependería de valoraciones y principios morales. Tal sería el caso de las democracias constitucionales contemporáneas, en las que la validez de las leyes dependería, entre otras cosas, de su conformidad con ciertos principios morales básicos tutelados por sus constituciones.

En el marco de este trabajo no pretendemos profundizar el análisis de los diversos argumentos construidos por los partidarios de cada una de estas dos posturas en defensa de sus puntos de vista y en réplica a la concepción alternativa. Nos concentraremos, en cambio, en las tesis del positivismo incluyente y de sus límites a la luz de una sólida objeción planteada por el profesor Juan Carlos Bayón. También se intentará demostrar la viabilidad de un contraargumento sustentado en los alcances de la tesis de la convencionalidad, que bloquearía la acusación de inconsistencia teórica esgrimida en su contra.

## 2. La tesis de la separación

El positivismo jurídico, en tanto teoría rival de las concepciones iusnaturalistas, se identificó desde sus orígenes con la llamada tesis de la separación, cuya expresión paradigmática se encuentra en las siguientes palabras de John Austin:

La existencia del derecho es una cosa; su mérito o demérito otra. Lo que es o no es, es una cosa; lo que sea o no sea de acuerdo a un determinado estándar, es otra<sup>13</sup>.

Como se puede apreciar, esta tesis constituye el rechazo de la proposición que afirma la existencia de una relación necesaria entre de-

<sup>13</sup> AUSTIN, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, London, John Murray 1832, citado por la edición de W. E. Rumble, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, p. 157. La trad. me pertenece.

recho y moral, esto es, aquello que denominaremos *tesis de la conexión necesaria*:

*Tesis de la conexión necesaria*: Necesariamente en todo sistema jurídico la validez de una norma depende de su valor moral o sus méritos sustantivos.

Debe advertirse, no obstante, que el rechazo de la tesis de la conexión necesaria no arroja resultados unívocos y puede asumir significados diferentes según el carácter que se le imprima a la negación. Como señala Jules Coleman, existen dos interpretaciones plausibles de tal negación, dependiendo de que ella asuma la forma de lo que en lógica modal se denomina *negación externa* o *negación interna*<sup>14</sup>.

La negación interna de la tesis de la conexión necesaria se expresaría de la siguiente manera:

*Tesis de la separación (I)*: Necesariamente en todo sistema jurídico es el caso que la validez de una norma no depende de su valor moral o méritos sustantivos.

La negación externa, en cambio, podría expresarse del modo siguiente:

*Tesis de la separación (II)*: No necesariamente en todo sistema jurídico es el caso que la validez de una norma no depende de su valor moral o méritos sustantivos.

(I) Es la versión de la tesis de la separación sostenida por el positivismo excluyente, en tanto que (II) es la asumida por el positivismo incluyente. En consecuencia, el positivismo incluyente estaría comprometido con una versión debilitada de la tesis de la separación ya que, como apreciamos en el apartado anterior, ella habilitaría a que en un cierto sistema jurídico el valor moral de una norma pueda constituir un criterio de validez jurídica, dependiendo de lo que estableciera, de manera contingente, su regla de reconocimiento.

Frente a esta lectura eminentemente conceptual de la tesis de la separación, desde el positivismo incluyente se ha ofrecido una lectura descriptiva de sus dos versiones y, en consecuencia, de los postulados del positivismo excluyente e incluyente. El mejor ejemplo en este sentido lo brinda Will Waluchow. A su juicio, el positivismo excluyente

<sup>14</sup> COLEMAN, *Second Thoughts and Other First Impressions* cit. en nota 10, p. 265.

CLAUDINA ORUNESU

---

sostendría que no existe sistema jurídico en el que la validez de una norma dependa de su valor moral o méritos sustantivos, en tanto que el positivismo incluyente afirmarí­a la existencia de tales sistemas<sup>15</sup>.

Bajo esta lectura descriptiva, la tesis de la separación débil del positivismo incluyente parece dar cuenta de un modo más adecuado de la configuración de las prácticas corrientes en las democracias constitucionales contemporáneas. La versión fuerte que se atribuye al positivismo excluyente, en cambio, resultaría lisa y llanamente falsa al contrastársela con la evidencia empírica.

Para Waluchow, los conflictos en torno a la constitucionalidad de una norma no podrían ser explicados sino como intentos por demostrar, o bien que los criterios de validez jurídica no han sido satisfechos y que, por lo tanto, lo que parecía ser derecho válido no lo es en absoluto, o bien que una norma debe ser entendida o interpretada de manera tal que no infrinja un derecho moral tutelado por la constitución. En el primer caso, la moral aparecería en aquellos razonamientos tendientes a objetar la existencia de derecho válido. En el segundo, aparecería en los argumentos tendientes a determinar el contenido del derecho válido. De aceptarse estos supuestos, concluye Waluchow, la existencia y contenido del derecho dependería, al menos en ciertas ocasiones, de factores morales.

En la teoría de Waluchow los conflictos de constitucionalidad constituirían contraejemplos al postulado del positivismo excluyente sobre qué clase de factores deben figurar necesariamente en la determinación del derecho o, en otras palabras, que los argumentos morales puedan jugar algún tipo de papel en su determinación. En palabras del propio Waluchow:

El positivismo excluyente, tanto en su forma conceptual como descriptiva, es refutado por la existencia de sistemas jurídicos en los que la determinación del derecho depende en ocasiones de factores morales<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Vid.: especialmente WALUCHOW, *Inclusive Legal Positivism* cit. en nota 11, ps. 142 y ss., y *The Many Faces of Legal Positivism*, *University of Toronto Law Journal*, vol. XLVIII, 3, 1998, ps. 387-449.

<sup>16</sup> WALUCHOW, *The many faces of legal positivism* cit. en nota 15, p. 394. La trad. me pertenece.

Según esta forma de presentar el enfrentamiento entre el positivismo incluyente y el excluyente, parecería que estamos en presencia de un desacuerdo de creencias que puede superarse por medio de la verificación de ciertos hechos. Por desgracia, la cuestión no es tan sencilla. Sería demasiado ingenuo asignar carácter descriptivo a estas dos versiones de la tesis de la separación entre el derecho y la moral, lo que supondría, dado que ambas resultan de sendas negaciones de la tesis de la conexión necesaria, que esta última también tiene carácter descriptivo. Las distintas interpretaciones que pueden atribuírsele al hecho de que los jueces recurren a argumentos morales para justificar sus decisiones frente a ciertos casos suponen un bagaje de estipulaciones conceptuales previas. Por otra parte, una línea argumentativa como la que parece seguir Waluchow constituye un buen ejemplo de razonamiento circular, ya que parece utilizar como prueba en favor de la teoría que se defiende el mismo hecho que necesita de explicación. Se pretende dar cuenta de que los jueces recurren a la moral para justificar a veces sus decisiones, y se hace referencia a ese mismo dato como prueba de la mayor viabilidad del positivismo incluyente. En definitiva, el razonamiento parece presuponer lo que quiere demostrar: que la única manera de dar cuenta de la utilización de la moral en los razonamientos judiciales es postular cierta conexión entre el derecho y la moral<sup>17</sup>.

En consecuencia, estimo que ha de dejarse de lado la aproximación descriptiva de la tesis de la separación y, transitivamente, de ambas versiones descriptivas del positivismo<sup>18</sup>. Interpretando a las dos versiones de la tesis de la separación desde un plano conceptual, el positivismo excluyente afirmarí que por razones conceptuales la validez jurídica de una norma no puede depender de consideraciones morales.

<sup>17</sup> ORUNESU, Claudina; PEROT, Pablo y RODRÍGUEZ, Jorge, *Derecho moral y positivismo*, en ORUNESU, Claudina; PEROT, Pablo y RODRÍGUEZ, Jorge, *Dinámica de los sistemas constitucionales*, Fontamara, México, en prensa.

<sup>18</sup> Podría pensarse la tesis de la separación también desde un punto de vista normativo pero no será objeto de análisis en este trabajo. Para una lectura normativa vid.: CAMPBELL, Tom, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Aldershot, Dartmouth Publishing Co. Ltd., 1996, y WALDRON, Jeremy, *Normative (or Ethical) Positivism*, en COLEMAN, *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law* cit. en nota 10, ps. 410-434.

CLAUDINA ORUNESU

---

En cambio, el positivismo incluyente se limitaría a negar la existencia de una conexión conceptual entre el derecho y la moral, admitiendo que contingentemente, en ciertos sistemas jurídicos, la validez de una norma pueda depender de su valor moral. Desde esta perspectiva, la regla de reconocimiento de un sistema jurídico podría establecer a la moral como condición de validez jurídica ya sea como una *condición necesaria* o como una *condición suficiente* (o como ambas). Si el valor moral de una norma es una condición necesaria de su validez jurídica, entonces las normas que posean la fuente social requerida no lograrán alcanzar status jurídico si no aprueban el test de compatibilidad con los principios morales. En tal caso, todas las normas jurídicas tendrán las fuentes sociales requeridas, pero no todas las normas que tengan las fuentes sociales requeridas serán parte del derecho. Del otro lado, si el valor moral de una norma es una condición suficiente de su validez jurídica, entonces una norma puede ser parte del derecho aun cuando carezca de fuente social.

Asumiendo el carácter conceptual de la tesis de la separación entre derecho y moral, es pertinente analizar lo que constituye, en palabras de Bayón, su núcleo más sólido<sup>19</sup>: la idea de que el derecho es un artefacto humano. Esta idea está recogida en la tesis de las fuentes sociales del derecho, que puede tomarse como una especificación de la tesis de la separación.

### **3. De la tesis de las fuentes sociales a la tesis de la convencionalidad**

La llamada tesis de las fuentes sociales sostiene en su versión más simple que la existencia y el contenido del derecho dependen de hechos sociales. Esta tesis, que puede interpretarse como el núcleo central del positivismo, tiene sin embargo diferentes versiones. Así, los positivistas han diferido respecto de los hechos sociales subyacentes que pueden explicar el derecho y también respecto de la relación entre ellos. Por ejemplo, Austin y algunos realistas explicaban la relación entre el derecho y ciertos hechos sociales bajo la idea de que el primero era reducible a los segundos, ya fueran órdenes respaldadas por amenazas

<sup>19</sup> BAYÓN, Juan Carlos, *El contenido mínimo del positivismo jurídico*, inédito.

y hábitos de obediencia, o decisiones de los jueces. Después de la publicación de *El Concepto de Derecho* de Hart se dejaron atrás estas teorías reduccionistas, y surgió con fuerza la idea de entender al derecho en términos de superveniencia sobre la práctica y el punto de vista interno, donde el hecho relevante está dado por la existencia de una regla, una convención social: la llamada *regla de reconocimiento*<sup>20</sup>.

En el positivismo posthartiano, tal como sucede con la tesis de la separación, se han ofrecido dos versiones de la tesis de las fuentes sociales. Una de ellas, que llamaré “fuerte” sostiene que los criterios de legalidad están determinados exclusivamente por sus fuentes sociales (por ej., actos legislativos o judiciales). Esta es la versión a la que adscriben los partidarios del positivismo excluyente. Por su parte, la versión “débil”, que corresponde al positivismo incluyente, sostiene que pueden existir criterios de legalidad socialmente construidos que hacen de la corrección o mérito moral una condición necesaria o suficiente para determinar que algo sea o no derecho. Así, mientras que para el positivismo excluyente que sea o no derecho depende exclusivamente de hechos sociales, para el positivismo incluyente lo que depende de hechos sociales es cuáles sean los criterios de identificación del derecho, que a su vez pueden incluir la satisfacción de ciertas pautas o exigencias morales.

Los partidarios del positivismo incluyente reclaman su pertenencia al positivismo sosteniendo que el requisito de dependencia de puros hechos sociales queda cumplimentado con el origen social de los criterios de identificación. De manera que si aceptamos que estas son dos versiones plausibles del positivismo, es dable pensar, como lo hace Coleman, que

<sup>20</sup> Cf. COLEMAN, *Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis*, y *Negative and Positive Positivism* cit. en nota 10. En este contexto decir que la regla superviene a la práctica significa que toda vez que exista la práctica también existe la regla, y que cualquier cambio en una implica un cambio en la otra. Sobre el concepto de superveniencia véase, entre otros, DAVIDSON, Donald, *Mental Events*, in DAVIDSON, Donald (ed.), *Essays on Actions and Events*, Clarendon Press, Oxford, 1980, ps. 207-225; HARE, R. M., *The Language of Morals*, Oxford University Press, Oxford, 1952; *Supervenience, Aristotelian Society Supplementary*, vol. 58: 1-16, 1984; KIM, J. L., *Supervenience and Mind: Selected Philosophical Essays*, Cambridge: Cambridge University Press, 1993; MCLAUGHLIN, Brian y BENNETT, Karen, *Supervenience*, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2005 Edition), ZALTA, Edward N. (ed.), en <http://plato.stanford.edu/archives/fall2005/entries/supervenience/>.

CLAUDINA ORUNESU

---

debe haber una tesis más básica que cobije a ambas versiones. Esa tesis ha sido denominada la *tesis de la convencionalidad*. Según Coleman, tanto los positivistas incluyentes como los excluyentes están comprometidos con la idea de la convencionalidad de los criterios de legalidad, con la idea de que los criterios de legalidad en cualquier comunidad dependen de hechos sociales y no de argumentos morales. La tesis de la convencionalidad sería la pretensión de que el derecho es posible por una convergencia interdependiente de conductas y actitudes, una especie de acuerdo entre individuos expresados en una convención social. Esta característica del derecho, su convencionalidad última, es lo que Coleman considera como común a todos los positivistas<sup>21</sup>. No obstante, Coleman distingue entre el carácter convencional que debe tener la regla de reconocimiento y el carácter no convencional que podrían tener los criterios de validez a los que ella remite. Para este autor, la regla de reconocimiento expresa una práctica de las autoridades consistente en tratar a ciertas pautas como criterios de validez jurídica. Lo que negaría el positivista incluyente –y afirmaría el excluyente– sería que existen limitaciones en cuanto a las condiciones de validez que dicha regla puede establecer. En otras palabras, el positivismo incluyente aceptaría que entre esas condiciones pueden incluirse criterios que hagan de los principios morales una condición de la validez jurídica de una norma. Para este punto de vista, lo relevante respecto de la convencionalidad del derecho serían las condiciones de existencia de la regla de reconocimiento y no los criterios de validez que ella establece. El compromiso del positivismo incluyente con la tesis de las fuentes sociales podría ser satisfecho si se la redefine de manera que ella no requiera que toda norma tenga una fuente social, sino que sólo se exija que la regla que establece los criterios de validez jurídica sea una regla social<sup>22</sup>.

Ahora cabe preguntarse qué características tendría una regla de reconocimiento como la postulada por el positivismo incluyente. Una versión posible sería una regla de reconocimiento que estableciera que la corrección moral constituye una condición necesaria y suficiente de la

<sup>21</sup> COLEMAN, *Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis* cit. en nota 10, p. 103, n. 9.

<sup>22</sup> Vid. COLEMAN, *Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis* cit. en nota 10, ps. 127-129.



pertenencia al sistema. Según Coleman, el positivismo incluyente admitiría una regla de reconocimiento que estableciera a la moral como condición necesaria y suficiente de la validez jurídica, sin embargo, dicho criterio no podría sustentar ninguna práctica jurídica en ninguna clase particular de circunstancias empíricas<sup>23</sup>. Para Waluchow, una regla de reconocimiento que remitiera a una única norma que nos ordenara que actuemos moralmente en realidad sería vacía en el sentido de que no implicaría ningún cambio respecto de una sociedad sin sistema jurídico<sup>24</sup>. Una regla de reconocimiento de este tipo sería completamente estática y el derecho sería un sistema normativo completamente trivial<sup>25</sup>.

Es por ello que, como señala Bayón el positivismo incluyente está comprometido con un tipo de regla de reconocimiento compleja que combine ambos criterios, el sustantivo y el de las fuentes. La articulación más generalizada de ambos criterios es la que sostiene que la corrección moral es condición necesaria de la validez jurídica de una norma. Sin embargo, como sostiene Bayón, la pauta de corrección moral puede entenderse de dos maneras. Una es la que sostiene que la moral es condición necesaria de la validez de las normas identificadas a través de su fuente, pero es condición suficiente de las pautas morales a las que justamente las normas identificadas por su fuente deben ajustarse para ser válidas. La otra alternativa es que la validez moral no sea en ningún caso condición suficiente de la validez. En este caso pertenecen sólo al sistema aquellas pautas morales que tengan una fuente social. Por ejemplo, alguna cláusula constitucional que incluye pautas o términos con contenido moral. Pero, como señala Bayón correctamente, si el positivismo incluyente no quiere colapsar en el positivismo excluyente, la incorporación en una fuente de un precepto moral no puede ser entendida en términos de una moral social, sino de una moral ideal o crítica<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> COLEMAN, *Constraints on the Criteria of Legality* cit. en nota 10, p. 183.

<sup>24</sup> WALUCHOW, Wilfrid, *Authority and the Practical Difference Thesis*, en *Legal Theory* 6, 2000, ps. 45-81, ps. 79-80.

<sup>25</sup> SHAPIRO, *On Hart's Way Out* cit. en nota 7, p. 182.

<sup>26</sup> Ésta es la posición que parece adoptar Coleman cuando sostiene que su interpretación de la tesis de la separación consiste en el rechazo de una relación constitutiva entre el derecho y la moral crítica. Vid.: COLEMAN, *Negative and Positive Positivism* cit. en nota 10, p. 5, n. 3.

CLAUDINA ORUNESU

---

La posibilidad de incorporación de la moral al derecho dependería de que se admitiera un criterio de pertenencia de normas al sistema jurídico basado en el contenido de sus normas y no en la fuente de la que emanan. Para ser realmente tal, el criterio tendría que establecer como condición de verdad de una proposición que afirme que una norma pertenece al derecho, no el hecho social de que en una comunidad se *crea* que es moralmente correcta, sino el que *realmente lo sea*, para lo cual, obviamente, se ha de dar por sentado que esta expresión tiene sentido, cualquiera que fuese. Vistas las cosas así, se ha señalado que toda forma genuina de positivismo incluyente se enfrenta con un dilema. Para decir que esas normas, que formarían parte del derecho en virtud de su contenido, son realmente derecho preexistente y que el recurso a ellas no representa por tanto el mero ejercicio de discrecionalidad por parte del aplicador, han de poseer alguna clase de objetividad; pero entonces, o se afirma que son objetivas porque su existencia es convencional, esto es, depende de las creencias y actitudes del grupo humano y en ese caso se produce inevitablemente la identificación con el positivismo excluyente, o se debe aceptar alguna clase de objetivismo moral<sup>27</sup>.

Aun cuando se considere poco plausible la idea de la objetividad

<sup>27</sup> BAYÓN, Juan Carlos, *Derecho, Convencionalismo y Controversia*, en NAVARRRO y REDONDO, *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política* cit. en nota 1, p. 73. En el mismo sentido vid: MITROPHANOUS, Eleni, *Soft Positivism*, en *Oxford Journal of Legal Studies*, 17, 1997, ps. 621-641, y POZZOLO, Susanna, *Riflessioni su inclusive e soft positivism*, en COMANDUCCI, Paolo y GUASTINI, Riccardo (ed.), *Analisi e Diritto 1998. Ricerche di Giurisprudenza Analitica*, Giapichelli Editore, ps. 231-244. El propio Hart advirtió los problemas que acarrearía el asumir este cuerno del dilema. Hart sostenía que la teoría jurídica no debería comprometerse con teorías controvertidas acerca de la naturaleza de los juicios morales y debía dejar abierta la cuestión acerca de su estatus. Pero al dejar abierto el problema del carácter objetivo de los juicios morales "...el positivismo suave no puede ser caracterizado simplemente como la teoría en la que los principios y valores morales pueden contarse entre los criterios de validez jurídica. Si permanece abierta la cuestión de si los principios y valores morales tienen carácter objetivo, también debe permanecer abierta la cuestión de si las tesis del positivismo suave que propugnan incluir la adecuación a ellos entre los criterios de identificación pueden tener ese efecto o caso contrario pueden sólo constituir directivas a los tribunales de hacer derecho de acuerdo a la moral". HART, *Postscript to The Concept of Law* cit. en nota 9, p. 254. La traducción me pertenece.

de los juicios morales<sup>28</sup>, demostrar la incorrección de esta tesis es, como lo reconoce Bayón, más que difícil. Sin embargo, según el profesor español, el positivismo incluyente resultaría objetable en virtud de un argumento diferente, que mostraría que se trata de una postura inaceptable incluso si el objetivismo moral resultara correcto.

#### 4. El positivismo incluyente acorralado

El positivismo incluyente, en su búsqueda de un camino intermedio entre el positivismo excluyente y la teoría dworkiniana, no afirma que la validez jurídica sea sólo una función de hechos sociales, pero tampoco afirma que ciertas normas formen parte del derecho sólo en virtud de su valor o corrección moral, porque si afirmase tal cosa debería abandonar su pretensión de ser una forma de positivismo. Por lo tanto, según Bayón, para mantener su doble pretensión de ser distinto del positivismo excluyente y seguir siendo fiel a las premisas del positivismo, lo que postula es que la validez de una norma jurídica puede depender de ambas cosas. Para ello requeriría de una convención social compleja que haga depender la validez jurídica de una norma por lo menos en parte de su valor o corrección moral o, en otras palabras, de una convención social de seguir criterios no convencionales, esto es, que se aceptan en virtud de su contenido<sup>29</sup>. No obstante, si esa idea fuese inaceptable por razones conceptuales, entonces el positivismo incluyente quedaría enfrentado a una nueva forma de dilema, ahora sin necesidad de presuponer que el objetivismo moral es insostenible: o bien resulta indistinguible del positivismo excluyente, o bien no es una postura positivista en absoluto. En palabras de Bayón:

<sup>28</sup> Para un análisis acerca de la compatibilidad del objetivismo moral con el positivismo incluyente vid.: MORESO, *En defensa del positivismo jurídico inclusivo* cit. en nota 1, ps. 97-101.

<sup>29</sup> El concepto de convención y convencionalismo que utiliza Bayón debe ser entendido en sentido lato como sinónimo de realidad convencional, como un producto de interacciones humanas y no como una convención en el sentido técnico de Lewis. Vid.: LEWIS, David, *Convention. A Philosophical Study*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1969. Para una crítica a la interpretación de la regla de reconocimiento como una convención en el sentido de Lewis vid.: CELANO, Bruno, *La regola di riconoscimento é una convenzione?*, *Ragion Pratica*, 21, 2003, ps. 347-360.

CLAUDINA ORUNESU

---

Para que exista una regla convencional es necesaria una práctica social convergente y, por tanto, algún grado de acuerdo. Pero si hay acuerdo acerca del contenido de los criterios a los que la presunta convención se remite y se entiende que la extensión de ese acuerdo define la extensión de la convención, entonces no es cierto que dichos criterios sean no convencionales; y si dicho acuerdo no existe, entonces no hay práctica social convergente alguna y por tanto no hay en realidad regla convencional. En suma, una presunta convención de seguir criterios no convencionales o bien es una convención sólo aparente, o bien su contenido no es en realidad seguir los criterios no convencionales. Así que el [positivismo incluyente] queda expuesto al dilema apuntado: o bien abandona el convencionalismo, o bien acaba siendo indistinguible del positivismo excluyente<sup>30</sup>.

Sin duda, esta objeción luce devastadora a primera vista. No obstante, puede que no tenga efectos tan poco esperanzadores para el positivismo incluyente si es que advertimos que gran parte del argumento se construye a partir de una interpretación ambigua de lo que puede entenderse por “no convencional”.

Afirmar que una convención se remite a uno o más criterios no convencionales puede ser entendido de dos maneras: que la remisión es a una pauta respecto de la cual no hay acuerdo o bien que la pauta en cuestión no depende para su existencia de una convención.

El primer sentido puede rastrearse en las críticas de Ronald Dworkin al positivismo hartiano, que luego hizo extensivas al positivismo incluyente. El argumento que Dworkin expuso en *El Modelo de las Reglas (II)* es el siguiente: es frecuente que los jueces estén en desacuerdo acerca de cuáles son los criterios de validez, las condiciones necesarias y suficientes de aquello que deben reconocer como derecho. Si la regla de reconocimiento es una norma social constituida por el comportamiento común de los miembros de una determinada comunidad, como los jueces y otros funcionarios, entonces la regla de reconocimiento deja de funcionar cuando no hay convergencia. Donde no hay acuerdo no hay criterios de validez convencionales<sup>31</sup>. Para

<sup>30</sup> BAYÓN, *Derecho, Convencionalismo y Controversia* cit. en nota 27, p. 75.

<sup>31</sup> Vid.: DWORKIN, *Taking Rights Seriously* cit. en nota 2, ps. 102-144.

Dworkin, la tesis del positivismo incluyente que exige entender a la regla de reconocimiento como una regla social y que esa regla social puede incorporar principios que impongan criterios sustantivos de validez debe ser rechazada porque ambos requisitos son absolutamente incompatibles. La idea de Dworkin es que los principios morales son en esencia controvertidos. Los jueces pueden estar en desacuerdo acerca de qué principios satisfacen las exigencias impuestas por la moral, y qué es lo que requieren esos principios. Dado que la regla de reconocimiento es una regla social, está en parte constituida por una convergencia de conductas que constituye la condición de existencia de la regla de reconocimiento. Pero esa convergencia es socavada sin remedio por el desacuerdo que deberá enfrentar cualquier regla que establezca a la moral como condición de validez. Al respecto señala:

Cuando un grupo de personas está en desacuerdo acerca de qué conducta es exigida o es apropiada, parece extraño afirmar que tienen una convención que decide la cuestión. Supóngase que en una comunidad donde la gente conduce por la derecha, no existe acuerdo acerca de si los conductores pueden usar el carril izquierdo para sobrepasar. Algunos conductores lo hacen. Pero otros no: esperan hasta que aparezca un tercer carril para ese propósito, y critican a aquellos que utilizan el carril izquierdo por estar conduciendo de manera indebida. En tal comunidad, al menos de acuerdo con una opinión generalmente aceptada, no existe una convención acerca de las reglas de etiqueta para sobrepasar. Coleman, sin embargo, insiste en que los jueces están siguiendo una convención acerca de cómo identificar lo que el derecho exige incluso cuando están en desacuerdo acerca de lo que exige. En consecuencia enfrenta el desafío de explicar cómo eso es posible<sup>32</sup>.

Frente a estas objeciones, el positivista incluyente debe mostrar que la divergencia que pueda darse en la regla de reconocimiento no implica la conclusión de Dworkin, esto es, que la regla de reconocimiento no puede ser una regla social o convencional. Entre los argumentos ensayados para responder a esta crítica se encuentra el que se

<sup>32</sup> DWORKIN, Ronald, *Book Review: Thirty Years On. The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory. By Jules Coleman, 2001*, 115 *Harv. L. Rev.*, ps. 1655-1687, abril de 2002, p. 1658. La traducción me pertenece.

CLAUDINA ORUNESU

---

sustenta en la distinción entre desacuerdos acerca de los contenidos y desacuerdos acerca de la aplicación, sugerida por Hart y profundizada por Coleman<sup>33</sup>. Se puede estar en desacuerdo acerca del contenido de la convención, es decir, acerca de cuáles son los criterios que establece la convención. Pero en aquellos casos en que haya acuerdo acerca de cuáles sean esos criterios, se puede estar en desacuerdo acerca de si un criterio se aplica a un caso en particular. Los jueces pueden estar de acuerdo en lo que es la regla pero estar en desacuerdo respecto de lo que requiere. Así, se ha argumentado que:

Del hecho de que los jueces discrepan acerca de algunas exigencias morales difícilmente pueda seguirse que también discrepan acerca de si la regla que rige su conducta requiera que resuelvan las disputas estableciendo lo que la moral exige. En resumen, cierto desacuerdo acerca de lo que la regla exige no es incompatible con la convencionalidad de la regla<sup>34</sup>.

En otras palabras, estamos de acuerdo en qué es lo que cuenta como válido, aunque no lo estemos respecto de qué es lo que satisface esas condiciones. Y esto es compatible con la tesis de la convencionalidad. Eso no significa que la convencionalidad exija que todo desacuerdo acerca de la regla de reconocimiento sea mejor caracterizado como un desacuerdo a nivel de la aplicación, pero sí rechaza la idea que parece sustentar Dworkin de que todo desacuerdo debe ser interpretado como de contenido. Lo que los jueces no pueden hacer, afirma Coleman, es estar en desacuerdo respecto de cada caso o en la mayoría de ellos, porque eso sí haría ininteligible la idea de que están siguiendo la misma regla. Se puede estar de acuerdo acerca de que un determinado órgano es competente para dictar normas y no estar de acuerdo acerca de su aplicación o efectos<sup>35</sup>.

Ahora cabe preguntarse cómo se comportaría la tesis del positivismo

<sup>33</sup> Vid.: HART, *Postscript to The Concept of Law* cit. en nota 9; COLEMAN, *Negative and Positive Positivism* cit. en nota 10, p. 20; *Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis* cit. en nota 10, ps. 131 y 132.

<sup>34</sup> COLEMAN, *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory* cit. en nota 10, p. 116. La traducción me pertenece.

<sup>35</sup> Vid.: ENDICOTT, Timothy, *How to disagree with H. L. A. Hart*, conferencia dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra el 21-5-2005.

incluyente frente al dilema de Bayón si la expresión “no convencional” es entendida en otro sentido, esto es, que al afirmar que la regla de reconocimiento remite a un criterio no convencional se está expresando que el criterio en cuestión no depende para su existencia de una convención.

Si se admite este entendimiento de la expresión “no convencional”, ya no puede afirmarse el presupuesto sobre el que se sustenta el dilema de Bayón: que si hay acuerdo sobre el contenido de los criterios a los que la convención remite, entonces esos criterios son convencionales. Supóngase que existe una moral objetiva y una convención según la cual los criterios de validez jurídica remiten a la conformidad o adecuación con una moral objetiva. De esto no puede seguirse que la moral objetiva sea convencional en el sentido de que depende para su existencia de una convención, de un acuerdo. Sólo se puede concluir que tenemos una convención que remite a un criterio no convencional, en el sentido de que su existencia es independiente de todo acuerdo.

Bayón podría contraatacar, argumentando a partir de la existencia o ausencia de acuerdo respecto del contenido de la moral objetiva. Si existe acuerdo en el contenido de la moral objetiva, entonces hay coincidencia en que la validez jurídica depende en parte de la moral objetiva, y también en que la moral objetiva exige  $x$ . Por consiguiente, hay acuerdo en que la validez jurídica depende en parte de  $x$ , y en consecuencia éste no sería un criterio no convencional. Si en cambio no hay acuerdo respecto de lo que la moral objetiva exige, aun cuando lo haya respecto de que la validez jurídica depende en parte de la conformidad con la moral objetiva, la convención en realidad sería hueca o vacía: no expresaría acuerdo alguno. Por consiguiente, el positivismo incluyente colapsa en el positivismo excluyente o no es una forma de positivismo.

Pero el positivismo incluyente puede escabullirse del callejón de la inconsistencia teórica. Si existe acuerdo en que la validez jurídica depende en parte del contenido de la moral objetiva, pero no respecto de qué es lo que exige la moral objetiva, este desacuerdo provocará que se tengan diferentes *creencias* acerca de cuándo una norma es válida, pero no que haya varios criterios de validez jurídica, o que no exista un criterio unívoco debido a los muchos existentes. Habría un criterio unívoco de validez jurídica (la validez jurídica de una norma

CLAUDINA ORUNESU

---

dependería en parte de su conformidad con la moral objetiva), y una convención de seguir un criterio unívoco (dado que estaríamos presuponiendo que hay objetividad en la moral), sólo que podríamos tener creencias distintas acerca de cuándo una norma satisface esos criterios.

En tanto se entienda al positivismo incluyente como un intento de dar cuenta del fenómeno jurídico desde un plano estrictamente conceptual, donde la convencionalidad del derecho es entendida como esencial en la comprensión de la posibilidad del derecho, la objeción de inconsistencia teórica expuesta por el dilema de Bayón puede ser rechazada. La existencia de desacuerdos respecto de los criterios establecidos por la regla de reconocimientos es irrelevante en este nivel de análisis.

Por supuesto que la existencia de un mayor o menor desacuerdo en lo que establezca la regla de reconocimiento repercutirá sobre los niveles de eficacia de esa convención. Pero ésta es una cuestión que queda más allá de los alcances de la objeción analizada.

El positivismo incluyente puede salir airoso de la encerrona teórica descripta aquí, y ha articulado argumentos que le permiten alejarse de la *Caribdis dworkiniana* y sus objeciones a la tesis de la convencionalidad. Sin embargo, queda pendiente una cuestión importante. Si admitimos que el derecho es capaz de guiar conductas, que las normas jurídicas deben ser capaces de producir una diferencia práctica, es decir, afectar la estructura y el contenido de las deliberaciones y acciones de aquellos a quienes pretende guiar, el positivismo incluyente deberá enfrentar un nuevo problema. Si las normas que utilizan los jueces en sus decisiones remiten a pautas morales, esas pautas no establecerían una diferencia práctica porque no añadirían nada a las razones para actuar que los jueces ya tendrían<sup>36</sup>. El interrogante que cabe plantearse es, entonces, si el positivismo incluyente, en su preocupación por redefinir al positivismo para dar cuenta del rol de la moral en la práctica del derecho en las democracias modernas, no ha sacrificado su capacidad para explicar una característica mucho más básica del fenómeno jurídico: su carácter de práctica social *normativa*.

<sup>36</sup> Para un análisis detallado de la denominada tesis de la diferencia práctica vid.: SHAPIRO, *On Hart's Way Out* cit. en nota 7 y *The difference that rules make*, en BIX, *Analyzing Law. New Essays in Legal Theory* cit. en nota 10, ps. 33-64.



## MINIMALISMO DE LOS DERECHOS: ¿APOLOGÍA RAZONABLE O DESLEGITIMACIÓN INSIDIOSA?\*

por TECLA MAZZARESE\*\*

Respecto de las grandes aspiraciones del hombre, ya estamos demasiado retrasados. Tratemos de no empeorar ese atraso con nuestra desconfianza, con nuestra indolencia, con nuestro escepticismo [...] La historia, como siempre, mantiene su ambigüedad yendo en dos direcciones opuestas: hacia la paz o hacia la guerra, hacia la libertad o hacia la opresión. El camino de la paz y de la libertad pasa, por cierto, por el reconocimiento y la protección de los derechos<sup>1</sup>.

### 1. Acerca de la retórica y la antirretórica de los derechos

El abuso del lenguaje de los derechos y la proliferación de su retórica generan una inmediata desconfianza y una mal disimulada sospecha respecto de cualquier análisis que se proponga afirmar o defender las

\* Trad. de R. A. Guibourg. Una primera versión de este trabajo fue presentada en las *XIX Jornadas Argentinas y Primeras Jornadas Argentino-Brasileñas de Filosofía Jurídica y Social*, celebradas en San Carlos de Bariloche del 7 al 9 de octubre de 2005. Por sus atentos comentarios, por sus dudas y observaciones, deseo agradecer a Eduardo Barbarosch, Eugenio Bulygin, Miguel A. Ciuro Caldani, Luiz Fernando Coelho, Jorge Douglas Price, Ricardo V. Guarinoni, Ricardo Guibourg, Antonio A. Martino y Oscar Sarlo. Una versión distinta de este trabajo, más extensa en algunos pasajes y argumentaciones, se halla en vías de publicación en *Ragion Pratica*, 1, 2006.

\*\* Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Brescia, Italia.

<sup>1</sup> BOBBIO, N., 1988, reedición 1999, ps. 439-440.

TECLA MAZZARESE

---

buenas razones de la cultura de los derechos. Si queremos realmente seguir escribiendo y hablando de derechos, parece imperativo denunciar y criticar severamente aporías, incongruencias, insuficiencias y defectos de la doctrina que, en la segunda posguerra, ha condicionado y caracterizado lo que Bobbio, con expresión feliz, denominó “la edad de los derechos”. En declarada oposición a esta extendida retórica de la antirretórica de los derechos, el propósito de este trabajo es suscitar algunas perplejidades y examinar algunas incongruencias relativas a una propuesta que, moldeada por la antirretórica de los derechos, parece gozar de un consenso difundido tanto en la literatura más reciente cuanto, y aún más significativamente, en las políticas administrativas de muchos países occidentales: es decir, la propuesta de un minimalismo de los derechos y de una política dirigida a su deflación.

## 2. ¿Inflación de los derechos?

“A new ideal has trumped in the global world stage: human rights. It unites left and right, the pulpit and state, the minister and the rebel, the developing world and the liberals of Hampstead and Manhattan. Human rights have become the principle of liberation from oppression and domination [...] But their appeal is not confined to the wretched of the earth. Alternative lifestyles, greedy consumers of goods and culture, the pleasure-seekers and playboys of the Western world, the owner of Harrods, the former managing director of Guinness Plc as well as he former King of Greece have all glossed their claims in the language of human rights”<sup>2</sup>. Éstas son las bromas iniciales de un volumen que Costas Douzinas, autorizado exponente del movimiento de los *Critical Legal Studies*, ha dedicado recientemente al tema del fin (de la edad) de los derechos<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> DOUZINAS, C. [2000 a, p. 1].

<sup>3</sup> Lo que C. Douzinas [2000 a] y [2000 b] denuncia, incluso antes y aún más drásticamente que los fracasos y las contradicciones de la edad de los derechos, es precisamente el fin de los derechos y de su doctrina. Se trata de una crítica radical que, precisa el propio C. Douzinas [2000 b, p. 202], tiene por objeto “genealogy and philosophy of rights”, pero no una (re)definición ni una relectura minimalista de su posible catálogo y de sus garantías.

Menos enfático, pero no por eso menos drástico, Danilo Zolo afirma que “es claro que la expansión anómica del repertorio de los derechos fundamentales suscita una incontestable aporía: si todo es fundamental, nada es fundamental”<sup>4</sup>.

Más en general, lo que con una fórmula sintética puede llamarse “inflación de los derechos”<sup>5</sup> se considera la razón principal de la crisis, si no derechamente del fin (de la edad) de los derechos<sup>6</sup>, no sólo por parte de aquellos que, como Zolo y Douzinas, han manifestado siempre una actitud desconfiada hacia los derechos y, sobre todo, de la traducción jurídica de su afirmación y de la reivindicación de su tutela, sino también por parte de algunos internacionalistas y de algunos filósofos

<sup>4</sup> D. Zolo [2003, p. 140]. Es semejante el juicio de J. Klabbers [2002, p. 72].

<sup>5</sup> Aunque a veces puedan verse confundidas o sobrepuestas, en la literatura más reciente, como se señaló en la nota 3, los argumentos relativos a la crisis (o directamente al fin) de la *edad* de los derechos no coinciden siempre ni necesariamente con los relativos a la crisis (o directamente al fin) de los *derechos* y de su doctrina. Como, con feliz síntesis, documenta J. Waldron (comp.) [1987], la posición de quien critica la matriz ideológica o, aún más radicalmente, controvierte la implantación conceptual de la doctrina de los *derechos* se remonta a las primeras formulaciones de la misma doctrina. Corresponde a los últimos años, en cambio, la convicción creciente de que la *edad* de los derechos está atravesando una crisis seria y profunda. Son claras, sin embargo, y para nada secundarias, las divergencias acerca del momento en el que esta crisis se inició, de las razones que han contribuido a determinarla y del fin que haya de pronosticársele. Divergencias éstas de las que se ofrece una primera ejemplificación en los trabajos ya citados de Douzinas y Zolo; cfr., también, además de los trabajos de M. Ignatieff constantemente citados, U. Allegritti [2002, ps. 121-197], R. Falk [2003 a] y [2003 b, ps. 147-172], A. Ferrara [2003], T. Mazzarese [2004], A. Cassese [2005], S. Rodotà [2006].

<sup>6</sup> Son diversas las locuciones empleadas en el lenguaje del legislador (inter)nacional y de los juristas, así como en el lenguaje de los filósofos del derecho o de la política, para denominar los derechos en cuestión: “derechos naturales”, “derechos morales”, “derechos del hombre”, “derechos fundamentales”, “derechos individuales” o “subjetivos”. Aunque a veces puedan usarse indiferentemente como sinónimos o bien para distinguir categorías diferentes en el ámbito de una tipología de los derechos, diversas denominaciones comportan implicaciones filosóficas diferentes que condicionan la definición y la individualización de los derechos o se reflejan en ellas. Al respecto véanse, por ejemplo, las observaciones de G. Peces Barba [1991, cap. 1], R. Guastini [1996, ps. 147-156], G. Palombella [2002, ps. 11-17], T. Mazzarese [2002, ps. 2324]. En virtud de esta consideración, en el texto, salvo en las citas, se usará la palabra “derechos” sin calificación alguna.

TECLA MAZZARESE

---

del Derecho o de la política que, por el contrario, han sido siempre convencidos sostenedores de los derechos y de su tutela jurídica<sup>7</sup>.

De allí la creciente atención, en la literatura más reciente, por la reivindicación de una política deflacionaria de los derechos; en otras palabras, por la propuesta de una (re)definición o (re)lectura minimalista de los derechos, de su posible catálogo y de sus eventuales garantías.

Son tres los principales elementos que caracterizan el minimalismo de los derechos en una de sus versiones más conocidas, la de Michel Ignatieff en sus *Tanner Lectures* de 2000. Tres elementos que, en declarada polémica contra una “idolatría” de los derechos humanos como “religión secular” y contra “un humanismo que se adora a sí mismo”, Ignatieff considera modelados por el pragmatismo. Por el pragmatismo, y no por el realismo político, como para reclamar la independencia de la propia propuesta frente a los condicionamientos ideológicamente caracterizados<sup>8</sup>.

El primer elemento, relativo al fundamento de los derechos, reivindica como justificación “prudente e histórica” el criterio de la tutela de la capacidad de obrar (*agency*, de vez en cuando calificada como *free, basic* o *human*), y no ya, como sucede en muchos pactos y convenciones internacionales de la segunda posguerra, aquello –estigmatizado como confuso y controvertido– de la salvaguarda de la dignidad (*dignity*) o del valor intrínseco de todo ser humano.

El segundo elemento, relativo a la individualización y a la redefinición de su catálogo, es la afirmación de que “human rights is only

<sup>7</sup> Así, por ejemplo, F. Viola [2003] reconoce la necesidad de un “procedimiento deflacionario”. A. Gutmann [2001, p. x] advierte que: “Proliferation of human rights to include rights that are not clearly necessary to protect the basic agency or needs or dignity of persons cheapens the purpose of human rights and correspondingly weakens the resolve of potential enforcers”; A. Cassese [2005, ps. 213-214] lamenta que las instituciones internacionales dispersen su esfuerzo para la protección de los derechos en un “frente demasiado extensor” y propone una racionalización fundada: (1) en focalizar la atención “en un número restringido de derechos humanos esenciales”; (2) en establecer “pocos pero eficaces mecanismos de control y de garantía efectiva del ejercicio de tales derechos”, y (3) en acentuar y difundir la “respuesta penal” a las más graves violaciones de los derechos humanos.

<sup>8</sup> IGNATIEFF [2001 b, p. 53].

a systematic agenda of ‘negative liberty’, a tool kit against oppression, a tool kit that individual agents must be free to use as they see fit within the broader frame of cultural and religious beliefs that they live by”<sup>9</sup>.

El tercer elemento, por último, es el relativo a las eventuales garantías y a las posibles modalidades de tutela (inter)nacional de los derechos. En particular, la concepción minimalista, destacada en términos de libertad negativa y de tutela de la capacidad de obrar, en la versión propuesta por Ignatieff, no excluye, allí donde sea necesario, el recurso a la intervención armada para la tutela internacional de los derechos. Simétricamente, tampoco impide que, en caso de emergencia, pueda justificarse la violación de esos mismos derechos mínimos. Y precisamente en la versión de Ignatieff, el minimalismo no excluye el recurso a la intervención armada para la tutela internacional de los derechos, pero –por el contrario– codifica los criterios que puedan justificarla; criterios éstos dependientes de la gravedad de la violación de los derechos y de la urgencia de la intervención pero, sobre todo, subordinados a un criterio, entre todos los dirimientes, de carácter más económico que pragmático: el criterio según el cual la razón por la que se interviene “must be of vital interest, for cultural, strategic, or geopolitical reasons, to one of the powerful nations in the world and another powerful nation does not oppose the exercise of force”<sup>10</sup>. Más aún, en la perspectiva de una “ética de la emergencia” (*ethics of emergency*) o de una “ética del mal menor” (*lesser evil ethics*), éticas ambas invocadas por Ignatieff como cánones para decidir la

<sup>9</sup> IGNATIEFF [2001 b, p. 57].

<sup>10</sup> M. Ignatieff [2001 c, p. 40]. Es difícil no advertir que, de manera poco coherente con la pretensión humanitaria de las intervenciones armadas para la tutela internacional de los derechos, el cuarto criterio, el realmente decisivo, impediría –como ya sucedió– tomar en cuenta masacres como la de Ruanda, con sus 800.000 muertos, por su escaso interés geopolítico. Y M. Ignatieff [2001 c, p. 41] menciona efectivamente el caso de Ruanda, pero no tanto para denunciar la hipocresía de las intervenciones militares que se titulan humanitarias, sino más bien para prevenir y no menospreciar los efectos geopolíticos regionales o internacionales de las emergencias humanitarias aparentemente locales; según Ignatieff, en efecto: “in reality, Rwanda was never a purely internal genocida, and our failure to stop it is a direct cause of the widening collapse of state order in the whole of central Africa”.

TECLA MAZZARESE

---

medida a adoptar en la lucha contra el terrorismo internacional, el minimalismo no excluye siquiera que pueda justificarse la violación de los derechos<sup>11</sup>. Aun cuando, precisa Ignatieff, sólo puede estar bien fundada una violación cuidadosamente delimitada en el espacio y en el tiempo.

Ahora bien, por cautivante que sea la aparente antirretórica del pragmatismo en contraposición con la presunta retórica de un “humanismo que se adora a sí mismo”, y por sugestiva que pueda ser la referencia a Isaiah Berlin y a su principio liberal de la primacía de la libertad negativa respecto de la positiva, de todos modos el minimalismo de los derechos, sea en la versión de Ignatieff o en alguna de sus diversas variantes, parece una propuesta poco convincente. Y parece poco convincente ya sea que se la considere en verdad una posible solución a la crisis (de la edad) de los derechos, ya sea que se quiera considerarla, como parece más plausible, como una propuesta alternativa a la edad de los derechos y no ya una posible solución para su crisis.

En particular, si se quisiese leerla como una posible solución para la crisis (de la edad) de los derechos, la propuesta del minimalismo se revela como una respuesta desviada a un problema mal planteado (apartado 2). Si, en cambio, se prefiriese leerla como una alternativa a la edad de los derechos, como una doctrina diferente de la que ha informado y caracterizado la edad de los derechos de la segunda posguerra, el minimalismo se muestra como una propuesta fundada en argumentos que parecen individualmente poco sólidos y conjuntamente poco coherentes (párr. 3). Éstas son, en síntesis extrema, las dos clases de reservas acerca de la propuesta de un minimalismo de los derechos a las que se refiere este trabajo.

### **3. Una respuesta desviada a un problema mal planteado**

En la formulación propuesta por Ignatieff, tal como en muchas de sus reformulaciones y variantes (tanto las más radicales, como la de A. Ferrara<sup>12</sup>, como en las más moderadas, como la de A. Cassese<sup>13</sup> y

<sup>11</sup> Esta tesis se halla ampliamente discutida, y defendida, en M. Ignatieff [2004 b].

<sup>12</sup> A. Ferrara [2003].

<sup>13</sup> A. Cassese [2005].

G. Preterossi<sup>14</sup>), la tesis del minimalismo no tiende a presentarse como el rechazo de la edad de los derechos, sino más bien como la posible solución de su crisis; no como la negación de los derechos sino más bien como su “apología razonable”. Ahora bien, leída como posible solución para la crisis (de la edad) de los derechos, la propuesta del minimalismo aparece como una respuesta desviada a un problema mal planteado.

### 3.1. *Minimalismo y retóricas de los derechos*

En particular, el problema está mal planteado, ante todo, si y en cuanto se reduzca simplemente la crisis (de la edad) de los derechos a una proliferación incontrolada e incontrolable de pretensiones (*claims*); si y en cuanto se pretenda trivializarla y ridiculizarla como el resultado inevitable de un proceso de multiplicación arbitraria de todo lo que se reivindica como derechos que hayan de ejercerse y tutelarse. En estos términos el problema está mal planteado, además, pero no exclusivamente, porque lo que hoy puede en verdad lamentarse no es una inflación de los derechos (y todavía menos la de las garantías para su ejercicio y su tutela), sino más bien una inflación, o más correctamente un abuso del lenguaje de los derechos y, sobre todo, una proliferación de las retóricas de los derechos.

De este abuso del lenguaje de los derechos y de sus retóricas no sólo ofrecen un ejemplo “the pleasure-seekers and playboys of the Western world, the owner of Harrods, the former managing director of Guinness Plc as well as the former King of Greece [who] have all glossed their claims in the language of human rights”<sup>15</sup>, sino también aquellos que, como Douzinas, aun reconociendo su credibilidad, citan estas pretensiones (*claims*) para decretar el fin (de la edad) de los derechos. Se trata de un abuso apenas ejemplificado, más insidioso quizá de cuanto pueda pensarse en la medida en que, como lo indica la literatura, consiente desacreditar los que –no siempre de manera convincente– se llaman “nuevos derechos”<sup>16</sup>; en la medida en que se propone des-

<sup>14</sup> G. Preterossi [2004, ps. 110-119].

<sup>15</sup> C. Douzinas [2000 a, p. 1].

<sup>16</sup> Así, por ejemplo, es poco convincente que, según la ejemplificación propuesta por D. Zolo [2003, p. 145], puedan considerarse “nuevos derechos” “la igualdad entre

TECLA MAZZARESE

---

legitimar las especificaciones e integraciones que hayan de aportarse al catálogo de los derechos, sea en razón de nuevos problemas sociales originados en el desarrollo científico-tecnológico (piénsese en las cuestiones suscitadas por las nuevas formas de comunicación como en las nuevas perspectivas de la investigación en bioingeniería), sea que provengan de nuevas formas de sensibilidad que llevan a la relectura de los problemas tradicionales (piénsese en la mayor atención prestada a los problemas de las mujeres, de los menores y de los niños).

Otro ejemplo, acaso dramáticamente más incisivo, del abuso del lenguaje de los derechos y de sus retóricas, es el de quienes reivindican la protección internacional de los derechos como justificación no sólo de la guerra en Kosovo sino también las de Afganistán e Irak, tanto como el de los que simétricamente, para negar la legitimidad de esas guerras, no rechazan la plausibilidad de su justificación “humanitaria” pero, reconociendo su credibilidad, toman como blanco de sus críticas la doctrina de los derechos fundamentales y sus presuntas implicaciones militares<sup>17</sup>.

### 3.2. *Minimalismo y “pluralismo cultural y moral”*

En segundo lugar, el problema de la crisis (de la edad) de los derechos está mal planteado en la medida en que, en términos aparentemente atentos a las exigencias y a las insidias del multiculturalismo, se identifica su origen con una tensión irreducible e inconciliable

los géneros, el ambiente, los derechos de los extranjeros y de los emigrantes”. Es poco convincente, ante todo, porque, sólo por citar el caso de los emigrantes, podría afirmarse con L. Ferrajoli [2004, p. 179] que el “derecho de emigrar” “no [es] un derecho humano de última o reciente generación [sino], al contrario, [el] más antiguo de los derechos naturales, enunciado en los orígenes de la civilización jurídica moderna por el teólogo español Francisco de Vitoria”. Además, la de Zolo es una ejemplificación poco convincente porque, con excepción de la protección del ambiente, no se refiere a la afirmación ni a la reivindicación de nuevos intereses o de pretensiones indebidas, sino más bien la (re)definición de la clase de los titulares de los derechos; se refiere, pues, a plantear el problema del universalismo como rasgo distintivo y característico de la propia noción de derechos (fundamentales).

<sup>17</sup> Así, por ejemplo, en la literatura italiana, la posición de Danilo Zolo, allí donde se muestra más atenta a impugnar la pretensión “universalista e imperialista” de la doctrina de los derechos que a denunciar el *non sequitur* de la argumentación de quienes reivindican la guerra como instrumento para la tutela de aquellos derechos.



entre los valores que informan de manera diferente las culturas, las religiones y las concepciones del bien y de la vida; en la medida, pues, en la que se identifica su origen con la retención de desconocer –o incluso de negar– el “pluralismo cultural y moral”<sup>18</sup>. En este caso, el problema está mal planteado y la propuesta del minimalismo se revela desviada, al menos por tres clases de consideraciones.

La primera consideración, de carácter ideológico, se refiere al imperialismo moral que se reprocha a la doctrina de los derechos humanos. Se trata de una acusación o preocupación muy extraña, que no sólo desconoce la cooperación de los países occidentales y orientales, de norte y de sur del mundo, en el establecimiento del catálogo de los derechos en la *Declaración Universal*<sup>19</sup> sino, especialmente, ignora que la doctrina de los Derechos, más que ninguna otra, se adapta al respeto del pluralismo cultural y moral<sup>20</sup>; una doctrina que no prevé, ni comporta por sí misma, la imposición de sus propios principios,

<sup>18</sup> Así, por ejemplo, M. Ignatieff [2001 b, p. 58].

<sup>19</sup> Como recuerda A. Cassese [1988, reedición 1999, ps. 31-32], en los años 1946-1948, en los que fue elaborada la *Declaración Universal*, los miembros de las Naciones Unidas eran 58 y, precisamente, “14 eran occidentales, en el sentido político [...]”; 20 latinoamericanos; 6 eran socialistas, de la Europa central u oriental [...], 4 eran africanos; 14 eran asiáticos”. Más aún, Cassese advierte que “los países que hoy se denominan en vías de desarrollo eran en gran medida filo-occidentales” y “no habían adquirido aún plena conciencia de su matriz político-cultural”; pero, allí donde pasa a analizar los términos del debate que dio lugar al establecimiento de la *Declaración Universal* distingue cuatro agrupamientos y escribe: “Hubo ante todo un grupo de países occidentales que asumió el liderazgo desde el principio [...]: los Estados Unidos, Francia y Gran Bretaña, seguidos por otros Estados del Occidente político [...]. Un segundo grupo que actuó con notable vigor fue el de América Latina: esos países [...] en varias ocasiones fueron más valientes que los países industrializados de Occidente, sugiriendo soluciones o postulando fórmulas que incluso Occidente dudaba en aceptar [...] Contra estos dos agrupamientos entró en la liza, compacta e intransigente, la Europa socialista [...] Escaso peso tuvieron, en cambio, los países asiáticos, salvo los musulmanes, guiados por Arabia Saudita y Pakistán: éstos no se opusieron a las propuestas occidentales ni compartieron las objeciones socialistas; más bien expresaron las reservas dictadas por la tradición cultural musulmana, en materia de religión y de vida familiar”.

<sup>20</sup> Al cabo de un atento análisis de su génesis, su contenido y sus límites, A. Cassese [1988, reedición 1999, p. 47] concluye: “La *Declaración Universal* es el fruto de muchas ideologías: el punto de encuentro y de acuerdo de diversas concepciones acerca del hombre y de la sociedad [...] no constituye una simple ‘extensión’

TECLA MAZZARESE

---

laicos y respetuosos del pluralismo cultural y moral<sup>21</sup>, mediante la fuerza y menos aún mediante la guerra<sup>22</sup>. Esta extravagante acusación o preocupación acerca del imperialismo moral de la doctrina de los derechos es sorprendentemente impugnada por el propio Ignatieff, que se inspira no obstante en ella para proponer el minimalismo de los derechos. Así, por ejemplo, subraya Ignatieff que “the Declaration was not wo much a proclamation of the superiorita of European civilization as an attempt to salvage the remains of its Enlightenment heritage from the barbarism of a world war just concluded” y que “human rights is not so much the declaration of the superiority of European civilization as a warning by Europeans that the rest of the world should not seek to reproduce its mistakes”<sup>23</sup>. Más aún, Ignatieff no sólo subraya el valor específico del rechazo a la barbarie del segundo conflicto y de los regímenes totalitarios que lo habían desencadenado: también recuerda que “Many traditions, not just Western ones, were represented at the drafting of the Universal Declaration of Human Rights [...] and [that] the drafting committee members explicitly construed their task [...] as an attempt to define a limited range of moral universals from

de textos nacionales al nivel mundial, sino la ‘adaptación’ de esos textos a un mundo multicultural, profundamente heterogéneo y dividido” (cursiva en el original).

<sup>21</sup> Es significativa la observación de N. Bobbio [1965 a, reedición 1990, p. 10], donde subraya que la “pluralidad de las concepciones religiosas y morales” es “un hecho histórico” que no contrasta sino, por el contrario, justifica la afirmación de los derechos, donde, en particular, afirma que “justamente este pluralismo es el argumento más fuerte a favor de algunos de los más celebrados derechos del hombre, como la libertad de religión y, en general, la libertad de pensamiento. Si no estuviéramos convencidos de la irreducible pluralidad de las concepciones últimas [de las] afirmaciones religiosas, éticas y políticas [...] los derechos a la libertad religiosa y a la libertad del pensamiento político perderían su razón de ser”. E incluso, como observa A. Gutmann [2001, p. xxi]: “What human rights protection seeks is not the destruction of cultures, as critics too often accuse, but their integration of human rights protection, as critics too often deny is possible [...] Oppressed women typically want their rights as individuals to be secured within their own culture, not at the expense of exile from their culture, or the destruction of what they and others take to be valuable about their culture”.

<sup>22</sup> Esta posibilidad de recurrir a intervenciones militares “humanitarias”, como ya se ha indicado en el texto (apartado 1) no es excluida sino, al contrario, explícitamente reivindicada por la concepción minimalista de los derechos.

<sup>23</sup> M. Ignatieff [2001 b, p. 65].

within their very different religious, political, ethnic, and philosophic backgrounds” y, por lo tanto, que “the secular ground of the document is not a sign of European cultural domination so much as a pragmatic common denominator designed to make agreement possible across a range of divergent cultural and political viewpoints”<sup>24</sup>.

La segunda consideración, de carácter teórico-conceptual, es que la propuesta del minimalismo de los derechos, reivindicada en nombre del pluralismo cultural y moral, reposa sobre la correlación, dudosa y discutible, entre una doble oposición paradigmática: la de libertad negativa y libertad positiva, por una parte, y la de capacidad de obrar (*agency*) y dignidad (*dignity*) por la otra; en otras palabras, reposa sobre la correlación de la libertad negativa y de la tutela de la capacidad de obrar en contraposición con la correlación entre libertad positiva y tutela de la dignidad. Una y otra son correlaciones dudosas y problemáticas no sólo porque, como se precisará luego (apartado 4.3.), los términos de cada una de los dos pares de oposiciones (libertad negativa/libertad positiva, capacidad de obrar/dignidad) están lejos de ser unívocamente determinadas o determinables, sino también –y sobre todo– porque es dudoso que la capacidad de obrar pueda prescindir totalmente de la tutela de algunas formas de libertad positiva (la primera entre ellas, la libertad frente a la necesidad), así como de la tutela de las libertades políticas; porque “Although rights to subsistence and to basic political freedoms (due process, habeas corpus) are not negative liberties, they too are a necessary part of what it means to treat people as purposive agents, and to protect them against degrading treatment, of which dire poverty is certainly one form”<sup>25</sup>.

Finalmente, la tercera consideración, de carácter histórico antropológico, es que, precisamente porque es reivindicada en nombre del pluralismo cultural y ético, la propuesta de un minimalismo de los derechos expresada en términos de la correlación entre libertad negativa y tutela de la capacidad de obrar (*agency*) se presta por lo menos a tres objeciones.

La primera objeción es que los derechos, a los que se critica su

<sup>24</sup> M. Ignatieff [2001 b, p. 64].

<sup>25</sup> A. Gutmann [2001, ps. xi-xii].

TECLA MAZZARESE

---

universalismo porque tienen como fundamento la tutela de la libertad positiva y de la dignidad humana (*human dignity*), no impiden por sí mismos el pluralismo cultural y moral; al contrario, a lo largo de la historia han tutelado a menudo la libre expresión de ese pluralismo. Así, en particular, en los Estados constitucionales de Derecho, la tutela de las libertades políticas e incluso la garantía de los derechos sociales y culturales no sólo no son un obstáculo: contribuyen a un pluralismo cultural y ético más pleno y acabado.

La segunda objeción, simétrica de la precedente, es que los derechos, de los que se reivindica su universalismo porque tienen como fundamento la tutela de la libertad negativa y de la capacidad de obrar (*human agency*), no gozan precisamente de un consenso intercultural unánime; y, en particular, no tienen consenso en aquellas culturas, distintas de las occidentales, en las que los intereses de la comunidad y de la colectividad prevalecen sobre la protección de las eventuales libertades individuales.

La tercera objeción, finalmente, es que no queda en claro cómo configurar y expresar la contraposición entre libertad negativa y libertad positiva; es decir, entre los derechos vinculados con la protección de la *agency* y los relativos a la salvaguardia de la *dignity*, allí donde el pluralismo cultural sea una realidad a enfrentar no en relación con países diversos y distantes sino, como es ahora regla en un mundo crecientemente globalizado, en el interior de un único y mismo país, de una única y misma sociedad; no está claro, por ejemplo, si, en nombre del pluralismo cultural y ético, en una sociedad en la que conviven emigrantes de culturas diferentes, el minimalismo de los derechos implica, ante todo, una distinción entre derechos cuya titularidad se reconozca sólo a quienes tienen condición de ciudadanos y derechos que se reconozcan a quienes estén privados de ella; y, en caso afirmativo, si implica también que los derechos de unos y los de otros hayan de interpretarse de modo diverso, según diferentes culturas<sup>26</sup>.

<sup>26</sup> El pluralismo cultural no se agota, en efecto, en la individualización y en la distinción de las culturas diferentes de la occidental (de las democracias constitucionales); como muy oportunamente subraya B. Celano [2003], "La 'cultura occidental' no es un bloque unitario. En su interior, también ella es conflictiva. Suponer que *el*

### 3.3. *El minimalismo y la crisis de la edad de los derechos*

En los dos casos examinados, el problema de la crisis de la edad de los derechos no está mal planteado, sin embargo, sólo porque su formulación confunde la inflación de los derechos con el abuso de su lenguaje y de sus retóricas, o porque yuxtaponga el respeto del pluralismo ético y cultural a la simple protección de la libertad negativa; el problema está mal planteado, sobre todo, porque en ninguno de los dos casos la formulación del problema presta atención a los principios constitutivos (de la doctrina) de la edad de los derechos ni, menos aún, muestra preocupación por los factores que dan testimonio de la declinación y del rechazo de esos principios constitutivos antes, y aún más significativamente, que de su ineficacia y de su violación.

En los dos casos, la propuesta del minimalismo de los derechos es una respuesta desviada a un problema mal planteado porque la crisis (de la doctrina) de la edad de los derechos no consiste en la inflación de las pretensiones cuya protección se requiere, ni en las tentaciones de un “imperialismo ético y cultural”, sino más bien en la progresiva deslegitimación, a partir del fin de la guerra fría, de sus propios principios constitutivos que, en la segunda posguerra, se habían proclamado solemnemente en 1945 con la Carta de la ONU y en 1948 con la Declaración Universal de los Derechos; de los principios de universalidad e inalienabilidad de los derechos fundamentales, de la defensa de las instituciones democráticas y del mantenimiento de la paz<sup>27</sup>. La crisis (de la doctrina) de la edad de los derechos consiste, pues, en la revocación de estos principios por dudas acerca de su significado o, directamente, de su validez.

Así, en contraste con el principio de universalidad e inalienabilidad de los derechos, son cada vez más numerosas y graves las derogaciones dirigidas a su protección (inter)nacional, derogaciones que se reivin-

problema capital es el de la relación, o de la compatibilidad, entre retórica de los derechos, expresión de una presunta ‘cultura occidental’ unitaria, por un lado, y culturas no occidentales por el otro tiende a ocultar, engañosamente, este punto” (cursiva en el original).

<sup>27</sup> Esta lectura de la crisis de la edad de los derechos ya ha sido propuesta en T. Mazzaresse [2004]. Las divergencias doctrinarias acerca de las razones de la crisis de la edad de los derechos se han reseñado, precedentemente, en la nota 5.

TECLA MAZZARESE

---

dican, desde principios de la década de 1990, como respuesta a la emergencia de las nuevas migraciones y, a partir del atentado del 11 de septiembre, como reacción al peligro del nuevo terrorismo internacional.

E incluso, en contraste con el principio de defensa de la democracia, no sólo sorprende el aparente desinterés por las dificultades de la democracia representativa en un contexto de progresiva desnacionalización de los Estados y de progresiva globalización de su política y de su economía, sino, más todavía, desorienta la pretensión, cada vez más difundida y recurrente, de exportar sus principios y sus instituciones recurriendo incluso al uso de la fuerza; desorienta, por tanto, la pretensión de suplantar el principio de la *democracy through law* por otro, por lo menos desconcertante, de la *democracy through war*.

Por último, en contraste con el principio del mantenimiento de la paz, es cada vez más ostensible la relegitimación de la guerra en su papel, clásico, de instrumento de las relaciones internacionales; y cada vez es más recurrente la ratificación de la guerra con la creciente pretensión de su función civilizadora.

La propuesta del minimalismo, por lo tanto, no considera los principios constitutivos (de la doctrina) de la edad de los derechos, ni rinde cuenta de los factores que dan testimonio de la declinación y del rechazo de esos principios constitutivos. Pero no sólo esto. En ausencia de una referencia explícita, el minimalismo impugna incluso la necesidad de su conjunción e interacción; impugna pues, como escribe Bobbio en 1990, que “Derechos del hombre, democracia y paz son tres momentos necesarios de un mismo movimiento histórico [y que] sin derechos humanos reconocidos y protegidos no hay democracia; sin democracia no se dan las condiciones mínimas para la solución pacífica de los conflictos”<sup>28</sup>. En muchas de sus formulaciones,

<sup>28</sup> N. Bobbio [1990, p. vii]. No es superfluo destacar que la denuncia de casos de democracias que no reconozcan toda la gama de los derechos diversamente expresada en las declaraciones, convenciones y pactos de la segunda posguerra o de democracias cuyo gobierno sea (o haya sido) artífice de acontecimientos bélicos no refuta ni desmiente, como pretenden muchos críticos (de la edad) de los derechos, la afirmación de la íntima conexión entre “derechos humanos, democracia y paz”. Esta denuncia, en efecto, confunde la dimensión normativa de los valores con la dimensión

en efecto, el minimalismo no considera necesario el vínculo entre democracia y derechos ni entre democracia y paz. Así, por ejemplo, incluso una vez en la versión de Ignatieff, se afirma que “human rights and democracy do not necessarily advance hand in hand”<sup>29</sup> y que, en referencia a la intervención de la OTAN en Kosovo, “restoring stability –even if it is authoritarian and undemocratic– matters more than either democracy or human rights”<sup>30</sup>.

También, pero no solamente, en virtud de las consideraciones precedentes, parece legítimo afirmar que lo que el minimalismo indica no es una dirección a seguir para poner fin a la crisis (de la doctrina) de la edad de los derechos, sino más bien para ratificarla definitivamente; que no ofrece una solución sino una confirmación y una ratificación de las razones que originan la crisis.

Pero, si estas consideraciones son correctas, más que como una respuesta desviada a un problema mal planteado, el minimalismo se revela como la propuesta de una concepción de los derechos distinta de la que ha informado y caracterizado la doctrina (de la edad) de los derechos de la segunda posguerra.

#### 4. Una concepción alternativa de los derechos

“My minimalism –afirma claramente Ignatieff después de contestar algunas críticas– is not strategic at all. It is the most we can hope for”<sup>31</sup>. Aunque ciertamente no se trate de un argumento decisivo, esta afirmación ofrece, sin embargo, un indicio a favor de la hipótesis según

fáctica de su (posible) violación. Reivindicar la necesidad del nexo entre democracia y derechos significa, por ejemplo, como señala S. Rodotà [2005, p. 77] que “Sólo un ciudadano fuertemente provisto de derechos, y razonablemente seguro de su protección permanente, puede convertirse en protagonista de la vida pública y practicar las virtudes republicanas”. Más aún, reivindicar la necesidad del nexo entre paz y derechos significa, ante todo, recordar, incluso a quien pretenda reclamar para ello una justificación humanitaria, que la guerra es la modalidad que, más que ninguna otra, comporta la negación y la violación de los derechos. Esta doble interacción entre paz y derecho y entre derechos y democracia conduce, pues, a reivindicar la necesidad del nexo entre democracia y paz.

<sup>29</sup> M. Ignatieff [2001 c, p. 30].

<sup>30</sup> M. Ignatieff [2001 c, p. 25].

<sup>31</sup> M. Ignatieff [2001 a, p. 173].

TECLA MAZZARESE

---

la cual la propuesta del minimalismo no se agota en indicar una solución, contingente y transitoria, a una crisis presente, sino más bien consiste en delinear una concepción de los derechos diferente de la que proviene de la doctrina (de la edad) de los derechos de la segunda posguerra; una concepción diferente no sólo porque pone en tela de juicio la conexión y la necesaria interacción de los principios constitutivos de aquella doctrina (la protección de los derechos, la defensa de la democracia y el mantenimiento de la paz), sino también porque pone en duda el significado y validez misma de cada uno de sus principios. Esta concepción distinta contenida en el minimalismo de los derechos no es nueva (apartado 4.1.) ni carece de connotaciones axiológicas o de compromisos ideológicos (apartado 4.2.), y menos aún es inmune a las complicaciones conceptuales ni a las implicaciones filosóficas dudosas problemáticas (apartado 4.3.).

#### 4.1. *Una alternativa históricamente emergente*

Que el catálogo de los derechos haya de circunscribirse a las libertades civiles, a las libertades que sólo definen y tutelan la capacidad de obrar de cada individuo, no es una tesis nueva en el debate filosófico, político y jurídico.

No es una tesis nueva en el debate que, en la Edad Moderna, precedió y acompañó la enunciación explícita de los primeros catálogos de derechos, en Inglaterra con el *Bill of Rights* de 1689; en América del Norte con las constituciones de sus primeros Estados a partir de 1776 y con la Constitución de los Estados Unidos de 1787; en Francia con la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789. La identificación de los derechos con las libertades que sólo definen y protegen la capacidad de obrar del individuo es una tesis que, expresada de modos diversos que conducen en definitiva a la noción de libertad negativa, ha encontrado autorizadas enunciaciones, primero en Thomas Hobbes y en Montesquieu y luego en Benjamin Constant y en John Stuart Mill.

No es una tesis nueva, en tiempos más recientes, ni aun en el debate de la segunda posguerra que acompañó el establecimiento de la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre* de 1948. A raíz de la identificación de los derechos con las libertades que definen



y tutelan la capacidad de obrar del individuo, los países occidentales han intentado oponerse a la inclusión, en la Declaración Universal, de los derechos de matriz económica, social y cultural, así como de algunos derechos de matriz internacional como el de la autodeterminación de los pueblos; a raíz de esa identificación, los países occidentales han tratado de “proclamar en el nivel mundial *sólo los derechos civiles y políticos* y sólo con la *connotación sustancialmente individualista* que ellos habían tenido en los siglos XVII y XIX”<sup>32</sup>.

Más aún, a raíz de esta identificación y una vez fracasada la tentativa de excluir los derechos distintos de las libertades que definen y tutelan la capacidad de obrar del individuo, la traducción jurídicamente vinculante de la *Declaración Universal* llevó, en 1996, a la redacción de dos catálogos distintos de esos mismos derechos en el *Pacto internacional sobre los Derechos económicos, sociales y culturales*, lo que permitió a los países occidentales más radicalmente partidarios de un liberalismo individualista ratificar el primero pero no el segundo de los dos tratados.

Finalmente, la identificación de los derechos con las libertades que definen y tutelan la capacidad de obrar del individuo ha contribuido, junto con otros factores, a que los países occidentales más fuertemente ligados a un liberalismo individualista no hayan ratificado muchas de las convenciones que, en la segunda posguerra, se establecieron para precisar y destacar los derechos de los sujetos particularmente débiles (así, por ejemplo, las convenciones sobre los derechos de las mujeres, de los menores, de los trabajadores inmigrantes, de los detenidos, de los prisioneros de conflictos armados) y para especificar el significado y definir las garantías de los derechos ya reconocidos (como, por ejemplo, las convenciones contra el genocidio, la discriminación racial, la esclavitud, la tortura) o para establecer las formas y los modos de tutelar los nuevos derechos cuyo reconocimiento era requerido por

<sup>32</sup> Así escribe A. Cassese [1988, reedición 1999, p. 34, cursiva en el texto], que subraya cómo esta actitud desoyó los auspicios de F. D. Roosevelt; auspicios según los cuales la nueva sociedad mundial, al fin de la guerra, debía tener como punto central el respeto, ‘por parte de todos en el mundo’, de cuatro libertades: la libertad de palabra y de pensamiento; la religiosa; la libertad frente a la necesidad [...] y la libertad frente al miedo” [ps. 27-28].

TECLA MAZZARESE

---

nuevas exigencias suscitadas por el desarrollo científico y tecnológico o por profundas alteraciones del ambiente natural (por ejemplo, las convenciones sobre el ambiente, el genoma humano o la dignidad del ser humano en relación con las aplicaciones de la biomedicina).

Como ya se anticipó, la firme convicción del liberalismo individualista no es el único factor que ha condicionado la no ratificación de muchas convenciones de la segunda posguerra por parte de algunos países occidentales y, en particular, por parte de los Estados Unidos. De este modo, si la firme convicción de los Estados Unidos acerca del liberalismo individualista puede explicar la falta de ratificación del *Pacto internacional sobre los Derechos económicos, sociales y culturales*, la misma convicción no puede invocarse para explicar además la no ratificación de, por ejemplo, la *Convención contra la tortura y otras penas o tratamientos crueles, inhumanos o degradantes*, de 1984. Un factor adicional, pero tampoco plenamente convincente, puede acaso identificarse, en el caso de los Estados Unidos, como la convicción de que la soberanía popular es la única fuente de legitimación jurídica. Ésta es, particularmente, la tesis de Ignatieff: “Since the early 1950s, the American Congress has been reluctant to ratify international rights conventions” porque “Americans believe their rights derive their legitimacy from their own consent, as embodied in the U. S. Constitution” e “international rights covenants lack this element of national political legitimacy”<sup>33</sup>. De allí, siempre en la lectura propuesta por Ignatieff, el “excepcionalismo” (*exceptionalism*) de los Estados Unidos que han promovido “human rights norms around the World, while also resisting the idea that these norms apply to American citizens and American institution”<sup>34</sup>.

#### 4.2. *Una alternativa ideológicamente comprometida*

Que el minimalismo de los derechos no sea una propuesta nueva y original podría constituir por sí mismo apenas una anotación marginal de escaso interés. Acerca de los problemas centrales de la filosofía

<sup>33</sup> M. Ignatieff [2001 c, p. 13].

<sup>34</sup> M. Ignatieff [2001 c, p. 13]; cfr. también M. Ignatieff [2004 a]. En cambio, T. Campbell [2002] es menos indulgente y menos comprensivo respecto del *exceptionalism* norteamericano, como respecto del australiano.

política y jurídica –y acerca del de los derechos y su tutela es sin duda un problema central en el debate filosófico de los últimos siglos– es difícil presentar propuestas realmente innovadoras de las que no haya prefiguraciones y anticipaciones muy relevantes. Y, en realidad, la propuesta del minimalismo no tiene siquiera la pretensión de ser completamente original. Al contrario, en la formulación de Ignatieff como en algunas de sus variantes, no falta un explícito reenvío a Berlin y a su noción de libertad negativa; aun si a menudo se trata sólo de un reenvío que no tiene por objeto aclarar una noción por sí misma problemática, sino evitar la carga de caracterizarla.

Que el minimalismo de los derechos no sea una propuesta nueva y original deja, sin embargo, de ser marginal y adquiere interés si se ocultan, o al menos no se hacen explícitas, las implicaciones axiológicas y las complicaciones ideológicas propias de esta propuesta conocida, así como se han silenciado esos elementos en relación con las prefiguraciones y anticipaciones de aquella doctrina en la historia del pensamiento filosófico, político y jurídico.

También deja de ser marginal y se vuelve interesante si se oculta, o al menos no se hace explícita, la significación específica de su reformulación. La asimilación de los derechos a las libertades que sólo definen y destacan la capacidad de obrar de cada individuo –es decir, la reducción de los derechos a la simple tutela de la libertad negativa– aunque tenga una única matriz axiológica e ideológica, no tiene la misma significación específica en los siglos XVII y XVIII, cuando la propuesta contribuye a afirmar los derechos y a enunciar sus primeras declaraciones, que en la segunda posguerra, cuando su reformulación se contraponen a la consolidación de una nueva doctrina de los derechos que, no ya sólo en el nivel nacional sino también en el regional e internacional, establece la indivisibilidad de las libertades civiles fundamentales y de los derechos económicos y sociales, con lo que sanciona la complementariedad y la necesaria interacción entre la tutela de la libertad negativa y la salvaguarda de la libertad positiva. Tampoco tiene la misma significación específica que en los siglos XVII y XVIII o en la segunda posguerra volver a afirmar esta tesis ahora, cuando contribuye a confirmar y ratificar la crisis de la edad de los derechos.

Y la propuesta del minimalismo no explicita, en efecto, cuál pueda

TECLA MAZZARESE

---

ser la significación hoy, en plena crisis de la edad de los derechos, de ratificar la tesis de la reducción de su catálogo a los que, expresados en términos de libertad negativa, sólo protegen la capacidad de obrar. No sólo eso: la propuesta del minimalismo no explicita siquiera cuáles puedan ser las implicaciones axiológicas y las complicaciones ideológicas que comparte con sus primeras prefiguraciones y anticipaciones de los siglos XVII y XVIII.

No explicita una cosa ni la otra porque, asépticamente, se presenta como una propuesta pragmática. Se presenta, en efecto, como una propuesta pragmática que, libre de la embarazosa herencia metafísica, rechaza y denuncia las degeneraciones axiológicas e ideológicas de una “idolatría” de los derechos como “religión secular” y como “un humanismo que se adora a sí mismo”<sup>35</sup>.

Aparentemente modelada sobre una antirretórica cautivante, la propuesta del minimalismo no advierte, pues, ni que la capacidad de obrar (*human agency*) es una noción filosóficamente no menos compleja y problemática que la dignidad humana (*human dignity*), ni que una neta distinción entre las nociones de libertad negativa y libertad positiva está lejos de ser obvia e inmediata. Y, sobre todo, la propuesta del minimalismo no advierte que “el esquema conceptual que opone ‘libertad negativa’ y ‘libertad positiva’ –más allá de las ambigüedades [...]– ha asumido una función relevante, al menos a partir de las reflexiones de Bobbio y Berlin [...] para expresar y tematizar un aspecto decisivo de la distinción, y de la tensión, entre liberalismo y democracia”<sup>36</sup>. La propuesta del minimalismo oculta, pues, que lo que ella pone realmente en tela de juicio, incluso antes y más significativamente que el catálogo de los derechos y de los posibles modos de garantizarlos, es la “tensión” misma entre liberalismo y democracia. Más precisamente, ya que “la diferencia entre doctrina liberal y democrática [es que] la primera tiende a ampliar la esfera de la autodeterminación individual restringiendo en lo posible la del poder colectivo [y] la segunda tiende [en cambio] a ensanchar la esfera de la autodeterminación colectiva restringiendo en lo posible las regulaciones de tipo heterónomo”, lo que la propuesta del

<sup>35</sup> La referencia remite a M. Ignatieff [2001 b, p. 53].

<sup>36</sup> M. Bovero [2004, p. 10].

minimalismo pone realmente en tela de juicio es la dirección, seguida por el “movimiento histórico real de los Estados modernos”, de “una gradual integración de las dos tendencias, cuya fórmula sintética, en términos de autodeterminación, podría expresarse así: «Hasta donde sea posible, debe dejarse libre acción a la autodeterminación individual (libertad como ausencia de impedimento); donde eso no sea posible, debe hacerse intervenir la autodeterminación colectiva (libertad como autonomía)»<sup>37</sup>. Dicho de otro modo, lo que la propuesta del minimalismo pone realmente en tela de juicio, al reivindicar la oposición entre libertad negativa y libertad positiva, es la integración y la interacción entre una y otra que en la segunda posguerra fueron proclamadas por la *Declaración universal* de 1948<sup>38</sup>, así como en las cada vez más numerosas constituciones nacionales que han marcado el paso del paradigma del Estado liberal al del Estado constitucional de Derecho.

#### 4.3. *Una alternativa conceptualmente poco convincente*

Por último, pero no por cierto con menor importancia, la propuesta del minimalismo suscita bastantes perplejidades conceptuales: los argumentos usados para formularla parecen en efecto poco convincentes y, sobre todo, poco coherentes.

Por ejemplo, no es claro, ni menos aún convincente, que se pase de denunciar como problemática la demostración del fundamento último de los derechos y de afirmar su carácter históricamente contingente a reivindicar una definición minimalista de su catálogo. Este paso suscita perplejidad, ante todo, porque la dificultad para decidir el fundamento último de los derechos no se resuelve, por cierto, reduciendo su número y estableciendo así cuáles son los *verdaderos* derechos: si no ha de ser arbitraria, en efecto, su redefinición minimalista presupone la identifica-

<sup>37</sup> N. Bobbio [1965 b, reedición 1999, ps. 41-42].

<sup>38</sup> Después de haber distinguido los conceptos de “libertad negativa”, “libertad política” y “libertad positiva”, no tanto como conceptos opuestos entre sino como conceptos que históricamente se han vuelto cada vez más complementarios, N. Bobbio [1963, reedición 1999, p. 447] escribe: “Estos tres conceptos están presentes en los artículos de la *Declaración universal*: la libertad negativa en todos los artículos que se refieren a los derechos personales y a los tradicionales derechos de libertad (arts. 7-20); la libertad política en el artículo 21 [...]; la libertad positiva, en los artículos 22-27, que se refieren a los derechos a la seguridad social”.

TECLA MAZZARESE

---

ción de un criterio y, por lo tanto, de un fundamento que la justifique; y, en segundo lugar, porque la pretensión de cristalizar el catálogo en un núcleo mínimo, inmutable e inmodificado contradice la propia aceptación del carácter históricamente contingente de su reivindicación. Dicho de otro modo, es por lo menos extraño que una concepción historicista, dictada por la dificultad para decidir el fundamento último de los derechos, pretenda recitar su catálogo en lugar de tomar en cuenta y reconocer, como en algunas investigaciones de Bobbio, la pluralidad de las variables de carácter filosófico, político y jurídico que, en el curso del tiempo, pueden intervenir para modificar aquel catálogo o la interpretación de los derechos particulares que lo componen.

Una mayor atención prestada a la dificultad en la interpretación de los derechos, a la pluralidad de sus lecturas posibles, en épocas distintas pero también en un mismo contexto histórico cultural, permite discutir la plausibilidad de un argumento adicional propio del minimalismo: el de la necesidad de reducir el número de los derechos para obtener un consenso más amplio respecto de su afirmación y su protección. Este argumento es poco plausible porque parece ignorar que el disenso acerca de los derechos, incluso antes y más significativamente que su aparente multiplicación, afecta precisamente los valores últimos y fundamentales que los informan o se expresan por su intermedio. La propuesta del minimalismo parece ignorar que, aun si se redujese el catálogo a un solo derecho, el de la (tutela de la) capacidad de obrar, el problema del disenso se replantearía en el momento de individualizar y escoger los modos como pudieran entenderse y postularse su afirmación y su tutela. Dicho en otros términos: "Another reason to wonder whether we should hold human rights regimes to only the most minimalist standards is that problems of agreement, interpretation, and enforcement inhere even in the most minimalist formulations of human rights. 'Minimal' is not necessarily synonymous with 'maximally consensual' or «easiest to enforce»"<sup>39</sup>. Y la capacidad de obrar, de modo semejante a la dignidad humana, es un valor complejo y plural; es un valor plural, como el de la dignidad humana, para el que no son unívocas la individualización de sus contenidos ni la configuración de sus garantías posibles; es un valor complejo cuya reivindicación, de manera

<sup>39</sup> A. Gutmann [2001, p. xii].

semejante a la reivindicación de la dignidad humana, abarca una pluralidad de instancias en razón de las cuales y en relación con las cuales puede conjugarse y de tanto en tanto especificarse.

Más aún: son poco convincentes, como ya se anticipó (apartado 3.2.), tanto los argumentos relativos a la doble oposición paradigmática entre libertad negativa y libertad positiva, por un lado, y entre capacidad de obrar y dignidad, del otro, como los argumentos relativos a la correlación de los términos de estas dos oposiciones paradigmáticas: la que vincula libertad negativa y tutela de la capacidad de obrar, por una parte, y libertad positiva y tutela de la dignidad, por la otra.

En particular, son dudosos y problemáticos los términos de la primera oposición paradigmática, entre libertad negativa y libertad positiva. Ante todo, como admite el mismo Berlin, las nociones designadas por esas expresiones no se distinguen clara ni unívocamente, no sólo porque “The freedom which consists in being one’s own master [i. e.: positive freedom], and the freedom which consists in not being prevented from choosing as I do from other men [i. e.: negative freedom], may, on the face of it, seem concepts at no great logical distance from each other”<sup>40</sup>, sino también porque falta, entre quienes han prefigurado o anticipado la distinción, un consenso unánime tanto acerca de los límites en los cuales circunscribir la libertad negativa como de los contenidos específicos cuyo catálogo se pretende trazar<sup>41</sup>. Además, la falta de univocidad de sus nociones y de sus posibles relaciones está condicionada por una compleja red de vínculos que, según diversas concepciones, puede trazarse (y ha sido trazada) entre libertad negativa y libertad positiva, por una parte, y los conceptos de autonomía y de poder o capacidad jurídica, por la otra<sup>42</sup>. Finalmente, otra confirmación

<sup>40</sup> I. Berlin [1958, reedición 2002, p. 178].

<sup>41</sup> Escribe I. Berlin [1958, reedición 2002, p. 173]: “Benjamin Constant [...] declared that at the very least the liberty of religion, opinion, expression, property must be guaranteed against arbitrary invasion. Jefferson, Burke, Paine, Mill compiled different catalogues of individual liberties”; y aun “What then must the minimum be? That which a man cannot give up without offending against the essence of his human nature. What is this essence? What are the standards which it entails? This has been, and perhaps always will be, a matter of infinite debate”.

<sup>42</sup> N. Bobbio [1963, reedición 1999, ps. 445-446], por ejemplo, traza una correlación explícita entre las nociones de libertad negativa y autonomía y entre las nociones

TECLA MAZZARESE

---

del carácter dudoso y problemático de los términos de esa distinción es que, en análisis como los de Berlin y Bobbio, la libertad negativa y la libertad positiva no permiten tanto distinguir dos conceptos de libertad<sup>43</sup>, sino más bien señalar, al sintetizar su principal diferencia, la oposición y la tensión entre liberalismo y democracia<sup>44</sup>.

No menos dudosos y problemáticos son los términos de la segunda de las dos oposiciones paradigmáticas, la que abarca capacidad de obrar y dignidad. Estos términos, de manera semejante a los de la distinción entre libertad positiva y libertad negativa, remiten, uno como el otro, a una pluralidad de concepciones diferentes tanto de las nociones que cada uno de ellos designa como de sus posibles relaciones; tanto uno como el otro designan valores complejos y plurales que, eludiendo la tentativa de distinguirlos claramente, tienden a superponerse y a confundirse. Por ejemplo, no sólo la libertad de la necesidad sino también las libertades políticas y el derecho al trabajo, a la educación y a la salud, tradicionalmente consideradas formas paradigmá-

de libertad positiva y poder o capacidad jurídica. En cambio, L. Ferrajoli [2001, ps. 174-182] y M. Bovero [2004, p. 10] estigmatizan las dificultades de la distinción u oposición entre libertad negativa y libertad positiva con motivo de las consecuencias que una y otra pueden implicar respecto de las nociones de autonomía y de las nociones de poder y competencia jurídica.

<sup>43</sup> Se ha discutido a menudo que los conceptos designados como libertad negativa y libertad positiva sean diferentes. Por ejemplo, M. Barberis [1999, p. 120] registra que “Como ya se admite, Berlin no logró mostrar que hay dos conceptos de libertad: el concepto de libertad es único, y puede formularse siempre en el esquema triádico [...] según el cual toda relación de libertad supone un sujeto X libre de un vínculo Y de hacer una cosa Z”. Con otra argumentación, M. Bovero [2004, p. 10] ha rechazado que los conceptos designados con las expresiones en cuestión sean diferentes. “Simplificando drásticamente: cualquier libertad es negativa; la llamada libertad positiva no es (susceptible de ser propiamente llamada) libertad”.

<sup>44</sup> Por ejemplo, M. Barberis [1999, p. 120], M. Bovero [2004, ps. 10-11]. L. Ferrajoli [2001, p. 176 y ps. 179-180], en cambio, critica el alcance heurístico de las nociones de libertad negativa y libertad positiva también desde este punto de vista: la distinción entre “derechos de la libertad y derechos de la autonomía [está] más directamente conectada [...] con la distinción entre liberalismo y democracia”; según Ferrajoli, “estas dos clases de derechos son las características distintivas del liberalismo y de la democracia, y no las simples libertades negativas y positivas, que en alguna medida existen también en los regímenes menos liberales y se hallan limitadas incluso en los más liberales”.



ticas de la tutela de la dignidad humana, se reivindican a menudo como condiciones necesarias de la capacidad de obrar, como aspectos o momentos esenciales de su estructura. Simétricamente, algunos de los casos paradigmáticos de la tutela de la capacidad de obrar parecen provenir también (o acaso principalmente) de una exigencia de respeto por la dignidad. Así, en particular, el caso de la prohibición de la tortura y de las penas crueles y degradantes, prohibición que, en sus formulaciones más autorizadas<sup>45</sup>, no prevé dispensas ni excepciones en razón de las culpas presuntas o acreditadas de quien pudiese ser víctima de la tortura o de las penas degradantes.

### 5. Is minimalism the most we can hope for?

Para terminar, ¿cómo superar entonces la crisis de la edad de los derechos? Es tentador responder parafraseando el título del afortunado libro de Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*. Sin embargo, la respuesta a aquella pregunta no es acaso tan fácil: los problemas que la condicionan son sin duda graves y profundos. A pesar de todo, si queremos realmente salvar y reafirmar el proyecto de la edad de los derechos (proyecto que está lejos de hallarse cumplido, puesto que han vuelto a discutirse sus fundamentos), las consideraciones precedentes, en caso de ser correctas, permiten, si no identificar una respuesta positiva, al menos evitar una respuesta desviada. Si son correctas las consideraciones precedentes, contrariamente a lo que drásticamente afirma Ignatieff en la réplica a algunas críticas a su propuesta, permiten rechazar que el minimalismo sea “the most we can hope for”; más aún, permiten afirmar que “there are greater dangers in retreating to human rights minimalism than in articulating our priority political, economic, and social objectives in more comprehensive and ambitious terms”<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> La referencia corresponde a la formulación del artículo 5º de la *Declaración Universal* de 1948: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes” y a las formulaciones semejantes, tanto del artículo 7º del *Pacto sobre los Derechos Civiles y Políticos* de 1966 y del artículo 3º de la *Convención Europea de los Derechos del Hombre*. También corresponde a la *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* de 1984.

<sup>46</sup> T. Campbell [2002].

TECLA MAZZARESE

---

### *Referencias bibliográficas*

- ALLEGRETTI, Umberto [2002], *Diritti e stato nella mondializzazione*, Troina (En), Città aperta.
- BARBERIS, Mauro [1999], *Libertà*, Bologna, il Mulino.
- BERLIN, Isaiah [1958], *Two Concepts of Liberty*, Oxford, Clarendon Press; reedición en: BERLIN, I., *Liberty*, Oxford, University Press, 2002, ps. 166-217.
- BOBBIO, Norberto [1963, reedición 1999], *Eguaglianza e dignità degli uomini*, in: AA. VV. *Diritti dell'uomo e Nazioni Unite*, Cedam, Padova, 1963; reedición con el título: *La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, en: BOBBIO, N., *Teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 1999, ps. 444-453.
- [1965 a], *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, en: *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 42 (1965), ps. 302-309; reedición en: BOBBIO, N., *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, ps. 5-16.
- [1965 b], *Kant e le due libertà*, en: BOBBIO, N., *Da Hobbes a Marx*, Napoli, Morano; reedición en: BOBBIO, N., *Teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 1999, ps. 40- 53.
- [1988], *Dalla priorità dei doveri alla priorità dei diritti*, en: *Mondoperaio*, 41 (1988), n. 3, ps. 57-60; reedición en: BOBBIO, *Teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 1999, ps. 439-440.
- [1990], *Introduzione*, en: BOBBIO, N., *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1999, ps. 5- 16.
- BOVERO, Michelangelo [2004], *La libertà e i diritti di libertà*, en: BOVERO, M. (ed.), *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali*, Laterza, Roma-Bari, ps. 3-31.
- CAMPBELL, Tom [2002], *Human Rights Minimalism and Military Intervention*, en: *Australian Review of Public Affairs*, Digest, 5-12-2002, <http://www.australianreview.net>.
- CASSESE, Antonio [1988], *La Dichiarazione universale dei diritti umani. Quaranta anni dopo*, in: CASSESE, A., *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma-Bari, Laterza, 1988, reedición 1990, ps. 21-49.
- [2005], *Ripensare i diritti umani: quali prospettive per i prossimi decenni?*, en: CASSESE, A., *I diritti umani oggi*, Laterza, Roma-Bari.
- CELANO, Bruno [2003], *Diritti umani e diritto a sbagliare (La cultura occidentale è compatibile con i diritti umani?)*, en: [ttp://www.juragentium.uni-fi.it](http://www.juragentium.uni-fi.it),

- DOUZINAS, Costas [2000 a], *The End of Human Rights. Critical Legal Thought at the Turn of the Century*, Oxford, Hart.
- [2000 b], *Six Theses on the End(s) of Human Rights*, en: *Finnish Yearbook of International Law*, 11 (2000), ps. 201-219.
- FALK, Richard [2003 a], *L'eclisse dei diritti umani*, en: Bimbi, L. (ed.), *Not in My Name. Guerra e diritto*, Editori Riuniti, ps. 72-86.
- [2003 b], *The Great Terror War*, Gloucestershire, Arris Books.
- FERRARA, Alessandro [2003], *Fondare senza fondamentalizzare i diritti umani: il ruolo di una seconda Dichiarazione*, en: <http://www.juragentium.uni-fi.it>,
- FERRAJOLI [2001], *Tre concetti di libertà*, en: DOMINJANNI, I. (ed.), *Motivi della libertà*, Franco Angeli, Milano, ps. 169-185.
- FERRAJOLI, Luigi [2004], *Libertà di circolazione e di soggiorno. Per chi?*, en: BOVERO, M. (ed.), *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali*, Laterza, Roma-Bari, ps. 179-190.
- GUASTINI, Riccardo [1996], *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Giappichelli, Torino.
- GUTMANN, Amy [2001], *Introduction*, en: GUTMANN, A. (ed.), *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton, Princeton University Press, ps. VII-XXVIII.
- IGNATIEFF, Michael [2001 a], *Dignity and Agency*, en: GUTMANN, A. (ed.), *Human Rights as Politics and Idolatry*. Princeton, Princeton University Press, ps. 161-173.
- [2001 b], *Human Rights as Idolatry*, en: GUTMANN, A. (ed.), *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton, Princeton University Press, ps. 53-98.
- [2001 c], *Human Rights as Politics*, en: GUTMANN, A. (ed.), *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton, Princeton University Press, ps. 3-52.
- [2004 a], *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton, Princeton University Press.
- [2004 b], *The Lesser Evil. Political Ethics in an Age of Terror*, Princeton, Princeton University Press.
- KLABBERS, Jan [2002], *Glorified Esperanto? Rethinking Human Rights*, en: *Finnish Yearbook of International Law*, 13 (2002), ps. 63-77.

TECLA MAZZARESE

---

- MAZZARESE, Tecla [2002], *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problemi*, en: MAZZARESE, T. (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra) nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, ps. 1-69.
- [2004], *¿Está la era de los derechos cambiando?* en: *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, 5 (2004), ps. 655-688.
- PALOMBELLA, Gianluigi [2002], *L'autorità dei diritti*, Laterza, Roma-Bari.
- PECES-BARBA, Gregorio [1991], *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Eudema, Madrid.
- PRETERROSSI, Geminello [2004], *L'Occidente contro se stesso*, Laterza, Roma-Bari.
- RODOTÀ, Stefano [2006], *L'età dei diritti. Le nuove sfide*, en: *Lezioni Bobbio. Sette interventi su etica e politica*, Einaudi, Turín, 2006, ps. 55-80.
- VIOLA, Francesco [2003], *L'inalienabilità dei diritti*, en: <http://www.juragentium.unifi.it>, Discussioni on line Forum Ignatieff Interventi.
- WALDRON, Jeremy (ed.) [1987], *Nonsense upon Stilts. Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*, Methuen, Londres.
- ZOLO, Danilo [2003], *Fondamentalismo umanitario*, en: IGNATIEFF, M., *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Feltrinelli, Milano, ps. 135-157.

## COLISIONES DE PRINCIPIOS Y LÓGICA PARACONSISTENTE ANOTADA

por CÉSAR ANTONIO SERBENA<sup>1</sup>

### RESUMEN

En su primera parte, el presente trabajo describe un sistema de lógica denominado “lógica paraconsistente anotada”. Una lógica paraconsistente es una lógica que admite contradicciones, y el sistema paraconsistente no se torna trivial en la presencia de contradicciones, como en la lógica clásica. La lógica anotada es una lógica en la cual se especifican los valores de creencia o no creencia en cada proposición. La lógica paraconsistente anotada aquí descrita admite proposiciones contradictorias, en el sentido de que las proposiciones pueden presentar valores contrarios de creencia. En la segunda parte de este trabajo se evalúan las ventajas de la utilización de la lógica paraconsistente anotada como método de representación de las colisiones de principios en el Derecho Constitucional, específicamente a partir de la teoría elaborada por R. Alexy.

### 1. La lógica paraconsistente anotada

En el libro *Lógica paraconsistente aplicada*, N. C. A. Da Costa, J. M. Abe, J. I. Da Silva Filho, A. C. Murolo y C. F. S. Leite, presentan un sistema de lógica paraconsistente anotada que combina de manera interesante la paraconsistencia con el razonamiento no monotónico, manejándolo mediante un método de atribución de grados de creencia y no creencia en las proposiciones<sup>2</sup>. En lo que sigue, presentaremos

<sup>1</sup> Universidad Federal de Paraná, Brasil. Traducción: Ricardo Víctor Guarinoni.

<sup>2</sup> La vaguedad también es una de las características de los términos jurídicos, tal como fuera descrito por Hart. Un abordaje de la vaguedad en las proposiciones en el razonamiento jurídico es también posible a través de la lógica *fuzzy* (e. g., BENNETT, A. D. C.; PARIS, J. B. e VENCOVSKÁ, A., *A New Criterion for Comparing Fuzzy Logics for Uncertain Reasoning*, Journal of Logic, Language, and Information, n. 9, ps. 31-63, 2000; LEGRAND, J., *Some guidelines for fuzzy sets application in legal reasoning*, Artificial Intelligence and Law, v. 7, 1999, ps. 235-257).

CÉSAR ANTONIO SERBENA

---

en forma sumaria las principales características de esta lógica, según la exposición de los autores citados.

Se trata de una lógica paraconsistente anotada de anotación doble, abreviada por LPA2v. A cada proposición  $p$  se asocia una anotación compuesta por dos valores  $(\mu_1, \mu_2)$ , que significan que el grado de creencia en  $p$  es  $\mu_1$  y el grado de no creencia es  $\mu_2$ . Intuitivamente (1.0, 0.0) indica creencia total (0.0, 1.0) indica no creencia total, (1.0, 1.0) indica creencias totalmente inconsistentes, y (0.0, 0.0) indica ausencia total de creencia. Formalmente, la anotación se define así:

Siendo  $|\tau| = \langle |\tau| \leq \rangle$  un reticulado finito fijo, en el cual:

$$1. |\tau| = [0,1] \times [0,1]$$

2.  $\leq \{((\mu_1, \rho_1), (\mu_2, \rho_2)) \mid (\mu_1, \mu_2) \in [0,1] \times [0,1]^2 \mid \mu_1 \leq \mu_2 \text{ e } \rho_1 \leq \rho_2\}$  (donde  $\leq$  indica el orden usual de los números reales). Se denomina a ese reticulado, *reticulado de valores de verdad*.

Los autores ofrecen el siguiente ejemplo para ilustrar la lectura de una proposición doblemente anotada: Supongamos que  $p$  es la proposición: “Pedrito es sospechoso de no haber ido a la escuela”<sup>3</sup>.

Si  $p$  es anotada con (1.0, 0.0), su lectura intuitiva será: “Pedrito es sospechoso de no haber ido a la escuela con creencia total”. Si  $p$  es anotada con (0.0, 1.0), la lectura será: “Pedrito es sospechoso de no haber ido a la escuela con no creencia total”. Esto significa que se cree totalmente que Pedrito fue a la escuela. Si  $p$  es anotada con (1.0, 1.0), la lectura será: “Pedrito es sospechoso de no haber ido a la escuela, con creencia totalmente inconsistente”. Esto podría ocurrir, si hubiera un registro de la presencia de Pedrito pero éste no estuviera en la escuela. Si  $p$  es anotada con (0.0, 0.0), la lectura será: “Pedrito es sospechoso de no haber ido a la escuela, con ausencia total de creencia”. Puede ser que no haya registro de la presencia de Pedrito en la escuela y nadie sepa decir dónde está.

Se define un operador  $\sim$ :  $|\tau| \rightarrow |\tau|$ . El operador  $\sim$  constituye el

<sup>3</sup> He optado por la formulación “Pedrito es sospechoso de no haber ido a la escuela”. para traducir “Pedrinho e suspeito de no ter ido a scola”, a pesar de no ser una construcción muy habitual en castellano, para respetar el ejemplo original, y porque otra traducción hubiera trasladado con más énfasis la evaluación hacia la creencia de que hay una sospecha (*N. del T.*).

“significado” del símbolo lógico de la negación  $\neg$  del sistema que será considerado. Otros valores del reticulado son:

indica el mínimo de  $\tau = (0.0, 0.0)$ ;

indica el máximo de  $\tau = (1.0, 1.0)$ ;

*sup* indica la operación de supremo;

*inf* indica la operación de ínfimo;

El lenguaje de LPA2v posee los siguientes símbolos primitivos:

1. símbolos proposicionales:  $p, q, r...$ ;
2. conectivas:  $\neg$  (negación),  $\wedge$  (conjunción),  $\vee$  (disyunción), e  $\rightarrow$  (implicación);
3. cada miembro de  $\tau$  es una constante de anotación:  $(\lambda_1, \lambda_2), (\mu_1, \mu_2) ...$ ;
4. símbolos auxiliares: paréntesis.

Una constante de anotación  $(\lambda_1, \lambda_2)$  se puede abreviar simplemente por  $\lambda$ .

Definición 1: (*expresión*) Una expresión es cualquier secuencia finita de símbolos del vocabulario de LPA2v.

Definición 2: (*fórmulas*) Las fórmulas se obtienen por medio de la siguiente definición inductiva generalizada:

1. Si  $p$  es un símbolo proposicional, y  $\lambda \square \tau$  es una constante de anotación, entonces  $p_\lambda$  es una fórmula atómica;
2. Si  $A$  y  $B$  son fórmulas, entonces  $(\neg A)$ ,  $(A \wedge B)$ ,  $(A \vee B)$ ,  $(A \rightarrow B)$  son fórmulas;
3. Una expresión constituye una fórmula si y sólo si es obtenida por la aplicación de las reglas anteriores.

La fórmula  $p_{(\lambda_1, \lambda_2)}$  se lee como “ $p$  es creída con creencia favorable igual a  $\lambda_1$  y creencia desfavorable igual a  $\lambda_2$ ”. La fórmula  $\neg A$  se lee “negación débil de  $A$ ”,  $A \wedge B$  “conjunción de  $A$  y  $B$ ”,  $A \vee B$  “disyunción de  $A$  y  $B$ ” y  $A \rightarrow B$  “implicación de  $B$  por  $A$ ”.

Los autores señalan una peculiaridad de LPA2v respecto de la negación. Una proposición con creencia totalmente favorable, como  $p_{(1.0, 0.0)}$ , es negada invirtiéndose los grados de creencia. O sea,  $\neg p_{(1.0, 0.0)} \leftrightarrow p_{\sim(1.0, 0.0)} \leftrightarrow p_{(0.0, 1.0)}$ , o, genéricamente,  $\neg p_{(\lambda_1, \lambda_2)} \leftrightarrow p_{(\lambda_2, \lambda_1)} \leftrightarrow p_{\sim(\lambda_1, \lambda_2)}$ .

CÉSAR ANTONIO SERBENA

$\lambda_2$ ). La fórmula  $\neg p_{(\lambda_1, \lambda_2)}$  equivale a  $p_{(\lambda_2, \lambda_1)}$ , que, asimismo, es equivalente a  $p_{\sim(\lambda_1, \lambda_2)}$ . El grado de creencia favorable de  $\neg p_{(\lambda_1, \lambda_2)}$  es el grado de creencia desfavorable de  $p_{(\lambda_1, \lambda_2)}$ , y el grado de creencia desfavorable de  $\neg p_{(\lambda_1, \lambda_2)}$  es el grado de creencia favorable de  $p_{(\lambda_1, \lambda_2)}$ . De este modo, hay un operador que actúa sobre  $\tau$  que puede ser considerado:  
 $\sim: |\tau| \rightarrow |\tau|, \sim(\lambda_1, \lambda_2) = (\lambda_2, \lambda_1)$ .

*Definición 3: (negación fuerte y equivalencia).* Sean  $A$  y  $B$  dos fórmulas cualesquiera. Se define:

$$A \leftrightarrow B =_{def} (A \rightarrow B) \wedge (B \rightarrow A)$$

y

$$\neg\neg A = A \rightarrow (\neg(A \rightarrow A) \wedge (A \rightarrow A))\neg$$

El símbolo  $\neg\neg$  se denomina negación fuerte.  $\neg\neg A$  debe leerse “la negación fuerte de  $A$ ”. La fórmula  $A \leftrightarrow B$  se lee como “equivalencia de  $A$  y  $B$ ”.

*Definición 4:* Si  $A$  es una fórmula, entonces:

$\neg^0 A$  indica  $A$ ;

$\neg^1 A$  indica  $\neg A$ ;

$\neg^k A$  indica  $\neg(\neg^{k-1} A)$ , ( $k \in N, k > 0$ ).  $N$  indica el conjunto de los números naturales  $\{0, 1, 2, \dots\}$

Se  $\mu \in \tau$ , se infiere que:

$\sim^0 \mu$  indica  $\mu$ ;

$\sim^1 \mu$  indica  $\sim \mu$ ;

$\sim^k \mu$  indica  $\sim(\sim^{k-1} \mu)$ , ( $k \in N, k > 0$ ).

*Definición 5:* (literal). Si  $p$  es un símbolo proposicional y  $\lambda$  es una constante notacional, entonces la fórmula

$$\underbrace{\neg \dots \neg}_{(k \text{ veces})} p \lambda \text{ (abreviado por } \neg^k p \lambda, 0 \leq k)$$

se denomina *hiperliteral* (o simplemente *literal*) y las demás se denominan *fórmulas complejas*.

*Definición 6:* (Interpretación) Si  $P$  es el conjunto de los símbolos proposicionales, y  $F$  el conjunto de las fórmulas de LPA2v, una interpretación para LPA2v es una función:  $I: P \rightarrow |\tau|$ . Dada una inter-



pretación  $I$ , podemos asociarle una valoración  $V_I: F \rightarrow \{0,1\}$ , definida como sigue:

1. Si  $p \in P$  y  $\mu \in |\tau|$ , entonces  
 $V_I(p_\mu) = 1$  si y solamente si  $I(p) \geq \mu$  e  
 $V_I(p_\mu) = 0$  si y solamente si no es el caso que  $I(p) \geq \mu$ .
  2. Se  $A$  tiene la forma  $\rightarrow^k p_\mu$  ( $1 \leq k$ ), entonces  
 $V_I(\rightarrow^k p_\mu) = V_I(\neg^{k-1} p_{\sim\mu})$ .  
Sean  $A$  y  $B$  fórmulas cualesquiera. Entonces
  3.  $V_I(A \wedge B) = 1$  si y solamente si  $V_I(A) = V_I(B) = 1$
  4.  $V_I(A \vee B) = 1$  si y solamente si  $V_I(A) = 1$  o bien  $V_I(B) = 1$
  5.  $V_I(A \rightarrow B) = 1$  si y solamente si  $V_I(A) = 0$  o bien  $V_I(B) = 1$ .
- Si  $A$  es una fórmula compleja, entonces
6.  $V_I(\neg A) = 1 - V_I(A)$

Como consecuencia de la condición 1, se obtiene que  $V_I(p_\mu) = 1$  si y solamente si  $I(p) \geq \mu$ , o sea que  $p_\mu$  es verdadera según la interpretación  $I$  si la interpretación dada a  $p$ ,  $I(p)$ , fuera mayor o igual a “mi valor de creencia”  $\mu$  respecto de la proposición  $p$ . Ella será falsa en caso contrario.

En LPA2V hay interpretaciones  $I$ , y proposiciones  $p_\mu$ , tales que  $V_I(p_\mu) = 1$  y  $V_I(\neg p_\mu) = 1$ , o sea, en esta lógica hay contradicciones verdaderas. Éste es el caso de proposiciones con grados de creencia y no creencia iguales, tales como  $p_{(0.5, 0.5)}$ . Su negación  $\neg p_{(0.5, 0.5)}$  equivale a  $p_{\sim(0.5, 0.5)}$ , que es también  $p_{(0.5, 0.5)}$ . Si  $p_{(0.5, 0.5)}$  fuera verdadera, entonces su negación también es verdadera; si fuera falsa, su negación también sería falsa.

Los postulados (esquemas de axiomas y reglas de inferencia) de LPA2v, teniendo en cuenta que  $A$ ,  $B$  y  $C$  son fórmulas cualesquiera,  $F$  y  $G$  son fórmulas complejas,  $p$  es un símbolo proposicional, y  $\lambda$ ,  $\mu$  e  $\mu_j$  son constantes de anotación, son los siguientes:

- ( $\rightarrow$ 1)  $A \rightarrow (B \rightarrow A)$
- ( $\rightarrow$ 2)  $A \rightarrow (B \rightarrow C) \rightarrow ((A \rightarrow B) \rightarrow (A \rightarrow C))$
- ( $\rightarrow$ 3)  $((A \rightarrow B) \rightarrow A \rightarrow A)$

CÉSAR ANTONIO SERBENA

---

$$(\rightarrow 4) \frac{A, A \rightarrow B}{B} \text{ (modus ponens, que se abrevia como MP)}$$

$$(\wedge 1) A \wedge B \rightarrow A$$

$$(\wedge 2) A \wedge B \rightarrow B$$

$$(\wedge 3) A \rightarrow (B \rightarrow (A \rightarrow B))$$

$$(\vee 1) A \rightarrow A \vee B$$

$$(\vee 2) B \rightarrow A \vee B$$

$$(\vee 3) (A \rightarrow C) \rightarrow ((B \rightarrow C) \rightarrow ((A \vee B) \rightarrow C))$$

$$(\neg 1) (F \rightarrow G) \rightarrow ((F \rightarrow \neg G) \rightarrow \neg F)$$

$$(\neg 2) F \rightarrow (\neg F \rightarrow A)$$

$$(\neg 3) F \vee \neg F$$

$$(\tau 1) p$$

$$(\tau 2) \neg^k p_\lambda \rightarrow \neg^{k-1} p_{\sim\lambda}, k \geq 1$$

$$(\tau 3) p_\lambda \rightarrow p_\mu, \lambda \geq \mu$$

$$(\tau 4) p_{\lambda_1} \wedge p_{\lambda_2} \wedge \dots \wedge p_{\lambda_n} \rightarrow p_\lambda, \text{ donde } \lambda = \vee_{i=1}^n \lambda_i$$

LPA2v mantiene para + todas las propiedades de la negación clásica, como por ejemplo:

$$A \vee \neg A$$

$$\neg(A \vee \neg A)$$

$$(A \rightarrow B) \rightarrow ((A \rightarrow \neg B) \rightarrow \neg A)$$

$$A \rightarrow \neg A$$

$$\neg A \rightarrow (AB)$$

$$(A \rightarrow \neg A) \rightarrow B$$

El cálculo proposicional clásico está contenido en LPA2v como un subcálculo estricto, y las conectivas  $\neg$ ,  $\wedge$ ,  $\vee$ ,  $\rightarrow$  poseen todas sus propiedades clásicas usuales. Siendo  $C$  el conjunto de las fórmulas complejas de LPA2v,  $C$  es cerrado respecto de la aplicación de las conectivas  $\neg$ ,  $\wedge$ ,  $\vee$  y  $\rightarrow$ , y éstas también mantienen sus propiedades clásicas.

Los autores observan que una característica importante de LPA2v es que las contradicciones aparecen solamente entre las fórmulas literales (equivalentes a las atómicas). Las fórmulas complejas obedecen

a los postulados de la lógica clásica con respecto a las conectivas primitivas, y, teniendo en cuenta todas las fórmulas del lenguaje de LPA2v, la negación fuerte y las demás conectivas (a excepción de la negación original), se obtiene también la lógica clásica. Los autores exponen formalmente el siguiente resultado: Si  $F$  es una fórmula compleja,  $\neg F \leftrightarrow \neg\neg F$ , es decir, la negación débil de  $F$  es equivalente a la negación fuerte de  $F$ . De este modo, LPA2v es paraconsistente respecto de las fórmulas literales y clásica en cuanto a las fórmulas complejas, o clásica con respecto a todas las fórmulas del lenguaje, con la negación fuerte.

La lógica presentada en los párrafos anteriores es extendida por los autores a una lógica de primer orden paraconsistente anotada, abarcando igualmente el cálculo de predicados de primer orden. Exponer esa extensión<sup>4</sup> se halla fuera del objeto del presente trabajo, ya que ya fueron presentadas las principales características del sistema que interesan para el razonamiento jurídico.

## 2. Lógica paraconsistente anotada y colisiones de principios

Una de las principales características de la lógica paraconsistente anotada es su poder expresivo. En el aspecto jurídico y normativo, podemos afirmar que esta lógica permite formalizar una parte importante de la teoría jurídica, denominada “colisión de principios”<sup>5</sup>, la

<sup>4</sup> Las aplicaciones de la lógica paraconsistente anotada a la lógica deóntica pueden encontrarse en los trabajos de Jair M. Abe y Seiji Akama (*Paraconsistent annotated deontic logics*) y Kasumi Nakamatsu, Jair M. Abe y Atsuyuki Suzuki (*Annotated Semantics for Defeasible Deontic Reasoning*).

<sup>5</sup> Un ejemplo claro de razonamiento jurídico en caso de colisión de principios puede ilustrarse con las consideraciones de Luiz Roberto Barroso acerca de las cuotas para negros en las universidades públicas: “Existen dos valores socialmente relevantes en contraposición:

”a) La necesidad de otorgar una reparación histórica a la comunidad negra;

”b) La necesidad de preservar la calidad de la enseñanza y el sistema de méritos en la Universidad.

”Cuando aparece este tipo de conflicto, el moderno Derecho Constitucional determina la utilización de una técnica denominada de ponderación de valores: el intérprete debe hacer concesiones recíprocas entre ellos, preservando el núcleo mínimo de cada uno en base al principio de razonabilidad. Razonabilidad significa que la

CÉSAR ANTONIO SERBENA

---

cual aparece formalizada en el sistema de “lógica de las razones *prima facie*” de Alchourrón. Robert Alexy adopta una clasificación acerca de los juicios de valor que entran necesariamente a jugar cuando se valoran los principios que coliden. Expresa que los juicios de valor pueden ser clasificatorios, comparativos o métricos: “Quien dice que algo tiene un valor expresa un *juicio de valor* y lleva a cabo una *valoración*. Los juicios de valor y los conceptos valorativos utilizados en ellos pueden ser divididos en tres grupos: clasificatorios, comparativos y métricos. Un juicio de valor clasificatorio se expresa cuando, por ejemplo, una determinada constitución es catalogada como buena o mala (...) Los conceptos comparativos de valor permiten valoraciones más diferenciadas. Se utilizan cuando se dice de dos objetos que uno tiene un valor superior a otro o que ambos tienen el mismo valor. Enunciados valorativos comparativos como ‘La constitución X es mejor que la constitución Y’, o ‘Ambas constituciones son igualmente buenas’ expresan juicios de preferencia o de equivalencia. Pero las valoraciones más exactas son las que hacen posible un concepto métrico de valor, que es utilizado cuando al objeto a ser valorado se atribuye un número que indica un valor. Se encuentra un ejemplo claro de una valoración métrica en la expresión del valor de un inmueble en una suma de dinero”<sup>6</sup>.

La lógica paraconsistente anotada formaliza exactamente la segunda y la tercera especies de valoración, atribuyendo un valor a cada proposición y permitiendo su comparación. La base sobre la que se de-

medida debe ser adecuada al fin al que se destina, no puede restringir excesivamente los derechos de otros, y debe producir un beneficio superior al daño que acarrea.

”Es posible defender, como ponderación razonable, una cuota de alrededor del 10%, que sirve para permitir el ascenso social del sector sumergido, sin frustrar los objetivos de la enseñanza universitaria.

”Cuotas del 40 o 50% son injustas e irrazonables, dado que:

”a) no son adecuadas para promover el fin buscado, dado que su consecuencia es la caída general del nivel de enseñanza;

”b) violan en grado excesivo (y, por ello, ilegítimo), el principio de igualdad;

”c) generan un mal superior al beneficio que eventualmente pueden traer.

”Hubo una clara precipitación en la materia, y es preciso dar un paso atrás, para poder avanzar” (Diario *O Globo*, 28/6).

<sup>6</sup> ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 142.

termina el valor atribuido, o el criterio de atribución del mismo, son cuestiones ajenas a las consideraciones formales. Si preferimos las peras a las naranjas porque las primeras son más dulces o, por el contrario, preferimos las naranjas porque son más ácidas, son cuestiones que no pueden ser resueltas por medio de la formalización. Apelando al lenguaje de la teoría de conjuntos, cada orden de preferencia representa una nueva ordenación de la misma colección de objetos.

Para Alexy los juicios de valor métricos, al evaluar, por ejemplo, la libertad de prensa, no son útiles en el campo del Derecho Constitucional:

“En el Derecho Constitucional, las metrificaciones poseen una utilidad reducida o nula. Para solucionar el problema de la ponderación entre la libertad de prensa y la seguridad externa a través de una metrificación, habría que atribuir valores numéricos comparables, y, por lo tanto, calculables, a las alternativas de decisión. Sostengo que estos tipos de metrificación no son posibles en el Derecho Constitucional. De las tres formas de juicios de valor, los juicios de valor comparativo son los que tienen más importancia para el Derecho Constitucional”<sup>7</sup>.

La dicotomía que se presenta aquí es entre juicios cuantitativos y cualitativos. La visión que presenta Alexy consiste en que, para el razonamiento jurídico, y específicamente para el Derecho Constitucional, no es admisible una interrelación entre ambos, por no decir que están en oposición, y concluye en que el razonamiento jurídico es esencialmente comparativo (cualitativo).

Puede parecer paradójico el tratar de elaborar una “lógica” para los razonamientos comparativos o cualitativos<sup>8</sup>. Pero un examen más detallado puede llevar a identificar algunas propiedades lógicas en esos razonamientos, y así elaborar algo así como una “lógica de la preferencia”. Si preferimos las peras a las naranjas, y éstas a las manzanas, entonces preferimos las peras a las manzanas. Esto demuestra que la relación de preferencia es transitiva. Esta y otras propiedades formales

<sup>7</sup> Ídem, p. 146.

<sup>8</sup> Hay sistemas de lógica que formalizan el razonamiento cualitativo, como el de VELOSO, P. A. S. y CARNIELLI, W., *Logics for Qualitative Reasoning*, 2001.

CÉSAR ANTONIO SERBENA

---

pueden ser identificadas en los razonamientos de preferencia<sup>9</sup>. Esta identificación es fundamental para la atribución de racionalidad al razonamiento jurídico, cuando tiene por objeto una colisión de principios. Alexy procura igualmente fundamentar racionalmente lo que él denomina ponderación: “El problema de la racionalidad de la ponderación conduce a la cuestión de la posibilidad de fundamentación racional de enunciados que establecen preferencias condicionadas entre valores o principios opuestos”<sup>10</sup>.

La posición que se defiende en este trabajo es que no cabe descartar las metrificaciones *ab initio*, dado que la diferencia entre ellas y los juicios comparativos es una cuestión de grado. Los juicios comparativos están determinados por cualidades: Si preferimos las peras a las naranjas porque son más dulces, no atribuimos un número exacto a esa comparación. Empero, es posible afirmar, en un razonamiento comparativo, que existía una diferencia de grado 1 entre las frutas. Si el contexto exige que los grados de comparación deban ser mayores, esa exigencia puede ser introducida en el sistema. Si un enólogo prueba y compara diferentes vinos, ciertamente su sensibilidad identificará más grados de azúcar o acidez, y su comparación exigirá más, y más específicas, graduaciones. Del mismo modo, el razonamiento jurídico utiliza diferentes escalas de valores comparativos, aunque sin embargo no mayores que una decena, al contrario que otras ciencias, como la economía<sup>11</sup>.

Resumiendo, un sistema como el LPA2v soluciona algunos problemas importantes para el razonamiento jurídico. Si las reglas jurídicas son derrotables, en este sistema las proposiciones son mensurables, conforme al grado de creencia que les atribuimos. Si los argumentos

<sup>9</sup> Un sistema completo de lógica de preferencia es el de PUGA, DA COSTA y VERNENGO, formulado en *Derecho, moral y preferencias valorativas*.

<sup>10</sup> Op. cit., p. 159. Alexy fundamenta racionalmente la ponderación enunciando una *ley de ponderación*: cuanto sea el grado de no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro. Para más detalles sobre esa ley, cf. ALEXY, op. cit., ps. 161 y ss.

<sup>11</sup> Esta afirmación no descarta que ciertas decisiones jurídicas utilicen, entre otros, parámetros económicos. Problemas tales como calcular el valor de una indemnización, o el cálculo de los intereses de una deuda, son cuestiones jurídicas que se ven afectadas por aquellos parámetros.

jurídicos admiten contraargumentos, esto se puede expresar mediante la posibilidad de creencias contradictorias (respecto de los literales, LPA2v es una lógica paraconsistente). Y si, para el razonamiento jurídico, algunos argumentos son mejores que otros, la lógica paraconsistente anotada admite la comparación entre proposiciones por medio de los valores de anotación.

### Bibliografía

- ABE, Jair M. y AKAMA, Seiki, *Paraconsistent annotated deontic logics*, Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, São Paulo, Col. Documentos, Série Lógica e Teoria da Ciência, n. 24, maio 2001. 13 p.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- BENNETT, A. D. C.; PARIS, J. B. y VENCOVSKÁ, A., *A New Criterion for Comparing Fuzzy Logics for Uncertain Reasoning*, *Journal of Logic, Language, and Information*, Holanda, n. 9, 2000, ps. 31–63.
- COSTA, N. C. A. da; ABE, J. M.; MUROLO, A. C.; SILVA FILHO, J. I. da y LEITE, C. F. S., *Lógica paraconsistente aplicada*, Atlas, São Paulo, 1999.
- LEGRAND, Jacky, *Some guidelines for fuzzy sets application in legal reasoning*, *Artificial Intelligence and Law*, Holanda, 1999, n. 7, ps. 235–257.
- NAKAMATSU, Kazumi; ABE, J. M. y SUZUKI, Atsuyuki, *Annotated Semantics for Defeasible Deontic Reasoning*, Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, São Paulo, Col. Documentos, Série Lógica e Teoria da Ciência, n. 40, febrero de 2002. 9 p.
- PUGA, L. Z.; DA COSTA, N. C. A. y VERNENGO, R. J. *Derecho, moral y preferencias valorativas*, *Theoria*, Segunda Época, nov. 1990, año V, n. 12-13, ps. 9-29.
- VELOSO, P. A. S. y CARNIELLI, W. A., *Logics for Qualitative Reasoning*, Pré-prints do Centro de Lógica, Epistemologia e Filosofia da Ciência, Universidade Estadual de Campinas - UNICAMP. Seção Lógica, vol. 1, n. 3, 2001. Disponible en [http://www.cle.unicamp.br/e-prints/abstract\\_3.htm](http://www.cle.unicamp.br/e-prints/abstract_3.htm).





## LA OBJETIVIDAD EN LA MORAL Y EN EL DERECHO

por EDUARDO BARBAROSCH

### 1. Introducción

Uno de los problemas centrales que está en discusión sobre la moral como discurso de primer orden o discurso ético normativo, es el de su objetividad. El problema de dilucidar si existe algo así como la objetividad del discurso moral constituye uno de los aspectos de una disciplina de la ética denominada metaética. Pero la metaética no se ocupa solamente de la objetividad moral, su dominio se ha extendido de tal manera que hoy en día se entiende que su materia abarca aspectos metafísicos, semánticos o de significado, epistemológicos, de psicología moral, y fenomenológicos. De todas maneras no se puede ignorar que todos estos temas guardan alguna relación con el problema de la objetividad de la moral. Me referiré sintéticamente a algunos de estos temas enunciados. Las cuestiones metafísicas se vinculan con una pregunta que es central: ¿Existen realmente hechos morales? Si la respuesta es afirmativa surge un nuevo interrogante que merece otra respuesta: Esos hechos ¿son idénticos y reducibles a otro tipo de hechos (o propiedades) o son irreducibles y sui generis? El problema semántico se presenta como una cuestión vinculada al significado y la función del discurso moral ¿es acaso su función de carácter asertivo, afirma hechos o tiene alguna otra función? El problema epistemológico o de la justificación se conecta con el siguiente interrogante: ¿Se puede afirmar la existencia del conocimiento moral? Y si afirmamos la existencia

EDUARDO BARBAROSCH

---

de un conocimiento moral nos queda todavía la no menos importante tarea de justificarlo: ¿Cómo podemos conocer la verdad o la falsedad de nuestros juicios morales de primer orden? La cuestión de la objetividad moral se vincula directa o indirectamente con todos los anteriores interrogantes, pues en ello va, si se puede afirmar de esta manera, la corrección o incorrección de los juicios morales y en última instancia si hay algo así como verdades morales.

Ahora bien, según qué posiciones metaéticas adoptemos ello influirá sobre nuestra justificación de los juicios morales, y, por ende, de los principios morales o en un grado más elevado y abstracto de las concepciones morales. Muchos autores piensan que la metaética debe tener una influencia decisiva en la ética normativa. Entienden que si la metaética no puede ofrecer criterios objetivamente válidos para justificar la ética normativa, ésta carecería de todo sentido. La experiencia, sin embargo, muestra lo contrario, nada obsta a que un escéptico moral, que es aquel que rechaza casi todas las respuestas afirmativas que antes asumíamos como hipótesis, pueda formular juicios morales de primer orden o defender una concepción de primer orden de naturaleza moral. Es un lugar común recordar el ejemplo de Bertrand Russell, que tuvo posturas muy fuertes en el plano moral de primer orden a las que estaba dispuesto a defender aun sacrificando su libertad, y, sin embargo, simultáneamente admitía con igual firmeza que los juicios morales carecían de cualquier pretendida justificación en una visión de segundo orden.

El problema de la objetividad moral representa un papel importante no sólo para evaluar los juicios morales ordinarios sino para evaluar toda clase de teorías morales como, por ejemplo, las teorías de la justicia que han adquirido un desarrollo importante en las últimas décadas del siglo pasado. Cuando una teoría ético-normativa presupone una pretensión de objetividad y de verdad moral, seleccionará alguna posición metaética que la avale y, en general, podemos advertir que casi todas las teorías ético-normativas de las últimas décadas se pronuncian explícita o implícitamente sobre cuestiones meta-éticas.

Quizá resulte un poco extraño asumir o defender una concepción de la justicia social proponiendo fundarla en valores morales, por ejemplo, y simultáneamente sostener que esa postura carece de objetividad,

o que nada tiene que ver con la afirmación de verdades morales. Una parte de este artículo estará dedicado a considerar los fundamentos que avalarían el cognitivismo moral, y sin desmedro de los esfuerzos que se han realizado para justificar el cognitivismo, llegaré a una conclusión opuesta a las expectativas que puede haber generado el título de este trabajo: La moral ideal o crítica carece de objetividad, si la objetividad es pensada como verdad moral y en función de una metafísica realista.

En la última parte de este trabajo me propongo analizar el tema de la objetividad en el Derecho. Éste es uno de los temas que hoy ocupa a la mayoría de los estudiosos de la teoría del Derecho, o mejor dicho de las teorías del Derecho. Y en este sentido hay una preocupación que consiste en vincular a las teorías del Derecho con supuestos metaéticos. Es casi connatural a aquellos que abrevan en el realismo moral metafísico y semántico defender teorías del Derecho natural. Puede sonar extraño encontrar un anti-realista moral que *no adhiriera* como teórico del Derecho al positivismo jurídico. Pero esto no es del todo así, hoy es muy común encontrar anti-realistas metafísicos que, sin embargo, defienden alguna forma de cognitivismo moral y, por ende, de objetivismo moral y verdades morales y nos proponen pensar al positivismo jurídico como un híbrido en donde se conjugan fuentes sociales con fundamentos morales objetivos, particularmente en la etapa de la decisión judicial. Por ello vale hoy la distinción entre positivismo jurídico exclusivo y positivismo jurídico inclusivo. Entiendo que el positivismo jurídico inclusivo nos propone una versión seudo positivista, pues se ve en la necesidad de defender alguna tesis cognitivista en el dominio de la metaética para justificar lo que podría denominarse una versión debilitada de la conexión necesaria entre el derecho y la moral. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en las teorías morales donde una moral ideal al no provenir de fuentes sociales sencillamente carece de objetividad, un no-cognitivista que adhiere al positivismo jurídico excluyente puede defender la objetividad del derecho de manera diferente, por supuesto, a la que un cognitivista moral puede hacerlo desde su postura iusnaturalista.

En el trabajo defenderé la tesis de la objetividad del derecho desde una visión conectada con el positivismo jurídico excluyente y simul-

EDUARDO BARBAROSCH

---

táneamente me propongo demostrar que un cognitivista moral fuerte o débil, según la versión que adopte, carece de una versión epistemológica fundada para justificar una conexión conceptual necesaria entre el Derecho y la moral. En síntesis, pretendo defender las siguientes tesis: a) Las concepciones morales no pueden justificarse asumiendo una objetividad fuerte, pues incurren en la llamada teoría del error que, aunque últimamente criticada, entiende mantiene su vigencia. b) Para fundar la objetividad del Derecho no se requiere una justificación moral objetiva, que, por otra parte, no resiste ningún análisis crítico. Las teorías del Derecho natural ya sean clásicas o modernas entre las que incluyo a las novedosas versiones del positivismo jurídico inclusivo son incapaces de probar la objetividad del Derecho, pues para ello necesitan de fundamentos morales objetivos y sus desarrollos metaéticos no son convincentes. Como consecuencia, podemos afirmar que la única objetividad del Derecho defendible es aquella que nos propone la teoría del positivismo jurídico excluyente que no descansa en fundamentos morales.

## **2. El realismo moral y el anti-realismo moral, dos formas antagónicas de considerar los valores morales**

Cuando nos preguntamos sobre ciertos juicios, principios o concepciones morales que confrontan entre sí, cuáles de ellos estarán plenamente justificados y cuáles no, presuponemos que existen respuestas correctas en ese sentido. En nuestro pensamiento está, entonces, presente la idea de que existen valores objetivos. De esto se sigue que existen creencias morales que son verdaderas y otras falsas.

En la psicología moral y en la filosofía de la mente contemporánea está muy presente la concepción humana de los estados mentales independientes y separados. Básicamente ellos se componen de deseos y creencias cuya existencia es separada. Las creencias representan el mundo tal como es y, por ende, están sujetas a la crítica racional. Si las creencias en su función de representar el mundo se corresponden con él, serán verdaderas y si ocurre lo contrario serán falsas.

Los enunciados que expresan creencias son en general aserciones cuya función semántica es afirmar la existencia de hechos o estados

de cosas en el mundo. Un mundo real que es independiente de nuestra mente. La verdad o falsedad de cualquier aserción depende del mundo y no de nuestros estados mentales u opiniones acerca de lo que hay y existe en el mundo. Esta tesis es propia de lo que se denomina realismo metafísico. Este realismo metafísico es adoptado por muchos filósofos morales que asimilan el mundo moral al mundo físico. Ellos, en su mayoría, sostienen la existencia de hechos morales o propiedades cuya presencia no depende de lo que nosotros pensemos acerca de ellos. Así como la existencia de hechos o estados de cosas naturales o de relaciones causales entre ellas no dependen de lo que nosotros pensemos acerca de ellos. En consonancia con esto último, los juicios morales, expresión de las creencias morales, tendrían la misma función semántica que las aserciones de hechos, son aptos para la verdad y la falsedad, y las creencias morales estarían sujetas a crítica racional.

La verdad de los juicios morales, en esta versión que se denomina realismo moral, no depende exclusivamente de la consistencia de una creencia con el resto de nuestro sistema de creencias. Su verdad depende de algo independiente a ellas que es la realidad y en este caso una realidad moral. Esta realidad moral, para algunos, es asimilable a los hechos naturales y para otros, como en el intuicionismo de Moore, estos hechos son singulares y no reducibles a los hechos naturales.

Los deseos son estados mentales independientes de las creencias. Los deseos funcionan representándose el mundo tal como debe ser. No están sujetos a crítica racional<sup>1</sup>, no se puede hablar de ellos en función de los predicados de verdad y falsedad, y son los que motivan a la acción de los agentes humanos. Mientras que los deseos son ciegos sin las creencias, las creencias sin los deseos son inertes. Hume es a quien se debe este vuelco en la filosofía, un giro de 180 grados frente a la tradicional postura de Platón. Ello explica su conocido y famoso comentario: “La razón no es ni debe ser otra cosa que la esclava de las pasiones y nunca debe pretender más cargo que servir las y obedecerlas”.

<sup>1</sup> Es cierto, sin embargo, que Hume admite que a veces nuestras pasiones se fundan en falsas creencias, como cuando, por ejemplo, tenemos miedo de algo que en realidad no es peligroso ni amenazador.

EDUARDO BARBAROSCH

---

Desde el punto de vista de la psicología moral, el realista moral adhiere a una tesis externalista<sup>2</sup>. Esta tesis entiende primero, que nuestros juicios morales dependen de factores externos, las consideraciones morales sólo contingentemente motivan o justifican y su fuerza motivadora se conoce recién a posteriori. Las creencias morales de la gente son verdaderas o falsas en virtud de hechos morales que a su vez son independientes de esas creencias, pero el reconocimiento de que una acción sea correcta no es en sí mismo suficiente para motivar al agente para realizar esa acción. El externalista en este sentido no tiene dificultad para explicar que las razones externas sólo motivarán a aquellos que tienen el deseo de comportarse acorde con dichas razones. Pero resulta posible que mucha gente carezca de los deseos relevantes y, en consecuencia, se mantengan inertes frente a las consideraciones de orden moral.

El *no cognitivismo* moral desafía al realismo moral y su pretensión cognitivista. Las cuestiones de hecho son muy diferentes a las cuestiones valorativas. Los hechos que son partes del mobiliario del mundo son aquellos que son verificables por la observación y el experimento. Nuestras creencias sobre los hechos están constantemente sujetas a revisión a la luz de nuevas observaciones. No ocurre lo mismo con los valores o hechos morales por una razón que los no-cognitivistas esgrimen: *una completa explicación del mundo no incluye propiedades morales*. Los denominados hechos morales no existen en el mundo y en ese sentido no pueden ser descubiertos. Nuestras evaluaciones morales, como cualesquiera otros juicios de valor no son creencias acerca de cómo el mundo es, sino respuestas afectivas de cómo las acciones o los estados de cosas deberían ser. En realidad las disputas morales no lo son acerca de los hechos mismos, sino de nuestras diferentes actitudes acerca de los hechos<sup>3</sup>. Esta circunstancia hace que podamos formular buenas razones para nuestras creencias, pero que nos hallemos imposibilitados de hacerlo con nuestras actitudes. La postura internalista muestra otro rasgo de la psicología moral y explica cómo se producen los juicios morales, los que en la visión no-cognitivista no

<sup>2</sup> No todos los realistas morales adscriben al externalismo. Algunos autores que sustentan el realismo moral participan simultáneamente de una posición internalista.

<sup>3</sup> Cfr. MCNAUGHTON, David, *Moral Visión*, Blackwell Publishers, 1988.

pueden ser justificados por razones, y ello nos conduce al escepticismo moral. Cuando formulamos juicios morales damos expresión a nuestros deseos. No existe ningún hecho moral en el mundo que nos pueda compeler a tener un deseo u otro. No hay tal cosa como un hecho moral que se constituya en una guía intrínseca para la acción. Cuando se afirma la existencia de hechos morales se asume la carga de probar una cosa tan extraña, como dice Mackie<sup>4</sup>, totalmente diferente a cualquier otra cosa que forma parte del mobiliario del universo. El internalismo de Hume asevera que la razón es meramente instrumental, las creencias en consecuencia, sólo constituyen un medio de la razón para lograr la satisfacción de los deseos. Si se admite que la descripción humana es correcta se puede concluir que los valores no se descubren, sino que meramente se inventan. Descubrimiento e invención sintetizan en principio no sólo el antagonismo sobre los valores en la metaética sino también en cierta medida la cuestión de la objetividad moral. Sin embargo, esto último requiere algunas precisiones.

### 3. Algunas precisiones sobre la objetividad

Se suele sostener que una entidad es metafísicamente objetiva si su existencia y carácter son independientes de la mente humana. Esta exigencia de independencia constituye un punto central de la objetividad metafísica. Se han distinguido dos importantes cuestiones sobre las cuales habría que pronunciarse en esta materia: una de ellas, se pregunta sobre qué clase de independencia hablamos y la segunda sobre el grado relevante de independencia que se requiere<sup>5</sup>. En cuanto a la clase de independencia que de la mente humana podría tener una entidad se han considerado tres sentidos: el causal, el constitucional y el cognitivo. Una entidad es causalmente independiente de la mente humana, si la trayectoria causal que produce la entidad no depende de la mente humana. La existencia de la tierra y su propia naturaleza es independiente de la mente humana. La confección de una prenda de vestir es causalmente depen-

<sup>4</sup> MACKIE, John L., *Ética. La invención de lo bueno y lo malo*, Gedisa, 2000.

<sup>5</sup> Cfr. LEITER, Brian, *Law and Objectivity en The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, Edited By Jules Coleman and Scott Shapiro, Oxford University Press, 2002.

EDUARDO BARBAROSCH

---

diente de la mente humana, pues deseos y creencias son necesarios para producir ese tipo de objetos. Sin embargo, se entiende que la objetividad metafísica no requiere una independencia causal para que determinadas entidades sean independientes de la mente humana. Esto es, porque ciertas entidades que son causalmente dependientes de la mente pueden ser independientes, en algún otro sentido, de la mente humana. Una entidad es constitucionalmente independiente de la mente humana si su existencia y carácter no están constituidos por la mente humana y tampoco es idéntica a ella. Por otra parte, la afirmación de que alguna entidad es metafísicamente objetiva entraña la negativa de que ella sea constitucionalmente dependiente de la mente, aunque debemos hacer una excepción con las entidades psicológicas (deseos, creencias, emociones). Estas cosas no son constitucionalmente independientes de la mente humana ya que son facetas de ella. Pero en última instancia pueden ser consideradas metafísicamente objetivas e independientes, en algún sentido, de la mente humana. Una entidad se suele considerar cognitivamente independiente de la mente humana cuando su existencia y carácter no depende de los estados cognitivos de la persona. Se puede sostener que cualquier hecho metafísicamente objetivo (excepto los hechos psicológicos) debe ser independiente constitucionalmente de la mente y también cognitivamente independientes de esta. El sentido común nos muestra que la gente piensa del mundo en general de esta manera. Tanto los átomos, como los animales, sustancias químicas no son idénticas a la mente, son independientes de lo que la gente pueda opinar o justificar acerca de ellos. La ciencia aspira a describir las cosas tales como son objetivamente. Cuando nos preguntamos sobre los grados de objetividad, nos estamos preguntando sobre la independencia cognitiva. Y se entiende que esa independencia no se corresponde necesariamente con las creencias, percepciones, etcétera, que puedan llegar a tener las personas. El término “correcto” es usualmente utilizado para relacionar el lenguaje con alguna afirmación que se considera objetiva. Se ha sugerido que es posible diferenciar entre aquello que nos parece correcto, de aquello que es realmente correcto. Leiter distingue cuatro clases de pretensiones sobre la objetividad<sup>6</sup>. Así una primera

<sup>6</sup> Ob. cit., p. 971.



pretensión es la del *subjetivismo*: aquello que parece correcto, es lo correcto. La segunda es la del *objetivismo mínimo*: Lo que parece correcto a la comunidad de cognoscentes determina lo que es correcto. Una tercera, es la del *objetivismo modesto*, lo que parece correcto a los sujetos cognoscentes bajo condiciones ideales apropiadas determina lo que es correcto. Y por último de acuerdo al *objetivismo fuerte*, lo que les parece a los sujetos cognoscentes nunca determina lo que es correcto.

Leiter nos propone ver como ejemplos del subjetivismo a Protágoras y del objetivismo fuerte a Platón, y como casos de objetivismo modesto el realismo interno de Putnam. En este último caso la verdad en cualquier dominio es simplemente aquello en lo que los investigadores estarían de acuerdo bajo condiciones ideales epistémicas<sup>7</sup>. El objetivismo mínimo tiene un parentesco con el subjetivismo, pero ya no depende la verdad de lo que le parezca a un sujeto, sino a la comunidad. La comunidad determina lo que es correcto. El objetivismo modesto hace abstracción del proceso cognoscitivo de la comunidad, pues puede estar equivocada. Las únicas creencias no equivocadas serían sólo aquellas que se forman en condiciones de completa información, evidencia y perfecta racionalidad. El autor mencionado ejemplifica el objetivismo modesto con el fenómeno de la percepción de los colores. El color rojo sería, en la visión de Putnam, modestamente objetivo ya que no es totalmente independiente de la mente humana. Algo es rojo sí y sólo sí todos aquellos que están en condiciones de percibir normalmente los colores, están dispuestos a percibir a ese objeto como rojo. El color en esta versión depende de la mente humana. El objetivismo fuerte afirma, finalmente, que aquello que parece objetivo nunca determina lo que realmente es objetivo. Por ende, es factible verificar varias posiciones generales en la literatura acerca de los temas que venimos desarrollando. Se puede ser realista acerca de la ciencia y anti-realista en ética, realista en ciencia y en ética y, por último, de manera global un subjetivista o anti-realista tanto en la ciencia como en ética.

Pienso que las tres primeras versiones del objetivismo, que Leiter señala, son indefendibles tanto en ciencia como en ética, si es que

<sup>7</sup> Cabe destacar, sin embargo, que Putnam ha abandonado la idea de que pueda identificarse la verdad con lo aceptable racionalmente en condiciones ideales. En algunos recientes trabajos admite haber estado en un error.

EDUARDO BARBAROSCH

---

ellas pretenden sostener una identificación entre verdad y objetividad. Me parece claro, como ejemplo y a modo de anticipación, que a pesar de lo que sostiene Dworkin, aplicando alguna forma de objetivismo modesto en el Derecho, el escéptico, ante la tesis de la respuesta correcta en la moral y el Derecho, está en la justa razón cuando sigue persuadido de que el test verificacionista es correcto para determinar la verdad de una proposición. Que una proposición no puede considerarse verdadera si no existe un test a través del cual se pueda demostrar la verdad de ella. De ahí que sea posible afirmar que en los casos difíciles la respuesta correcta es simplemente una evaluación más y como tal nunca podría ser una respuesta verdadera. La explicación debería aclarar que una respuesta correcta no debe confundirse con una respuesta verdadera<sup>8</sup>.

#### 4. El objetivismo fuerte en la metaética

Es muy raro encontrar autores que apoyan el cognitivismo moral y que sustenten al mismo tiempo la versión que he denominado como de la objetividad fuerte. Aquellos que lo hacen carecen de buenos argumentos para fundamentar el test verificacionista. Uno de los autores que podríamos tomar como ejemplo es David Brink, quien intenta defender un utilitarismo objetivo, adhiriendo al realismo moral. Me referiré a algunos aspectos de su obra, por demás notable, para ensayar luego una igualmente breve respuesta de rechazo a su pretendido objetivismo fuerte. Brink afirma que el rechazo del realismo moral socava la propia existencia de las prácticas y creencias normativas. Entonces si el precio que hubiera que pagar para mantener esas prácticas fuera el de incurrir en una metafísica extraña, ese costo sería módico y

<sup>8</sup> Eugenio Bulygin ha clarificado lúcidamente la diferencia que puede existir entre la expresión correcto y el término verdadero. Bien dice que una "respuesta correcta" tiene en principio un significado evaluativo, mientras que cuando hablamos de una "respuesta verdadera" estamos refiriéndonos a un significado descriptivo. Afirmar que existe una respuesta correcta no es más que afirmar que existe una mejor respuesta o una buena respuesta, asignarle verdad a la respuesta implica que ella se corresponde con la realidad independientemente de cualquier evaluación moral (cfr. *Objectivity of Law in the view of Legal Positivism*, *Analisi e diritto* 2004, a cura di P. Commanducci e R. Guastini).

aceptable<sup>9</sup>. Sin embargo, Brink, no admite que el realismo moral se involucre en una metafísica rara como asevera Mackie. Muy por el contrario se propone afirmar que los hechos morales son verificables y tiene una función relevante en la explicación de las acciones morales humanas. Brink no deja de brindar argumentos como para justificar la robustez de los hechos morales. Piensa que existen casos donde la eficacia causal y el poder explicativo de los hechos morales tienen un papel relevante y afirma que esos hechos morales incluso preceden al reconocimiento de los mismos.

El realismo moral que nos propone Brink presupone, como dijimos que los hechos morales tienen un papel relevante en las explicaciones morales y ello justificaría su postura. Nos dice que nosotros a menudo explicamos ciertas acciones humanas apelando a los rasgos morales del carácter de sus agentes, y esto no sólo permite juzgar el carácter de la persona sino también evaluar moralmente sus acciones. Así el carácter cruel que es un hecho que podemos percibir en Calígula explica en gran parte nuestra opinión sobre las sucesivas matanzas que desencadenara. El carácter equitativo y justo de Lincoln explica su oposición a la esclavitud. De la misma manera la injusticia en una sociedad donde funciona la esclavitud o el apartheid es la causa de la inestabilidad y de las protestas que provoca. La apelación a ciertos hechos morales no resulta irrelevante en la visión de Brink, para explicar incluso la estabilidad o inestabilidad en una sociedad. Brink se resiste a entender que en esos hechos no hay propiedades morales. No puede afirmarse, según él, que ciertas creencias morales como que la esclavitud es injusta, o la crueldad de Calígula, no requiera ni nos remita a hacer mención de hechos morales. El realismo moral que sustenta Brink, en el aspecto que estamos tratando, se resiste a admitir que cualquier explicación sobre un juicio moral no necesite apelar a la observación de hechos morales. Las observaciones no sólo tienen completa relevancia cuando refieren a hechos físicos, sino también cuando se vinculan con las decisiones morales. ¿Pero debemos admitir sin hesitación las formulaciones de Brink? Veamos unos ejemplos: cuando unos niños por diversión rocían con un líquido inflamable a un gato

<sup>9</sup> BRINK, David, *Cambridge Studies in Philosophy. Moral Realism and The Foundations of Ethics*, Cambridge University Press, 1988.

EDUARDO BARBAROSCH

---

para prenderle fuego, el hecho de nuestra observación y el subsiguiente juicio moral no parece depender como Brink entiende de una propiedad del hecho, sino de nuestra sensibilidad moral. Esto significa que podemos explicar el juicio moral acudiendo a nuestras actitudes morales y no a hechos morales. ¿Si esto no fuera así, como se explica la diferente actitud que se puede observar en la misma gente que acostumbra a concurrir a la corrida de toros que se hace también por diversión y culmina con una muerte similar del animal? Si la propiedad moral estuviera presente en el hecho como presupone el realismo moral metafísico, la negativa a prohibirlas sólo podría explicarse por una debilidad de la voluntad, que considero que es sólo una evasión, más que una justificación de la existencia de hechos morales.

Sin embargo, para Brink, los hechos morales en la versión que él adopta del utilitarismo objetivo, estarían conformados por una serie de hechos económicos, sociales y psicológicos y biológicos que completan y contribuyen a la realización de los proyectos de los agentes como al desarrollo de sus relaciones sociales. Los hechos morales y propiedades morales sobrevienen de hechos naturales, en este caso, sociales, económicos y biológicos. Una distribución injusta es intrínsecamente mala pues es inconsistente con la clase de respeto que las personas requieren para concretar esos proyectos.

Brink ve en la superveniencia aunque ésta fuera débil, en el sentido de que no siempre provocará las mismas reacciones, la comprobación de la existencia de los hechos morales. Recordemos que la superveniencia presupone que determinadas propiedades (en este caso morales) supervienen sobre propiedades naturales. Así ciertas condiciones sociales y económicas son suficientes en nuestro mundo para causar injusticias sociales. Lo que constituye una injusticia sobreviene, en la visión de Brink, sobre hechos no morales. Considera, además, que una creencia moral fundada en hechos morales supervenientes tiene un poder explicativo más robusto que aquellas que se basan en eventos a los que se toman como hechos naturales simples. Las diferencias abismales de ingresos en una sociedad entre las clases que la componen, el resentimiento sobre mi posición social, mi simpatía hacia aquellos que están en peor situación, mi adhesión a las protestas e incluso mi cambio de parecer sobre la responsabilidad que yo tengo y cada uno

tiene sobre el nivel de los ingresos, son cuestiones de hecho. Nada agrega a mi cambio de actitud, a pesar de Brink, afirmar que ese cambio se debe a la injusticia que como propiedad de la situación reinante, pienso que está allí mismo presente.

Quiero concluir esta primera parte del trabajo donde intento poner en crisis algunas de las versiones modernas sobre la objetividad moral con una cita de Strawson que me parece pertinente e ilustrativa y que entiendo se vincula a la objetividad fuerte a la que he intentado dirigir mi crítica, así nos dice: "...Si por otro lado, es tan sólo desde el llamado punto de vista 'objetivo' desde el que vemos las cosas como son realmente, entonces todos nuestros juicios y reacciones morales o cuasi-morales, por muy compartidos que sean, *no son más que* reacciones humanas naturales; por tanto, no surge la pregunta por la verdad o la falsedad de las mismas, pues no hay realidad moral que puedan representar o distorsionar. No están justificados ni son apropiados en ningún caso; no porque los hechos morales sean siempre diferentes de lo que se creen que son, sino porque no hay algo así como hechos morales. La idea de lo bueno o lo malo, moral objetivo, del desierto moral, del bien o mal moral, es producto de una ilusión humana, como sostenía Spinoza; o como mucho, en palabras de John Mackie, es una invención humana. Lo único que hay en este campo es el comportamiento humano y las reacciones humanas a ese comportamiento, ambos sin duda, objeto propios de estudio y de comprensión, pero nada más"<sup>10</sup>.

## 5. El problema de la objetividad en el Derecho

He llegado a la conclusión que en la denominada moral ideal no existe posibilidad alguna de afirmar con algún grado de verosimilitud la objetividad fuerte que el realismo moral en su más ortodoxa versión se propone sustentar. No me he ocupado de la moral convencional pues no resulta importante a los fines propuestos en este trabajo. Muchos autores entienden que cuando se habla de la objetividad del Derecho es preciso vincularla con la idea de objetividad fuerte que es propia del realismo metafísico y semántico. Sostienen entonces que esta objetividad fuerte

<sup>10</sup> STRAWSON, Peter F., *Escepticismo y naturalismo: algunas variedades*, A. Machado Libros, Madrid, 2003, p. 86.

EDUARDO BARBAROSCH

---

del Derecho tiene una íntima relación con la misma objetividad que se predica de la moral. Las versiones del Derecho natural son un ejemplo de ello. Michael Moore, es quien defiende la tesis de la objetividad fuerte para el Derecho como para la moral. Su teoría admite que el Derecho tiene en algunos rasgos una fuente social, sin embargo, quien legisla o quien aplica la ley, debe reconocer que el Derecho como sistema normativo no se inventa sino que se descubre en la realidad. Realidad que es causalmente independiente de nuestra mente. La propuesta que nos hace como teoría el realismo metafísico y semántico en el Derecho es la de que admitamos, como dice Marmor, tres tesis sustanciales: 1) El significado de la palabra “Derecho” requiere de una explicación adecuada. 2) Este análisis del término nos mostraría que el término “Derecho” refiere a una clase real o natural de entidades cuya esencia y constitución no consiste en convenciones sociales. 3) El descubrimiento de la esencia real hace que una posición como la del positivismo jurídico, sea falsa y verdadera alguna versión del Derecho natural<sup>11</sup>.

Esta versión del realismo metafísico que se pretende extender al Derecho, cuando, por ejemplo, se le atribuye a este último una realidad que va más allá de las convenciones, choca con el sentido común, cual es el de pensar que un Derecho genuino es causalmente independiente de la mente humana. Si bien en física u otras disciplinas de las ciencias naturales es factible adoptar una postura afín con realismo metafísico, que no es opuesta al sentido común, como por ejemplo, suponer que la tierra es independiente causalmente de la mente humana, pero no así aquellos productos de cualquier tipo derivados de la actividad humana. Parece impropio favorecer una tesis de ese tipo para hechos morales, teológicos, jurídicos, etcétera. Aun los creyentes de diferentes religiones que aceptan el creacionismo deben admitir que todo el universo, depende causalmente de alguna mente como la de Dios. Sólo el realismo metafísico en el sentido ajustado del término puede ser aceptado, según creo, por aquellos que adoptan una postura no creacionista del universo y piensan entonces que alguna realidad como la físico natural es causalmente independiente de la mente humana y de la mente divina. Sin embargo, ésta es una mera digresión, pero para quienes aceptan aquellas

<sup>11</sup> MARMOR, Andrei, *Interpretación y teoría del Derecho*, Gedisa, 2001, p. 117.

tesis o para quienes creen que toda realidad es el resultado de convenciones, no es dudoso que acepten una postura convencionalista en torno al Derecho. Entonces, la consecuencia que deviene es plantearse el siguiente interrogante: ¿En qué consiste la objetividad del Derecho, si tal objetividad existe? Descartado el objetivismo fuerte, nos quedan las tres versiones de la objetividad que hemos formulado siguiendo a Leiter. Comencemos con el subjetivismo, vimos que esta tesis tiene un parentesco mediato con la idea de Protágoras de que el hombre es la medida de todas las cosas. Llevada al plano del Derecho su ubicación estaría estrechamente ligada con la corriente que entiende que existe una indeterminación radical en las supuestas convenciones que configurarían el Derecho. No puedo discurrir en este trabajo mucho sobre este tema, tanto el realismo jurídico como la versión moderna de los Critical Legal Studies pueden ubicarse en esta forma de establecer el criterio de corrección u objetividad acerca del Derecho. Para Jerome Frank, el juez tomaba decisiones como consecuencia de sus inconscientes deseos neuróticos. Esta tesis es poco atractiva y por demás errónea pues supone que lo predecible reemplaza a la determinación. El Derecho no requeriría de un seguimiento de reglas acorde con el significado de las mismas, más bien la tarea de los juristas y expertos en el Derecho sería la de predecir cuales son las soluciones probables de los casos. Para emitir predicciones habría que recurrir a un conjunto de hipótesis, no solamente las reglas, teniendo en cuenta factores concomitantes que contribuirían a la predicción.

Si aceptamos que la explicación convencionalista de las reglas jurídicas constituye una explicación acertada de cómo se conforma el Derecho positivo y que éste determina lo que todo agente debe hacer tendiendo a conductas convergentes. Cada agente debe hacer lo que otros agentes hacen, o aquello que es convencionalmente entendido que la regla requiere. ¿Pero qué es lo que se entiende por convención? Como sostuvo Lewis, no es simplemente un acuerdo sobre ciertos estándares de conducta. Las convenciones aparecen como soluciones prácticas a problemas recurrentes de coordinación. El positivismo jurídico puede explicar el Derecho sin necesidad de recurrir a principios morales, sino simplemente como un sistema de reglas convencionales para solucionar problemas de coordinación. Ello permite inferir que

EDUARDO BARBAROSCH

---

el Derecho conserva su autonomía en relación con la moral u otros sistemas de reglas. Es una cuestión contingente que el Derecho requiera de la moral para establecer un sistema de reglas que se propone solucionar problemas de coordinación. Tampoco parece una condición esencial que el Derecho sólo resuelva problemas de coordinación. Nos queda por ahora la afirmación que las reglas jurídicas son al menos convencionales. ¿Pero cuánta objetividad podemos predicar del Derecho como un sistema convencional de reglas?

Ni el objetivismo fuerte, ni el subjetivismo explican la objetividad del Derecho si estamos dispuestos a aceptar que el Derecho es un sistema de reglas convencionales. Si afirmamos que el Derecho es un sistema de reglas convencionales nuestra postura metafísica es anti-realista. El Derecho aparece como causalmente dependiente de la mente humana, lo cual no significa que a su vez no pueda ser objetivo en algún sentido de los que hemos enunciado. Nos quedan el objetivismo mínimo y el modesto. Voy simplemente a considerar una solución que no encuadra en ninguna de ellas. Entiendo que el Derecho en cuanto a su objetividad puede tener en ciertos aspectos los rasgos del objetivismo modesto aunque no es totalmente coincidente con los postulados que emanan de dicha tesis pues resulta inadmisibles el realismo interno que sustenta. Una explicación tentativa y alternativa sería pensar el Derecho como convenciones constitutivas<sup>12</sup> formuladas en el sistema continental por el legislador e identificada la fuente por una regla de reconocimiento y en el Derecho del *Common Law* por una regla de reconocimiento que identifica a los precedentes como la fuente social del Derecho. La objetividad que se puede predicar del Derecho está íntimamente vinculada a esas convenciones constitutivas. Es en el proceso de identificación, formulación y sistematización, donde debe cuidarse que entender una convención constitutiva, una regla que debe ser seguida no necesita de la interpretación de la regla, que significa, en términos estipulativos, traducirla a un nuevo lenguaje y significado

<sup>12</sup> Ésta es una postura que defiende Marmor y es criticada por Ferrajoli al considerar que las reglas penales constitutivas violan en un sistema jurídico constitucional garantista, el principio de estricta legalidad. Sin embargo, Marmor piensa que las reglas constitutivas pueden ser además regulativas, con lo cual quedaría salvada la objeción del jurista italiano.



distinto al de la convención. En el momento de la adjudicación o de la decisión judicial existen diversos rasgos que contribuyen a la objetividad del Derecho, pues litigantes y jueces están contestes en que la objetividad no es otra cosa que fallar acorde a Derecho y esto depende de diversos aspectos que son los que se enuncian: a) Una completa información acerca de la información fáctica relevante; tener en cuenta todas las fuentes autoritativas (leyes y decisiones de los tribunales). b) Una racionalidad completa, observando las reglas de la lógica. c) Encontrarse libre de prejuicios y parcialidad a favor o en contra de las partes. Estos rasgos que no son exhaustivos, incrementan el grado de objetividad del Derecho que, además, se refleja en las decisiones judiciales. La objetividad modesta presentada por Leiter no constituye, como él lo piensa, un procedimiento en condiciones ideales y tampoco algo cercano a la descripción que Dworkin formula de un juez hercúleo que descubre la solución moral correcta.

Como conclusión, puedo sostener que esta clase de objetividad que se postula para el Derecho es propia de un sistema de convenciones sociales que son constitutivas y regulativas que el positivismo jurídico exclusivo propone ver como el único *approach* científico al Derecho. Esta visión del Derecho admite el anti-realismo metafísico ya que el Derecho no es ontológicamente independiente de la creación humana. Sin embargo, al poder ser identificado como originado en una fuente social admite ser tratado con los criterios de verdad y objetividad: anti-realismo, verdad y objetividad no son incompatibles. La objetividad podría ponerse a prueba en el caso de las lagunas, sin embargo, en estos casos, existen reglas de default que le dan al juez la posibilidad de resolver el caso con discrecionalidad y no descubriendo una solución normativa que no existe. Cuando el juez se enfrenta con una laguna normativa la conclusión más apropiada es afirmar que objetivamente no existe una solución normativa en el Derecho para el caso en cuestión. Esta objetividad de las convenciones sociales constitutivas implica que pueden ser descritas como tales y se puede estar acertado o equivocado en su descripción. No se requiere, como se ve, que en el seguimiento de reglas y en su aplicación definitiva se explique la objetividad sobre fundamentos morales, ni con el recurso a la interpretación de tipo hermenéutico. Pues esta última sólo conlleva la introducción subrepticia

EDUARDO BARBAROSCH

---

de una fundamentación moral ideal que carece de la objetividad fuerte, que muchos de sus sostenedores proclaman para establecer una conexión conceptual necesaria entre Derecho y moral. Afirmamos que tanto el Derecho como cualquier otra forma de expresión lingüística, puede ser simplemente entendida, sin la mediación de la interpretación. En este sentido nos dice Marmor que la comunidad legal es en sí misma limitada si tenemos en cuenta a jueces y abogados. Tanto jueces como abogados comparten un específico bagaje cultural que es propio del Derecho, y añadido, no necesariamente ni probablemente moral, que sólo depende de una uniforme educación jurídica. En consecuencia, los problemas de interpretación no son tan copiosos como se supone, pues la interpretación presupone la explicación o traducción de determinados términos en otros, con la consiguiente creación de un nuevo significado que conlleva esa traducción. Esa explicación vista como traducción es solamente exigida en pocos contextos cuando no existe claridad en el lenguaje legal, pero en la mayoría de los casos seguir una regla jurídica es entender la regla y no interpretarla. A propósito una cita de Wittgenstein es ilustrativa: “Sólo en los casos normales nos es claramente prescripto el uso de la palabra; sabemos, no tenemos duda, qué hemos de decir en este o aquel caso [...] si la regla se convirtiera en excepción y la excepción en regla o si ambas se convirtieran en fenómenos de aproximadamente la misma frecuencia —entonces nuestros juegos de lenguaje normales perderían su quid...”<sup>13</sup> Insisto, para finalizar, la derrotabilidad que se predica de las normas del sistema jurídico, no es otra cosa que confundir indeterminación con revisibilidad. Reconozcamos que en la mayoría de los casos cuando se afirma la indeterminación del Derecho se está tratando de revisarlo, y nadie está en condiciones de negar que los jueces muchas veces se arrojan el poder de cambiar el Derecho aunque exista una regla clara a seguir en el caso particular. Muchos justifican este poder desde un punto de vista moral o desde alguna concepción de la justicia, otros, sin embargo, prefieren, quizá con mejores fundamentos, rechazarlo basado en el respeto de la división de poderes estructurada por el sistema jurídico democrático.

<sup>13</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, n. 142, Crítica, 1998.

## LA EFICIENCIA DE PARETO Y LAS TEORÍAS DEONTOLÓGICAS: UNA RESPUESTA A KAPLOW & SHAVELL

por EDUARDO STORDEUR (h)\*

### I. Introducción

Superada en parte la amplia polémica generada por los iniciales trabajos de Posner respecto del fundamento moral del Análisis Económico del Derecho, la misma cobró nuevo impulso con una serie de artículos previos y final publicación de “Fairness vs. Welfare” (FVW) de Louis Kaplow & Steven Shavell<sup>1</sup>. Estos autores (en adelante K & S) postulan que las decisiones en materia legal deben tomarse única-

\* El autor es profesor de “Derecho y Economía” e investigador en ESEADE y profesor en la “Maestría en Derecho y Economía” y en la “Especialización en Sociología Jurídica” de la Universidad de Buenos Aires. También se desempeña como Becario y Director del Seminario de “Derecho y Economía” de la Fundación F. A Von Hayek. Este trabajo fue discutido en el Departamento de Investigaciones de ESEADE, en las Jornadas Argentino-Brasileñas de Filosofía Jurídica y Social en octubre de 2005 realizadas en Bariloche, Argentina, y posteriormente en un seminario del Departamento de Investigaciones de la Universidad del CEMA. Agradezco los comentarios allí recibidos, sin embargo todo lo que sigue es, naturalmente, responsabilidad del autor.

<sup>1</sup> Véase, KAPLOW, Louis & SHAVELL, Steven, *Fairness vs. Welfare*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 2002, libro que fue publicado originariamente con igual título en 114 *Harvard Law Review* 961, 2001. También, de los mismos autores, *The Conflict Between Notions of Fairness and the Pareto Principle*, 1 *American Law and Economics Review*, 1999, ps. 63-77; *Notions of Fairness Versus the Pareto Principle: On the Role of Logical Consistency*, *Yale Law Journal*, 2000, ps. 237-249; *Any Non Welfarist Method of Policy Assessment Violates the Pareto Principle*, 109 *Journal of Political Economy*, 2001, ps. 281-286; *Fairness Versus Welfare: Notes of the Pareto Principle, Preferences, and Distributive Justice*, 32 *J. L. Studies*, 2003, p. 331.

EDUARDO STORDEUR (H)

---

mente en consideración de sus consecuencias en el bienestar de los individuos (en adelante W) sin otorgar peso moral independiente alguno a los criterios de justicia (en adelante F). Las decisiones en materia legal, en suma, deben tomarse –según estos autores– exclusivamente en términos del bienestar individual de los individuos (W). Fundan tal proposición en tres argumentos relacionados y un cuarto muy general, que serán brevemente presentados a continuación.

El primero y fundamental, es el conocido y polémico “argumento paretiano” que postula que las Teorías Deontológicas (en adelante TD) que tienen por nota común otorgar peso moral independiente de la utilidad a (F), tienen altos costos en utilidad en tanto violentan la regla de Pareto. Cuando se aplica una TD, sugieren los autores, todos o algunos quedan en “peor” situación, en tanto hay disponible algún estado de cosas que incrementa la utilidad de los participantes desde la óptica de sus propias preferencias<sup>2</sup>.

Como se sabe, la regla de Pareto (el más extendido criterio de eficiencia distributiva en Economía) postula que un estado de cosas “X” es superior respecto de otra “Z”, si y sólo si alguien prefiere “X” a “Z” y nadie prefiere “Z” a “X”, de modo tal que “X” implica mayor utilidad que “Z”<sup>3</sup>. Sin embargo, “Z”, afirman K & S, es la consecuencia de la aplicación de cualquier TD: una de menor utilidad desde el punto de vista de las preferencias de los individuos.

El segundo argumento, evidentemente relacionado con el primero y que ocupa la mayor parte del *FVW*, supone un examen de los altos

<sup>2</sup> Aun cuando complica la lectura, creo conveniente distinguir una Teoría Deontológica (TD) de una regla de “justicia” (F) que puede adoptar la forma de “cumplir las promesas” o “compensar los daños ocasionados”, etc. Una TD puede incluir, desde diversos marcos teóricos, reglas (F) muy similares. No estoy muy seguro que la distinción tenga validez (y no quiero examinar el punto ahora), pero la ambigüedad de los autores respecto de simples reglas como “reparar el daño causado” y marcos teóricos más generales que podrían justificar una proposición normativa de este tipo, me obliga a tal distinción. Supongo –o así lo asumo a los fines del trabajo– que una TD contiene y otorga una explicación más general respecto de reglas del tipo (F).

<sup>3</sup> De ese modo un óptimo de Pareto queda configurado cuando no hay ningún estado que sea Pareto superior, lo cual indica que cualquier otra posible distribución implica al menos alguien que disminuye su utilidad. De aquí en adelante, cuando refiero a la regla de Pareto lo hago, en general y salvo aclaración, respecto de un movimiento Pareto preferido.

costos en materia de utilidad que se sigue de la aplicación de diversas doctrinas fundadas en las TD que otorgan peso independiente de la utilidad a diversas (F) en el Derecho americano<sup>4</sup>. Hay en esta segunda parte de *FVW* un notable trabajo que evidencia el modo en el cual las reglas (F) afectan el criterio de Pareto y el trabajo constituye –creo– un interesante aporte para un análisis de las consecuencias de las doctrinas legales con independencia de las pretensiones filosóficas del trabajo, aun cuando ambos están relacionados: mientras el primer argumento ofrece el marco teórico, la segunda constituye un examen de los altos costos que “la justicia” tiene en materia de utilidad respecto de aplicaciones concretas de (F) en el Derecho americano.

El tercer argumento, que estimo potencialmente interesante (quizás desaprovechado por los autores) tiene claras reminiscencias *humanas*: supone una explicación evolutiva causal de las (F) como instrumentos para la mayor la utilidad de lo que se sigue –según los autores– que las mismas no tienen valor alguno independiente del bienestar. En otros términos, que las nociones (F) se desarrollan en tanto permiten una mayor utilidad, y que una vez que gracias a K & S sabemos esto, no tiene sentido insistir en nociones (F) sino que se hace conveniente perseguir de modo directo el bienestar o la utilidad.

De modo más preciso, los autores creen que las nociones de justicia

<sup>4</sup> Creo que el ejemplo que sigue ilustra el espíritu de esta segunda y más extensa parte del libro: “Suppose that an analyst wishes to compare a regime of negligence-based liability for automobile accidents with a pure non-fault insurance regime. Initially, the analyst would engage in positive analysis, which involves identifying differences in the effects of the regimes (...) Thus, the analyst would examine the influence of liability on driving behavior, taking into account that liability creates incentives to drive safely, that these incentives are mitigated by driver’s ownership of liability insurance, and other factors (...) After identifying the various effects of the two regimes on individual’s well-being, the analyst employing welfare economics would combine them to make an overall evaluation of the regimes (...) Under welfare economics, the analyst would consider these and other factors relevant to individual’s well-beings, but the analyst would not take into account factors that do not bear on individual’s well-being, notably, whether liability under the negligence rule is required by corrective justice or other notions of fairness that some would accord independent significance”. *FVW*, ob. cit., p. 17. Luego utilizó un ejemplo similar para ilustrar la falta de atractivo del planteo de K & S en el argumento más formal y central que he identificado como argumento (1).

EDUARDO STORDEUR (H)

---

(F) están ligadas a las normas sociales que han evolucionado con el tiempo en tanto su capacidad para incrementar la utilidad o bienestar de las personas; en tanto son generales, evitan discrecionalidad en su aplicación en la mayoría de los casos, son conocidas y públicas, constituyen *medios* para incrementar el bienestar o la utilidad social. Si esto es así, concluyen, no tiene sentido utilizar aquellas nociones (F) que no incrementen la utilidad, de modo que, sugieren, son finalmente consideraciones de bienestar en las personas los criterios finales respecto de los cuales se deben tomar las decisiones sociales y jurídicas. No voy a ingresar al análisis de este argumento (requeriría otro trabajo), pero la tesis no es simple, y hay otras explicaciones posibles. Quizás, por ejemplo –como sugiere Dworkin– diseñamos nuestras metas y fines valiosos respecto de valores y nociones de justicia previas, de modo tal que las nociones (F) podrían ser determinantes respecto de la utilidad<sup>5</sup>.

Finalmente un cuarto argumento más general destaca los conocidos problemas de la argumentación moral en el ámbito de las TD. Para los autores estas explicaciones son contradictorias, indeterminadas, laxas, faltas de racionalidad, en suma, poco consistentes. Curiosamente, sin embargo, no se ocupan de examinar, con igual profundidad, los conocidos problemas que exhibe el utilitarismo<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Este argumento –que no necesariamente comparto– pertenece a Dworkin: “Perhaps men and women choose collective goals to accommodate some prior sense of individual rights, rather than delineating rights according to collective goals”. Véase respecto de este cuarto argumento –de donde tomo la cita– KESSLER FERZAN, Kimberly, *Some Sound and Fury from Kaplow and Shavell*, 23 *Law and Philosophy*, 2004, p. 73. En cuanto a la cita, véase p. 94. Para un tratamiento interesante del tema en general y de este argumento en particular, COLEMAN, Jules L., *Book Review: The Grounds of Welfare: Fairness vs. Welfare*, 112 *Yale L. J.* 1511, 2003, p. 1519. El autor destaca algunas inconsistencias y problemas de este argumento de K & S, que no puedo examinar ahora.

<sup>6</sup> Personalmente, creo que hay algunas versiones de utilitarismo (de las tantas) que tienen indudable atractivo. Sin embargo, cualquier persona más o menos familiarizada con el debate moral debe saber que se han destacado algunos problemas típicos en el utilitarismo. Los autores, curiosamente, no se ocupan de una respuesta a las tradicionales críticas a (W) como exige cierta elemental imparcialidad en el examen de teorías contrapuestas. De hecho, salvo algunas muy generales consideraciones sobre el final de *FVW*, no lo hacen respecto de su particular versión fundada en la Economía del Bienestar.

En la primera parte de este trabajo voy a examinar el más polémico, central, y debatido primer argumento que ofrecen estos autores, es decir el argumento “paretiano”, que Chang ha denominado *The Impossibility of a Fair Paretian*, tanto respecto de su plausibilidad moral como respecto de su consistencia. Es decir, me voy a ocupar *exclusivamente* del argumento (1)<sup>7</sup>. Voy a sugerir que el argumento está mal formulado y voy a proponer una versión del mismo que personalmente considero potencialmente más atractivo. Más concretamente que K & S deberían quizás apoyar su argumento no tanto en el problema de la disminución de utilidad sino en un argumento fundado en la autonomía. En concreto: que cuando las TD violentan el criterio de eficiencia de Pareto no sólo afectan la utilidad sino también la autonomía de las personas.

En la segunda parte del trabajo, en tanto la naturaleza evidentemente tautológica y trivial del argumento de K & S, voy a intentar dotar al argumento de algún contenido algo más sustantivo y examinar el modo en el cual este puede ser utilizado contra las TD. Más concretamente voy a examinar el modo en el cual una TD puede colisionar con el criterio de Pareto en el contexto de un mercado en equilibrio, el dominio natural de este conocido principio de eficiencia. Aun cuando el análisis que voy a desarrollar es limitado, en tanto esencialmente formal, permite al menos establecer de modo general el modo en el cual una TD puede violar la regla de la eficiencia distributiva preferida de la Economía del Bienestar.

<sup>7</sup> No me interesa ahora una refutación a todos los argumentos de K & S, como tampoco un examen bibliográfico de los problemas que enfrenta el argumento (1). Expresamente, de hecho, voy a dejar de lado muchos argumentos conocidos para refutar o poner en problemas a este argumento. Sin embargo, tomo algunos de los que me parecen más relevantes y que son muy destacados en la literatura. Véase al respecto, CHANG, Howard F., *A Liberal Theory of Social Welfare: Fairness, Utility, and the Pareto Principle*, 110 *Yale L. J.* 173, 2000; CRANSWELL, Richard, *Kaplow and Shavell on the Substance of Fairness*, 32 *J. Legal Stud.* 245, 2003; COLEMAN, Jules L., *The Grounds of Welfare: Fairness vs. Welfare*, 112 *Yale L. J.* 1511, 2002; FARNSWORTH, Ward, *The Taste for Fairness vs. Welfare*, 102 *Colum. L. Rev.* 1992, 2002; HOFFMAN, David A. and O'SHEA, Michael P., *Can Law and Economics be both Practical and Principled?*, *Alabama Law Review*, 2002; FALLON, Richard H., *Should We All Be Welfare Economists?*, 101 *Mich.L. Rev.* 979, 2003; KORNHAUSER, Lewis A., *Preference, and Morality in Social Decisions*, 32 *J. Legal Studies* 303, 2003.

EDUARDO STORDEUR (H)

---

Una vez definido el modo en el cual una TD puede violar la regla de Pareto, en la tercera parte del trabajo, voy a examinar las relaciones entre este criterio de eficiencia distributiva y una teoría libertaria del tipo “Locke-Nozick”, en contextos de desequilibrio de mercado.

Es decir, me interesa ahora no un examen “formal” sino más sustancial de las relaciones entre una teoría libertaria típica (muy frecuentes en filosofía social anglosajona, como se sabe) y la regla de la mayor utilidad en esta versión.

En tanto un análisis comparativo de esta naturaleza es muy extenso, a fines de ilustrar las diferencias, me voy a concentrar simplemente en el distinto tratamiento que la libertad contractual recibe por parte de ambos principios. Finalmente, y siempre limitándome al problema de la libertad contractual, voy a mostrar que una teoría libertaria típica como la considerada contribuye de manera adecuada tanto a la mayor utilidad como a la mayor autonomía de los individuos.

## II. El argumento central de Kaplow & Shavell

Una de las tesis centrales del libro (*FVW*) y otros artículos en igual dirección, postula que las decisiones en materia legal deben tomarse únicamente en consideración de sus consecuencias en el bienestar de los individuos. El argumento central sugiere que la aplicación de cualquier TD violenta el criterio de eficiencia de Pareto de modo tal que reduce la utilidad de los individuos desde la óptica de sus propias preferencias<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> La concepción de bienestar que adoptan, propia a la tradición de la Economía del Bienestar en su formulación más ortodoxa, integra cualquier tipo de preferencia, aun las preferencias por los diferentes criterios normativos y hasta las preferencias (“externas”) referidas a la función de bienestar de los demás. Finalmente, puesto en simple, la función social de utilidad surge de la sumatoria de las funciones individuales de utilidad, más allá del tipo de preferencias y una función social de utilidad más alta que otra supone un estado de cosas preferido a otro cuya función social de utilidad sea menor. En suma, la función social de utilidad se construye a través de la sumatoria de las funciones individuales de utilidad que están integradas por la satisfacción de preferencias de cualquier naturaleza, subjetivamente consideradas, incluyendo preferencias externas. “Under a welfarist approach to policy assessment, one first determines how a policy affects each individual’s well-being and then makes an aggregate (dis-



El argumento general de estos autores puede considerarse como una reedición más de la tradicional polémica entre una ética de las consecuencias y una ética de los principios (TD) donde lo correcto tiene prioridad sobre las consecuencias, pero en esta versión de la disputa la ética de las consecuencias queda representada por la Economía del Bienestar<sup>9</sup>. Conviene, por lo tanto, identificar con alguna precisión la caracterización que hacen K & S de las teorías contrapuestas<sup>10</sup>.

Teorías (W) en la concepción se corresponde con la formulación clásica de la Teoría Económica del Bienestar. La regla para la toma de decisiones, breve y simplemente expuesta, sugiere que inicialmente se establece el modo en el cual una política o decisión determinada

tributive) judgment based exclusively on this information pertaining to individuals' welfare. The conception of individuals' well-being that we consider, in the tradition of welfare economics, is a comprehensive one. It encompasses not only the direct benefits that individuals obtain from the consumption of goods and services, but also individuals' degrees of aesthetic fulfillment, their feelings for others, and anything else that they value. What factors are included in well-being –and with what weight– is understood subjectively, in terms of what actually matters to individuals. An implication of our broad definition is that even tastes for fairness are included: Just as an individual might derive pleasure from art, nature, or fine wine, so might an individual feel better with the knowledge, for example, that vicious criminals receive their just deserts". "Fairness Versus Welfare: Notes of the Pareto Principle, Preferences, and Distributive Justice", 32 *J. L. Studies*, 2003, p. 331.

<sup>9</sup> Debe quedar claro que hay diversas versiones de (W), muchas de las cuales considero especialmente atractivas. Ahora sólo quiero mostrar por qué no me parece atractiva la propuesta, tan actual, de estos profesores de Harvard.

<sup>10</sup> No voy a utilizar ahora la más elemental caracterización que K & S hacen en su libro *FVW*, sino la que desarrollan más tarde en *Fairness Versus Welfare: Notes of the Pareto Principle, Preferences, and Distributive Justice*, 32 *J. L. Studies*, 2003, ps. 333-4. La inicial caracterización de las TD, creo, es muy deficiente y pasa por alto que todas o la mayoría de las TD actualmente incorporan expresamente, generalmente por medio de reglas jerárquicas, alguna regla que permite incorporar utilidad. En Rawls, por ejemplo, satisfecho el principio de la diferencia, no hay obstáculos para que los individuos incorporen lo que él denomina el principio de eficacia y que refiere precisamente a la regla de Pareto. Por otra parte, la definición es tan estrecha que cuesta pensar, aun apelando a la historia de las ideas, alguna TD que sea TD en los términos de los autores. Como se sabe Hart ha considerado que hay incluso en Kant (autor paradigmático de las TD) algún elemento consecuencialista. Personalmente, tengo la intuición (sólo la intuición, ya que no he trabajado el punto) de que gran parte de las TD no desdeñan por completo las consecuencias.

EDUARDO STORDEUR (H)

---

afecta a cada individuo (las respectivas funciones individuales de utilidad) y luego, sobre la base de esa información (no tan fácil de obtener en la práctica) se otorga preferencia a aquella que tiene mayor utilidad social o que incrementa la función social de utilidad (que surge de la adición de las respectivas funciones individuales de bienestar).

Cabe destacar que en la versión de K & S ingresa cualquier preferencia (con muy pocas excepciones) tales como las “externas” (que refieren a las preferencias de los demás) y hasta las preferencias por las nociones (F). El lector familiarizado con los problemas del utilitarismo, puede imaginarse algunos problemas que se siguen de una concepción tan amplia del bienestar. Si la gente por ejemplo –como se ha afirmado– tiene preferencias muy fuertes por algún conjunto determinado de (F) (W) debería mandar a aplicar (F). Si (F), por ejemplo, asume la forma de una concepción igualitaria en sentido positivo de la moral, entonces, Pareto cede a favor de un igualitarismo de esta naturaleza. Pero no quiero detenerme en este tipo de problemas, ya muy destacados por la literatura<sup>11</sup>.

Pero, ¿qué son TD para K & S en el contexto del trabajo? Simplemente las definen en forma negativa: toda teoría de la justicia, de los derechos o nociones de equidad que no toman en cuenta de manera excluyente las consecuencias sobre el bienestar de las personas para la definición de la corrección moral.

De modo más preciso, TD son todas aquellas teorías de la justicia, de los derechos, y conceptos relacionadas que apelan a (F), como la “santidad de los contratos” y que comparten las siguientes características: (a) otorgan a (F) al menos algún peso moral independiente del bienestar individual; (b) el carácter no consecuencialista de los mismos, en el sentido de que otorgan prioridad a una definición de lo correcto respecto de una definición (formal y acumulativa) de los “bueno”. Una regla de este tipo, por ejemplo, debe defender la vigencia de algunos principios o reglas (“la santidad de los contratos”) con independencia de las consecuencias. Por el contrario –expuesto muy simplemente– para un enfoque consecuencialista (como el utilitarismo,

<sup>11</sup> Véase, en particular, FARNSWORTH, Ward, *The Taste for Fairness vs. Welfare*, 102 *Columbia Law Review* 1992, 2002.

por ejemplo) la vigencia de una regla de tal tipo probablemente no sea absoluta y en todo caso siempre sería instrumental a las consecuencias que se estiman valiosas. (c) Excluyen aquellas nociones de justicia que son instrumentales al bienestar de las personas, en tanto –dicen– no están interesados en cuestiones de semántica. Respecto de las teorías “mixtas” que integran conceptos de justicia (F) como elementos de (W), afirman, el argumento se aplica respecto de la incidencia de las primeras y no de las segundas.

La tesis fundamental de estos autores es –al menos en apariencia y como se ha señalado– algo tautológica: que cualquier criterio de justicia que no tenga en cuenta el bienestar de la gente en su regla de decisión implica una pérdida de bienestar para algunos y a veces para todos o casi todos los miembros de la comunidad. Es el denominado “argumento de Pareto”: que cualquier TD implica una reducción de la utilidad o bienestar. Puesto en otros términos que cualquier aplicación de un principio de justicia implica un estado de cosas inferior desde el punto de vista de Pareto en tanto hay otra distribución posible que aumenta la “función social del bienestar”.

Se considera que la misma es tautológica en tanto es verdadera por definición y lo mismo puede argumentarse a la inversa: cualquier regla que no tenga en cuenta un criterio de justicia (F) supone una pérdida en términos del criterio de justicia (F), pero de ahí no se sigue que deba elegirse como criterio para las decisiones sociales una regla (F). De modo que el argumento nada dice respecto de la plausibilidad moral de la regla (W)<sup>12</sup>.

Como señala Coleman, a fines de sustentar su tesis de modo consistente K & S deben sugerir algo diferente: establecer algún criterio independiente de (F) y (W) que sugiera la superioridad de (W)<sup>13</sup>. Afir-

<sup>12</sup> Howard F. Chang, denomina al argumento de K & S, *The Impossibility of a Fair Paretian*. Véase, además para una crítica y propuesta de solución al “dilema”, CHANG, *A Liberal Theory of Social Welfare: Fairness, Utility, and the Pareto Principle*, 110 *Yale Law Journal* 173, 2000. Chang, como otros autores, creen que es posible una teoría “híbrida” que capture principios de “fairness” y al mismo tiempo supere Pareto, sobre lo cual gira una polémica respecto de lo cual sólo brevemente voy a referir más adelante.

<sup>13</sup> COLEMAN, Jules L., *Book Review: The Grounds of Welfare: “Fairness vs.*

EDUARDO STORDEUR (H)

---

mar que (W) es superior a (F) en los términos de (W) no parece muy plausible. Y al menos en su libro como en artículos más fundamentales todavía no han ensayado un argumento de este tipo.

Observemos los problemas del argumento más de cerca. Después de todo quizás los proponentes de TD han sido algo incautos respecto de las consecuencias y –al menos a nivel de las intuiciones– una pérdida importante de bienestar consecuencias de su aplicación podría tener incidencia en su atractivo.

Pero, así enunciada, la tesis de K & S no dice demasiado. Después de todo, ¿cuál es el nivel de generalidad del conflicto?, ¿sugiere que *siempre* una TD que no utilice criterios de bienestar disminuye el bienestar? ¿o sugiere que *a veces* una TD disminuye el bienestar? Si se sugiere lo primero, el argumento es tautológico o bien imposible. Si sugieren que toda TD en cuanto no incrementa (W) no incrementa (W) el argumento es trivial, evidente y tautológico. Si sugiere que toda TD siempre viola la regla de Pareto (de modo que conduce a un sub óptimo), entonces, el argumento es evidentemente inconsistente: un simple repaso mental de cualquier TD nos permite pensar muchas transacciones posibles que no necesariamente violan la regla de Pareto.

Si sugieren en cambio que una TD *a veces* disminuye la utilidad en tanto no satisface Pareto –como es más probable– la cuestión del *grado* de pérdida de utilidad y la generalidad del conflicto (formalmente considerado) devienen fundamentales. Después de todo una pequeña pérdida de utilidad puede estar compensada por la vigencia de una (F) muy importante para una TD, pero probablemente sostener una TD que condena a todo el mundo a la inanición no sea, al menos a nivel de las intuiciones, muy atractivo (aun cuando siempre constituye –así expuesto– un argumento “externo” a la consistencia de la teoría). Por otra parte si el grado de conflicto (ahora no ya respecto de la intensidad de la pérdida de utilidad sino de las contradicciones a un nivel formal y más general) es muy menor, tampoco el argumento puede ser plausiblemente expuesto frente a una TD.

*Welfare*”, 112 *Yale L. J.* 1511, 2003, p. 1519. Coleman, como he señalado en el texto, cree que el argumento es tautológico y además mal elaborado. Es muy interesante la crítica que desarrolla respecto del tercer argumento.

¿Cuál es, entonces, el grado de generalidad del argumento?, ¿en qué medida se pierde utilidad consecuencia de la aplicación de TD? Desafortunadamente K & S aun cuando han sido explícitos respecto de la generalidad del argumento, no ofrecen un análisis consistente. Más bien estos parecen reforzar la naturaleza tautológica y trivial del argumento.

De la lectura de *FVW* y un trabajo explícito y puntual sobre el tema, surge cierta ambigüedad manifiesta. El argumento más explícito respecto del tema son los análisis de los casos “simétricos” y “no simétricos” que los autores han presentado y que expongo a continuación, en su formulación no formal (idéntica a la formal)<sup>14</sup>.

El análisis en condiciones “simétricas” es muy simple y para los autores “basta” para probar que (F) confronta con (W): supone que todos están colocados de la misma manera de tal modo que la incidencia respecto del bienestar de una regla es igual para todos los individuos considerados. Un ejemplo claro es el caso de los sistemas de responsabilidad civil. Dicen K & S que si bajo un sistema “A” todos ganan queda en evidencia que todos pierden en el alternativo “B”.

Podemos imaginar –siguiendo un clásico ejemplo– que todos somos peatones-conductores en la misma proporción de modo tal que nuestra utilidad frente a una regla de responsabilidad objetiva y una de negligencia se mantiene igual para todos. De lo contrario a los peatones les conviene la responsabilidad objetiva y a los conductores la de negligencia. Si esta última –por hipótesis– supone mayor utilidad que la de responsabilidad objetiva, entonces, se sigue, que ello sucede para todos. Luego si la noción (F) apoya un sistema de responsabilidad de tipo objetiva (como podría hacerlo una TD libertaria fundada en una noción “fuerte” de los derechos de propiedad, por ejemplo) deja a todos en una situación “peor” y violenta la regla de Pareto<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Refiero ahora al trabajo de K & S, *Notions of Fairness Versus the Pareto Principle: On the Role of Logical Consistency*, Yale 110, Law Journal, 2000, ps. 237-249, donde de modo explícito abordan el análisis de la consistencia y generalidad del argumento (aun cuando también lo hacen de un modo similar en *FVW*). Excluyo el argumento en su forma matemática puesto que nada agrega y contiene una extravagante función de (F), sobre la cual, sin embargo, no me voy a manifestar.

<sup>15</sup> En general autores libertarios que fundan su defensa del sistema legal en una

EDUARDO STORDEUR (H)

---

Los autores creen que esta demostración tiene fuerza respecto de una muy amplia gama de TD, como la “regla de oro”, el “imperativo categórico” y el tipo de decisiones que tomaríamos detrás de un velo de la ignorancia, en tanto todos ellos deben capturar alguna noción de imparcialidad o igualdad que coloca a los individuos en situaciones simétricas respecto de las reglas<sup>16</sup>.

Una regla básica de Kant nos pide, por ejemplo, que consideremos a los demás como fines en sí mismos y no como medios, el concepto de libertad negativa tradicional del liberalismo clásico nos asegura una igualdad formal a través de un sistema de derechos que establece un espacio respecto del cual los demás deben quedar ajenos, y Rawls nos pide imparcialidad. Quizás, entonces, K & S sugieren algo tan cierto como trivial como esto: que cuando la (TD) no elige un (F) “eficiente” dicha regla no es eficiente y no lo es para todos en tanto una TD, en general, pide alguna forma de igualdad ante la ley. En ese caso, el argumento resulta del todo inadmisibles y no examina el problema de la generalidad del argumento sino más bien expone algo elemental, confirmado por el principio de identidad y tercero excluido y que queda fuera de discusión.

Este primer argumento, en suma, falla para definir la “generalidad” y contenido del argumento. K & S deben examinar el grado de conflicto entre una DT y Pareto y no si cuando una DT viola Pareto efectivamente lo hace. Y creo que, lamentablemente, el análisis del caso “simétrico” confirma solamente la regla en este último sentido muy trivial. Luego voy a intentar establecer en qué grado opera el argumento en un sentido mas sustantivo. Pero ahora conviene examinar el argumento más complejo de K & S, que lamentablemente, también, fracasa.

teoría “dura” de los derechos de propiedad, sugieren una responsabilidad objetiva. Entran en conflicto así con la visión más generalizada sobre el tema en el ámbito del “Derecho y Economía”. La cuestión es clara: con independencia de la mayor o menor eficiencia del sistema de responsabilidad de una violación de un derecho se sigue una compensación.

<sup>16</sup> Véase K & S, *Notions of Fairness Versus the Pareto Principle: On the Role of Logical Consistency*, *Yale Law Journal*, 2000, ps. 237-249, donde están desarrolladas las dos demostraciones de argumento. Como he comentado, estas demostraciones están también en libro. En la nota a (12) se expone la versión formal del ejemplo, que ciertamente no agrega nada, como podrá cómodamente observarse.

¿Qué nos dicen K & S respecto de los más realistas casos asimétricos? Nos piden inicialmente que consideremos cualquier (F), como por ejemplo –sigo en el ejemplo a los autores– la regla que indica que los daños por accidentes deben ser compensados por una cuestión de (F). Luego nos piden que imaginemos dos regímenes, uno que –según cualquier (F)– es “justo” y otro es “injusto” y que en ambos casos la gente está al mismo nivel de utilidad. De modo que mientras “justo” es más justo que “injusto”, ambos mantienen igual nivel de utilidad.

Luego se nos pide que imaginemos un segundo régimen “injusto II” donde el nivel de utilidad respecto de “justo” e “injusto” se incrementa levemente (en el ejemplo, por ahorro de gastos administrativos) cuya diferencia se distribuye a los individuos. Entonces –concluyen– que si (F) tiene algún peso propio, entonces, debemos considerar al régimen “justo” superior al régimen “injusto II” a pesar de que este último es Pareto superior a “justo”.

¿Pero qué se sigue de todo esto? ¿Han demostrado Kaplow & Shavell o provisto un argumento que al menos sugiera de modo plausible la superioridad moral de (W) sobre cualquier (F)? Creo que el lector debe coincidir conmigo en que la respuesta es negativa<sup>17</sup>. Pero si con-

<sup>17</sup> La demostración más formal del argumento solamente colabora a demostrar su naturaleza tautológica, que de hecho, los autores mismos parecen, por momentos, admitir: “Rather than sketch the proof here, we present a heuristic explanation, applicable to asymmetric cases, that we think that better conveys the relevant intuitions. (1) Consider rules X and Y, and suppose that rule X is deemed better under welfare economics but rule Y is deemed better under a notion of fairness (...) (2) Now, construct a regime X' with the following characteristics: the overall level of social welfare and the extent of fairness are each the same as under rule X, but the distribution of well-being is the same (...) (3) Next, compare situations X and X'. Even though the distributions are, by construction (step 2) the overall level of social welfare is the same under the two regimes (and also, by construction, the extent of fairness is the same). If, for example, equality is greater under X' than under X, we would suppose that average incomes are lower under X'. The Point is that, *whatever distributive judgment the analyst thinks appropriate*, it will be true by definition that, if one undertakes the above construction, the proper evaluation will rate X and X' equally, for social welfare (as defined by welfare economics) and the level of fairness are each the same in both situations. (4) Finally, compare situations X' and Y. We know that the level of social welfare is higher under X' than under Y (...) But because, in step 2, we constructed X' to have the same distribution as Y, it must necessarily be the case that everyone is better off under X' than under Y' (if total social welfare is

EDUARDO STORDEUR (H)

---

sidera que es positiva, entonces, propongo otro ejemplo: supongamos un régimen “injusto” y otro “justo” según una TD y que ambos tienen igual utilidad. Imaginemos que “justo” supone una situación donde hay dos personas y donde cada uno es dueño de su propia libertad. Supongamos que “injusto” supone una situación donde ahora una persona es dueña de otra que es su esclavo. Ambas situaciones son “óptimas” en el sentido de Pareto: *dada* está distribución inicial (de la libertad), cualquier otra supone al menos algún perdedor: en “injusto”, claramente, el esclavista. Sin embargo K & S deben quedar indiferentes respecto del “peso moral” de ambas situaciones. Si comenzamos por “injusto” K & S deberían condenar cualquier cambio posterior.

Creo que el contra ejemplo que antecede es menos formal y algo más “sabroso” que el caso “asimétrico” de estos autores. Pero en cualquier caso también podemos probar un ejemplo “asimétrico” donde (F) tiene prioridad sobre (W), aun cuando sería tan inconducente para probar que (F) tiene mayor peso moral que (W) como el argumento que ensayan estos autores: imaginemos un régimen “eficiente” y otro “ineficiente” y que ambos son igualmente justos conforme una TD o (F) cualquiera. Ahora imaginemos un régimen “ineficiente II” que es menos justo conforme esa TD. Claramente la TD debe preferir “ineficiente II” a “ineficiente I” y a “eficiente”, en tanto la primera situación—por hipótesis—ha incorporado una propiedad normativa que para esa TD hipotética es más relevante.

Dado que estamos en paridad, ¿cuál es superior (W) o (F) en los términos del argumento de K & S? Simplemente ninguna. De hecho el segundo ejemplo, era simplemente irrelevante en tanto la demostración K & S nada prueba. No sólo no prueba la superioridad moral (un concepto complejo, ciertamente) de (W) sino que tampoco el grado de conflicto, central para valuar el peso del argumento siempre que

greater under X' than under Y and the distribution of well-beings is the same under both, it must be that every individual has a higher level of well-being under X", p. 53. El razonamiento, sin embargo, no hace más que poner de manifiesto nuevamente el carácter evidentemente tautológico del razonamiento de los autores: es posible construir un ejemplo a la inversa por la cual una regla Y deriva en una regla Y' donde el bienestar ha aumentado a un nivel igual al de X, y donde necesariamente la regla Y' aparece como mejor (sólo si suponemos que la justicia de Y es valiosa) que X inicial. Después de todo Y' incorpora el grado de bienestar que estaba presente en X. Kaplow & Shavell, *FVW*, p. 52.



–desde luego– una TD tenga alguna preocupación por el grado de utilidad que confiere o permite a las personas.

¿Pero a qué nos lleva todo esto? Creo que a algo tan trivial como la siguiente proposición: “que un estado de cosas cualquiera que no maximiza utilidad, no maximiza utilidad”. Por eso el argumento es tautológico y trivial. El argumento podría mejorarse, desde luego, pero dejo esto para más adelante. Todavía me interesa indagar en la consistencia del mismo respecto de la discusión moral que los autores intentan. Y surge otro interrogante: ¿cuán plausible, respecto de una TD, es sugerir que pierde en utilidad? Depende, desde luego, de cómo se defina una TD. Creo una TD plausible debe dar cuenta de las consecuencias (aun cuando seguramente de un modo algo diferente del modo usual en el cual lo hace el análisis consecuencialista. Pero si la TD a considerar –y a veces, sobre todo en *FVW*, K & S parecen sugerir esto– se define como una teoría que otorga exclusivamente peso a (F) sin consideración de la utilidad o las consecuencias la respuesta es evidente: ninguna. Luego el argumento se anula por definición.

Si una TD queda definida como una teoría que no otorga peso a la utilidad (como sugieren en *FVW*), entonces, el argumento de la menor utilidad es necesariamente irrelevante, puesto que se ha definido a las TD de esa forma (y no porque la utilidad no sea normalmente relevante o no pueda serlo).

Pero K & S podrían querer sugerir algo más interesante y plausible: que una DT puede tener interés en integrar algún grado de (W). De hecho en algún sentido K & S reconocen cierta circularidad en el razonamiento, pero afirmar que el problema de la pérdida de utilidad que supone (F) no ha sido debidamente tenida en cuenta (lo cual puede ser cierto, al menos creo en ámbitos del Derecho continental). Quizás los cultores de las TD han sido algo ingenuos respecto de las consecuencias y el argumento de K & S sirve como un recordatorio de los “costos de la moralidad”. Quizás –y creo esto plausible– una TD cualquiera podría estar interesada en incorporar algún grado de utilidad<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> En esta instancia, no estoy muy seguro de ser fiel al argumento de K & S. Pero es una opción quizás válida y podría darse esta lectura al argumento. Después de todo a veces no interesa tanto como ha sido expuesto un argumento sino las posibilidades del mismo. Eso es lo que intento de aquí en más.

EDUARDO STORDEUR (H)

---

Si (F) o mejor una TD quiere incorporar (W) el argumento gana algo de fuerza, pero todavía deberíamos –para evaluar el argumento– determinar el *grado* de utilidad que se pierde consecuencia de la aplicación de una DT determinada y el argumento de K & S no puede determinar cuánta utilidad es la que se pierde.

Una persona con convicciones del tipo (F), aun admitiendo que le importa la utilidad, podría argumentar de modo plausible lo siguiente: “con independencia de la utilidad que la gente sienta por (F), si la pérdida en utilidad es muy baja (apenas un movimiento sudoeste del eje) y el principio (F) es muy fuerte o fundamental para el sistema, quizás (F) tenga más sentido que (W)”. Es muy fácil construir un ejemplo donde la pérdida de utilidad es muy baja y, sin embargo, para evitarla debemos incurrir en la violación de una regla (F) que nos resulta intuitivamente plausible. En parte, ese tipo de contra fácticos son muy frecuentes respecto del utilitarismo<sup>19</sup>.

Simplemente, un teórico comprometido con alguna versión de TD podría argumentar que cuando pierde en utilidad gana en justicia, un valor –en ese marco– considerado prioritario. Podría afirmar además que (F) gana en (F) cuando pierde en (W), como el ejemplo que hemos construido y que por lo tanto (W) debe desecharse. Pero ese argumento, estaría también mal construido.

Puesto en simple K & S deben determinar –y no lo hacen– no sólo el nivel de generalidad del conflicto de entre (F) y (W) sino además el grado del conflicto, la magnitud en la pérdida de utilidad. Y no creo que esto sea muy simple de establecer de modo general, sin considerar una TD en particular.

Pero como es fácil advertir hay definitivamente algo no muy parcial

<sup>19</sup> Violar la autonomía de una persona de modo severo, digamos –para dar un ejemplo conocido– amputándole un dedo para que otras 3.000.000.000 personas no tengan un dolor de cabeza agudo durante dos horas. Aun suponiendo que contamos con un aparato para medir la utilidad, ¿aceptaríamos la amputación del dedo *de* Pedro para liberar al resto del mundo de un dolor de cabezas? Nótese que en el ejemplo, conocido y expuesto por la literatura, de hecho no he elegido una pérdida menor y trivial de utilidad, de modo que un ejemplo de ese tipo el argumento funciona aún mejor que en el expuesto. Por supuesto que muchos contraejemplos pueden utilizarse contra una TD, pero ahora me interesa la especial forma de (W) que adoptan y proponen K & S.

en la estructura del argumento. No tiene mucho sentido afirmar que voy a comparar las peras con las manzanas desde el punto de vista de la cual tiene más gusto a pera. Y ése es precisamente el argumento de K & S: cuando comemos manzanas no comemos peras. K & S necesitan una regla externa a la pera y a la manzana para comparar ambas.

Intentemos, sin embargo, dar un paso más en la reconstrucción de un posible argumento. ¿Hay algún otro disponible que sea más plausible, en particular, capaz de establecer una tercera regla, valor o principio respecto del cual comparar la plausibilidad (aunque sea parcial) de (W) y de (F)?

Creo que disponen del siguiente. K & S tienen disponible otro argumento y que implica una tercera regla para evaluar la plausibilidad moral de las consecuencias (así entendida) respecto de las TD. Y que se trata de una regla que emerge de la propia estructura de la regla de Pareto (de otro modo sería algo arbitraria) y que al mismo tiempo puede ser intrínsecamente relevante para muchas formas de TD, al menos en algún grado.

Creo que el argumento de K & S tiene implicancias para cualquier TD siempre que esta pretenda (a) incorporar eficiencia en el sentido de Pareto o bien (b) sostenga algún compromiso con la autonomía de las personas. Creo –como voy a argumentar seguidamente– que (b) es una estrategia también válida para el argumento de K & S.

Y es el siguiente: K & S pueden argumentar que las TD cuando imponen “Z” (un estado de menor utilidad) a los individuos violentan su autonomía. Puesto en otros términos: K & S pueden argumentar que toda TD (a) disminuye la utilidad y que en tanto la utilidad opera de modo ordinal y sobre la base de elecciones hipotéticas de la gente reveladas en la propia también hipotética elección y que (b) no permite a los individuos el ejercicio de su autonomía en la elección de las reglas que gobiernan “sus” planes de vida. Cuando las TD violan Pareto violan también, en suma, los planes de vida preferidos de la gente, y por lo tanto su autonomía. Las TD, asume este argumento, no sólo afecta el nivel de utilidad (algo que podría ser perfectamente irrelevante para las TD) sino que además cuando afecta las elecciones de la gente

EDUARDO STORDEUR (H)

---

afecta la autonomía, un valor o principio que está implicado en Pareto y probablemente en cualquier TD admisible, al menos en algún grado.

Si se sigue este argumento no sólo se genera la tercera regla que sugiere Coleman; se hace algo mejor: se demuestra la superioridad sobre las TD respecto de un elemento relevante y compartido, al menos en cierto grado, por buena parte de las TD. Este argumento, además, no tiene el problema de medir el “grado” de la pérdida de la autonomía (aun cuando sí la generalidad) en tanto la autonomía no es un concepto, *en principio*, capaz de ser agregada<sup>20</sup>.

Si “A” y “B” prefieren el estado de cosas “X” al estado de cosas “Z”, un movimiento Pareto preferido “débil”, y un criterio de “justicia” les coloca en “Z”, no sólo se está violando un principio de eficiencia (o de mayor utilidad) sino también la autonomía de las personas. Si “X” es superior en términos de Pareto al estado anterior “Z” ello implica que al menos alguno está de acuerdo en que “X” es superior a “Z” y que nadie opina que “Z” es superior a “X”, en suma, hay muchos argumentos que hacen admisible “X” a “Z”: desde argumentos que van desde la autonomía, la utilidad y hasta una versión democrática o sociológica de la moral, entre otras posibles que no voy a explorar. El argumento de K & S admite, también, la tesis de que cuando las TD violan Pareto afectan el principio de la autonomía de las personas.

Es que –como se ha señalado– hay un problema evidente de estrategia argumental: no tiene mucho sentido afirmar que (W) es superior a (DT) por que (W) es superior en términos de utilidad, definida además en los términos de (W). Si hay simetría entre ambas, desde una TD podría argumentarse que es superior a (W) simplemente porque de la aplicación de (W) se pierde en (F), definida conforme dicha TD. Con independencia de esto, queda claro –como afirma Coleman– que el argumento por sí mismo nada dice respecto de la plausibilidad moral de (W)<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Digo “en principio”, porque la defensa de la autonomía se puede intentar desde una estructura consecuencialista: privilegiar aquellas reglas o actos que maximicen la autonomía.

<sup>21</sup> Ellos mismos, de hecho, luego de que la crítica advirtiera el problema reconocen al menos en parte la naturaleza tautológica del razonamiento. Señalan: “The first major theme of our book is that pursuit of notions of fairness results in a needless

Por ese motivo creo que la introducción del argumento de autonomía agrega fuerza argumental adicional: TD obliga a la gente, contra su voluntad, a permanecer en estados por definición no preferidos que *además* disminuye el bienestar (en la concepción de W). La introducción del argumento de la autonomía puede implicar, respecto de una TD y según su estructura, no sólo un argumento externo (en tanto W no se funda, en los términos de K & S en la autonomía) para evaluar de modo más imparcial ambas al mismo tiempo que puede comprometer a una TD si ésta, como sucede en general, concede algún valor a la autonomía.

Probablemente el argumento de la autonomía no sea, sin embargo, un avance importante respecto de su versión original fundada en la utilidad: muchas TD y hasta fuertes intuiciones morales sugieren algunos límites a la autonomía de la voluntad, como por ejemplo, las clásicas restricciones libertarias a la esclavitud voluntaria. Será una cuestión de grados. Pero si el argumento de K & S es tan general como suponen (y algo menos tautológico), entonces, la autonomía podría quedar comprometida: una TD debe explicar por qué un grupo de individuos (quien aplica la justicia) debe impedir a alguna persona cualquiera o grupo de ellas que *prefieren* un estado "X" a mantenerse en "Z" contra su voluntad. El caso puede ser presentado de manera más general: si todos los miembros del grupo relevante a una decisión *prefieren* "X", ¿por qué obligar a éstos a permanecer en "Z"? Si el conflicto es muy general entonces el problema puede ser grave para

and, at root, perverse reduction in individuals' well-being. That advancing notions of fairness reduces well-being is, as we clearly state in our book (*FVW*, p. 7), a tautology on a general level: because we define fairness principles as those that accord weight to factors independent of well-being, whenever fairness and welfare assessments differ, it must be that advancing fairness reduces overall well-being. First, the depth of the tension between fairness and welfare is not widely appreciated; indeed, in policy analysis that rests on notions of fairness, it usually is not even mentioned. Second, by examining in detail a variety of concrete, paradigmatic settings that lie at the core of the domain of fairness principles, the true nature of the conflict is revealed. One is able to see what it is about leading notions of fairness that makes individuals worse off, and one is thereby better able to assess (see also Section 1.3) what, if anything, may be said to justify sacrificing human well-being". Véase, *Fairness Versus Welfare: Notes of the Pareto Principle, Preferences, and Distributive Justice*, 32 *J. L. Studies*, 2003, p. 331.

EDUARDO STORDEUR (H)

---

muchas formas de TD, no sólo desde el punto de vista de la utilidad sino además desde el punto de vista de la autonomía.

Soy consciente de que el argumento tiene otros problemas: depende no sólo del grado en el cual las DT violan el principio de la eficiencia (algo que la proposición de K & S no nos permite conocer) y el peso que la autonomía tiene respecto de la TD en cuestión. Y una TD que otorgue espacio importante a la autonomía, se supone, debería permitir en mucho mayor grado que otras que no lo hacen (supongamos por perfeccionismo) la elección de las reglas. Una TD puede además adoptar reglas jerárquicas que otorguen algún espacio a la utilidad. Esa regla puede permitir la eficiencia y al mismo tiempo la autonomía, y cuando no lo hace –porque otorga un peso jerárquico superior a una regla (F), como es previsible– juzga que hay motivos de justicia para ello, por ejemplo, por motivos de imparcialidad reconstruidos por medio de elecciones tras un velo de ignorancia (para apelar a un ejemplo muy conocido).

Creo que tanto el argumento de la utilidad como el de la autonomía dependen, finalmente, del grado de conflicto y este –como hemos visto– no está determinado, razón por la cual conviene examinar al menos de modo general este problema. Esto supone un examen más sustantivo del argumento de K & S. Esto es lo que voy a intentar –solamente en términos muy generales– en lo que sigue, para evaluar en qué grado y bajo qué formas la utilidad y la autonomía podrían quizás quedar comprometidas en una TD, de lo cual depende la plausibilidad de cualquier versión del argumento de K & S. A fines de limitar el ámbito del análisis voy a considerar, tan sólo, el caso bajo las condiciones de un mercado en equilibrio, el ámbito natural de la regla de la Pareto<sup>22</sup>.

### **III. Equilibrio, regla de Pareto y TD: intentando dar contenido a la proposición de K & S**

Resulta extraño –al menos para mí– que K & S no hayan apelado al mercado en equilibrio a los fines de dotar de argumentos más sus-

<sup>22</sup> Lamentablemente las explicaciones que siguen requieren, para una profunda comprensión del argumento, un conocimiento al menos elemental de teoría de los precios.

tantivos a su vacía proposición, en tanto constituye el escenario donde la regla de la eficiencia (en la versión examinada) opera plenamente. No voy a insistir ahora con las conocidas condiciones y propiedades de un mercado en equilibrio. Ese mundo –analíticamente– idealizado de la teoría microeconómica cuyas condiciones ajustan perfectamente los planes de los operadores de mercado y que usualmente tiene expresión gráfica –a nivel de los libros de texto– en ese conocido punto donde la curva ascendente de oferta se corta con la curva de demanda<sup>23</sup>. Pero en esencia, en esa “zona franca moral” (como afirma Gauthier), cada cual persigue su propio interés que –en tanto la ausencia de costos y beneficios externos no compensados– converge con el interés de los demás. Cada transacción de mercado en estas condiciones supone una mejora de Pareto y una vez que –dadas las extremadamente idealizadas condiciones del modelo de competencia perfecta– se agotan las transacciones posibles, se verifica el óptimo: un estado de cosas donde no hay ninguna distribución alternativa posible, y donde la utilidad de alguno pueda ser incrementada sin al mismo tiempo disminuir la utilidad de otro agente de mercado<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> La ley de demanda supone que hay una relación inversa entre cantidad de demandada y precio, mientras que la ley de oferta supone lo contrario.

<sup>24</sup> El modelo de competencia perfecta supone una versión formal, matemática y más sofisticada (por algunos cuestionada) del principio básico de la economía anunciado por Adam Smith para quien cada cual persiguiendo su propio provecho e interés, guiado por el sistema de precios, contribuía sin que fuese su propósito, al mayor bienestar de los demás. O más bien, en su versión normativa, una estipulación de las condiciones en las cuales el interés individual y colectivo convergen. No es posible explicar ahora el modelo de competencia perfecta siquiera en sus aspectos centrales. Eso lleva normalmente medio libro de texto de teoría de los precios. Pero al menos señalar algunas de las condiciones más usualmente destacadas pueda ser útil para informar al lector. El modelo supone (a fines analíticos) (a) homogeneidad de los bienes y servicios, (b) que tanto oferentes como demandantes son muchos y por ese motivo están incapacitados para influenciar al menos individualmente en los precios (son “tomadores” de precios), (c) información completa por parte de los agentes del mercado de los elementos relevantes del mercado, y (d) capacidad de salida e ingreso del mismo, entre otros. Cada empresa, como cada consumidor, en suma, está plenamente informado de los precios y cantidades al mismo tiempo que no tiene restricciones de ingreso ni de egreso del mercado a la vez que el tipo de elasticidad permite que cada productor pueda vender la cantidad que desee al precio de mercado. Desde el punto de vista institucional, una implicancia importante es que (e) el modelo supone propiedad privada de los recursos como elemento exógeno

EDUARDO STORDEUR (H)

---

No quiero profundizar este tema ahora, pero una explicación simple del primer teorema de la Economía del Bienestar (la relación necesaria entre un equilibrio de mercado y el óptimo de Pareto) puede adoptar la siguiente forma: en el punto de equilibrio tanto el precio, la utilidad marginal y el costo marginal se igualan. Si se intercambia menos que en el punto de equilibrio todavía quedan por definición intercambios provechosos en tanto el costo marginal de la unidad es menor que la utilidad marginal. Si la utilidad es menor que el costo, puesto en simple, todavía es posible una mejora de Pareto moviéndose al punto de equilibrio. Si por el contrario se intercambian mayores cantidades que en el punto de equilibrio, el costo marginal de la unidad es superior a la utilidad. Sólo en el punto de equilibrio se verifica el óptimo de Pareto<sup>25</sup>.

al modelo condición que pocas veces se da en la realidad, en tanto como vamos a ver la propiedad privada de los bienes –o cualquier otro tipo de propiedad–, por sus costos, nunca ocurre necesariamente en forma pura: siempre habrá algún nivel de efectos positivos o negativos sobre terceros que no es eficiente integrar al dominio privado por medio de derechos de propiedad. Igualmente, el modelo supone (*f*) que no hay costos de transacción, es decir, que las transacciones de mercado –o los mercados– no tienen costos. La introducción, precisamente, de los costos de transacción es el elemento esencial de la economía aplicada al Derecho. Cuando estas condiciones se cumplen, el modelo supone que el mercado está (o termina) en equilibrio y se maximizan tanto los beneficios como la utilidad de todos los oferentes y demandantes, en tanto, han practicado todos los intercambios beneficiosos posibles y se cumple el óptimo de Pareto. Un aspecto especialmente relevante para nuestro argumento es que (*g*) *supone ausencia de costos externos, es decir costos que nos imponemos unos a otros y que no están compensados. Cuando estas condiciones operan se supone –sólo analíticamente– que el mercado está en equilibrio: el clásico punto donde se cortan oferta y demanda en los libros más comunes de texto.*

<sup>25</sup> Relación que no opera, desafortunadamente para la Economía del Bienestar, a la inversa: mientras todo equilibrio de mercado es un óptimo de Pareto, no todo óptimo de Pareto es un equilibrio de mercado. La correlatividad entre el equilibrio de mercado y la optimalidad en el sentido de Pareto constituye la base de la economía del bienestar. Según Little, “The jewel in the crown of theoretical welfare economics is that a competitive equilibrium is pareto optimal”. En *Ethics, Economics & Politics*, Cambridge University Press, p. 20. La explicación que sigue es muy conocida y puede encontrarse casi en cualquier libro relativamente técnico sobre economía del bienestar. Véase, por ejemplo, HAUSMAN, Daniel M. y MCPHERSON, Michael, *Economic Analysis and Moral Philosophy*, op. cit., ps. 43 y ss. Para una introducción amena al mismo tiempo que consistente al tema, COLOMA, German, *Análisis Económico del Derecho*, Ciudad Argentina, 2001, ps. 30-31.



En tanto el modelo supone ausencia de costos de transacción, siempre que demos por verdadero el Teorema de Coase, no hay costos ni beneficios externos no compensados de manera tal que cada convenio simplemente incrementa la utilidad de cada participante del mercado al mismo tiempo que ejercita plenamente la autonomía, sin afectar la utilidad (y tampoco la autonomía) de los demás. “A” intercambia con “B” y “C” con “D” y en tanto el costo privado con el social se igualan, todos los intercambios satisfacen Pareto hasta que se arriba al punto de equilibrio de mercado donde se satisface el óptimo<sup>26</sup>.

Éste es el dominio natural de la regla de la eficiencia en la versión que la presentan K & S. Aquí (W) es maximizada y la autonomía también<sup>27</sup>. Desde el punto de vista moral el tipo de relaciones entre los agentes de mercado es similar –como la ha destacado Gauthier– al ejemplo de Nozick donde cada cual se supone en su propia isla, comerciando e intercambiando con los demás, donde el valor de la autonomía y la utilidad es maximizado. Cada cual maximiza su autonomía y su utilidad en tanto en este escenario analítico no hay estado superior alguno, ni tipo de intercambio alternativo, que permita maximizar la utilidad, *dada* la disposición originaria de las dotaciones con las cuales los actores ingresan al mercado<sup>28</sup>.

Pero supongamos que en esta instancia quiero aplicar una TD. Sucede que –como efectivamente afirman K & S de manera trivial– necesariamente voy a afectar tanto la utilidad como (en la versión que

<sup>26</sup> Simplificando para el lector no familiarizado con Teoría Económica, el modelo supone –en lo que ahora importa– que cada cual hace provechosas transacciones con los demás sin afectar la utilidad de los otros (es decir –como dije– sin producir costos externos).

<sup>27</sup> Aun cuando –creo– sería una muy extraña, casi mecanicista, versión de la autonomía.

<sup>28</sup> Todo un problema que no voy a considerar ahora. Ningún criterio de eficiencia utilizado en Economía del Bienestar, ni conceptos derivados como el Teorema de Coase, permiten asignar derechos iniciales de propiedad, al menos con facilidad. Es decir, aquellos derechos con los cuales los individuos ingresan al mercado. He intentado explicar esto de la forma más amplia posible en mi trabajo, “Derechos Iniciales de Propiedad y Eficiencia Económica: un problema para el Análisis Económico del Derecho Normativo” en *Opinión Jurídica*, Nº 7, 2005, Universidad de Medellín, trabajo que fue ampliamente discutido en las XVIII Jornadas de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, que tuvo lugar en Buenos Aires en 2004.

EDUARDO STORDEUR (H)

---

sugiero) la autonomía de los agentes del mercado. Queda evidente que en este escenario sólo una regla del tipo Pareto satisface el tipo de intercambios –en esencia libre y sin costos externos– que nos pide el modelo.

Pero hasta aquí no hemos dicho mucho más que K & S, de modo que es conveniente al menos establecer de qué modo una TD puede afectar la regla de Pareto en estas condiciones. Creo que el modelo propuesto permite extraer reglas muy generales para precisar al menos de qué modo y partir de allí con qué grado de generalidad una TD cualquiera rivaliza con la regla de Pareto.

Hay al menos dos modos por medio de los cuales una TD puede afectar la utilidad y la autonomía en tanto una violación a la regla de Pareto<sup>29</sup>: (a) por medio de prohibiciones a los intercambios y (b) por medio de la imposición de costos y beneficios externos a los agentes de mercado<sup>30</sup>. Y en general las TD –tanto como las (W), dicho sea de paso– impiden convenios al mismo tiempo que, en muchas variantes, imponen costos y beneficios externos, es decir transferencias que no son derivadas de intercambios, como, por ejemplo, el principio de diferencia donde una clase de individuos deben ser beneficiados con independencia de intercambios, al menos en sus expectativas como condición para la ganancia de otra clase de individuos.

Una vez que tenemos a mano un marco teórico podemos evaluar, de modo más sustantivo, el modo y grado en el cual una TD puede ingresar en conflictos con la regla de Pareto y precisar así el modo en el cual una TD queda expuesta a la objeción de K & S (con independencia del problema que ello signifique para la plausibilidad moral de la teoría). Será el grado en el cual una TD tienda a prohibir convenios y el grado en el cual establezca intercambios no compensados, la medida en la cual se puede establecer, de manera más precisa, el conflicto con Pareto.

<sup>29</sup> Se entiende que estoy considerando un mercado hacia el equilibrio y no uno que está en equilibrio. En este último caso no hay transacciones ni TD que aplicar.

<sup>30</sup> En el primero de los casos se impide una transacción que las partes estiman provechosas y por lo tanto se afecta la utilidad de los individuos. En el segundo se obliga a alguien –por ejemplo por equidad– a efectuar una prestación o transferencia de un derecho contra su voluntad y por lo tanto también se afecta la utilidad.

Pero conviene examinar al menos dos estrategias muy evidentes a las que puede echar mano una TD para evitar el conflicto, aunque sea de modo muy general. Una que creo es evidente y otra que ha sido ensayada.

Quizás una primera forma (que estimo equivocada) de intentar evitar el problema consiste en suponer que una TD define en forma inicial los derechos que luego se intercambian y que ésta inicial definición de derechos establece la forma posible de los intercambios y luego el problema de la eficiencia se resuelve a través de los derechos así definidos y por medio de transacciones libres y voluntarias<sup>31</sup>. Se podría sugerir que una TD, por ejemplo, reconoce como derechos iniciales de propiedad la facultad de excluir sobre los recursos “A”, “B”, “C”, “D”, los cuales pueden ser transferidos bajo las condiciones generales “X”, “W” y “Z”. De ese modo excluye derechos sobre determinados recursos y formas de intercambio posibles.

Pero es una manera falaz de resolver el problema: no importa la definición normativa que una TD haga respecto de un derecho inicial respecto de su contenido siempre en referencia a los posteriores intercambios: cualquier bien que tenga utilidad marginal (con independencia de definiciones) es pasible de intercambios. Si una transferencia sobre el bien “G” está prohibida por una TD cualquiera, esa regla viola en la práctica la regla de Pareto, siempre que “G” tenga utilidad marginal: hay un estado del mundo que es superior (la transferencia de ese bien “G”) que la TD no permite.

Si una TD impide intercambiar “G”, por ejemplo, se expone (al menos formalmente) a la objeción o argumento de K & S, puesto que “G” tiene utilidad marginal con independencia de la definición de derechos que efectuó la DT. Hay un estado de cosas posible que es superior o preferida en términos de la regla de Pareto.

Lo mismo sucede y por los mismos motivos con la evidente estrategia de establecer un orden jerárquico de principios que dispone que una vez satisfecho alguno o algunos de ellos opera otro (de nivel más

<sup>31</sup> Cuando refiero a derechos de propiedad –un concepto evidentemente normativo y como tal complejo– aquí lo hago en el sentido económico: capacidad de exclusión e intercambio.

EDUARDO STORDEUR (H)

---

bajo) que permite mayor utilidad. Si cualquiera de esos principios de orden superior afecta intercambios o imponen costos y beneficios externos no compensados, violan la regla de Pareto y, por lo tanto, se exponen al argumento de la menor utilidad y la autonomía. Sólo una teoría en capacidad de establecer estos primeros principios respecto de “bienes” que no tienen utilidad marginal y precios –lo que no veo posible en principio– podría evitar la objeción.

Sin embargo, cualquiera de estas estrategias implican la introducción de cierta utilidad en el sistema y –según sus características– quizás una gama amplia de movimientos Pareto preferidos que limitan o pueden limitar la objeción de K & S. Por ejemplo, una TD “mixta” podría considerar que una vez que se verifican ciertas propiedades normativas que se estiman valiosas en su propio contexto, se abre la posibilidad de la mayor utilidad por medio de intercambios libres. Una teoría de este tipo (muy frecuentes hoy en día) permitiría incorporar, al menos, algún grado apreciable de utilidad en el sistema relativizando el peso del argumento de K & S en el sentido que ahora estoy utilizando.

Otra estrategia –que ha sido específicamente ensayada contra el argumento de K & S– sugiere algo poco plausible y opera a la inversa de la examinada con anterioridad: que una TD establezca los derechos iniciales –los puntos de partida– que pueden ser intercambiados y que la misma ceda frente a la eficiencia cuando hay conflictos entre ambos. Puesto en simple: que defina la “justicia”, pero que ésta ceda cuando confronta con la “eficiencia”. Eso implica finalmente, como puede advertirse, simplemente que la DT en cuestión cede, simplemente, a la eficiencia, en todos los casos en los cuales no es eficiente, de manera que en la práctica la DT manda a aplicar Pareto.

En este sentido, Chang y Cranswell sugieren que para evitar la objeción de K & S, una TD podría adoptar una formulación como la que sigue: una regla (1) que mande a aplicar una regla (F) si y sólo si no genera situaciones inferiores en términos de Pareto, en cuyo caso opera una regla (2) que ordena aplicar Pareto. Un sistema donde los derechos sean renunciables de modo que éstos operando en (1) sean puntos de partida eventuales para la aplicación de (2). En suma, una teoría donde hay diversos principios ordenados y donde el sistema

manda a aplicar Pareto cuando hay situaciones no óptimas derivadas del tipo de intercambios que inicialmente determina una TD.

Sin embargo, si la regla (1) implica algún tipo de (F) que impide ciertos tipos de convenios no lograría superar la regla, como es evidente. De hecho considerada en esta instancia la regla (F) debería ser idéntica a Pareto: simplemente permitir todos los convenios. De modo que en la práctica, aplican Pareto y la regla (F) que manda aplicar (1) simplemente dispone las posiciones iniciales para los intercambios. DT, en ese caso, con independencia de cuestiones semánticas, *es* Pareto.

Algo de esto hay en la respuesta de K & S al argumento de Chang (compartido por Cranswell): en muchos casos simplemente o se aplica Pareto o se aplica la regla (F). Los autores nos piden que nos imaginemos tres posibles regímenes: un primer régimen donde bajo la regla (1) A es muy justo, otro “B” donde bajo esa misma regla no es “tan justo” (sigo en esto a los autores) y finalmente uno “C” donde es definitivamente injusto. La regla (1) sugiere este ranking: “A”, “B” y “C”. Pero bien podría suceder que bajo el régimen C la gente esté mejor que en el régimen “A” desde el punto de vista de Pareto. Claramente –dicen los autores–, si la regla (1) tiene prioridad, y eso es lo que caracteriza a una regla del tipo TD, entonces, “A” es mejor que “C” aun cuando “C” implique mayor utilidad. De otro modo, como en el caso que analizamos antes, la regla simplemente cede a favor de Pareto.

¿Qué sucede a nivel muy general con algunas TD paradigmáticas? El Rawls de *A Theory of Justice*, por ejemplo viola –al menos formalmente– el principio de eficiencia– de los dos modos indicados: no sólo impide intercambios respecto de bienes que pueden tener utilidad marginal (con independencia de la determinación de los derechos) sino que además su conocido principio de la diferencia impone un costo externo en tanto cualquier beneficio de quienes están mejor situados en la sociedad debe mejorar las expectativas de quienes están (*sea por elección o por lotería natural*) peor situados en la sociedad. Tampoco son posibles los intercambios respecto de la igual libertad y los bienes primarios.

Sucede, fundamentalmente, que el principio de diferencia coloca un costo externo sobre los hombros de los contratantes que rompe la

EDUARDO STORDEUR (H)

---

regla en tanto demanda un incremento de utilidad o posición para quienes están menos favorecidos. En la práctica, sin embargo (no me interesa ahora el extremo empírico de la cuestión) en tanto el mercado y los intercambios generan riqueza (o así lo asumo, ahora) y de ella se sigue el aumento de bienes de capital, la mejoría a quienes están en peor situación puede operar como una consecuencia no querida y no buscada por los operadores de mercado pertenecientes a grupos más favorecidos y el sistema podría operar permitiendo muchos convenios que favorecen la utilidad general. Posiblemente la teoría económica –hasta donde conozco– apoyaría que al menos en buena medida los intercambios libres y voluntarios y reglas que permiten la acumulación de capital favorecen la posición de aquellos que están peor situados en la sociedad.

Pero al menos formalmente, el principio de diferencia se expone al argumento de K & S de doble manera: no sólo impide convenios entre dos individuos (que en este escenario no supone costo externo) sino que además impone un costo externo a los mismos, como condición de un eventual convenio entre dos personas del grupo favorecido y mejor situado. Quizás esto podría hacerse simplemente destinando un % mínimo de la transacción, dejando parte minúscula de excedente a favor de los que menos tienen, digamos, el 0,000000000000001%. Esto se podría lograr con un muy pequeño impuesto, ínfimo y casi inexistente al consumo, por ejemplo, pero seguramente ello no estaba en los planes ni en la estrategia del “maximin”<sup>32</sup>. Pero esto implicaría violar la regla de Pareto.

<sup>32</sup> Rawls podría, para romper el dilema, hacer –siguiendo la estrategia de Chang y Cranswell– estos derechos renunciables, pero no sólo lo impiden los límites estipulativos de los “bienes primarios” que expresamente no son intercambiables con los segundos, sino además la naturaleza igualitaria que manda a examinar el bienestar probable de grupos ajenos al directamente implicado en los convenios, en el caso, el grupo que está en peor situación. Sin embargo, en condiciones de cero costos de transacción, ¿podrían los menos aventajados renunciar a sus derechos y bienes primarios? Creo que no. Eso sería imparcial y luego injusto y naturalmente Rawls no puede permitir valores contra la justicia. Sin embargo si –como creo– el mercado en general supone beneficios para todos, entonces, como una consecuencia no buscada por los operadores el principio de diferencia tendería a verificarse –al menos– en un rango muy amplio de situaciones.

¿Qué tipo de TD satisface Pareto en estas condiciones ideales? La respuesta es evidente: sólo un sistema tan amplio de derechos de propiedad que permita todas las transacciones respecto de cualquier bien que tenga utilidad marginal. Una que debería inclusive admitir válida la esclavitud voluntaria, en tanto ese estado del mundo es superior en términos de Pareto al anterior respecto de los participantes en el contrato. Al menos desde las preferencias de “A” y “B” ambos están mejor que antes y nadie está peor en tanto –dado Coase– se supone que en equilibrio no operan costos ni beneficios externos.

En estas condiciones las conclusiones son las siguientes: (a) la tautología de K & S se confirma en otro escenario (diferente al análisis simétrico y asimétrico propuesto por los autores). (b) En esas condiciones la gente maximiza su utilidad y autonomía. (c) Una TD puede afectar Pareto por dos vías: (1) impidiendo convenios respecto de bienes que tienen utilidad marginal o (2) imponiendo costos o beneficios externos. (d) Cuando una TD ordena (1) o (2) simplemente afecta la utilidad y la autonomía.

Pero el problema es que el mundo no es uno de costos de transacción iguales a cero, donde hay conocimiento perfecto y donde se registran las condiciones ideales del mercado de competencia perfecta. Cualquier versión del Análisis Económico del Derecho supone, de hecho, que las reglas operan como respuesta a la ausencia de esas condiciones ideales. Buena parte del Análisis Económico del Derecho convencional, por ejemplo, supone que el Derecho constituye una respuesta institucional a fallas de mercado o bien altos costos de transacción o bien a problemas de conocimiento o información<sup>33</sup>.

Si queremos una ética para el “mundo real”, entonces, con independencia de las propiedades del modelo respecto del bienestar con-

<sup>33</sup> La primera explicación es la más frecuente y ortodoxa. La que refiere a problemas relativos a los límites del conocimiento en tanto está disperso y muchas veces es tácito y no articulable ni transmisible, se pueden citar como válidos ejemplos, F. A. von Hayek o, más actualmente, Douglass C. North, *Understanding the Process of Economic Change*, Princeton University Press, 2005. Respecto de Hayek, su monumental *Law, Legislation and Liberty*, Routledge and Kegan Paul, 1979. Existe traducción al castellano por Unión Editorial. Para una relación entre Hayek y el enfoque de Coase, “Hacia una lectura hayekiana de Coase”, Eduardo Stordeur (h) y Juan F. Ramos Mejía, en *Libertas*, Nº 42, Eseade, Buenos Aires, mayo de 2005.

EDUARDO STORDEUR (H)

---

viene entonces indagar al menos que pasa en un escenario donde hay costos de transacción elevados de manera que la gente se impone costos y beneficios, muchos de los cuales no pueden ser capturados por los derechos de propiedad. Ese escenario nos permite profundizar aún más los problemas del argumento de K & S. Para limitar el ámbito del problema nos hemos limitado a la relaciones en el ámbito contractual, es decir, a las transferencias de derechos de propiedad (sean voluntarias o coactivas). En lo que sigue, donde voy a intentar mostrar las diferencias entre una teoría libertaria típica y Pareto, por los mismos motivos de espacio, me voy a limitar también al caso contractual.

#### **IV. El análisis en un mundo con costos de transacción positivos**

Si antes he supuesto –siguiendo las propiedades del modelo de competencia perfecta– un mundo sin costos de transacción y ausencia de costos y beneficios externos, ahora voy a examinar el problema en el más realista mundo de costos de transacción positivos. Como ha afirmado Coase –y está en la base del Análisis Económico del Derecho– para intercambiar un derecho debo incurrir en costos asociados a la transferencia del mismo: identificar a un posible contratante, instrumental el convenio, fiscalizar el mismo, ocuparme de su eventual ejecución y otros relacionados. En el mundo del mercado en equilibrio no necesito reglas generales: es un mundo de intercambios. En el mundo de costos de transacción positivos, en cambio, necesito reglas generales precisamente consecuencia de los altos costos de transacción<sup>34</sup>. En este nuevo escenario, “más realista”, un contrato entre “A” y “B” puede implicar efectos negativos –tanto como positivos– sobre terceros, un elemento central al argumento que voy a desarrollar.

Este escenario –como dije– “más realista” nos permite identificar otras diferencias entre una TD y Pareto y al mismo establecer una comparación entre estas, tanto en el terreno de la utilidad como en el de la autonomía.

<sup>34</sup> Debe quedar claro que dichas reglas no necesariamente deben provenir del Estado. La costumbre de hacer “cola” para retirar entradas del cine es un clásico ejemplo de cómo se asignan “derechos” por mecanismos consuetudinarios en casos de altos costos de transacción. Simplemente se “paga” con tiempo.



Como he señalado, voy a examinar el problema respecto de una teoría libertaria típica, más concretamente una del tipo “Locke – Nozick”. La elección no es caprichosa: es el tipo de teoría que en principio tiene buenas posibilidades –más que otras– de satisfacer la regla de Pareto en las condiciones del modelo de competencia perfecta: (a) en general no impide transacciones y su justicia fundada en procedimientos “justos” (b) elimina el problema de la imposición de costos y beneficios no derivados de convenios libres y voluntarios. En suma, ¿qué conflicto, a nivel formal, más general, hay entre una teoría de este tipo y una regla de la eficiencia como la de Pareto?

¿Qué sucede, en suma, a este nivel del análisis, con una teoría de los derechos de tipo Locke – Nozick? Una teoría, en suma, fundada en la adquisición originaria por ocupación o “mezcla de trabajo” y que permite (en general) todas las transacciones que tengan por objeto adquisiciones justas. Para simplificar el argumento supongo ahora que todas las adquisiciones han sido justas (es decir, que no han dejado a nadie en peor situación según la versión de Nozick del célebre proviso)<sup>35</sup>.

Limitándonos al problema de transferencia de los derechos: ¿supera “Locke – Nozick”, en un sentido general y formal la regla de Pareto? Sucede que no. Y ello en tanto Pareto exige mucho más que libertad contractual, exige –algo poco atractivo, creo– unanimidad y compensación por cualquier costo externo y retribución por *cualquier* beneficio externo. Una teoría de los derechos de este tipo normalmente reclama compensación para *cierta clase de hechos dañosos* que se estiman violatorias de los derechos, pero no para todo costo externo y Pareto nos reclama precisamente eso: la inexistencia de costos externos no compensados, la ausencia de disminución de la utilidad, en tanto supone que no hay “perdedores”.

<sup>35</sup> No quiero ingresar ahora al problema de las relaciones entre una adquisición originaria justa en los términos de una teoría como está y la regla de Pareto. Este tema lo he tratado en “El derecho del primer ocupante: ¿Una institución eficiente para distribuir derechos iniciales de propiedad?”, presentado y aceptado para su discusión en las próximas jornadas de la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía (ALACDE) a llevarse a cabo en Buenos Aires en mayo de 2006, en las Universidades Di Tella y de Buenos Aires.

EDUARDO STORDEUR (H)

---

Por ese motivo una teoría de derechos de este tipo, aun cuando satisface Pareto en la generalidad de los casos en tanto los derechos son plenamente renunciables, al menos respecto de otras TD menos permisivas, no satisface la regla de Pareto por la simple razón de que no manda a los contratantes a compensar a terceros de cualquier disminución de utilidad.

Pareto manda a los contratantes a compensar efectivamente a terceras personas en casos de costos externos de modo tal que si “A” y “B” desean efectuar un convenio deberán, para el probable caso de un costo externo compensar a “C”, “D” o “E” y una teoría de los derechos no exige tal cosa<sup>36</sup>. Una transferencia justa es aquella determinada por

<sup>36</sup> Ciertamente que los economistas del bienestar –en tanto estas conocidas limitaciones de Pareto que no admite “perdedores”– utilizan una versión potencial del principio, conocido como de la “compensación hipotética” o de Kaldor Hicks (en homenaje a quienes los formularon). Un estado de cosas “X” –se dice– es superior o domina a otro estado de cosas “Y” si en el primero los “ganadores” pueden compensar hipotéticamente a los “perdedores” mantenerse, todavía en calidad de tales. En tanto, antes de la nueva distribución los “ganadores” habrían hipotéticamente compensado y dejado indiferentes a los “perdedores” constituye una versión potencial de Pareto. Y de esa forma buena parte de la economía normativa examina la eficiencia distributiva donde “hay perdedores”. No puedo ahora detenerme en este asunto, pero hay diferencias sustanciales entre Kaldor Hicks y una teoría de los derechos de propiedad como la que estoy analizando. Es muy distinto reconocer un derecho sobre la base de la ocupación primera o la “mezcla de trabajo” que bajo la suposición de que quien lo detenta pagaría más que otros por el mismo, como supone Kaldor Hicks. Por ejemplo, véase, *Coase and Demsetz on Private Property Rights*, *Journal of Libertarian Studies*, Nº 2, Spring, 1977. Para un debate muy a fondo respecto del problema entre este autor y Harold Demsetz: DEMSETZ, Harold, *Ethics and Efficiency in Property Rights Systems*, en *Time, Uncertainty and Disequilibrium: Explorations of Austrian Themes*, Mario Rizzo ed. Lexington Books, Mass. Chapter 5, 1979, ps. 99-123; BLOCK, Walter, *Ethics, Efficiency, Coasian Property Rights, and Psychic Income: a Reply to Demsetz*, en *The Review of Austrian Economics*, 1995, vol. 8. Para una posterior defensa de Demsetz: *Block's Erroneous Interpretation*, *The Review of Austrian Economics*, 1997, vol. 10, ps. 101-109. También, para una reducción al absurdo de la tesis normativa del enfoque económico normativo aplicado al derecho: BLOCK, Walter, *O. J.'s Defence: a Reductio ad Absurdum of the Economics of Coase and Posner*, *European Journal of Law & Economics*, vol. 3, ps. 265-286, 1996. También, BLOCK, Walter, *Private Property Rights, Erroneous Interpretations, Morality, and Economics: Reply to Demsetz*, *Quarterly Journal of Austrian Economics*, vol. 3, number 1, Spring, 2000, ps. 63-77. Sin embargo, no me ocupo de este problema en tanto me interesa la versión tradicional de Pareto.

reglas justas y esas reglas justas no obligan a compensar *toda* molestia y disminución de utilidad, sino sólo aquellas amparadas en derechos exigibles.

“A” contrata la transferencia del bien “X” a “B”. En Locke – Nozick nada se debe a “B” o “C” con independencia de una eventual disminución de sus respectivas utilidades, mientras que la regla de Pareto fundada en la unanimidad sí lo exige. En el mundo del equilibrio de mercado conforme el modelo de competencia perfecta estos problemas no emergían en tanto la supresión de costos y beneficios no compensados que el modelo supone: pero, en las condiciones del “mundo real”, la situación se modifica y queda evidente la incompatibilidad entre ambos enfoques.

Pero ahora examinemos el argumento de la menor utilidad y ausencia de autonomía en K & S en este escenario. Creo que hay buenos argumentos que sugieren que Pareto concede menos espacio a los planes de vida de la gente que una teoría de los derechos como la considerada y comparte –al menos en algún grado– los problemas que las teorías fundadas en las consecuencias tienen respecto de la autonomía en general: le concede poco espacio.

En una teoría de los derechos, “A” puede conducir su plan de vida conforme su voluntad siempre que no afecte iguales derechos forma (que conceden igual libertad negativa) pero con independencia de la utilidad de “B”, “C”, “D”. Solamente si viola el derecho de –supongamos– “B” este tiene un veto respecto de sus acciones. En Pareto, en cambio, todos tienen idealmente y en sentido formal un derecho de “veto” respecto de “A” con el solo argumento de la disminución de la utilidad. Tanto en una versión “psicológica” de la utilidad como de “preferencias” disponibles, esto constituye un espacio de libertad menor para “A” que en una teoría de los derechos o cualquier TD que opere dejando amplios espacios de libertad para la gente<sup>37</sup>.

<sup>37</sup> Aquí pueden ingresar, en sentido muy general que no quiero examinar, el principio de daño de Mill (más claramente el Mill de *On Liberty*), la tradicional libertad negativa de Berlin, una concepción neutral de los planes de vida, el principio de la coacción de Hayek, la autonomía en el sentido de Kant y tantas otras TD que resguardan típicamente espacios importantes de libertad (negativa) para los individuos. También una teoría consecuencialista que adopte –como regla– una defensa fuerte de los derechos de propiedad.

EDUARDO STORDEUR (H)

---

Una regla que me pide unanimidad respecto de la utilidad de los demás, constituye una regla, entendida de manera estricta, que deja menor espacio de autonomía para los planes individuales de vida de las personas. Introduce un principio de dilema comunal en la propia vida, la cual, para proceder, debe superar la dura regla de la unanimidad. Si Pareto fuese posible (suponiendo bajos costos externos o plena capacidad de compensación, como de hecho supongo a fines analíticos) el “veto” implicaría una tendencia muy grande al estado de cosas iniciales en tanto todos podríamos constituirnos en jueces de la vida de todos. Aun si Pareto fuese aplicable en condiciones de altos costos de transacción –aquí supongo que lo es– una adecuada concepción de la autonomía debería preferir reglas del tipo (F) amparadas en TD que conceden amplios espacios de igual libertad, sin consideración de la mayor o menor utilidad de los demás. También, desde luego, esas reglas podrían defenderse desde una estructura consecuencialista.

Ahora voy a considerar el argumento de la utilidad. Y voy a ingresar en terreno conocido donde tengo el apoyo de la toda la economía de los derechos de propiedad. Supongamos que Pareto fuese aplicable en contextos de costos de transacción positivos pero suficientemente bajos de modo tal que sea aplicable: ¿sería una regla eficiente, o al menos, más eficiente, que alguna teoría posible de los derechos de propiedad *diferente* a Pareto y que por lo tanto pueda ser capturada por alguna TD?<sup>38</sup> Quiero decir: ¿es eficiente compensar *todo* costo y beneficio externo cuando las transacciones *son* costosas? Claro que no: y esa

<sup>38</sup> Refiero a la muy extensa obra de autores como Demsetz, Alchian, Cheung, Pejovich, entre otros. Para este enfoque los derechos de propiedad evolucionan a los fines de eliminar costos externos que nos imponemos mutuamente cuando los beneficios son superiores a los costos. Los derechos de propiedad, además, reducen los costos de las transacciones facilitando nuevos procesos evolutivos de esta naturaleza. En castellano, por ejemplo, ver, DEMSETZ, Harold, *Intercambio y exigencia del cumplimiento de los derechos de propiedad, Hacienda Pública Española*, Nº 68, Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, p. 279; DEMSETZ, Harold, *Hacia una teoría de los derechos de propiedad, Libertas*, Nº 6, ESEADE, Buenos Aires, mayo de 1987, ps. 93 y ss.; SCHMIDT, *The Institution of Property*, en *Social Philosophy and Policy* 11, 1994, ps. 42-62. Para una traducción al castellano, *El Derecho de Propiedad*, en Horacio Spector (comp.), *Elementos de Análisis Económico del Derecho*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, ps. 27-56.

es la función *económica* de un sistema de derechos de propiedad: discriminar cuáles costos y beneficios externos deben ser compensados, conforme las valorizaciones de los individuos expresados en el sistema de precios, la evolución del sistema institucional y los medios tecnológicos disponibles, entre otros elementos relevantes.

No quiero ingresar ahora en teoría económica de los derechos de propiedad, pero un ejemplo puede clarificar el asunto. Supongamos primero un momento (1) donde “A”, “B” y “C” tienen igual utilidad. Luego un momento (2) donde “A” y “C” hacen un intercambio que deja un excedente en utilidad “X” para ambos, pero donde “B” se ve afectado en su utilidad en “Y”. “Y” es el costo externo: sufre una pérdida no derivada de un intercambio. Si los costos de transacción son demasiado elevados para compensar “Y” podría ser altamente ineficiente, aun cuando su falta de compensación viola la regla de Pareto: “B” está “peor”.

“Locke – Nozick” no me obliga, aun cuando fuese posible a compensar todo costo externo “Y”, salvo que “Y” adopte la forma de un derecho. Y la teoría económica de los derechos de propiedad sugiere que “Y” solamente adoptará la forma de un derecho cuando los beneficios derivados de proteger “Y” sean superiores a los costos. Los derechos, puesto en simple, capturan aquella clase de costos y beneficios externos que, dadas múltiples circunstancias pero fundamentalmente valoraciones humanas, conviene sean amparados por el sistema legal y por lo tanto compensados.

Es la razón por la cual los indios de la península del Labrador protegían –en el conocido ejemplo de Demsetz– tan sólo la piel de los castores y no la carne que quedaba en propiedad comunal: dadas las valorizaciones existentes (alto precio de la piel, bajo precio de la carne) eliminar costos externos respecto de la carne (como lo exige Pareto) no resultaba eficiente. Por otro lado una teoría de los derechos –que permita convenios privados– no necesita ingresar en complejos cálculos respecto de ganadores y perdedores: el mercado institucional lo hace por él, en tanto se supone –así lo hace la teoría– que los derechos de propiedad sólo mandan a compensar costos externos cuando los beneficios son superiores a los costos. Y una teoría de este tipo, sea sobre argumentos (F) o (W), sólo me manda a compensar

EDUARDO STORDEUR (H)

---

—si es que la teoría económica de los derechos de propiedad está en lo cierto— sólo aquellos costos externos (afectaciones de utilidad a los demás) cuando los beneficios sean superiores a los costos.

Para concluir, creo plausible afirmar que una teoría de los derechos que típicamente no prohíben transacciones y no impone costos y beneficios (no compensados) no verifica —en la versión examinada— siempre y necesariamente la regla de Pareto, aun cuando lo hace en la gran mayoría de los casos en tanto los derechos son renunciables. Una TD de este tipo, sin embargo, en estas condiciones, satisface mejor el valor o principio de la autonomía que una regla de Pareto y en cuanto a la utilidad, permite un instrumento “de mercado”, que estimo plausible desde las consecuencias, para determinar qué clases de disminuciones de utilidad deben quedar amparadas en derechos y cuáles no, conforme a las valorizaciones y preferencias de los individuos que componen el grupo social.

Soy consciente de que quedan muchos interrogantes, que no puedo examinar ahora. Ahí van algunos de ellos: ¿la necesidad de compensar cuando hay derechos afectados no hace a una teoría de los derechos fundada en una TD de este tipo “menos eficiente” que la versión de Kaldor Hicks donde la compensación es tan sólo hipotética?<sup>39</sup> ¿En qué grado hay compatibilidad entre una TD de este tipo y las explicaciones de la economía de los derechos de propiedad?<sup>40</sup> ¿En tanto

<sup>39</sup> Creo que todo depende del concepto de “eficiencia” que utilicemos. Algunos autores creen —y acompaño esta posición— que hacer depender los derechos de la gente de su capacidad hipotética o real de pagar por algo (la forma en que procede Kaldor Hicks), puede significar reglas poco estables y cierto activismo judicial que podría afectar la eficiencia. Pero es un debate muy complejo, sobre el cual sólo tengo algunas intuiciones.

<sup>40</sup> Es posible que ciertas reglas de “eficiencia” —sobre todo cuando los derechos no pueden operar por altos costos de transacción para eliminar costos externos— obliguen, en el contexto de esta teoría a limitar la vigencia de derechos privados. Igual sucede si aceptamos la teoría de las fallas de mercado: algunas soluciones “eficientes” podrían exigir alterar derechos privados en pos de la eficiencia y una TD liberal clásica con su típica noción “fuerte” de derechos privados de propiedad debería, por consistencia, sostener que los derechos se respetan con independencia de la mayor o menor eficiencia. Si he llegado a ser monopolista por mecanismos justos, por ejemplo, debería tener una defensa tan fuerte respecto de mi derecho, como si no fuese monopolista. De todas formas no hay unanimidad respecto de las “fallas del mercado”

Kaldor Hicks es una forma potencial de Pareto, no he reeditado el debate en un escenario quizás más conveniente para una TD?<sup>41</sup> ¿No he sido imparcial al considerar, tan sólo, los argumentos de K & S, sin exponer la lógica normativa de la economía del bienestar u otras defensas posibles y quizás mejores de Pareto?<sup>42</sup> Creo que todos estos interrogantes tienen respuestas más o menos satisfactorias para este tipo de TD, pero son demasiados y quedan para otro trabajo.

## V. Conclusión

K & S no han provisto un argumento atractivo contra las TD. En principio porque el argumento está mal construido, es tautológico y profundamente parcial. Segundo, porque si se define a una TD –tal como lo hacen– como una regla de decisión que no toma en cuenta la utilidad, el argumento de la menor utilidad que se sigue de la aplicación de las mismas, simplemente no tiene sentido. Tercero: el argumento sólo tiene peso argumental si suponemos que una TD tiene algún interés en introducir utilidad. Pero en ese caso es necesario establecer de modo algo más sustantivo tanto el grado como la intensidad de la pérdida de utilidad y el argumento de K & S no nos permite –en razón de su naturaleza tautológica y trivial– conocer esto. Cuarto: K & S podrían intentar reformular el argumento sobre la base de la

y además se debería considerar las “fallas del Estado”. Muchos autores en el contexto del liberalismo clásico creen que el sistema de la libertad negativa fundada en derechos privados individuales es –bajo diferentes argumentos y versiones– “eficiente”. Pero no puedo tratar semejante tema ahora. La sola revisión del “estado del arte” me llevaría quizás un libro.

<sup>41</sup> Sí, claro que lo he hecho, y por lo tanto no he sido del todo imparcial. Cuando Pareto no se aplica la economía normativa –como he comentado antes– utiliza una versión potencial del mismo que no he considerado. Pero creo haber sido explícito respecto del tema de este trabajo: K & S, antes que la economía del bienestar en general u otras versiones de la eficiencia. De hecho, hay muchas otras concepciones que –aun cuando analíticamente relacionadas– podrían ser consideradas quizás mucho más plausibles que la de K & S. En la práctica, siquiera he expuesto la versión normativa de la Economía del Bienestar, sino tan sólo –puesto que de esto trata el trabajo– los argumentos “morales” de K & S. Pero en cualquier caso reconozco los enormes límites de este trabajo.

<sup>42</sup> Efectivamente, pero así lo exigía la finalidad del trabajo. En todo caso, queda como advertencia al lector.

EDUARDO STORDEUR (H)

---

autonomía, pero ese argumento también requiere de establecer el grado (no la intensidad) de conflicto entre las TD y Pareto.

Quinto: luego he intentado formular una descripción algo más sustantiva del modo en el cual una TD puede violentar la regla de Pareto. Pero de ello surge que el argumento no es del todo atractivo en tanto, aun cuando se confirma –en el especial escenario de un mercado perfectamente competitivo– la tautología de los autores, muchas TD pueden incorporar fácilmente amplios grados de utilidad y autonomía. Sexto: considerado el conflicto en un escenario con costos de transacción positivos, queda en claro que el argumento de la autonomía contra las TD no puede ser utilizado y que hay buenas razones para suponer que una TD como la considerada constituye un atractivo instrumento para discriminar qué clase de hechos dañosos (o costos externos) deben ser compensados y cuáles no.

En tanto los problemas argumentales expuestos, creo, en suma, que K & S no han colaborado de manera siquiera razonable a una quizás saludable recepción parcial de la teoría económica del bienestar en el ámbito de la filosofía social jurídica.

### **Bibliografía**

- BLOCK, Walter, *Coase and Demsetz on Private Property Rights*, *Journal of Libertarian Studies*, nº 2, Spring, 1977.
- *Ethics, Efficiency, Coasian Property Rights, and Psychic Income: a Reply to Demsetz*, en *The Review of Austrian Economics*, vol. 8, 1995.
- *Private Property Rights, Erroneous Interpretations, Morality, and Economics: Reply to Demsetz*, *Quarterly Journal of Austrian Economics*, vol. 3, number 1, Spring, 2000.
- *O.J.'s Defence: a Reductio ad Absurdum of the Economics of Coase and Posner*, *European Journal of Law & Economics*, vol. 3, ps. 265-286, 1996.
- CHANG, Howard F., *A Liberal Theory of Social Welfare: Fairness, Utility, and the Pareto Principle*, 110 *Yale L. J.* 173, 2000.
- COLEMAN, Jules L., *Book Review: The Grounds of Welfare: Fairness vs. Welfare*, 112 *Yale L. J.* 1511, 2003.
- COLOMA, *Análisis económico del Derecho*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001.



- CRANSWELL, Richard, *Kaplow and Shavell on the Substance of Fairness*, 32 *J. Legal Stud.* 245, 2003.
- DEMSETZ, *Ethics and Efficiency in Property Rights Systems*, en *Time, Uncertainty and Disequilibrium: Explorations of Austrian Themes*, Mario Rizzo ed. Lexington Books, Mass. Chapter 5, 1979, ps. 99-123.
- *Block's Erroneous Interpretation*, *The Review of Austrian Economics*, 1997, vol. 10, ps. 101-109.
- *Hacia una teoría de los derechos de propiedad*, *Libertas*, vol. 6, Eseade, Buenos Aires, mayo de 1987.
- *Intercambio y exigencia del cumplimiento de los derechos de propiedad*, *Hacienda Pública Española*, Nº 68, Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981.
- FALLON, Richard H., *Should We All Be Welfare Economists?*, 101 *Mich.L. Rev.* 979, 2003.
- FARNSWORTH, Ward, *The Taste for Fairness vs. Welfare*, 102 *Colum. L. Rev.*, 2002.
- HAYEK, F. A., *Law, Legislation and Liberty*, Routledge and Kegan Paul, London, 1979.
- HAUSMAN, Daniel M. y McPherson, Michael, *Economic Analysis and Moral Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996.
- HOFFMAN, David A., and O'SHEA, Michael P., *Can Law and Economics be both Practical and Principled?*, 11 *Alabama Law Review*, 2002.
- KAPLOW, Louis & SHAVELL, Steven, *Fairness vs. Welfare*, Harvard University Press, Cambridge Mass, 2002, libro que fue publicado originariamente con igual título en 114 *Harvard Law Review* 961, 2001.
- *The Conflict Between Notions of Fairness and the Pareto Principle*, 1 *American Law and Economics Review*, 1999.
- *Notions of Fairness Versus the Pareto Principle: On the Role of Logical Consistency*, *Yale 110, Law Journal*, 2000.
- *Any Non Welfarist Method of Policy Assessment Violates the Pareto Principle*, 109 *Journal of Political Economy*, 2001.
- *Fairness Versus Welfare: Notes of the Pareto Principle, Preferences, and Distributive Justice*, 32 *J. L. Studies*, 2003.
- KESSLER FERZAN, Kimberly, *Some Sound and Fury from Kaplow and Shavell*, 23 *Law and Philosophy*, 2004.
- KORNHAUSER, Lewis A., *Preference, and Morality in Social Decisions*, 32 *J. Legal Studies* 303, 2003.

EDUARDO STORDEUR (H)

---

LITTLE, I. M. D., *Ethics, Economics & Politics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.

SCHMIDT, David, *The Institution of Property*, en *Social Philosophy and Policy* 11, 1994, ps. 42–62. Para una traducción al castellano, *El Derecho de Propiedad*, en SPECTOR, Horacio (comp.), *Elementos de Análisis Económico del Derecho*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, ps. 27-56.

STORDEUR (h), Eduardo, *Derechos Iniciales de Propiedad y Eficiencia: un Problema para el Análisis Económico del Derecho Normativo*, *Opinión Jurídica*, Nº 7, Universidad de Medellín, 2005.

— En colaboración con Ramos Mejía, Juan F. *Hacia una lectura hayekiana de Coase, Libertas*, vol. 42, Eseade, Buenos Aires, mayo de 2005.

— *El Derecho del Primer Ocupante: ¿una institución eficiente para distribuir derechos iniciales de propiedad*, Inédito. Aceptado para su discusión en el Congreso Anual de la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía, Universidad Di Tella y Universidad de Buenos Aires, mayo de 2006.

## ACERCA DE LA POSIBILIDAD DE FUNDAMENTAR LAS NORMAS MORALES

por NICOLÁS ZAVADIVKER

### I. El dualismo ser/deber ser

El presente ensayo constituye en buena medida una síntesis de las principales ideas vertidas en mi libro *Una ética sin fundamentos*. El problema que abordaremos en este trabajo es la cuestión de la posibilidad de una ética objetiva o de alcance universal, esto es, válida para los hombres de cualquier tiempo o cultura. La historia de la filosofía muestra que la mayoría de sus protagonistas creyeron firmemente en la posibilidad de tal ética, y en muchos casos llegaron a formular los principios o criterios que permitirían fundamentarla.

Quienes consideran que es posible fundamentar una ética objetiva suelen postular la existencia de realidades éticas (por ejemplo, valores absolutos, normas incondicionadas de conducta, derechos naturales, etc.). Creen, a su vez, que esas realidades son accesibles a nuestro conocimiento. En tanto reducen “lo ético” a un asunto cognoscitivo, suelen ser llamados cognitivistas. Por oposición, quienes consideran que las cuestiones morales no pueden ser reducidas a un saber, son denominados no-cognitivistas.

Tal como ha sido definido, el cognitivismo no compone una única corriente filosófica. Dentro del mismo cabría ubicar no sólo a gran parte de las doctrinas éticas claramente metafísicas, sino también a algunas posiciones filosóficas anti-metafísicas e incluso a posturas defensoras del conocimiento científico como el único posible.

NICOLÁS ZAVADIVKER

---

El estudio que proponemos consistirá entonces en examinar la posibilidad misma de fundar la ética en el conocimiento, a partir de un análisis del lenguaje en que ésta se formula. La presente investigación no se sitúa ella misma en el campo de la ética, sino en el de la metaética. Esta disciplina, cuyo origen se remonta a la publicación del *Principia ethica* de G. E. Moore en 1903, se ocupa del análisis no valorativo de los enunciados morales, e intenta responder a cuestiones tales como “¿qué decimos cuando decimos que algo ‘debe hacerse’?”, en lugar de plantearse preguntas morales como “¿qué debemos hacer?”

Nuestro examen se centra fundamentalmente en la relación existente entre los enunciados normativos y los enunciados descriptivos, y analiza los intentos de reducir los primeros a los segundos con la intención de fundamentar las normas éticas en algún tipo de conocimiento. Se trata de un abordaje de la cuestión de principio y no a partir del estudio de teorías particulares. Este análisis nos llevó a considerar que no resulta posible –aunque tampoco necesario– fundamentar una ética objetiva, y que toda tentativa de este tipo conduce invariablemente al fracaso.

El lenguaje moral suele expresarse en enunciados de dos tipos: los juicios de valor (como “Robar es malo”) y los enunciados normativos (como “No se debe robar”). Si bien los enunciados morales pueden expresarse de modos muy diversos, pareciera que en el fondo siempre apelan o a un valor moral o una noción de explícita o implícita de deber. Nos circunscribiremos al análisis de los juicios normativos, como lo son por ejemplo las prohibiciones y las obligaciones.

El conocimiento se expresa en enunciados acerca de hechos o enunciados fácticos, de modo que en un primer momento nos ocuparemos de la posibilidad de que las normas sean traducibles a proposiciones de este tipo. Si esta vía resulta fructífera, las normas podrían justificarse del mismo modo en que se justifican los juicios fácticos. Más adelante se analizará la posibilidad de que las normas puedan ser derivadas lógicamente de juicios fácticos, y de si este procedimiento permitiría o no justificarlas moralmente.

Antes de adentrarnos en el análisis propuesto, dejamos sentado que el problema del estatuto de la norma y de su posible derivación del ser (o de los juicios que lo representan) no sólo atañe a la ética, sino

también a la Filosofía del Derecho, disciplina en el marco de la cual muchas veces se intentó fundamentar parte del Derecho positivo. Así, por ejemplo, una de las posiciones más influyentes dentro de este campo de estudio, la doctrina iusnaturalista, funda sus principios normativos en afirmaciones sobre la naturaleza del hombre y, por lo tanto, funda el deber ser en el ser. Los derechos humanos constituyen, en su fundamentación clásica, un caso particular de esta forma de validar.

Comenzamos por el examen de la posibilidad de que las normas puedan fundamentarse al modo en que pueden hacerlo los juicios acerca de hechos, es decir, por confrontación –directa o indirecta– con algún elemento de nuestra experiencia. Partimos de una consideración lingüística básica: la diferencia entre el uso informativo y el uso directivo del lenguaje. Los juicios fácticos son enunciados informativos, mientras que las normas son enunciados directivos.

El lenguaje informativo describe un hecho o un estado de cosas del mundo. Esa descripción puede ser verdadera o falsa, y lo que define que se trate de uno u otro caso es la correspondencia o no correspondencia del enunciado con aquello que se pretendía describir. En cambio, el lenguaje cumple una función directiva cuando se lo utiliza con el propósito de originar o impedir una acción. Como nada afirman sobre hechos del mundo, las normas no pueden ser ni verdaderas ni falsas. Carecería de sentido atribuirles verdad o falsedad, puesto que una norma no sostiene que una acción se realiza, sino que *debe* realizarse. Exhorta a que un determinado acto se realice, es decir, a que se *haga real*.

El esfuerzo de los cognitivistas éticos por asimilar las normas a juicios descriptivos se debe a que los juicios descriptivos tienen la posibilidad de justificarse. Y pueden justificarse porque se refieren al mundo, por lo que cabe predicar de ellos verdad o falsedad. Los juicios sobre cuestiones particulares (como “La Luna posee valles”) en general pueden verificarse, lo que implica que también pueden falsarse. Por lo tanto, si las normas fueran juicios cognoscitivos, también podrían verificarse o falsarse. Las normas serían verdaderas o falsas, es decir, se corresponderían o no con ciertos estados objetivos del mundo. Pero si esto fuera así lejos estaríamos de las pretensiones de una ética objetiva.

NICOLÁS ZAVADIVKER

---

Por ejemplo, dada una norma particular como “No les mientas a tus padres, Rosita”, si se cree que la acción de Rosita de no mentir verifica la norma, entonces debería decirse que la norma era falsa si Rosita la desobedecía. Lo mismo debiera decirse de cada norma: en la medida en que se la desobedece quedaría descartada. Si así fueran las cosas, y actuáramos consecuentemente, desde hace tiempo que nos hubiésemos quedado sin normas morales. La consecuencia práctica que resulta de la afirmación de un cognitivismo ético extremo sería, en efecto, la desaparición sistemática de todos los ideales morales a favor de un realismo resignado.

Si se quiere evitar esta objeción postulando que en realidad las normas son asimilables a enunciados descriptivos metafísicos, para salvarse así de la posibilidad de que las normas sean falsadas, habría que señalar que las normas tampoco son equiparables a este tipo de enunciados. Esto es así porque aunque ellos tampoco puedan verificarse ni falsarse, poseen en general pretensión de verdad: pretenden describir una realidad trascendente. Las normas, en cambio, carecen de un referente dado. Es decir, que aun en el caso de que existieran proposiciones metafísicas legítimas, tampoco las normas podrían traducirse a ellas.

Las normas no pretenden ofrecer una representación de la realidad (sea empírica o transempírica), sino ejercer una cierta presión que modifique la realidad de las acciones humanas. Las diferencias entre estas dos modalidades se perciben claramente al comparar las leyes científicas (que pretenden describir una regularidad real) con las leyes morales (que prescriben una realidad). Si aparece un caso que contradice a una ley científica formulada al modo de un universal, la ley es invalidada –o circunscripta a un ámbito más limitado–. Es la descripción y no la naturaleza la que tiene que ser rectificada. En cambio, las desobediencias a las normas morales no las invalidan. Las distintas autoridades no reaccionan a las violaciones dejando de lado las reglas, sino insistiendo en la corrección de las conductas.

Aun cuando todos los hombres llegáramos algún día a actuar de acuerdo a las mismas normas morales –como pretende de alguna forma la globalización–, de modo tal que esta uniformidad pudiese ser descripta mediante una ley científica universal, esto no significaría que

hayamos alcanzado una ética universal y objetiva. La validez universal a la que aspira la ética no se reduce a la mera vigencia de las normas morales, o a un consenso general acerca de lo que está bien y lo que está mal. La ética aspira a alcanzar una fundamentación teórica de ciertos comportamientos, a los que considerará legítimos en sí mismos, se practiquen o no. La mera vigencia no es garantía de validez.

Vemos entonces que la tesis de la traducibilidad de las normas a juicios fácticos no sólo es falsa, sino también que si fuera verdadera no probaría la validez de las normas, es decir, no permitiría justificarlas. La palabra “justificación” no significa lo mismo cuando se dice que un juicio fáctico está justificado que cuando se dice que una norma está justificada. Esta distinción –de primera importancia– será detallada el transcurso de este ensayo.

## II. Algunos intentos por reducir el deber al ser

Podría sospecharse que las confusiones denunciadas en el apartado anterior son tan evidentes que nadie incurre realmente en ellas. Mostraremos, no obstante, que hay pensadores cognitivistas que, de forma más o menos sutil, cometen estos errores en su afán por fundamentar las normas en algún tipo de conocimiento. Veamos algunos de estos casos.

En un artículo titulado “Verificabilidad del conocimiento ético, a nivel filosófico”<sup>1</sup> el pensador y presbítero Pedro de la Noi Ballacey intenta establecer algunas similitudes entre los juicios de deber y las leyes científicas. De esa forma pretende responder a la objeción de acuerdo a la cual las normas son inverificables, puesto que no hacen referencia a un hecho existente del mundo. Veamos qué nos dice:

...si se puede verificar acaso es verdad que, de calentarse mañana agua, se producirá vapor; del mismo modo se puede verificar hoy acaso es verdad que, de producirse un aborto –en cualquier tiempo– quien lo procurara obraría mal.

<sup>1</sup> Revista *Sapientia*, Nº 191-192, Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Buenos Aires, 1994.

NICOLÁS ZAVADIVKER

---

Por tanto, no es lo inexistente lo que se verifica en el enjuiciamiento de la afirmación de que algo debe ser, sino la relación ‘existente’ entre una acción y la bondad: que debió ser de determinada manera, si ya ocurrió; deberá serlo, si ocurrirá o debería serlo, si es incierta todavía<sup>2</sup>.

Si bien el uso del término “verificación” para el caso es excesivo, puesto que los enunciados universales no son verificables, concedámosle a de la Noi Ballacey que la suerte de ley científica que afirma que “cuando el agua se calienta entonces se produce vapor” se verifica en cada uno de los casos singulares en que esto sucede. Pero, ¿en qué sentido se verifica, ante un aborto, la maldad del acto? Cuando calentamos agua observamos el vapor: ¿qué fenómeno observamos cuando se produce un aborto? Quien cree “observar” maldad en ese acto no está verificando nada; sólo está aplicando a esa situación particular la relación moral que ya había presupuesto.

La diferencia entre estas dos “verificaciones” se hace palmaria si nos preguntamos qué haría falsa a una y otra relación. En cuanto a la ley científica, bastaría mostrar un caso en que el calentamiento de agua no produjera vapor. La relación aborto-maldad, en cambio, no puede ser refutada: realícense abortos de todo tipo, y quienes crean que son hechos detestables seguirán pensando lo mismo. Allí donde no existe posibilidad de refutación, no existe tampoco posibilidad de verificación empírica.

Por otro lado, el propio pensador reconoce que el deber es independiente de todo hecho cuando afirma que lo que se verifica en un juicio normativo es “que debió ser de determinada manera, si ya ocurrió; deberá serlo, si ocurrirá o debería serlo, si es incierta todavía”. Si puede afirmarse la validez de un enunciado normativo con completa autonomía de los hechos, no puede entenderse en qué sentido se nos dice que se está verificando algo. La analogía ofrecida entre la regla moral y la ley científica es, en suma, manifiestamente falaz.

Un intento más sutil por reducir las normas a enunciados descriptivos se debe al prestigioso epistemólogo argentino Mario Bunge,

<sup>2</sup> Ob. cit., p. 114.



ACERCA DE LA POSIBILIDAD DE FUNDAMENTAR LAS NORMAS MORALES

---

cuya postura analizaremos. Enfrentándose a la distinción entre normas y hechos, este pensador afirma:

Separados en el nivel lógico, el ser y el deber ser, la realidad y el valor se unen en el nivel pragmático [...] Un análisis incompleto –puramente sintáctico– nos ha hecho olvidar que una expresión puede poseer un contenido o un efecto moral sin que en ella aparezcan términos ostensiblemente normativos [...] Un enunciado no es moral o extra-moral por su *forma* lógica sino por la *función* que desempeña en el lenguaje real<sup>3</sup>.

Bunge considera que la separación entre enunciados fácticos y enunciados normativos debido a sus diferentes formas lógicas constituye un análisis superficial de la cuestión. La moralidad de las proposiciones prescriptivas no radicaría en su carácter normativo, sino en la función que desempeñan en la comunicación efectiva, que sería fundamentalmente la de incitar a la acción. Así, Bunge reconoce que las normas no son en sí mismas verdaderas o falsas, pero piensa en la posibilidad de reformularlas en un lenguaje enunciativo, susceptible de verdad o falsedad, que mantenga la función moral de estas reglas. Considera que pueden reemplazarse formulaciones prescriptivas como “prohibido *x*” por enunciados del tipo “si haces *x* te ocurrirá *y*”, sin que estos últimos pierdan la función moral de las primeras, es decir, la exhortación a realizar u omitir una conducta. De ese modo, se suprimirían términos morales como “deber” (o prohibición, obligación, etc.), que presentan problemas a la hora de ser fundamentados. Afirma que:

La diferencia entre “no harás *x*” y “si haces *x* te ocurrirá *y*” es primordialmente lógica, no pragmática. El condicional “Si matas, irás a la cárcel” tiene casi el mismo efecto práctico que el mandamiento “No matarás”; acaso hasta sea más eficaz<sup>4</sup>.

¿Qué ventajas representaría, según Bunge, esta transformación? Las proposiciones del tipo “si haces *x* te ocurrirá *y*” enuncian una relación

<sup>3</sup> BUNGE, Mario, *Ética, ciencia y técnica*, Sudamericana, Buenos Aires, 1996, p. 23.

<sup>4</sup> Ídem, p. 23.

NICOLÁS ZAVADIVKER

---

constante entre actos de una clase y consecuencias de otra clase, de modo que su verdad es contrastable mediante los métodos regulares de la ciencia.

Analicemos con más detalle la posición de este autor. En principio, las frases descriptivas son inertes, es decir, no mueven a la acción. ¿Por qué una frase que describe cierta regularidad entre fenómenos como “Si matas, irás a la cárcel” exhorta a no matar? Para que el ejemplo de Bunge tenga sentido, es necesario postular una persona X que es convencida de no matar a causa de esa frase, y no por tener alguna postura moral previa con relación a esa acción (como por ejemplo “Matar es inmoral” o “No se debe matar”).

Es claro que si la frase “Si matas, irás a la cárcel” logra su efecto exhortativo es porque su ocasional destinatario ha correlacionado esta proposición con otras con las que ya contaba. Así, por lo menos, ha afirmado tácitamente “No quiero ir a la cárcel”, enunciado que por cierto no es una mera descripción inerte sino la expresión de un acto de voluntad.

El probable razonamiento implícito (en su versión mínima) que ha realizado el oyente es:

No quiero ir a la cárcel  
No voy a hacer nada que me lleve a la cárcel  
Si mato, iré a la cárcel  
Por lo tanto, no voy a matar

Dicho en otras palabras: el condicional “Si matas, irás a la cárcel” no cumple su función de exhortar a la acción (o, en este caso, a la omisión) por sí misma, sino por su correlación con un acto de voluntad reflejado en la primera premisa y con una decisión representada por la segunda premisa. Que estas premisas son necesarias se advierte cuando se piensa en la posibilidad de que quien escuche el condicional del caso tenga positivamente el curioso deseo de ir preso. En ese caso, el conocimiento del condicional no sólo no evitará que mate, sino que lo exhortará a realizar esa acción. De modo que al menos parte de la función que cumplía la norma se perdió al sustituirla por el condicional, puesto que la primera indicaba claramente qué no hacer, mientras que la segunda no.

De este análisis puede inferirse que el conocimiento nunca basta por sí mismo para exhortar a la acción. Sin el deseo de evitar la prisión, el enunciado “Si matas, irás a la cárcel” hubiese resultado inerte, como resulta inerte un martillo cuando no queremos clavar nada. Supongamos que las ideas de Bunge son, no obstante, viables, y que las normas pueden ir reemplazándose poco a poco por condicionales como los mencionados. Si éste es el caso: ¿qué nos asegura que la exhortación a la acción a la que propenden estos conocimientos sea una exhortación a la acción moral? Sin duda la portación de un arma por parte de un desconocido, apuntada en dirección a nosotros y unida a la pronunciación del condicional “si no me entregas la plata te mataré”, sería muy eficaz para incitar al acto de darle nuestro dinero. Pero difícilmente pueda sostenerse que tal procedimiento sea moral.

Con esto no queremos decir que la forma normativa –a diferencia de la forma condicional– baste por sí misma para asegurar la moralidad de la acción demandada, lo que es obviamente falso. Lo que queremos destacar son las consecuencias que acarrea el prescindir de cuestiones valorativas y normativas al pretender formular una ética, cuestiones que Bunge pretende reemplazar por el conocimiento de una conexión axiológicamente neutral entre actos y consecuencias. Tal prescindencia, aun cuando circunstancialmente pueda incitar a la acción (teniendo en cuenta los deseos y decisiones de las personas), lo sitúa exactamente fuera del terreno de la ética. Estamos de acuerdo con Bunge en que una de las funciones del lenguaje moral es la de exhortar a la acción, pero no se trata de una exhortación a un acto cualquiera, sino de aquellos que previamente se consideraron como moralmente obligatorios o deseables. La mera razón instrumental no basta para fundar una ética, resultando imprescindible la tematización valorativa de “lo bueno” o de “lo que debe hacerse”.

### **III. La guillotina de Hume o cómo no pasar del ser al deber**

Examinaremos ahora otra de las alternativas que suelen esgrimirse a la hora de intentar ofrecer una fundamentación objetiva de las normas morales. En este caso no se tratará de una justificación directa sino indirecta: si bien las normas no equivalen a juicios cognoscitivos, quizás

NICOLÁS ZAVADIVKER

---

podrían deducirse de ellos. De forma explícita o implícita, gran parte de la tradición cognitivista ha realizado afirmaciones supuestamente verdaderas sobre cuestiones humanas, metafísicas y teológicas, y ha pretendido deducir normas morales a partir de aquéllas. Si esta alternativa resultase viable nos topáramos, según parece a primera vista, con una ética normativa bien fundamentada.

En el siglo XVIII, el filósofo David Hume presentó una objeción de principio contra este tipo de procedimientos. La objeción se propagó tanto —especialmente gracias a su recuperación en el siglo XX por diversos filósofos analíticos— que fue bautizada de distintas maneras, como “Guillotina de Hume” o “Ley de Hume”. Lo que este filósofo propiamente hizo notar es que los deberes tienen una estructura lógica distinta a la de los enunciados fácticos, de modo tal que parece inconcebible que los primeros puedan derivarse de los segundos. Si se realizara tal derivación, el razonamiento resultante sería falaz, esto es, persuasivo pero lógicamente incorrecto.

El abismo lógico vislumbrado por Hume entre el orden factual y el orden normativo puso en duda cualquier intento de justificación de la ética que parten de consideraciones descriptivas, sea metafísico o no metafísico, pues lo que objeta es un error de procedimiento, no de contenido.

Intentaremos comprender, más allá de las cuestiones lógicas, las razones por las cuales no podría inferirse de un modo estricto una norma a partir de nuestro conocimiento. Todo parece indicar que nuestros enunciados, si son verdaderos, pueden revelarnos sucesos del mundo, pero nunca exigimos actuar de una determinada forma. El conocimiento sólo puede indicarnos lo que fue, es y será. Pero esto no nos impone que debamos hacer o dejar de hacer algo. Nuestras obligaciones no son un dato al que accedemos mediante nuestras facultades cognitivas. Así, nada cuesta imaginar a dos personas con capacidades cognitivas y deductivas que funcionasen adecuadamente y que ante una misma situación consideraran que sus deberes son diferentes.

Hemos visto, con la ayuda de Hume, que el conocimiento —sin importar su carácter científico o metafísico— no permite deducir normas de acción. No obstante, examinemos qué ocurriría si esta pretensión

cognitivista fuera legítima, si nuestros deberes pudiesen efectivamente derivarse de lo que sabemos del mundo.

Situémonos en el marco del conocimiento científico y no del metafísico, puesto que existe cierto consenso en torno a cuáles son las verdades de la ciencia (al menos en determinados campos), pero no ocurre lo mismo con las de la metafísica. Quizás la biología pueda constituir un conocimiento relevante para establecer nuestros deberes puesto que la vida humana, al igual que la de todo ser vivo, constituye su objeto de estudio. Una de las leyes fundamentales de la evolución biológica es la llamada “ley de la selección natural”, que –entre otras cosas– constata que aquellos seres vivos que no logran una adaptación satisfactoria a su ambiente son naturalmente eliminados. La naturaleza no da muestras de piedad hacia aquellos individuos de menor aptitud: ¿significa esto que los hombres debemos hacer lo mismo, que debemos dejar que sean eliminados los más débiles (discapacitados, viejos, hambrientos) y procurar que sólo los fuertes sobrevivan? La moral occidental, especialmente en los últimos siglos, viene en general sosteniendo lo contrario. Los grandes movimientos igualitaristas modernos, surgidos tanto en el terreno ético como en el político, constituyen férreos intentos por compensar la desigualdad natural y social, por ejemplo, concibiendo un Estado redistribuidor de las riquezas, o ampliando los derechos de las clases privilegiadas hacia los sectores más desprotegidos, o postulando la igualdad entre los hombres.

Es seguro que un filósofo cognitivista no está pensando en el darwinismo social cuando afirma lo que afirma. Pensará –probablemente– en conocimientos que permitan “derivar” normas que se asemejen más a nuestra visión previa de cuáles deben ser nuestras exigencias morales. Frente a este modo de proceder pueden postularse –además de la Guillotina de Hume– al menos dos objeciones:

1) Una vez afirmado que las normas pueden ser extraídas de nuestros saberes, ¿cómo evitar también la derivación de normas que consideramos inmorales?

2) ¿Con qué criterio escogemos un conocimiento como pertinente para una derivación normativa y desechamos otro (por ejemplo la selección natural)? Todo apunta a considerar que el cognitivista introduce disimuladamente un elemento extra-científico en su elección: parece

NICOLÁS ZAVADIVKER

---

ser su propia moral la que le indica cuáles conocimientos resultan pertinentes para derivar deberes legítimos y cuáles no.

De modo que la pretensión de deducir deberes a partir de proposiciones fácticas no sólo es inviable, como mostró Hume, sino que aún si fuera factible no está para nada clara su condición de moralmente deseable.

#### **IV. Una nueva objeción: la falacia de la justificación cognitiva**

Los partidarios de un cognitivismo ético de base científica consideraron que una ética normativa bien fundamentada debería basarse en el conocimiento axiológicamente neutral que tenemos del mundo. Hasta el momento hemos dado por supuesto, junto con los cognitivistas, que si una norma pudiese ser deducida a partir de proposiciones descriptivas verdaderas y corroboradas, entonces se encontraría justificada de un modo objetivo. Pero cabe cuestionar también la verdad de este supuesto.

Sabemos que la mencionada derivación no puede realizarse. Pero en el caso de que pudiese llevarse a cabo, ¿permitiría justificar una norma moral objetiva? ¿Es un requisito suficiente para considerar justificados los deberes morales la exigencia de su deducción a partir de premisas cognoscitivas?

Para responder a estas preguntas es preciso aclarar en primera instancia cuál es el significado de la palabra “justificación”. El término proviene del latín *iustificare* que equivale a “hacer justo a uno”. “Justo”, a su vez, proviene de *iustus*, que quiere decir “conforme a la justicia y la razón”<sup>5</sup>. La raíz etimológica del término hace alusión a su uso moral, que es el que interesa a los fines de este ensayo. Tanto originariamente como hoy en día justificar se emparenta con justicia. Justificar una norma moral equivaldría a mostrarla como justa o como moralmente correcta.

La aclaración del significado del término parece una trivialidad,

<sup>5</sup> Tomado de PÉREZ CARRILLO, Agustín, *Justificación de los “Derechos humanos”*, *Dianoia*, Anuario de Filosofía XXXIX, UNAM y Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p. 249.

pero choca contra el centro mismo del proyecto cognitivista. Una de las principales virtudes de este proyecto (al menos en su versión científicista) consiste en evitar la parcialidad propia de los distintos códigos morales positivos, apelando para ello a una instancia imparcial: el conocimiento neutral que tenemos del mundo, con independencia de la valoración que del mismo podamos hacer.

Pero esta virtud se transforma rápidamente en un defecto: si el conocimiento en que podrían basarse las normas es axiológicamente neutral, también lo sería en principio la norma derivada. Es decir que, aun cuando las prescripciones pudiesen ser deducidas a partir de descripciones, este procedimiento no daría cuenta de la moralidad de la norma. En efecto, aun si un juicio de deber fuese derivado estrictamente a partir de un cierto conocimiento, cabría legítimamente preguntarse por qué habría que seguirlo. Las razones alegadas para responder a este requerimiento (las premisas cognoscitivas) no bastarían para mostrar el carácter justo o correcto de ese deber, es decir, no permitirían justificarlo. Denominaremos a este error “falacia de la justificación cognitiva”. Se incurre en ella al considerar que razones de orden cognoscitivo bastan para justificar una norma.

Al ser imposible una estricta deducción como la planteada, no hay modo de ejemplificar esta falacia. Sin embargo, si aceptamos provisoriamente y con fines didácticos derivaciones más flexibles (lógicamente incorrectas), podremos darnos una idea de la amoralidad presente en las justificaciones cognitivas. Veamos algunos ejemplos:

1. Todos los hombres caminan.  
Yo soy hombre.  
Por lo tanto, yo debo caminar.
2. Todo hombre siente alguna vez el impulso de ayudar a sus semejantes.  
Por lo tanto, los hombres debemos ayudar a nuestros semejantes.
3. En el mundo natural los fuertes eliminan a los débiles.  
Los hombres forman parte del mundo natural.  
Por lo tanto, los hombres fuertes deben eliminar a los débiles.

En el primero de los casos presentados, nadie dudaría de que la prescripción débilmente derivada (“yo debo caminar”) no es una pres-

NICOLÁS ZAVADIVKER

---

cripción moral, sino amoral (o moralmente neutra). Esto significa que la conclusión no ha sido justificada en el sentido moral del término, y que por lo tanto sería absurdo catalogar de inmoral a quien opta por no caminar, desobedeciendo la norma. Aceptada la modalidad de derivaciones débiles, gran parte de nuestro conocimiento nos permitiría derivar normas amorales. Esto se debe a que la mayor parte de lo que nos rodea no suele suscitarnos reacciones morales (positivas o negativas).

En el segundo de los casos presentados, muchos coincidirían en que la norma derivada (“los hombres debemos ayudar a nuestros semejantes”) es positivamente moral. En cambio, a la tercera prescripción (“los hombres fuertes deben eliminar a los débiles”) la mayoría la catalogaría de inmoral. Todo esto contribuye a mostrar que si las normas pudiesen ser derivadas a partir de la realidad o del conocimiento que tenemos de ésta, nada garantizaría su moralidad o justicia. El hecho de que a veces deberes así derivados nos resulten morales, otras amorales y otras inmorales, nos permite afirmar que no es su presunta derivación de la realidad (o de nuestros conocimientos) el patrón a partir del cual establecemos o incluso aceptaríamos establecer la moralidad de las normas.

La mayoría de las personas estaría de acuerdo en considerar que un hombre que haya acabado con la vida de un anciano no puede justificarse diciendo que actuó de acuerdo a la máxima “los hombres fuertes deben eliminar a los débiles”, y que esa máxima se apoya en verdades tales como la selección natural y su propia condición de hombre fuerte, puesto que nada de ello nos acercaría a creer en la justicia de la norma y por lo tanto de su acto. Pero esto acarrearía también, para ser consecuentes, nuestra no admisión de la afirmación “Todo hombre siente alguna vez el impulso de ayudar a sus semejantes” como una justificación suficiente de la máxima “los hombres debemos ayudar a nuestros semejantes”. Es claro que si hacemos una diferencia entre una y otra norma, eso se debe a razones extra-cognoscitivas, y no al modo en que fueron “justificadas”.

Si todo esto que decimos es cierto, el proyecto cognitivista –al menos en su versión científicista– estaría condenado por las mismas razones por las que alguna vez levantó vuelo. El intento por ofrecer



---

ACERCA DE LA POSIBILIDAD DE FUNDAMENTAR LAS NORMAS MORALES

---

una justificación objetiva de las normas basada en el conocimiento provisto por la ciencia tuvo por finalidad el evitar las referencias dogmáticas y supersticiosas imperantes en los códigos morales tradicionales, en favor de una ética universal bien justificada. De allí que diversos pensadores hayan considerado que nuestros saberes, en sí mismos universales y axiológicamente neutrales, podrían llevar objetividad al terreno de la ética. Pero al atenerse al plano de los hechos y evitar toda referencia a valores morales, mal podrían obtener de allí una ética.

No puede existir una ética sin valores o sin normas. Ahora bien: ni una cosa ni la otra pueden ser inferidas a partir del conocimiento<sup>6</sup>. Si nos atenemos al orden de los hechos, nunca podremos llegar al orden del deber o al del valer. Los científicos pretendieron fundar una ética objetiva evitando toda alusión a valores morales, para así garantizar la imparcialidad de su procedimiento. Pero tal proyecto, como vimos, se corta sus propias alas. La tarea de fundamentación de la ética no supone el omitir la referencia a valores, sino el apelar a ellos de un modo imparcial. Si esa tarea es factible o no, es otro asunto.

En relación a la falacia de la justificación cognitiva, podría establecerse una diferencia entre las posturas de inspiración científica y las de inspiración metafísica. En cuanto a las primeras, resulta claro que incurren en ella, pues pretenden derivar normas con valor moral a partir de juicios axiológicamente neutrales. Las segundas, en cambio, suelen presuponer que la realidad de la que parten no es neutral sino que posee en sí misma valor moral (por ejemplo “Dios”, entendido como fuente de todo lo bueno), por lo que las normas de allí derivadas serían ciertamente morales, en el caso de que el procedimiento pudiera realizarse y de que el punto de partida fuera correcto. De todos modos la posibilidad de eludir la falacia de la justificación cognitiva no representa una ventaja importante a favor de las éticas metafísicas, pues éstas simplemente evitan dicha falacia en la medida en que dan por sentado aquello que deberían probar, esto es, que la realidad misma posee valor moral.

<sup>6</sup> Creemos, junto con gran parte del pensamiento contemporáneo, que tampoco los valores pueden ser deducidos de los hechos. Por ejemplo, G. E. Moore denunció la falacia consistente en identificar “natural” con “bueno”. Ver su *Principia ethica*, UNAM, México, 1983.

NICOLÁS ZAVADIVKER

---

En su afán cognitivista, algunos autores no distinguieron lo suficiente la justificación moral de la explicación científica; de allí que a veces apelaran a meros hechos y leyes naturales para fundamentar una norma. Señalaremos sucintamente algunas de las diferencias más notables entre estas dos actividades.

Cuando se busca explicar un hecho, se intenta responder a preguntas tales como “¿cómo ocurrió?” o “¿por qué ocurrió?”. Las preguntas podrían multiplicarse; sin embargo, todas ellas tendrían como referencia un hecho real del mundo, que es el que se quiere explicar. Las respuestas, por su parte, podrían apelar a leyes científicas, enunciados causales, etcétera. Todo este procedimiento se realiza desde un punto de vista extra-moral. Así, por ejemplo, aun cuando el acontecimiento que se intente aclarar sea un asesinato, su explicación es valorativamente neutra: no justifica ni condena. Una justificación, en cambio, no puede ser valorativamente neutra, pues consiste precisamente en mostrar que algo es justo o moralmente correcto, es decir, en atribuirle un valor.

De modo que explicar y justificar son acciones de muy distinto calibre, aun cuando no siempre sea evidente en qué punto exacto debe trazarse la línea que diferencia la una de la otra, y muchas veces se las confunda.

## **V. Intentos de fundamentación que incurren en la falacia de la justificación cognitiva**

En este apartado analizaremos algunas de las diferentes propuestas cognitivistas que consideramos cometen el error que llamamos “falacia de la justificación cognitiva”.

Un ejemplo de la confusión entre explicar y justificar (con la correspondiente incursión en dicha falacia) lo encontramos en el ya mencionado libro *Ética, ciencia y técnica* de Mario Bunge, cuando el epistemólogo presenta lo que él denomina la “justificación pragmática de las normas”. Para este autor una norma se justifica pragmáticamente cuando se muestra que es favorable o compatible con la satisfacción de un deseo, en el caso de que ese deseo pertenezca a una determinada unidad social en una circunstancia definida.

¿Constituye verdaderamente esto una justificación? Si una sociedad adopta una norma que en determinado contexto favorece el cumplimiento de alguno de sus deseos, ¿en qué sentido nos acercamos siquiera un poco a una justificación moral de ese precepto? Es cierto que podría quizás considerarse un error que una sociedad adoptara una norma que le impide satisfacer un deseo que ella misma tiene, o que malinterprete sus circunstancias, pero esos errores no serían morales. Si no creyéramos esto último, deberíamos catalogar de inmoral a toda equivocación. Supuestos ciertos deseos, es factible ofrecer razones cognitivas para apoyar la adopción de una norma, por ejemplo, mostrando que ésta permitiría satisfacerlos. Pero en este caso restaría justificar la moralidad de esos deseos.

El mismo Bunge admite que esta prueba permite justificar pragmáticamente normas que tanto él como la mayoría de las personas consideramos indeseables. Por ejemplo, afirma que la norma racista “Hay que expoliar o eliminar a las razas inferiores” es “pragmáticamente justificable en el contexto del colonialismo y del nacionalismo agresivo (por ej., el nazismo), ya que la norma en cuestión posee valor político para una banda que está en tren de satisfacer su deseo de dominio y de propiedad”<sup>7</sup>. No es que el autor en cuestión sea partidario del nazismo, por el que siente la misma repugnancia que suele sentirse; lo que ocurre es que la prueba por él ideada nada tiene que ver con la moralidad de las prescripciones. No se trata verdaderamente de una justificación, sino más bien de una explicación de las causas que suelen llevar de hecho a la adopción de una norma, o de un procedimiento para mostrar la conveniencia (desde un punto de vista extra-moral) de aceptar una cierta norma como medio para satisfacer un deseo predefinido.

Bunge quiere basar sus consideraciones éticas en la información obtenida por las ciencias sociales. Así, del hecho de que determinadas prescripciones aparecen ante ciertas necesidades sociales, el autor infiere –incorrectamente– que dichas normas están moralmente justificadas. Le confiere así sentido justificatorio a lo que no era más que una explicación, sin percibir las nefastas consecuencias que esto con-

<sup>7</sup> Ob. cit., p. 82. Hemos obviado en la cita algunos paréntesis innecesarios.

NICOLÁS ZAVADIVKER

---

lleva. Por ejemplo, un alemán que durante la Segunda Guerra actuara de acuerdo a la máxima “debo ayudar al que sufre” no pasaría el test de “justificación pragmática” de Bunge, mientras que sí lo haría quien eliminara o expoliara al débil.

El filósofo mexicano Adolfo Sánchez Vázquez incurre en errores muy similares a los de Bunge, cuando admite como criterio de justificación moral, entre otros, a la “justificación social”. De ella afirma:

En cuanto a que la moral cumple la función social de asegurar el comportamiento de los individuos de una comunidad en cierta dirección, toda norma responde a intereses y necesidades sociales. Sólo la norma que exige la conducta adecuada, o sea: la que se ajusta a esos intereses y necesidades, se justifica o es válida en la comunidad social correspondiente<sup>8</sup>.

El primero de los enunciados citados es claramente descriptivo. En el segundo, en cambio, el autor realiza un salto injustificado al inferir de esa afirmación fáctica la validez de las normas que pretenden adaptar las conductas a las necesidades de cada comunidad.

También el notable semiólogo y escritor italiano Umberto Eco incurre en la falacia de la justificación cognitiva, al intentar hallar los fundamentos de una ética laica. Eco intenta derivar una ética natural a partir de la existencia de ciertos “universales semánticos”, es decir, de nociones comunes a toda la especie humana, más allá de la diversidad cultural. El intelectual italiano cree encontrar los siguientes “universales semánticos”:

Y ciertamente cada hombre tiene nociones de lo que significa percibir, recordar, experimentar deseo, miedo, tristeza o alivio, placer o dolor, y emitir sonidos que expresen esos sentimientos. Por lo tanto (y se entra ya en la esfera del Derecho), se tienen concepciones universales sobre la constricción: no se desea que alguien nos impida hablar, ver, escuchar, dormir, ingerir o expeler, ir adonde se nos antoje; sufrimos si alguien nos mata o nos obliga a la segregación...<sup>9</sup>

<sup>8</sup> SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo, *Ética*, Grijalbo, México, 1973, p. 201.

<sup>9</sup> ECO, Umberto, *Cuando entra en escena el otro*, en *Cinco escritos morales*, Lumen, Barcelona, 1999, p. 104.

---

ACERCA DE LA POSIBILIDAD DE FUNDAMENTAR LAS NORMAS MORALES

---

Hasta el momento Eco realiza consideraciones del orden de lo fáctico sin emitir valoraciones, describiendo algunas de las distintas sensaciones por las que todos los hombres atravesamos, e incluyendo en dicha descripción aquellas que nos resultan displacenteras. Pero en base a estas consideraciones no duda en saltar al terreno del deber, cometiendo las dos falacias denunciadas:

...esta semántica se ha convertido en la base para una ética: ante todo, *debemos* respetar los derechos de la corporalidad ajena, entre los cuales debemos incluir el derecho de hablar y pensar<sup>10</sup>.

Así, Eco deduce por un lado el deber a partir del ser, y por el otro considera justificada esa prescripción por el hecho de haber partido de conocimientos de nociones semánticas pretendidamente comunes a toda la humanidad.

Siguiendo la forma de razonar de Eco, llegaríamos a consecuencias tales como que el hombre *debe* actuar violentamente, sobre la base de que todos los seres humanos experimentamos algunas vez impulsos agresivos y destructivos; o que *debemos* respetar que cada quien se apropie de las cosas de otro, fundados en el hecho de que todos deseamos alguna pertenencia ajena.

El error ejemplificado en los tres pensadores precedentes suele ser cometido por aquellos autores que, siendo admiradores de la ciencia y de sus logros, pretenden extender parte de esa potencialidad a la ética. De allí que comiencen realizando consideraciones en el marco de lo que suele denominarse Ética Descriptiva (el estudio de las conductas morales a partir de ciencias tales como la sociología, la antropología y la psicología), para luego pasarse –indebidamente– al registro de la prescripción, de la valoración y de la justificación.

## VI. Algunas conclusiones de las objeciones presentadas

Sistematizaremos, en la medida de lo posible, algunos de los resultados obtenidos en la presente investigación sobre la posibilidad de justificar las normas morales en el conocimiento.

<sup>10</sup> Ídem, p. 104. La cursiva es nuestra.

NICOLÁS ZAVADIVKER

---

Existen dos modos de posicionarse en relación a los valores: adoptando una posición axiológica particular o no adoptándola, es decir, manteniéndose neutral. En rigor, todos hacemos en nuestra vida práctica lo primero, pero en determinado ámbito puede practicarse también lo segundo.

Es a partir de esta posición axiológica particular, en tanto que incluya valores morales, que cabe la posibilidad de catalogar de correctos o incorrectos a ciertas conductas e incluso a ciertas normas. Situados desde una perspectiva como ésta probablemente no podamos dar con una fundamentación objetiva de la ética, pues ya hemos aceptado todo aquello que tendríamos que probar. En estos casos, lo usual es buscar un tipo de fundamentación que se adecue a aquello que previamente –y por razones extra-cognoscitivas– hemos aceptado como moralmente bueno.

El filósofo alemán Hans Albert, representante del racionalismo crítico, sistematizó algunas objeciones de principio frente a los proyectos de fundamentación última de la ética. Según Albert, todo intento estaría condenado a caer en una de estas tres aporías:

o bien (1) un regreso infinito de la fundamentación a principios que a su vez requieren ser fundamentados; o bien (2) un círculo lógico (como en el caso de la fundamentación racional del principio de racionalidad); o bien (3) una interrupción dogmática del procedimiento de fundamentación al llegar a un principio que se da por evidente en sí mismo, como en el caso de la metafísica tradicional<sup>11</sup>.

El creciente prestigio de la ciencia a partir de los siglos XVII y XVIII suscitó en algunos pensadores la esperanza de que la ética podía intentar justificarse de un modo muy distinto. Bastaría con situarse en el marco del conocimiento científico –siendo éste testeable por vías independientes– y de allí deducir preceptos para la acción. La ciencia –se creía– iba a garantizar la objetividad que la metafísica nunca pudo

<sup>11</sup> La mencionada cita corresponde a Karl-Otto Apel, quien comenta la posición en relación al tema que ha adoptado su compatriota Hans Albert. Cfr. *Una ética de la responsabilidad en la era de la ciencia*, Almagesto, Buenos Aires, 1990, ps. 12-13. El libro de Albert al que se hace referencia es *Traktat über kritische Vernunft*, Tübinga, 1969.

---

ACERCA DE LA POSIBILIDAD DE FUNDAMENTAR LAS NORMAS MORALES

---

aportarle a la fundamentación de la moral. Pero el problema es que si adoptamos una posición axiológicamente neutral nunca podremos obtener una ética: seguiremos siempre moviéndonos en un terreno extra-moral.

Atenido al orden de lo fáctico, el científico no puede decirnos qué es lo que debemos hacer. Si lo hace, o bien ha partido de sus propios presupuestos morales (y por lo tanto no nos habla como científico sino como hombre común) o bien ha incurrido en dos falacias: la guillotina de Hume y la falacia de la justificación cognitiva.

Aún en el caso de que la deducción exigida por Hume pudiera llevarse a cabo, ello no constituiría una justificación suficiente de la norma derivada. Esto no quiere decir que exigir una deducción –como hacía el filósofo escocés– sea inadecuado: significa que las premisas del razonamiento no deberían ser meramente cognoscitivas, sino –al menos en parte– ellas mismas morales.

De esta manera, todo parece indicar que sólo es posible hablar de una justificación moral dentro de una determinada moral ya asumida. La noción de justificación parece tener sentido sólo si se acepta un marco ético previo, con lo cual va difuminándose su asociación con la noción de objetividad. No podríamos dar cuenta de la moralidad de una norma si previamente no hubiésemos supuesto ciertos valores o ciertas reglas de mayor generalidad, a los que consideráramos buenos sin fundamentación posterior. Una vez hecho esto, nada costaría justificar moralmente una norma, sea deduciéndola de otra antes validada, sea mostrando que “realiza” un valor antes adoptado.

Supongamos que se le pidiese a una persona la justificación de alguno de sus actos (por ejemplo la devolución de una billetera perdida) y que se le insistiese mediante un procedimiento recursivo sobre una nueva justificación moral de cada una de sus respuestas (con preguntas del tipo “¿Y por qué ‘no se debe robar’?”), dependiendo de sus contestaciones). Si lo que venimos diciendo es cierto, se llegará a un punto –si no hay antes una deliberada interrupción del diálogo– en que nuestro interlocutor retomará su última respuesta y no podrá ir más allá de ella. Esta respuesta será presumiblemente un juicio de valor o una norma y, a partir de allí, el indagado abandonará su intento

NICOLÁS ZAVADIVKER

---

de fundamentación objetiva por el de persuadir retóricamente a su interrogador de la validez de su respuesta anterior.

Ciertamente, casi nunca se llega a esta instancia en una controversia moral. Esto se debe, en cierta medida, a que el discurso de tipo persuasivo desempeña un papel central en las discusiones prácticas desde un comienzo. De esta manera, las instancias últimas de fundamentación difícilmente llegan a ponerse en cuestión.

Pero más revelador aún es el hecho de que si la discusión se presenta entre miembros de una misma sociedad que recibieron una educación similar, lo común es que la disputa culmine prontamente en un consenso, posibilitado por la mutua afirmación –casi siempre tácita– de valoraciones o principios normativos muy semejantes. Tal coincidencia limita el alcance del cuestionamiento, de modo que la indagación no suele proseguir hasta sus instancias últimas.

Este fenómeno es particularmente frecuente cuando una institución oficia de marco del diálogo, pues usualmente la sola existencia de ésta implica la aceptación tácita de ciertas normas o de ciertos fines que se consideran valiosos. Así, por ejemplo, si dos médicos intercambian opiniones en un congreso acerca de la forma de tratar una determinada enfermedad virósica, es claro que ambos (así como su auditorio) han asumido –en virtud de su profesión– que su deber consiste en curarla, o bien que la salud de sus pacientes es algo valioso. Una vez hecho esto, la discusión gira en torno de los medios más idóneos para realizar el fin deseado de curar, es decir, se centra en sus aspectos propiamente cognitivos y no en los éticos.

La asunción compartida de la deseabilidad de ciertos fines no resulta un hecho trivial, y su real importancia sólo se revela cuando tal coincidencia no ocurre. Pensemos, por ejemplo, que la discusión se realiza entre un médico regular y otro perteneciente a una organización terrorista. Mientras el primero presentará los procedimientos tendientes a curar la enfermedad, el segundo podría centrar su atención en los medios para propagar el virus entre las poblaciones enemigas. Ambos acaso coincidirían en la manera de hacer una y otra cosa, pero su discusión en torno a cuáles medios deberían seguirse sería completamente estéril, en la medida en que ellos están pensando qué hacer en vista de fines diferentes. Sería como si dos compañeros de



viaje discutieran qué camino deben seguir sin antes haber acordado el lugar al que desean llegar.

Volvamos, para sintetizar, al trilema de Albert. Nuestro actuar potencial frente a un pedido recursivo de justificación concuerda –en líneas generales– con la opción 3) de dicho argumento: llega un punto en que cortamos la cadena de justificaciones posibles y aceptamos como válidos –sin ulterior fundamento– ciertos valores y ciertas normas. Éstos generalmente coinciden con los de los demás, pero tal cosa no está garantizada ni ocurre invariablemente.

Quien intenta fundamentar una ética normativa se encuentra así con una disyuntiva: o bien se sitúa en pleno terreno moral adoptando determinadas normas y valores, resignando con ello la posibilidad de dar cuenta de los mismos; o bien se sitúa fuera de tal terreno y nada puede sugerir en torno a qué vale y qué no vale, qué debe hacerse y qué no debe hacerse.

La noción de una justificación moral basada en el conocimiento neutral que tenemos del mundo es un contrasentido. La pretendida fundamentación no vendrá, como podría pensarse, con la evolución del saber científico: la imposibilidad aquí esgrimida corresponde a una cuestión de principio, no a una dificultad de hecho.

## VII. Ausencia de fundamentos y relativismo moral

Suele decirse que la inexistencia de una ética objetiva desemboca en el relativismo moral, por lo que vamos a analizar esa afirmación, que exige en primer lugar aclarar qué debe entenderse por el término “relativismo”. Digamos que el relativista del nivel moral afirma por ejemplo que “todo vale” o que “nada vale”. En ambos casos nos encontraríamos ante juicios de valor y éstos no pueden reclamar objetividad plena. Desde este punto de vista, el relativismo moral no sólo no es implicado por nuestra posición –que no toma partido por ninguna valoración–, sino que ésta lo sitúa al mismo nivel que cualquier otro juicio de valor, no dándole ningún tipo de prioridad.

Lo mismo vale decir de la afirmación –defendida por algunos filósofos ius-positivistas– de acuerdo a la cual “una norma es válida en la medida en que esté vigente”, siempre que se interprete esa validez

NICOLÁS ZAVADIVKER

---

como afirmada en el nivel moral. Si en cambio se interpreta ese enunciado de otra manera, como afirmando algo así como “Todo código moral es relativo a la cultura en la que tiene vigencia”, dicha afirmación es en realidad una descripción, verdadera o falsa, susceptible de investigación científica y que pertenece más bien al terreno de la llamada ética descriptiva, por lo que no se ve implicada por la tesis metaética de acuerdo a la cual no puede fundamentarse la moral en el conocimiento.

Si por relativismo, en cambio, pretende decirse que “no existen criterios objetivos para establecer la superioridad de una moral sobre otra”, entonces esta tesis sí forma parte de las consecuencias de nuestra posición metaética pero, como mostraremos, no tiene derivaciones directas sobre la práctica moral, es decir, no permite avalar un relativismo moral de primer grado. Quizás valga la pena aclarar que la tesis metaética “no existen criterios objetivos para establecer la superioridad de una moral sobre otra” no implica que “todas las morales valen lo mismo”, que es un juicio de valor más, no perteneciente al nivel metaético. La inexistencia de criterios objetivos suele ser sustituida en la práctica por “criterios subjetivos”, que inevitablemente nos llevan a preferir ciertos valores por sobre otros.

Decíamos que la proposición “no existen criterios objetivos para establecer la superioridad de una moral sobre otra” no tiene implicaciones en la práctica moral. Esto se debe a que ninguna norma puede ser deducida directamente de un juicio descriptivo, y el enunciado mencionado es una descripción. De modo que no hay forma de deducir del mismo prescripciones tales como “Cada persona tiene derecho a hacer lo que le conviene”, o “Cada persona debe hacer lo que su comunidad prescribe”. Ninguna de esas normas –o cualesquiera otras– se encuentra justificada en el conocimiento al que hemos arribado.

Tampoco ningún juicio de valor se encuentra especialmente amparado mediante nuestra posición metaética. Así, quien por ejemplo sostiene –basado en la imposibilidad de que una cultura comprenda el código moral de otra muy distinta– que *debe* primar la tolerancia entre ellas, afirma el valor de la tolerancia, es decir, realiza también un juicio de valor que no puede extraerse meramente de dicha descripción.

---

ACERCA DE LA POSIBILIDAD DE FUNDAMENTAR LAS NORMAS MORALES

---

La tolerancia como otras actitudes morales son compatibles con nuestra posición metaética, pero no guardan una relación necesaria.

Lo mismo sucede con quien asevera, basado en la inexistencia de valores objetivos, que “cada uno puede hacer lo que desea, sin límite alguno”: quien así argumenta afirma el mayor valor de sus deseos personales por sobre los ajenos. En ambos casos o bien se razonó incorrectamente (incurriendo en la “falacia de la justificación cognitiva”) o bien se incluyó tácitamente una premisa normativa o una valorativa. En uno u otro caso, no se dedujo la posición moral a partir del mero conocimiento.

Realizaremos ahora algunas aclaraciones en torno al modo de existencia de las normas, para así evitar algunos malentendidos que pueda haber suscitado este ensayo. Sostener que las prescripciones no reflejan sucesos del mundo ni pueden ser justificadas en ellos no implica afirmar una total desconexión entre las normas y la realidad. La noción misma de “norma” resultaría ininteligible si no se tuviera en cuenta su aspiración a influir sobre las acciones efectivas de las personas y por tanto su pretensión de modificar, aunque más no sea en escasa medida, la realidad humana. Es la visión cognitivista de las reglas morales la que oscurece este hecho, al interpretar a las normas como realidades plenas en sí mismas.

Nuestra afirmación de que las normas no constituyen entidades objetivas, en el sentido en que sí lo son, por ejemplo, los árboles y las piedras, no implica el reconocerles una existencia meramente subjetiva. Más bien pareciera que ellas están tejidas sobre la sólida trama de la intersubjetividad. Las normas no existen con independencia de las culturas, pero sí de cada hombre particular. Esa existencia no nos resulta indiferente a los seres humanos: la exigencia de acatarlas puede ser tan real como la necesidad de correrlos a un lado cuando nos topamos en nuestro camino con una muralla.

Con estas consideraciones de por medio no pretendemos subrayar solamente el carácter social de lo normativo, sino también el carácter normativo de lo social. Las culturas se construyen y perduran en la medida en que sus miembros modelan sus propios comportamientos (y a largo plazo sus personalidades) de acuerdo a las reglas y valores vigentes en ellas. Ser miembro de una sociedad consiste en buena

NICOLÁS ZAVADIVKER

---

medida en adquirir una disposición a guiar la conducta mediante normas, adquisición que –lenta y penosamente– se lleva a cabo mediante el proceso de socialización.

Esta internalización de los códigos morales penetra a veces muy profundamente en las conciencias. De hecho, algunas personas llegan a sentir que si sus actos morales no poseen un punto de apoyo absoluto –como les dijeron cuando niños– entonces no tienen ninguna razón de ser.

Este es tal vez el principal motivo por el cual muchos hombres suelen rechazar los cuestionamientos a la idea de una ética objetiva: los guía la convicción de que si la ética no posee un fundamento sólido entonces no hay ninguna razón para comportarse moralmente. Según ellos, la inexistencia de un Dios garante de los valores –o de algún reemplazante secular– conduciría, sin más, al triunfo de la inmoralidad y del nihilismo.

Pero esta forma tan difundida de ver las cosas está sustentada en un error. El mismo consiste en identificar los *fundamentos* de la moral con las *motivaciones* para la acción<sup>12</sup>. Como hemos visto a lo largo de este ensayo, la fundamentación de la moral no puede llevarse a cabo por razones de principio. Supongamos, no obstante, que nos hemos equivocado, y que dicha tarea será realizada en un período futuro. Aun si ése es el caso, sería absurdo que hubiese que esperar a que los filósofos encontrasen una justificación última para que pueda exigirse a la humanidad que actuase moralmente. Los motivos de la acción moral, por tanto, son independientes de sus supuestos fundamentos últimos; y gracias a que esto es así el género humano ha podido llegar hasta aquí.

Las fuentes de las conductas morales pertenecen al orden de lo psicológico: son determinados sentimientos y disposiciones los que nos mueven –por ejemplo– a ayudar a una persona que lo necesita o a abstenernos de robar cuando la ocasión es propicia. Estos sentimientos y actitudes bastan para generar una acción moral; el hecho de si además

<sup>12</sup> Distinción señalada originalmente por AYER, Alfred, en *Los problemas centrales de la filosofía*, Alianza Universidad, Madrid, 1979.

---

ACERCA DE LA POSIBILIDAD DE FUNDAMENTAR LAS NORMAS MORALES

---

poseen o no un fundamento objetivo no les quita ni les agrega nada en tanto fuentes de conducta. De allí que Bertrand Russell afirmara:

No creo que las pasiones tengan fuente. Si usted viera ahogarse a un niño intentaría salvarlo y no esperaría que algún “ismo” la persuadiera de que merece ser salvado [...] No es necesario justificar este impulso, así como no es necesario justificar el hecho de comer cuando se tiene hambre<sup>13</sup>.

Ahora bien: el hambre es una necesidad de tipo natural, y no nos hace falta ninguna motivación externa para llegar a sentirlo y actuar en consecuencia. Las conductas morales, en cambio, en general requieren ser reforzadas por la sociedad. De allí que si se omite en la niñez una educación moral (basada en la estimulación de ciertos sentimientos y acciones) se producirá al poco tiempo un trastorno social de proporciones, aún si a las personas se les informase de manera verosímil sobre la existencia de un fundamento último.

Puede discutirse el hecho de si es necesario que un ser humano precise creer (a modo de motivación) que sus valores son objetivos en el momento en que se dispone a realizar una acción tipificada como moral. Sostenemos, a modo de hipótesis, que lo que necesita el agente no es tanto esa creencia como un sentimiento intenso que lo cuestiona en su inacción, que lo hace sentir obligado, sea éste un sentimiento de deber, de compasión o algún otro. Pero aun si fuera cierto que el agente precisa creer en la objetividad de sus valores, dicha creencia seguramente no se verá conmovida por la discusión filosófica en torno de si la ética ha hallado o no un fundamento último<sup>14</sup>.

Al parecer, el objetivista espera que una fundamentación última de ciertas normas tenga una importante repercusión práctica en el comportamiento efectivo de los hombres. El conocimiento ético –se cree–

<sup>13</sup> FEINBERG y KASRILS (comp.), *Bertrand Russell responde. Selección de su correspondencia 1950-1968*, Granica, Buenos Aires, 1971.

<sup>14</sup> Hay incluso casos notorios de filósofos defensores de posiciones no-cognitivistas que mostraron un gran compromiso personal con cuestiones morales. Alfred Ayer fue un participante activo en manifestaciones contra el régimen del apartheid; Bertrand Russell estuvo preso a los 89 años por encabezar una protesta pública contra la política nuclear inglesa.

NICOLÁS ZAVADIVKER

---

incitaría al cumplimiento de las normas válidas de conducta. Estas razones podrían hacernos pensar que al negar esa posibilidad de fundamentación nos volvemos cómplices de la inmoralidad. Pero la verdad es que la esperanza cognitivista resulta muy dudosa, y no sólo porque parece imposible dar con una justificación semejante, sino también porque se sabe que las fuentes reales que inspiran las acciones humanas (morales o no) poco y nada le deben a los saberes con los que la humanidad cuenta. Como fuentes suplementarias de motivación moral, las teorías éticas elaboradas por pensadores cognitivistas poco y nada han aportado a las conductas efectivas de las personas. Como hace notar el filósofo Richard Rorty:

El surgimiento de la cultura de los derechos humanos parece no deberle nada al incremento del conocimiento moral, pero mucho a la práctica de escuchar historias tristes y sentimentales...<sup>15</sup>

Abandonar la pretensión por hallar un fundamento último para nuestras propias convicciones morales puede resultar –después de todo– una tendencia saludable. Como hemos visto, el abordaje de la ética desde la perspectiva de quien intenta fundamentarla en el conocimiento no conduce sino a desnaturalizar la moral (tornando ininteligible su función práctica) y a incurrir en diversos tipos de falacias.

La renuncia a esta pretensión desmedida, en cambio, nos permitiría abordar la ética sin la pesada carga de los prejuicios de nuestra cultura, que nos llevan a acomodar el objeto a creencias socialmente preestablecidas. Una manera no fundacionista de ver la ética facilitaría la reflexión moral y nos haría más conscientes de nuestra propia escala de valores, volviendo más eficaz nuestro actuar y aumentando la comprensión de quienes sustentan un código moral diferente.

De esta manera podremos también concentrarnos mejor en la efectivización de las conductas que consideramos morales, en vez de regodearnos en fundamentos falaces o de persistir por siempre en una búsqueda infructuosa.

<sup>15</sup> *Derechos humanos, racionalidad y sentimentalismo*, en RORTY, Richard y otros autores, *Batallas éticas*, Nueva visión, Buenos Aires, 1996.

### **Bibliografía**

- AYER, Alfred, *Lenguaje, verdad y lógica*, Eudeba, Buenos Aires, 1971.
- COPI, Irving M., *Introducción a la lógica*, Eudeba, Buenos Aires, 1969.
- HOERSTER, Norbert, *El problema de la inferencia del deber ser a partir del ser, en la filosofía moral analítica*, en *Problemas de ética normativa*, Distribuciones Fontamara, México, 1992.
- HUDSON, W. D., *La filosofía moral contemporánea*, Alianza Universidad, Madrid, 1987.
- HUME, David, *Tratado de la naturaleza humana*, t. III; *De la moral*, Hyspamérica Ediciones Argentina, Buenos Aires, 1984.
- NINO, Carlos, *Los hechos morales en una concepción constructivista*, *Cuadernos de Ética*, Nº 1, Buenos Aires, 1986.
- von WRIGHT, G. Henrik, *Norma y acción. Una investigación lógica*, Tecnos, Madrid, 1989.
- ZAVADIVKER, Nicolás, *Una ética sin fundamentos*, Universidad Nacional de Tucumán, Tucumán, 2004.





## LOS PARLAMENTOS ¿CREAN DERECHO?

### Sobre teoría del Derecho y su transposición didáctica\*

por OSCAR SARLO\*\*

#### 1. Planteamiento

El conocimiento vulgar sobre el Derecho da por sentado que el Derecho es creado por los parlamentos y aplicado por los jueces. Correlativamente, se afirma rotundamente que los jueces no crean Derecho. La crítica de la exégesis a fines del siglo XIX y el desarrollo de la teoría jurídica en el siglo XX puso en cuestión –como todos sabemos– el papel de los jueces, provocando una revisión profunda de los supuestos de la teoría clásica del Derecho, al punto que muchos teóricos afirman que los jueces crean Derecho.

Sea cual sea la respuesta, es notorio que una y otra vez vuelve a plantearse el problema de si los jueces crean Derecho o no. Lo que me ha llamado la atención, en cambio, es que no se plantee con la misma fuerza e insistencia el problema de si los parlamentos crean Derecho, siendo que en general –aunque no necesariamente– las razones para problematizar una fuente, sirven para problematizar a la otra.

Me temo que las razones de esta discriminación sean más ideoló-

\* Ponencia presentada a las XIX Jornadas Argentinas y Primeras Argentino-Brasileñas de Filosofía Jurídica y Social, San Carlos de Bariloche, 7 al 9-10-2005.

\*\* Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de la República (Uruguay). E-mail: ossarlo@adinet.com.uy.

OSCAR SARLO

---

gicas que teóricas, y que articulando todo esto, haya que mirar a la práctica de la transposición didáctica de los saberes jurídicos. Pero vayamos por partes.

## 2. La cuestión en la teoría del Derecho

Como es sabido, la concepción clásica veía la creación del Derecho como una manifestación de la voluntad soberana<sup>1</sup>, esto es, la voluntad suprema de la sociedad. De alguna manera, esto significaba una trascendentalización de las relaciones personales que se daban en una sociedad fuertemente jerarquizada.

En la tradición anglosajona, John Austin decía que el Derecho propiamente dicho es un mandato del superior político determinado –o soberano– que obliga a los jurídicamente inferiores –o súbditos– a actos de sumisión, mediante la imposición de una pena en caso de desobediencia, y todos los mandatos del soberano que tienen esa finalidad son leyes, mientras que para la exégesis francesa, en la tradición continental, todo el Derecho se reduce a la ley, y por ende a la voluntad del Estado expresada por el legislador.

A lo largo del siglo XX esta concepción fue sometida a crítica desde diversos ángulos. En especial me interesa la crítica del positivismo, como corriente dominante en la teoría jurídica, la cual formulará muy serios reparos a la concepción clásica en este tema.

En primer lugar, la moderna teoría del Derecho advierte que la creación del Derecho no puede ya ser el producto de ninguna voluntad por sí misma, porque la voluntad jurídicamente relevante no es la psicológica (ni siquiera la colectiva) sino aquella autorizada por las normas del sistema jurídico.

Por otra parte, para no caer en circularidad, la misma voluntad no puede afirmar que está autorizada. Por consiguiente, si –al menos– una de las condiciones de la validez del Derecho creado, radica en que sea producido conforme lo autorizan normas previamente creadas, pues entonces ya no es fruto de una expresión de voluntad, sino de

<sup>1</sup> Del mismo modo que las relaciones jurídicas privadas surgían de la voluntad individual.

una instancia posterior que corrobore la creación de Derecho. Por ejemplo, podemos decir que la voluntad expresada por una votación en el Parlamento será una ley, si y sólo si se han cumplido con los requisitos establecidos previamente por la Constitución para que algo valga (pueda interpretarse) como ley.

Pero tampoco basta con que algo pueda ser interpretado conforme a la voluntad del creador de la norma, sino que será preciso contar con la cooperación interpretativa de aquellos que tienen que aplicarla: el poder administrador y los tribunales. Si por alguna razón éstos no contribuyeran a la efectividad del mandato legislativo, éste quedaría “flotando” en una dimensión de pensamiento, sin consecuencias prácticas.

Con estas movidas, la categoría de lo jurídico pierde la simplicidad y nitidez que tenía cuando estaba asociada biunívocamente al concepto de ley positiva. Para manejar este complejo problema, será preciso entonces, realizar ciertas precisiones en la noción de crear Derecho. En efecto, bajo la denominación de crear Derecho se están aludiendo fenómenos muy diversos, como por ejemplo: (a) producir un texto dotado de autoridad oficial (sancionar una ley, suscribir un contrato, etc.); (b) lograr que ese texto sea comprendido como Derecho por sus intérpretes, y (c) lograr que ese texto logre motivar las conductas de sus destinatarios directos, o de quienes tienen el cometido de hacerlo cumplir, para que lo hagan efectivamente de acuerdo con la intención con la cual fue sancionado, etcétera.

No cabe duda de que en el sentido (a) el parlamento crea Derecho, pero también lo hacen otros órganos autorizados a disponer derechos y obligaciones. Pero crear Derecho en el sentido (b) ya no depende exclusivamente del parlamento, sino que dependerá de ciertos códigos que condicionan la inteligibilidad del mensaje. Todavía más: que la interpretación coincida con la querida por sus redactores, es algo que también dependerá de factores diversos. Finalmente, si por crear Derecho entendemos el sentido (c) entonces tal eventualidad depende todavía de la decisión de otras autoridades que gozan de una autoridad muy grande, pues un acto de creación normativa no se parece a dar una orden, sino que en todo caso, se trataría de una orden que se incorpora a un conjunto de órdenes que conforman un sistema, y que se interpreta como un todo coherente.

OSCAR SARLO

---

Algunas versiones realistas<sup>2</sup> señalan que sólo podríamos decir que el acto legislativo (a) crea derecho en el sentido (c) si podemos conjeturar que los tribunales han de aplicarlo. Si no existe conjetura plausible en tal sentido, pues habría que esperar a ver qué pasa en los tribunales. Otros teóricos, como Kelsen<sup>3</sup>, son partidarios de abrir un crédito a los actos sancionados (a) que logren el resultado (b), reservando el juicio adverso para el caso que resulten desestimados por los tribunales.

En cualquier caso, vemos que para los teóricos del programa positivista, la relevancia normativa jurídica de un acto emanado del parlamento (al igual que los emanados de otros órganos) descansa en su dimensión pragmática. Ya para Kelsen la noción de norma jurídica depende de la interpretación desinteresada de un tercero, pues es la que puede captar el sentido objetivo de un acto de voluntad orientado a motivar la conducta de otros. Más contundente es la tesis de Ross, para quien la mera sanción de una ley no autoriza a considerarla derecho vigente, salvo que por otros antecedentes pudiera pronosticarse con certeza que será aceptada y aplicada por los tribunales.

Este giro pragmático en la concepción del Derecho, puede sintetizarse diciendo que el Derecho es visto como un fenómeno institucional, lo cual significa que se trata de un fenómeno relacionado con el ejercicio del poder, y comprendido por sus participantes conforme a reglas. Por lo tanto, si hemos de seguir hablando del parlamento como creador de normas, deberemos tener el cuidado de distinguir entre dos cosas. Por un lado, estarán los textos normativos, pero por otro, estarán los sentidos obligatorios que pueden elaborarse o generarse a partir de esos textos. No hay problema en mantener que los parlamentos efectivamente crean, con carácter autoritativo, textos normativos, de carácter general y abstracto. Pero que sean interpretados como Derecho y –más aún– como Derecho vigente, ya no depende de su propia voluntad, sino que dependerá de que otros sujetos acepten que su sentido es obligatorio y además estén dispuestos a hacerlo efectivo.

<sup>2</sup> Tal el caso de Alf Ross, por ejemplo, en *Sobre el Derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1963.

<sup>3</sup> Ver, KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Porrúa, México, 1979.

Claro que para que este fenómeno se hiciera visible, fue preciso aguardar a que aparecieran instancias de efectivo control de esos requisitos. En el Derecho Privado esto no era novedad, pues siempre estuvo claro que, por ejemplo, los contratos valían en la medida en que la voluntad se hubiera expresado cumpliendo determinados requisitos; pero esto no estaba tan claro respecto de las leyes. La clara percepción de este fenómeno se origina en cambios notables operados en el funcionamiento de los sistemas jurídicos. Por un lado, la irrupción de las constituciones, como cuerpos normativos, y por otro, la consolidación del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Estos fenómenos eran desconocidos en la época en que se conformó la doctrina clásica del Derecho<sup>4</sup>.

Por consiguiente, para la concepción contemporánea del Derecho, la producción normativa no es atribuible a órganos aislados, sino que es el resultado de prácticas institucionales complejas, que requieren del juego armónico o cooperativo de distintas autoridades. De alguna manera, esto es la consagración del programa de la ilustración para controlar el poder, basado en la idea de distribuir el poder entre distintos órganos para motivar la interacción entre ellos, y de esa manera configurar una efectiva garantía de la libertad pública.

### 3. Teoría del Derecho y transposición didáctica<sup>5</sup>

La traslación de los saberes científicos a los sistemas educativos, ha sido estudiada por varios teóricos de la educación, y se conoce actualmente como transposición didáctica. Este proceso de transposición didáctica de los saberes científicos a saberes escolares plantea

<sup>4</sup> Sólo existía la práctica norteamericana del control de constitucionalidad a cargo de la Corte Suprema, a partir del famoso caso “Marbury vs. Madison”, de 1803.

<sup>5</sup> La cuestión de la transposición didáctica me fue sugerida en el Taller sobre *Comprensión y Producción de Textos para el Área Social* realizado por las docentes Susana Barco y Sonia Lizarriturri en agosto de 2005. Por esos días se publicó en Montevideo un importante estudio sobre “La transposición didáctica de la interpretación en la enseñanza formal de los juristas en la UDELAR”, de Gianella Bardazano, que aborda la problemática a nivel universitario. En este apartado sigo el tratamiento de CAJAS, Fernando, *Alfabetización científica y tecnológica: la transposición didáctica del conocimiento tecnológico*, en *Rev. Enseñanza de las ciencias*, 2001, 19 (2), 243-254.

OSCAR SARLO

---

problemas teóricos y prácticos de gran importancia en lo que se denomina alfabetización científica y tecnológica. El hecho de que estos procesos se cumplan de manera un tanto espontánea significa que casi nunca se estudian sus implicaciones a largo plazo. Por ejemplo, algunos autores sugieren que la introducción de la física newtoniana en el discurso escolar pudo haber producido una visión mecanicista del mundo, que llevó a que otros intelectuales extendieran los poderes del paradigma newtoniano hacia otros campos como son los sociales. Por otra parte, se señala que esta falta de planificación a largo plazo implica que no se ha discutido –y menos investigado– cómo un determinado grupo de conocimientos científicos puede ser útil en la vida diaria de quienes los aprenden.

En general, existe la idea de que para el conocimiento escolar basta una versión simplificada del conocimiento de los expertos. Sin embargo, ahora se entiende que el conocimiento escolar es mucho más que esto. Según Fernando Cajas, durante los últimos treinta años la traslación del conocimiento científico al escolar ha cambiado radicalmente debido a la emergencia de la investigación en didáctica de las ciencias que ahora ilumina la selección y adaptación de conocimientos científicos a sistemas educativos. Entonces, es preferible llamar a este fenómeno transposición didáctica, para distinguirlo de la mera traslación de conocimientos sin mayor fundamento teórico. Según este mismo autor, en la actualidad existen criterios de transposición didáctica que ya no son los criterios individuales de los escritores de libros escolares, sino una serie de elementos que intentan promover un discurso científico escolar más coherente y relevante para la vida diaria.

Entre estos criterios destacan los siguientes: a) desarrollar ciencia para todos, no sólo para aquéllos que van a ser científicos (democratización); b) reducir de la cantidad de contenido (menos es mejor); c) aumentar la coherencia de lo que se enseña (más conexiones dentro de las ciencias con matemática y tecnología); d) aumentar la relevancia de la ciencia, matemática y tecnología aprendida para la vida cotidiana (relevancia).

Pues bien, lo que quiero señalar es que aun cuando en el caso del Derecho, los textos de introducción para secundaria o primaria están redactados por expertos del más alto nivel, por alguna razón no se da

cuenta adecuada de los avances en la teoría jurídica, lo cual indudablemente no resulta ni inocuo ni inocente. Una muestra de los libros más conocidos de introducción al Derecho de Argentina (Aftalión, Vilanova y Raffo), Brasil (Miguel Reale) y Uruguay (Enrique Véscovi), nos muestra que lo que se enseña y, por ende, lo que se aprende es decididamente anacrónico. En la conocida *Introducción al Derecho*<sup>6</sup> de Aftalión, Vilanova y Raffo, al tratar el tema de la ley, se dice: Ley es, pues, para la ciencia jurídica, la norma jurídica general en cuanto originada en la legislación, y de aquí que los autores suelen emplear por brevedad, la palabra ley para designar tanto a la norma como a la fuente de la que emerge, es decir la legislación (p. 588).

Por cierto es que en este libro se utiliza una bibliografía muy actual y amplia, y los autores sienten la necesidad de advertir al estudiante que esa concepción formal de la ley reconoce ciertas limitaciones. Por ejemplo, dirán que toda norma jurídica recibe su vigencia y validez, su existencia misma como norma, de la “voluntad del pueblo”, es decir, del consenso colectivo manifestado por el acatamiento público y común. (p. 590). Y agregará que el establecimiento de la ley por el legislador confiere a cada ley cierta vigencia (p. 591) pero agrega que no basta con ella, pues podría ocurrir que si el legislador se apartase excesivamente de la realidad en dicho establecimiento, la comunidad en conjunto desconociese a la postre una ley cualquiera y ésta quedase como pura letra muerta (p. 591, nota 10). Como puede apreciarse, la caracterización de la ley como norma jurídica, oscila entre la concepción formal de la teoría clásica y una concepción también clásica que la condiciona a una aceptación general, desconociendo el carácter institucional que la doctrina contemporánea reconoce al Derecho, para lo cual será suficiente que la ley sea reconocida y acatada por los tribunales y demás órganos que deben aplicarla.

En su *Introducción al Derecho*<sup>7</sup>, al tratar de las fuentes, el profesor Miguel Reale afirma que la ley sólo se origina en un órgano cierto y según un proceso prefijado. Es el resultado de una elaboración que

<sup>6</sup> AFTALIÓN, E.; VILANOVA, J. y RAFFO, J., *Introducción al Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.

<sup>7</sup> REALE, Miguel, *Introducción al Derecho*, Pirámide, Madrid, 1986.

OSCAR SARLO

---

en todos sus momentos y en todo su ritmo está determinada por una ley anterior, y en definitiva, por la Constitución (p. 123). No obstante, en un capítulo anterior al tratar de la validez de la norma jurídica, reconoce que no es raro que, en la vida ordinaria, se confunda el Derecho con la ley. Las características del Derecho legislado han motivado la opinión de que es suficiente el requisito de la vigencia para que la norma jurídica tenga existencia real (p. 98). Por cierto, esta observación correcta, se pierde cuando vemos que ella le da pie para afirmar como condición de validez de la norma jurídica si eficacia o efectividad, entendiendo por ésta al cumplimiento efectivo del Derecho por parte de la sociedad, al “reconocimiento” del derecho de la comunidad en el plano social o, más concretamente, a los efectos sociales que el cumplimiento de la norma suscita (p. 100).

Por último, para el más famoso texto de *Introducción al Derecho uruguayo*<sup>8</sup> la ley es una fuente de Derecho, una forma de manifestarse la norma jurídica que se define como toda norma de carácter obligatorio general y abstracta dictada por el legislador (ps. 108-109). Agrega luego que la confección de la ley está encomendada a un poder especializado en esa función: el Poder Legislativo. Él es quien hace y deroga las leyes (p. 110). Más adelante, refuerza esta concepción afirmando que la promulgación es un acto por el cual la ley adquiere fuerza obligatoria para sus destinatarios.

Leyendo estos textos, con sus dudas, y sus ambigüedades, parece de todas maneras que subyace en ellos una concepción performativa (Austin) o declarativa (Searle) del proceso legislativo: daría la impresión de que para estos autores basta cumplir con los procedimientos formales, en especial, poner el “cúmplase” según Véscovi, para que la norma adquiera fuerza obligatoria. Nada más lejos de las conclusiones de la teoría contemporánea, que visualiza al Derecho como un sistema institucional, lo cual implica que descansa sobre un juego de cooperativo entre creación y aplicación de normas, y en especial, un juego cooperativo entre voluntad normativa e interpretación normativa, sin el cual no es posible entender una experiencia como Derecho. En lugar del carácter performativo que parecen suponer los autores de la

<sup>8</sup> VÉSCOVI, Enrique, *Introducción al Derecho*, Idea, Montevideo, 1998.



transposición didáctica, la creación normativa tiene el aspecto de un discurso funcionalmente prescriptivo o directivo, lo cual implica que su éxito dependerá de la motivación que genere en sus destinatarios (dimensión perlocucionaria), que serán en primer lugar los órganos encargados de hacerlas cumplir. Sobre esta interacción cooperativa descansa la existencia o no del Derecho.

#### **4. Conclusiones**

Después de esta revisión de los más difundidos textos de introducción al Derecho en la región, cabe suponer que la transposición didáctica del estado del arte en la teoría jurídica adolece de marcados defectos. Se transmiten ideas centrales que responden a esquemas perimidos, pero que tienen la fuerza de ideas muy simples y consistentes con la ideología característica de una sociedad jerárquica, dominada por el Estado, y donde el Derecho es visto como un instrumento de dominación, sin lugar posible como herramienta de participación y control del poder público a cargo de la sociedad civil. En este contexto, el papel de los tribunales, hoy central en la teoría jurídica, queda totalmente desdibujado.



## EL ESTADO DE DERECHO Y EL ESTADO RED

por ANTONIO A. MARTINO\*

Legun servi sumus ut liberi esse possimus

Cicerón, *Oratio pro Cluentio*, 53

SUMARIO: I. El Estado de Derecho. II. El Estado Red. III. El Estado hoy. IV. Las funciones del Estado en un mundo que se perfila con nuevas tecnologías.

### I. El Estado de Derecho

*Estado de Derecho* es una expresión recurrente en materia política y jurídica. Desde el punto de vista jurídico es impensable un Derecho que funcione fuera de un *Estado de Derecho*. No obstante las afirmaciones de Kant en materia de definiciones, en los hechos la cuestión no es tan sencilla a punto tal que podría decirse que existen diferentes maneras de concebir el mismo “Estado de Derecho”.

Sartori<sup>1</sup> propone tres maneras de concebir el Estado de Derecho: la manera griega, la manera romana, no muy lejana de lo que hoy se entiende por *rule of law* y el garantismo constitucional moderno que confluye en la *Rechtsstaat* o gobierno de las leyes<sup>2</sup>.

Fueron Tácito y, sobre todo, Cicerón los principales autores a través de los cuales se difundió la tradición clásica. Cicerón se convirtió en

\* Università di Pisa, martino@sp.unipi.it.

<sup>1</sup> SARTORI, G., *The Theory of Democracy Revisited. Part Two. The Classical Issues*, Chatham, New Jersey, Chatham House, 1987.

<sup>2</sup> MARTINO, A. A., *Il governo delle leggi*, Edizioni Plus, Pisa, 2004.

ANTONIO A. MARTINO

---

la principal autoridad y a él debemos muchas de las formulaciones más efectivas de la libertad bajo la ley. A él pertenece el concepto de las reglas generales, de las *leges legum* que gobiernan la legislación; el de la obediencia a las leyes si queremos ser libres y el de que el juez haya de ser tan sólo la boca a través de la cual habla la ley. En ningún otro autor se ve más claramente que, durante el período clásico del Derecho Romano, se comprendió que no hay conflicto entre la ley y libertad. Igualmente que la libertad depende de ciertos atributos de la ley como son su generalidad y su permanencia. Cicerón opone restricciones tajantes al poder discrecional de la autoridad.

En Inglaterra las medidas de Jacobo I y Carlos I provocadoras del conflicto pudieron parecerle cuestiones anticuadas sin ningún interés temático. Para nosotros los problemas suscitados por los intentos reales de crear monopolios industriales tienen un sabor familiar. Carlos I incluso intentó nacionalizar la industria del carbón, y pudo ser disuadido de ello únicamente cuando se le informó de que dicha nacionalización podía ser origen de una rebelión.

Desde que un tribunal sentenció, en el famoso Pleito de los Monopolios, que la concesión del privilegio exclusivo para la producción de un artículo iba “contra el Derecho común y la libertad del ciudadano”, la exigencia de leyes iguales para todos los individuos se convirtió en el arma principal del Parlamento frente a los deseos reales. Los ingleses aprendieron entonces, mejor de lo que lo han hecho hoy, que el control de la producción significa siempre la creación de privilegios; que entraña la concesión a Pedro de un permiso que se le niega a Juan.

En enero de 1660, poco antes de la Restauración, en la “Declaración del Parlamento reunido en Westminster” (Declaración of Parliament Assembled at Westminster) se hizo un último intento de formular mediante un documento formal los principios esenciales de la Constitución, se incluyó este impresionante pasaje: “No hay nada más esencial para la libertad de un Estado que el pueblo sea gobernado por leyes preestablecidas y que la justicia sea administrada solamente por aquellos a quienes cabe exigir cuentas por su proceder. Formalmente se declara que, de ahora en adelante, todas las actuaciones referentes a la vida, libertades y bienes del libre pueblo de esta comunidad deben

ser acordes con las leyes de la nación, y que el Parlamento no se entrometerá en la administración ordinaria o parte ejecutiva de la ley. La misión principal del actual Parlamento, como lo ha sido de todos los anteriores, es la de garantizar la libertad del pueblo contra la arbitrariedad del gobierno”. Conforme a tal declaración, el principio de separación de poderes, aunque no totalmente “aceptado por el Derecho Constitucional”, quedó al menos como parte de las doctrinas políticas imperantes.

John Locke tradujo estas disputas en su celeberrimo pasaje “La libertad de los gobernados radica en la posesión de una norma permanente que el Poder Legislativo proclame para ser acatada por la gente y sea común a todos y cada uno de los miembros de dicha sociedad; radica en una libertad para seguir mi propia voluntad en todo siempre que la norma no lo prohíba; radica en no estar sujeto a la inconstante, desconocida y arbitraria voluntad de otro ser humano”.

El modernismo reinventa la noción de Estado de Derecho: el productor de la norma es también destinatario. Soberano o Presidente de la República quien promulga una ley es el primero que debe respetarla. Heinrich von Kleist, autor de una conocida novela el *Príncipe de Homburg* cuenta de un valiente oficial prusiano que un poco ensimismado por los pensamientos amorosos hacia su prima Natalia se lanza peligrosamente y asegura con su acto de arrojo la victoria en la batalla de Ferhrbellin. Pero haciendo esto había desobedecido las ordenes del comandante que eran diferentes. Por su brillante acción será encomiado pero por su desobediencia será condenado a muerte. El joven príncipe de Homburg no consigue comprender la lógica de esta distinción, pero en ella radica toda la fuerza del Estado de Derecho: te premio si haz obrado bien, te castigo si violaste la ley<sup>3</sup>.

Lo que aparece claro en la elaboración de Montesquieu<sup>4</sup> es la división de los poderes del Estado y un esbozo de la supremacía de la ley, esta doctrina es recogida y ampliada en otros autores, como Fi-

<sup>3</sup> En la novela, en la última escena el príncipe cuando se quita la venda ve a sus colegas festejándolo y llevándolo ante Natalia. No sabemos si es una concesión del autor para tener un final feliz o un sueño del protagonista. De hecho el final no amaina la fuerza de la distinción del Estado de Derecho.

<sup>4</sup> *L'esprit des lois*, 1747.

ANTONIO A. MARTINO

---

langieri<sup>5</sup> pero recién con las obras de A. Muller y Th. Welker, en R. von Mohl, en 1824, se convierte en *Rechtsstaat* o Estado de Derecho. Por cierto que la división de poderes ha entrado a formar parte de esta noción, pero lo principal es la soberanía popular a través de la igualdad de todos frente a la ley.

El constitucionalismo norteamericano agregó una distinción fundamental entre los tipos de leyes: unas que se hacen para tiempos largos y otras que gobiernan lo inmediato. El sistema constitucional no entraña la limitación absoluta de la voluntad del pueblo, sino la mera subordinación de los objetivos inmediatos a los que se logran a largo plazo. En efecto, ello significa una limitación de los medios de que dispone la mayoría temporal para el logro de objetivos particulares mediante principios generales establecidos por otra mayoría de antemano y para un largo período. Para decirlo de manera diferente, el acuerdo de someter determinadas soluciones a la voluntad de la mayoría temporal se basa en el entendimiento de que esta mayoría se sujetará a principios más generales establecidos de antemano por una corporación más amplia.

En el importante libro de Alexis de Tocqueville, *De la Democratie en Amerique*<sup>6</sup>, dos reflexiones saltan a la vista: el hecho que nadie haya notado antes la importancia de cambiar las leyes de sucesión para cambiar la sociedad<sup>7</sup> y la fuerza de los poderes locales (municipios) frente al poder federal<sup>8</sup>. Esto es la integración del concepto democrático de superioridad de la ley con la descentralización del poder a través del federalismo.

Hoy al Estado de Derecho se lo considera una de las características principales de las buenas democracias. Digo “buenas democracias” pues se ha visto que no se puede hacer simplemente la distinción entre “democracias” y “no democracias”. O dicho de otro modo que es una manera correcta de clasificar sistemas políticos pero insuficiente. La tendencia general es la de hablar de *calidad institucional*: “Una buena

<sup>5</sup> *La scienza della legislazione*, 1784.

<sup>6</sup> París, 1835/40

<sup>7</sup> P. 58.

<sup>8</sup> P. 70.

democracia –dice Leonardo Morlino<sup>9</sup>– es antes que nada un régimen ampliamente legitimado –por ende– estable, del cual los ciudadanos son plenamente conformes sólo por un complejo de instituciones que gozan del pleno apoyo de la sociedad civil de referencia. Tercero, por las características que le son propias, los ciudadanos de una buena democracia deben poder controlar y valorar sí y cómo cuáles valores se realizan a través del pleno respeto de las normas vigentes, la así llamada *rule of law*”. Y en base a estos elementos Morlino individualiza cinco dimensiones de una buena democracia: 1. La *rule of law*. 2. *Accountability* o responsabilidad del gobierno. 3 La *responsiveness*, es decir, la satisfacción del ciudadano y la sociedad civil. 4. Pleno respeto de los derechos individuales. 5. Mayor igualdad política, social y económica.

La importancia de la *rule of law* consiste en haber vivido el mandato ciceroniano *legum servi sumus*, por la capacidad de hacer respetar las leyes por parte de las autoridades predisuestas (jueces naturales) leyes no retroactivas, cognoscibles, estables y claras.

Hay organismos internacionales que apoyan procesos de Estado de Derecho que parecerían alejados de sus propios fines. Uno de ellos es el BID (Banco Interamericano de Desarrollo): “Uno de los objetivos del Banco consiste en asistir a los gobiernos de los países miembros prestatarios y a sus ciudadanos en la creación e implementación de programas de reforma de sus sistemas jurídicos, de tal manera que se cuente con Estados de Derecho fortalecidos, como una manera de alcanzar un desarrollo sostenible y consolidar la democracia. El Banco promueve la existencia de Estados de Derecho que garanticen la seguridad jurídica, respetando en el diseño de sus proyectos el contexto cultural, económico y político de cada país”<sup>10</sup>.

Las organizaciones supranacionales como la Unión Europea generan normativas que obligan a los Estados a respetar las normas del Estado de Derecho e intervenir ante terceros países cuando éstos no las cumplan<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> MORLINO, L., *Stabilità, legittimità e efficacia decisionale nei sistemi democratici*, en *Rivista italiana di Scienza Politica* 3, 1973, ps. 280-305.

<sup>10</sup> Del sitio del Banco en Internet/Departamento de Desarrollo sostenible.

<sup>11</sup> Reglamento (CE) Nº 976/1999 del Consejo, de 29-4-99, por el que se fijan los requisitos para la aplicación de las acciones comunitarias, distintas de las de cooperación al desarrollo que, dentro del marco de la política de cooperación comunitaria,

ANTONIO A. MARTINO

---

## II. El Estado Red

Enseña Hans Kelsen<sup>12</sup> que si bien Estado y Derecho son la misma cosa, no todo Derecho equivale a Estado. Para ello se requiere una cierta centralización de la capacidad coercitiva. Las fáciles críticas que se hacen al maestro austríaco generalmente están basadas en una lectura parcial de su obra. Toda la normatividad de Kelsen reposa en una norma fundamental que establece un criterio de eficacia. Esto es toda la organización jurídica hecha de palabras (aunque sean prescriptivas) apoyan en una noción fáctica, la eficacia, que lo conecta al mundo.

La rápida difusión de las redes de comunicaciones informáticas sobre todo a través de Internet y de las redes nacionales ha contribuido a que algunos sociólogos se hayan ocupado de este fenómeno actual de un Estado que aparece segmentado en muchísimas instituciones que son coordinadas no en manera estrellar –como hasta ahora– sino en forma de red.

El autor más conocido en el tema es el español Manuel Castells que ha desarrollado una teoría al respecto. El autor entiende la globalización como un proceso devenido de la capacidad de ciertas actividades humanas, más notoriamente las financieras y económicas<sup>13</sup>, de funcionar unitariamente conectando el planeta bajo una red de flujos de funciones<sup>14</sup>, al mismo tiempo real y escala planetaria. Estas actividades abarcan desde el campo de las finanzas y la economía hasta la globalización de la ciencia, la comunicación e incluso el crimen organizado. Castells tiene muchos trabajos pero citamos en particular de la Conferencia que dio en Chile en 1999<sup>15</sup>.

contribuyan a alcanzar el objetivo general de desarrollar y consolidar la democracia y el Estado de Derecho así como respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales en los terceros países (Diario Oficial L. 120 del 8-5-99).

<sup>12</sup> *Teoría pura del Derecho*.

<sup>13</sup> Se calcula que las transacciones electrónicas hacen circular millones de dólares en segundos y, según cálculos presentados por el autor, el valor de mercado de la capitalización de los productos financieros en 1998 equivalía a 12 veces el valor estimado del producto bruto del planeta.

<sup>14</sup> Por ejemplo, demandando un mercado global de trabajadores de especial calificación, como ingenieros de software y futbolistas.

<sup>15</sup> Palacio de la Moneda, en Santiago de Chile en junio de 1999. Publicado en Temas de Desarrollo Sustentable, PNUD/Ministerio Secretaría General de la Presidencia de Chile.



El nuevo sistema global que se articula de acuerdo con esta lógica es a la vez incluyente y excluyente, de acuerdo con aquello que es funcional o disfuncional para los códigos de valor de estos flujos, básicamente asumiendo la rentabilidad económica como el criterio fundamental de inclusión/exclusión de las redes globales. Esta lógica dual gobierna también la forma en que se estructura cada país, región o ciudad. Por esta razón, para el nuevo modelo de desarrollo informativo, la sociedad (su capital humano/social) y las instituciones juegan un rol determinante en la productividad y competitividad de los sistemas parciales, si se piensa en proyectos de inversión viables y sustentables en el tiempo. “La globalización, en su encarnación actual del capitalismo informativo desregulado y competitivo, supera a los Estados, pero articula a los segmentos dinámicos de las sociedades en todo el planeta, al tiempo que desconecta y margina a aquellos que no tienen otro valor que el de su vida”.

El autor plantea que aunque “no siempre se define un actor por su identidad”, los principios de identidad han ido cobrando preeminencia en este época (principios religiosos, nacionales, territoriales, étnicos y de género), siendo, cuando existen, la fuente fundamental de sentido de un individuo. El proyecto histórico racionalista (liberal o marxista) que buscaba eliminar el peso de la identidad ha sido superado y en su lugar se ha reivindicado la importancia de las identidades tradicionales, basadas en principios culturales o históricos, aunque también se han vuelto relevante los principios individuales de identidades auto construidas en torno a proyectos personales. Sin embargo, las identidades basadas en principios simbólicos abstractos del tipo ciudadanía o clase social han perdido relevancia, principalmente debido al vaciamiento de contenido histórico que afecta a las instituciones y organizaciones encargadas de velar por estos principios, entiéndase el Estado-Nación y los sindicatos respectivamente.

¿Cómo y en qué medida asumen las identidades su carácter de principios de acción social en la era de la información? Castells plantea que a cuenta de la crisis actual que afecta al Estado-Nación y la sociedad civil constituida en torno al Estado, la globalización ha encausado el carácter que adquieren las expresiones de identidad alrededor del mundo. Sostiene que, por un lado, la globalización desborda la capacidad

ANTONIO A. MARTINO

---

de gestión del Estado-Nación obligándolo a reorientar sus políticas en función de su inclusión e integración con los flujos globales; y por otro lado, la sociedad civil<sup>16</sup>, también se ve afectada y desplazada por esta nueva dinámica en la acción del Estado, viéndose afectada por la disminución en importancia del principio tradicional de ciudadanía. Por esta razón, aquellos sectores más afectados buscan principios alternativos de legitimidad en su carácter de ciudadanos, develando el déficit democrático existente detrás del entramado institucional consolidado por el poder político.

“El laicismo y el individualismo de la democracia liberal, como construcción racional y abstracta emanante del contrato social, deja de ser el principio de legitimidad. El poder de la identidad destruye la legitimidad del Estado como fuente de sentido” (1999:6). Los movimientos sociales identitarios rechazan, en su mayoría, la captación del Estado por parte de la lógica de los flujos globales. Ambos, el Estado-Nación soberano y la sociedad civil articulada en torno a él, caen en un proceso irreversible de declive producto de las nuevas dinámicas iniciadas por los procesos de globalización y de explosión de identidades plurales como nuevos principios constitutivos de la acción social.

El Estado-Nación que se sumerge bajo los flujos globales es un Estado re-articulado en torno a principios cooperativos de gestión y negociación propugnados por la globalización, lo que lo conduce a una pérdida relativa de soberanía y poder. La descentralización administrativa y la participación ciudadana se erigen como nuevas herramientas de legitimación estatal. Ambas condiciones van aparejadas del reconocimiento de fuertes identidades parciales (nacionales, regionales o locales), y aspiran a compatibilizar tanto la ciudadanía política con su aliciente cultural, como con las formas de organización para-públicas (mediante el desarrollo de las ONGs), que sirven de complemento para la des-burocratización de recursos y de gestión de las políticas y programas sociales.

Necesariamente se configura un nuevo sistema institucional en torno

<sup>16</sup> Definida bajo la concepción gramsciana que entiende a la sociedad civil definida y orientada en torno al Estado y no contra él.

a estructuras no necesariamente gubernamentales, que articulan la apertura del Estado hacia la cooperación internacional y la delegación de poder en ámbitos sub-nacionales. El Estado se convierte en un Estado red en el que sus distintos componentes se encuentran en un proceso constante de conflicto, negociación, compromiso, decisión y co-decisión durante la práctica de la política-administrativa. Todos estos componentes le permiten insertarse en la era de la información y gestionar de manera flexible su posición en los flujos globales. Sin embargo, existe una amenaza grave, pues “falta de un anclaje en una sociedad civil que sea a la vez supra-nacional y local, el Estado-red gana en flexibilidad y eficiencia lo que pierde en democracia y transparencia”.

Las desigualdades estructurales que afectan a América Latina se han mantenido. La región se ha integrado a la nueva economía global manteniendo estas desigualdades, acentuando los costos sociales y económicos propios de los procesos de transición, esto quiere decir, manteniendo amplios sectores (sociales y territoriales) excluidos del proceso de modernización e integración económica<sup>17</sup>.

Castells propone articular las identidades latinoamericanas en torno a tres principios: la identidad étnica, la identidad regional y la identidad nacional. Durante la última década la identidad étnica se ha manifestado fuertemente, casos paradigmáticos han ocurrido en Chiapas, Guatemala, Bolivia y Ecuador. En algunos de los países de la región se trata de un principio fundamental de identidad, considerando que se trata de mayorías poblacionales. En cambio, para otros es una identidad específica de comunidades minoritarias que la erigen y reivindican como principio defensivo en contra de la marginación y el olvido. Por estas mismas razones, aun cuando sin un necesario fundamento histórico, comunidades específicas han levantado la identidad regional

<sup>17</sup> El desarrollo de la región se ha mantenido dual y desigual, tanto en términos de distribución del ingreso y de los beneficios de la modernización, como a nivel territorial. La marginalidad urbana se ha consolidado como realidad, sobre todo porque se ha producido una aguda concentración de la población en las metrópolis (aproximadamente el 75% de la población latinoamericana reside hoy en las ciudades). La supervivencia informal de amplios sectores convive con la concentración de recursos en determinados polos.

ANTONIO A. MARTINO

---

como principio de defensa de lo cotidiano frente al discurso público y su creciente exclusión de él.

En sus consideraciones generales Castells plantea que América Latina se enfrenta a tres grandes desafíos: la permanente exclusión social, el deterioro progresivo y acelerado del medio ambiente, y la creciente distancia entre instituciones del Estado y la vida cotidiana de la gente. Ante ello, sugiere que América Latina precisa asumir a la información como nuevo paradigma del desarrollo y, por ello, es preciso priorizar la inversión en educación, orientada a la formación de personas capaces de generar cadenas de conocimiento, que a su vez revaloricen política, económica y socialmente las instancias y tareas educativas.

América Latina ha de hacer serios esfuerzos por reivindicar el progresivo deterioro y descomposición de las instituciones públicas, combatir la creciente corrupción de las instituciones del Estado y superar la obsolescencia administrativa que afecta su legitimidad política. Es preciso implantar reformas administrativas que incentiven la democratización de los países (más allá y más a fondo que la mera normalización de procesos electorarios, pues si bien es cierto que la representación es necesaria para la democracia, no es condición suficiente). Es preciso que el Estado se acerque más al ciudadano, que se incentive la cooperación internacional e interregional, que se implemente una administración pública y gestión más flexible y ágil, enfatizando políticas de descentralización regional y municipal eficientes que respondan a las lógicas del Estado-red y a las nuevas tecnologías de la información y comunicación.

### III. El Estado hoy

Si el Estado en una concepción que viene de Maquiavelo es expresión de poder, pero también dueño de una identidad y pertenencia<sup>18</sup>, en la versión iluminista aparece la soberanía popular y esa búsqueda de la “felicidad del pueblo”. El Estado sigue siendo una lucha permanente entre las razones del poder y su extensión (*raison d'état*) y la

<sup>18</sup> Valdría la pena que los apurados detractores del florentino, leyeran con cuidado el último capítulo del *Príncipe*, donde anticipa una identidad italiana mucho antes de su constitución efectiva.

búsqueda permanente de la felicidad del pueblo que es una metodología hacia el bienestar de los más.

El Estado hoy, después de haber arriesgado su propia existencia gracias a las teorías que predecían su desaparición y la bondad de dicho efecto, ve resurgir su teoría general.

Autores que por obra de las privatizaciones y un efecto casi mágico del mercado ven reducirse hasta desaparecer las funciones actuales del Estado.

Otros que analizando la transición denominada por los estudiosos como crisis, reformulación, rediseño, reforma del Estado también predicen su desaparición<sup>19</sup>. “La globalización cuestiona e inhibe a la Teoría de la Soberanía; la desnacionalización avanza de manera irremediable –sostienen– y nuestro territorio es violentado por asuntos relacionados con narcotráfico, derechos humanos y ecología. El Derecho Comunitario Europeo ejemplifica la unidad en la transnacionalización, el amor a lo propio: historia, pueblo, tradiciones, costumbres, etnias. Los valores congénitos a los que no conviene renunciar son los elementos esenciales que deberán conformar el rompecabezas del Estado nacional del próximo milenio”.

Sería fácil citar alguno de los conocidos autores del pensamiento de izquierda o socialdemócrata para poder afirmar que “los muertos que vos matáis gozan de buena salud” es decir, que hay todavía funciones esenciales del Estado que pasan sí por el monopolio de la fuerza weberianos, pero también por la identidad, la seguridad, el respeto de los derechos subjetivos, etcétera, pero es más importante y significativo tomar en cuenta la posición de uno de los ideólogos de la llamada derecha intelectual norteamericana, Francis Fukuyama, autor justamente del *Fin de la historia*. Y es significativo pues Fukuyama no significa un caso aislado sino un pensamiento compacto en la derecha norteamericana que está disconforme con las ideologías de la revista *International Affairs*.

En 2004 Fukuyama ha publicado *State-Building. Governance and World Order in the Twenty-first Century*<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> MONTERO ZENDEJAS, D., *La desaparición del Estado*, Porrúa, 1999.

<sup>20</sup> Traducido en castellano por Ediciones B, con el título *La construcción del Estado. Hacia un nuevo orden mundial en el siglo XXI*, Barcelona, 2004, del cual citaremos.

ANTONIO A. MARTINO

---

En el prefacio sostiene que “la construcción del Estado es la creación de nuevas instituciones gubernamentales y el fortalecimiento de las ya existentes. En el presente libro definiendo la construcción del Estado como uno de los asuntos de mayor importancia para la comunidad mundial, dado que los Estados débiles o fracasados causan buena parte de los problemas más graves a los que se enfrenta el mundo como son la pobreza, el sida, las drogas y el terrorismo”<sup>21</sup>.

“La ausencia de capacidad estatal en los países pobres ha pasado a revelarse como una seria amenaza para el mundo desarrollado”<sup>22</sup>.

El autor constata que la oferta de prosperidad material y libertad política constituyen una combinación muy deseable para cantidades ingentes de personas que fluyen unilateralmente desde los países menos desarrollados a los más desarrollados. Y nosotros agregaríamos que esto le da una *legitimidad* a los Estados receptores en el prístino sentido de legitimidad “valores compartidos y principalmente la regla de sucesión política”<sup>23</sup>.

La reducción del tamaño del sector estatal fue asunto predominante en política durante los años '80 y principios de los '90. Países del ex bloque soviético, de Latinoamérica, de Asia y de África salieron hacia lo que Huntington llamó la “tercera ola” de democratización.

La fiebre de la reducción del Estado para reducir el gasto público y la liberalización de muchos servicios que pasaron a manos privadas, con la ausencia de un marco institucional adecuado dio lugar a situaciones más graves que las que existían antes de la reforma.

Fukuyama se hace una pregunta esencial: ¿Estados Unidos es un Estado débil o un Estado fuerte?

Lipset<sup>24</sup> había contestado esta pregunta diciendo que los EE. UU. habían nacido justamente de una revolución que oponía a los poderes del Estado limitaciones entre los propios poderes y desde los ciudadanos a los poderes para que éstos no se agrandaran. Lipset señala que el Estado

<sup>21</sup> P. 9.

<sup>22</sup> P. 10.

<sup>23</sup> MARTINO, A. A., *Sistemas electorales*, Advocatus, Córdoba, 1999.

<sup>24</sup> LIPSET, S. M., *American Exceptionalism: A Double-Edged Sword*, Norton, N. York, 1995.

norteamericano es mucho más limitado que otras democracias avanzadas y por ejemplo no tiene un sistema sanitario de cobertura universal.

Sin embargo, parecería que se confunden dimensión con fuerza. Un Estado puede tener una gran dimensión (ocuparse de muchos temas) y ser menos fuerte o al revés ocuparse de pocos temas y ser muy fuerte.

Remontándose a Max Weber que definió<sup>25</sup> al Estado “como una comunidad humana que reivindica (con éxito) el monopolio del uso legítimo de la fuerza física en un territorio determinado”, Fukuyama afirma que “la esencia de la estatalidad es, en otras palabras, la aplicación de las leyes: la capacidad última para mandar a alguien con uniforme y pistola para que imponga el cumplimiento de las leyes del Estado”<sup>26</sup>.

Desde este punto de vista, no obstante lo escépticos que se muestran muchos autores norteamericanos con respecto a la obediencia de las leyes por parte de los ciudadanos comparados con otras democracias del norte europeo, los EE. UU. tienen un poder extraordinario para hacer respetar las leyes nacionales, estatales, locales desde las relativas al tránsito hasta las leyes de comercio o las violaciones de normativas sobre derechos individuales.

Recomienda nuestro autor distinguir entre el alcance de las actividades estatales que consisten en las diferentes funciones y objetivos que asumen los gobiernos y la fuerza del poder del Estado o la capacidad de los mismos para programar y elaborar políticas y aplicar las leyes con rigor y transparencia.

Desde este punto de vista establece dos variables que se desarrollan en dos direcciones produciendo cuatro estados de cosas posibles: una primera “alcance de las instituciones del Estado” y una segunda “Fuerza de las instituciones estatales, lo que da lugar a Estados pequeños de alcance y pequeños de fuerza, grandes de fuerza y pequeños de alcance, grandes de alcances y pequeños de fuerza y grandes de alcance y grandes de fuerza”.

<sup>25</sup> WEBER, M., *Essays in Sociology*, Oxford University Press, 1946.

<sup>26</sup> P. 23.

ANTONIO A. MARTINO

---

### *Alcances de las instituciones del Estado*

Las funciones del Estado hoy están previstas en un informe sobre el desarrollo mundial publicado por el Banco Mundial en 1997 que contiene una posible lista de funciones divididas en tres clases: mínimas, intermedias y dinámicas.

Las funciones mínimas tienen que ver con: suministro de bienes públicos puros: defensa, ley y orden; derecho de propiedad; gestión macroeconómica; salud pública; aumento de la equidad; protección de los indigentes.

Funciones intermedias: abordar los efectos externos: educación y medio ambiente; regulación de los monopolios; corrección de la educación imperfecta, seguros, reglamentación financiera; seguridad social.

Funciones dinámicas: política industrial y riqueza.

En los años '90 aparecieron índices internacionales que ayudan a situar un país a lo largo de algunos de los ejes de alcance y fuerza. Por ejemplo, el índice de percepción de la corrupción elaborado por Transparency internacional y que está basado en estudios procedentes de todo tipo de colectivos empresariales. Hay una Guía internacional de riesgo país que está dada por los puntos que una empresa privada corre en un determinado ámbito nacional que tiene tres rubros separados: corrupción, ley y orden y calidad burocrática.

Ya no basta saber que las instituciones funcionen sino con qué grado de eficacia o calidad institucional. Éste es el gran tema de la ciencia política actual.

El Banco Mundial ha elaborado indicadores de *governance* que incluyen 199 países<sup>27</sup>.

Los 6 puntos que el banco tiene en cuenta para elaborar esos índices son:

- Proclamas responsables;
- la Estabilidad Política y Ausencia de Violencia;

<sup>27</sup> Ver KAUFMAN, KRAAY y MASTRUZZI, *Governance Matters III: Governance Indicators for 1996-2002*, Banco Mundial, 2003. Ver [www.worldbank.org/wbi/governance/pdf/govmatters3.pdf](http://www.worldbank.org/wbi/governance/pdf/govmatters3.pdf).



- la Efectividad Gubernamental;
- la Calidad Reguladora;
- Estado de Derecho;
- Control de Corrupción.

#### **IV. Las funciones del Estado en un mundo que se perfila con nuevas tecnologías**

Será una verdad de Perogrullo, pero es necesario repetir que las nuevas tecnologías no van a mejorar el mundo pues son sólo medios, sofisticados, pero medios. Es necesario saber hacia qué modelo de país queremos tender para que el uso de las nuevas tecnologías sea eficiente.

Las nuevas tecnologías son una gran oportunidad: oportunidad por la potencia que tienen en hacer circular las informaciones llegando hasta lugares recónditos y poniendo a todos en contacto con todos. Obviamente todo ese poderío constituye también su peligrosidad. A mayor potencia de un medio, mayor peligrosidad.

El tema es que gracias a las nuevas tecnologías se están transformando los centros de erogación de servicios estatales produciéndose una lenta pero continua transformación del Derecho que se aplica tanto en la parte pública cuanto en la privada.

Esto no significa que habrá un Derecho universal. Hasta donde llegamos a ver los Estados nacionales tienen funciones por el momento no suplantables que se manifiestan sustancialmente en dictar normas y poderlas hacer cumplir. Seguiremos con vastas áreas de influencia de distintos Derechos como el Romano, el *Common Law*, el Derecho musulmán, chino, etcétera. Y dentro de estas áreas o culturas con los Derechos nacionales, regionales y locales, en un mosaico complejo y sumamente variado, incluyendo los modos de interpretación y de actuación de las mismas normas<sup>28</sup>.

Lo que se estandariza son sectores que por el momento parecen

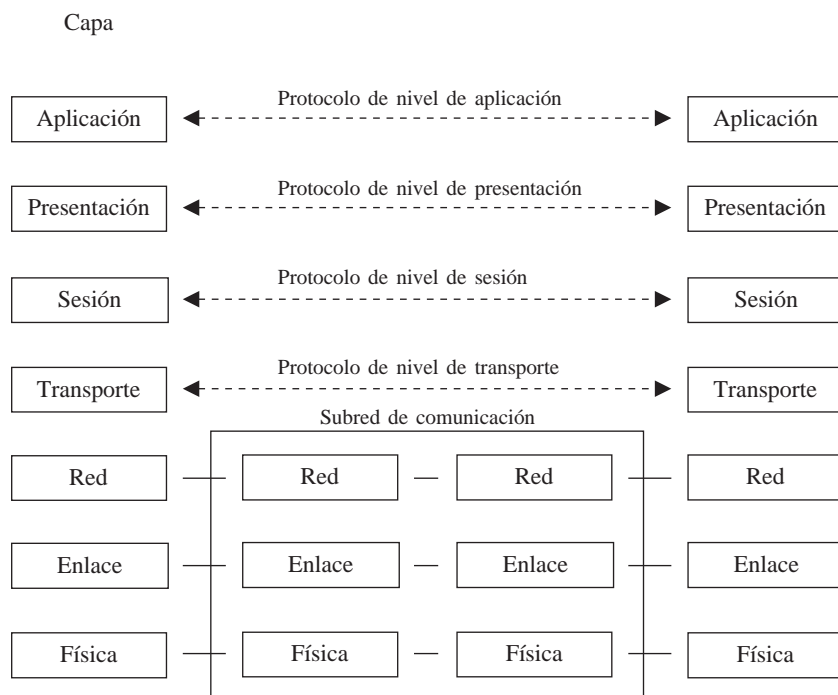
<sup>28</sup> “Prohibido” tiene una interpretación distinta en Alemania, en Suecia y en Cuba. En algunos países como Italia o Francia se establece una modalización aletica de la modalización deóntica de tal manera que se dice “está severamente prohibido” o “absolutamente prohibido”.

ANTONIO A. MARTINO

pequeños pero que luego afectan todo el Derecho. Valga un ejemplo por todos: el valor jurídico del documento electrónico y la firma digital. Las legislaciones son y seguirán siendo nacionales, pero hay una vocación a la integración y estandarización sea por la razón misma del uso de tecnologías compatibles, que exigen respuestas técnicas que no pueden ser demasiado distintas y por la razón misma de la extensión de validez de los actos realizados en un determinado ámbito jurídico pues de lo contrario se queda fuera de la globalización.

Existen criterios de estandarización que si bien son dictados por un organismo de Naciones Unidas ISO que se ocupa sustancialmente de normas técnicas, OSI (*Open Systems Interconnection*) que genera los criterios por los cuales se pueden transmitir toda clase de documentos por vía electrónica<sup>29</sup>.

#### <sup>29</sup> Arquitectura de red basada en el modelo OSI



Como se puede apreciar ya una norma técnica genera estandarización en su utilización, pero además en sí misma, un modelo estándar que se reitera. Por lo demás, a medida que van intersecando con criterios de calidad (mucho más que sólo modelos sintácticos) como las normas ISO 9000, se van ocupando de organización y que haya organizaciones similares favorece la estandarización.

Para decirlo brevemente una sociedad cada vez más afianzada en el uso de nuevas tecnologías, requiere que haya más reglas técnicas que comienzan desde las más simples –por ejemplo sintácticas ISO– pero luego van determinando criterios de calidad ya en las mismas normas ISO y en las normas relativas a la estandarización de la documentación (Edifact EBBES) y luego en las partes no sólo semánticas sino pragmáticas del uso de la documentación, la simplificación administrativa, la creación de normativas mínimas que sirven a los Estados para estandarizar las normas relativas al Derecho Económico como Uncitral de Naciones Unidas.

Pero no podemos engañarnos, la carta ideal de los derechos universales está lejos, muy lejos. En primer lugar, por la misma dinámica que agita en estos momentos a las Naciones Unidas: un organismo en vía de reformulación que no consigue siquiera dominar las relaciones belicosas de un país (como lo mostró la guerra de Irak). Esperemos que se fortalezca y refuerce, pero claramente es un organismo incapaz de dictar normas de carácter general. La situación internacional con una sola super potencia plantea problemas inéditos, pero que llevan necesariamente a la consideración de los Estados nacionales. Sea por la actuación de ese país (USA)<sup>30</sup>, sea por la actuación de los otros actores internacionales que siguen viviendo sus vidas de Estados naciones

<sup>30</sup> La expansión de la “teología de la democracia” de Michel Novak, sostiene en *The Spirit of Democratic Capitalism*, “La corporación de los negocios es la institución estratégicamente central de la justicia social”. “El capitalismo democrático no sólo requiere una nueva teología, sino también un nuevo tipo de religión” (que) “se podría interpretar como legitimación moral, teológica y espiritual de los esfuerzos destinados a crear riqueza”. Novak fue enviado por el gobierno norteamericano a Roma a convencer al Papa de la justeza de su reinterpretación de la guerra justa de Santo Tomás. El Papa no cambió de opinión y trató hasta último momento de evitar la invasión enviando a Pío Laghi, amigo de la familia Busch para hacerlos desistir en la empresa.

ANTONIO A. MARTINO

---

y algunos casos tratan de hacerse más fuertes creando una organización *supra* estatal de Estados como la Unión Europea o el Mercosur.

Es cierto que se han creado y se seguirán creando organismos mundiales gracias a acuerdos multilaterales. Por ejemplo, la Organización Mundial del Comercio Internacional es una de ellas pero ¿se puede pedir a esa organización que obligue a China a introducir el *Estado de Derecho* como una de las normas primeras de su ordenamiento interno? ¿Cómo?

El *Government Procurement Agreement* de 1994 siempre de la OMCI que dispone que para la elección de los contratantes se realicen licitaciones abiertas a todos en condiciones de igualdad ¿puede obligar a Malasia cuyas leyes nacionales disponen reservas, regímenes y precios preferenciales a favor de la población indígena, los Bumiputera?

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1948, seguida en 1966 del Pacto sobre los Derechos Civiles y Políticos y luego sobre los derechos económicos, sociales y culturales es cierto que quita soberanía a los Estados al autorizar a los jueces a juzgar a los culpables de la violación de un Derecho supranacional y reduce el monopolio del Estado para permitir a los individuos ser sujetos activos de un Derecho global, pero en el Derecho islámico y en las culturas africanas subsaharianas se prospecta la tesis que sea imposible acoger en los propios ordenamientos estos parámetros para valorar comportamientos. Un jurista chino reveló que en su idioma el sintagma *derecho subjetivo* no tiene ningún sinónimo correspondiente<sup>31</sup>.

No nos olvidemos de que muchos tratados internacionales como el del ambiente de Kioto y el de la no fabricación de las minas antihombre de Ottawa y del Tribunal penal internacional de Roma, no fueron ratificados por EE. UU., Rusia y China.

La aplicación en USA de las leyes “patriot” creadas a partir del 11 de septiembre de 2001, han creado una situación particular en la cual el valor seguridad prima sobre otros valores jurídicos, incluyendo

<sup>31</sup> Sabino Cassese, discurso de apertura de las clases en la Universidad de Roma, *La Sapienza*, el 23-3-2005, en el Aula Magna.

el *Estado de Derecho* con el colmo que en la base norteamericana de Guantánamo, no se aplica el Derecho estadounidense<sup>32</sup>.

El equilibrio que se mantiene entre los ordenamientos nacionales dentro del orden jurídico global que avanza (por la expansión del comercio, por problemas serios del ambiente que no pueden ser resueltos localmente, así como tampoco puede ser resuelto localmente la expansión y uso de las nuevas tecnologías), depende en definitiva de las dimensiones y de la fuerza de cada Estado nacional. Por esa razón muchos de ellos tratan de unirse para contar más. Y ésta es una paradoja que preserva y explica la existencia, función e importancia de los Estados nacionales aun para las corporaciones económicas.

No es casual que éstas busquen y hayan producido criterios de evaluación de las políticas públicas y su efectiva vigencia en los países<sup>33</sup> en los cuales van a operar y que el conjunto de esas evaluaciones: seguridad personal y en las transacciones, Estado de Derecho, respeto de las reglas y decisiones judiciales, responsabilidad política, baja corrupción, inflación contenida determine luego su comportamiento.

No cabe duda de que la seguridad personal y económica son un fuerte atractivo para cualquier empresa comercial y para los futuros inmigrantes<sup>34</sup>. La seguridad económica depende de la seguridad jurídica y ésta de la seguridad política. Las relaciones verticales y horizontales que se crean a través de ordenamientos prolijos que favorezcan estas condiciones y las necesarias tensiones para que esto no se realice por intereses individuales conforma la complicada red de derechos locales, regionales, nacionales, supranacionales y universales.

Como todos los derechos lo que importa es en qué medida se cumplen. La función principal de una norma, su vocación, es la eficacia del sistema.

<sup>32</sup> Un tribunal federal ha declarado inconstitucional la norma, pero aún no se ha pronunciado la Corte Suprema.

<sup>33</sup> Ver el Programa *Puma* (Public Administration) de la OCDE y en particular el subprograma "Impacto de la reglamentación" que en algunos países es obligatorio por ley para las Administraciones públicas, por ejemplo Italia.

<sup>34</sup> Los emigrantes que tratan de vivir en otros países con otras condiciones, o en otras zonas del mismo país pero percibidas como "mejores" realizan un curioso proceso de votar con los pies.



## EL INTEGRATIVISMO TRIALISTA EN EL DERECHO PENAL

por MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI\*

### I. Ideas fundamentales

1. Quizás en pocas materias como en el Derecho Penal se advierte la crisis de las soluciones tradicionales positivistas, sobre todo cuando éstas se limitan a la consideración de las normas, y también del jusnaturalismo, de modo principal cuando éste se plantea de manera “apriorista”. Las características de una *nueva era histórica* como la actual –a veces denominada de la “posmodernidad”– signada al fin por posibilidades genéticas sobre la propia humanidad, pero también por enormes novedades en las comunicaciones y la información y por la globalización/marginación, plantean desde diversas perspectivas la crisis del Derecho Penal clásico<sup>1</sup>.

\* Profesor titular de la Facultad de Derecho de la UNR. Investigador del CONICET.

Sobre la base de las exposiciones del autor en los Congresos de Derecho Penal realizados en la Benemérita Universidad Nacional Autónoma de Puebla del 26 al 28 de septiembre de 2005 y en la Universidad Autónoma de Guerrero del 30 de septiembre al 1º de octubre de 2005.

<sup>1</sup> En cuanto a Derecho Penal y Filosofía pueden verse por ej. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, 2ª ed., Losada, Buenos Aires, 1958, t. II, ps. 141 y ss.; FERRAJOLI, Luigi, *Teoría del garantismo penal*, 2ª ed., Trotta, Madrid, 1997; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Política criminal latinoamericana*, Hammurabi, Buenos Aires, 1982. Un panorama de la obra de Eugenio R. Zaffaroni puede verse en <http://www.carloparma.com.ar/zaffaroni.htm> (3-10-2005).

Es posible c. nuestro artículo *Reflexiones trialistas acerca del Derecho Penal*, en

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI

---

A nuestro parecer, para contribuir a salvar estos desafíos puede recurrirse al integrativismo que (dentro de la gran tendencia de la concepción tridimensional) propone la teoría trialista del mundo jurídico<sup>2</sup>. La teoría trialista abre caminos a la integración de la realidad social, las normas y las consideraciones de valor y a su vez facilita la integración del Derecho con otras áreas de la cultura, como la economía, la ciencia, la tecnología, la educación, la religión, etcétera<sup>3</sup>. Se trata de la propuesta de una complejidad pura, superadora de la complejidad impura prekelseniana, pero también de la simplicidad pura pretendida por el maestro de Viena<sup>4</sup>.

*Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales* de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Rosario, 1983, ps. 93 y ss.

Un panorama muy sintético de orientaciones penales puede verse por ej. en Encyclopédie.snyke.com -[Http://encyclopedie-es.snyke.com/articles/derecho\\_penal.html](http://encyclopedie-es.snyke.com/articles/derecho_penal.html).

Respecto de la globalización, es posible c. nuestro artículo *Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración*, en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, Nº 24, ps. 41/56.

<sup>2</sup> Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico pueden v. GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al Derecho*, 6ª ed., 5ª reimp., Depalma, Buenos Aires, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Derecho y política*, Depalma, Buenos Aires, 1976; *Estudios de Filosofía jurídica y Filosofía política*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1982/4; *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000.

<sup>3</sup> Los horizontes dimensionales son: en la Jurística Sociológica la Sociología Jurídica, en la Jurística Normológica la Lógica y la Metodología del Derecho y en la Jurística Dikelógica la Filosofía de la Justicia.

<sup>4</sup> La propia expresión "mundo jurídico" hace referencia a una complejidad superadora de la noción de derecho más tradicional. Es posible v. GOLDSCHMIDT, ob. cit., p. XVII. Asimismo cabe c. nuestro artículo *El trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura*, en E. D. 126-884 y ss.

En general, en cuanto al gran movimiento hacia la comprensión de la complejidad, c. por ej.: BOCCHI, Gianluca y CERUTI, Mauro (rec.), *La sfida della complessità*, traducciones de Gianluca Bocchi y María Maddalena Rocci, 10ª ed., Feltrinelli, Milano, 1997; MORIN, Edgar, *Introducción al pensamiento complejo*, trad. de Marcelo Pakman, 7ª reimp., Gedisa, Barcelona, 2004; MORIN, Edgar, *Son œuvre majeure: La Méthode*, [http://membres.lycos.fr/reneseon/complexite/edgar\\_morin.htm](http://membres.lycos.fr/reneseon/complexite/edgar_morin.htm) (3-10-2005); Red Mexicana de Pensamiento Complejo <http://www.unla.edu.mx/complejidad/> (3-10-2005); *El desafío de la complejidad*, <http://ar.geocities.com/adicciones2001/complejidad.htm> (23-1-2004); *Estamos en un Titanic*, Edgar Morin, [http://www.iigov.org/etica/2/2\\_03.pdf](http://www.iigov.org/etica/2/2_03.pdf) (3-10-2005). En general cabe c. también por ej. *Naturaleza y didáctica*



El trialismo propone hoy “construir” el objeto jurídico mediante la referencia a repartos de “potencia” e “impotencia” (lo que favorece o perjudica al ser y en definitiva a la vida), captados por normas que los describen e integran y valorados (los repartos y las normas) por la justicia. En nuestro enfoque personal, que no entra al objetivismo sostenido por el fundador Werner Goldschmidt, consideramos que si bien el Derecho puede ser construido con diversos alcances, la propuesta trialista resulta particularmente interesante.

Vale aclarar que, a diferencia de Werner Goldschmidt, no nos referimos tampoco a una justicia objetiva, sino a una “construcción” de lo que consideramos justo, cuyo desarrollo científico sólo es válido entre quienes la comparten<sup>5</sup>. Goldschmidt señalaba también la objetividad de otros valores importantes del Derecho, nosotros consideramos a todos “construidos”.

## II. Perspectivas trialistas del Derecho Penal

### 1) *El mundo jurídico en general*

#### a) *Dimensión sociológica*

2. El trialismo se refiere a una realidad social formada por adjudicaciones de potencia e impotencia, en cuyo marco ocupan especial lugar los repartos producidos por la conducta de seres humanos determinables, y marginalmente le interesan las distribuciones originadas por la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar. La referencia de los repartos a la conducta, que significa elección entre varias posibilidades, está en crisis en tiempos en que al menos se duda de la existencia del sujeto consciente. El Derecho Penal clásico se edificó

*de la lógica jurídica*, Dra. Ana Lilia Ulloa Cuéllar, <http://www.filosoficas.unam.mx/~Tdl/02-2/021003ulloa.htm> (3-10-2005); Complexity Digest, <http://www.comdig.org/> (3-10-2005); Programme européen MCX *Modélisation de la CompleXité*, Association pour la Pensée Complexe, <http://www.mcxapc.org/> (3-10-2005).

<sup>5</sup> Es posible v. GOLDSCHMIDT, Werner, *La ciencia de la justicia (Dikelogía)*, Aguilar, Madrid, 1958 (2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1986).

Goldschmidt destacaba las afinidades de su planteo trialista con el tomismo. Nuestro enfoque trialista resulta más próximo a la egología.

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI

---

sobre la consideración de la conducta “repartidora” del delincuente, pero la crisis tiende a poner en cuestión sus soportes. La discusión muy antigua acerca del carácter sobrenatural y sobre todo natural o difuso del delito y de la pena parece tomar nuevamente envergadura.

Los repartos pueden ser analizados en los caracteres de los *repartidores* (conductores), los *recipiendarios* (beneficiados y gravados con las potencias y las impotencias), los *objetos* (las potencias y las impotencias), la forma (los caminos elegidos para llegar a los repartos) y las *razones* (móviles, razones alegadas y razones sociales), que a menudo difieren mucho de lo expresado en las normas<sup>6</sup>.

Como hemos señalado, la propia condición del delincuente “conductor” es cuestionable. ¿Quién es el conductor productor del delito si se tienen en cuenta las influencias de la “naturaleza” y sobre todo de la sociedad en su proyección difusa? Las normas plantean como autores a los delincuentes; las otras ciencias lo ponen en cuestión. El papel de los repartidores penales tradicionales es muchas veces cuestionado por la interferencia del “prejuicio” establecido por los medios de comunicación de masas y la “opinión” que ellos forman. Los medios son a menudo beneficiosos y a veces perjudiciales. Pese a la insuficiente atención que suele asignarse al tema, mucho importa establecer además a qué grupos pertenecen los repartidores del delito y la pena.

Presentando su despliegue más aceptable, las normas plantean como principales recipiendarios de los repartos penales a las víctimas y los delincuentes, pero la realidad social evidencia que también lo son las personas relacionados con ellos (por ej. sus familiares, amigos, etc.). Es relevante considerar cuáles son los ámbitos sociales de desarrollo de los distintos delitos y los sectores, generalmente marginales, a los que se dirigen las penas.

Las normas suelen recortar los alcances del daño e indican a menudo, por ejemplo, que se reparte la privación de la libertad<sup>7</sup>. La realidad social muestra que se adjudican muchas otras impotencias

<sup>6</sup> Puede v. BUJAN, Javier Alejandro, *Elementos de criminología en la realidad social*, Ábaco, Buenos Aires.

<sup>7</sup> Es posible c. por ej. NEUMAN, Elías, *Prisión abierta*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1984; BUJAN, Javier Alejandro y FERRANDO, Víctor Hugo, *La cárcel argentina: una perspectiva crítica*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.

(limitación de la vida sexual ordinaria, pérdida de relaciones sociales y de destrezas laborales, etc.).

Las normas establecen que las penas se imponen previo proceso, o sea mediante audiencia de los reos, pero en realidad la posibilidad de su audiencia es muy limitada, incluso porque su marginalidad los coloca fuera del sistema conceptual dominante. Por otra parte, la negociación y la mediación tienden a difundirse<sup>8</sup>.

Con frecuencia se indica que los móviles se centran en la “reeducación” o “repersonalización” de los delincuentes; en la realidad se evidencian muchas veces incluso propósitos de venganza, despliegues sádicos o de mejor ubicación política de los acusadores.

Las razones alegadas, que forman el discurso penal, están en profunda crisis porque la certeza valorativa está conmovida. La argumentación y la razonabilidad social del Derecho Penal son hoy muy débiles.

3. Los repartos pueden ser *autoritarios* (desenvueltos por imposición) y *autónomos* (desarrollados por acuerdo de los interesados). En los primeros se realiza el valor poder, en los segundos se satisface el valor cooperación. El delito y la pena son en general realizaciones del poder, pero los fundamentos del poder están ahora en crisis. Tal vez por esto de manera creciente se recurre al desarrollo penal de la cooperación. Según se indicó, en ciertos casos se “negocian” la acusación y la pena.

4. Los repartos pueden ordenarse verticalmente mediante el *plan de gobierno* que indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto, de modo que cuando está en marcha realiza el valor previsibilidad y la *ejemplaridad*, que se desenvuelve según el despliegue “modelo y seguimiento”, satisfaciendo el valor solidaridad. El Derecho Penal tiene básicamente un sentido de planificación gubernamental, pero siempre necesita un soporte de razonabilidad social. La planificación y la ejemplaridad están en crisis y a menudo el Derecho Penal se debate entre la venganza y el abolicionismo.

<sup>8</sup> Pueden c. NEUMAN, Elías, *Mediación y conciliación penal*, Depalma, Buenos Aires, 1997; *Conflictos, mediación penal y educación desde y para la paz*, Adolfo Prunotto Laborde, <http://abogados-rosario.com.ar/articulos/articulo271002.htm>.

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI

---

El desorden de los repartos constituye *anarquía*, con su “disvalor” arbitrariedad. El delito es de alguna manera anárquico y por eso se pretende recomponer el orden mediante la pena. El cambio de los supremos repartidores y los criterios supremos de reparto constituye una revolución. Salvo que se recurra a consideraciones de justicia que permitan diferenciarlos, existe una línea de difícil distinción entre los revolucionarios y los delincuentes, tal vez resuelta por el éxito del proceso revolucionario. Quien se apodera “violentamente” de un bien menor suele ser penado; quien se apodera del mismo modo de un país o un continente es a menudo considerado un héroe.

El orden de los repartos del Derecho Penal ha tenido tradicionalmente referencias estatales, pero en nuestros días, quizás a partir de los procesos que siguieron al fin de la Segunda Guerra Mundial, parece estar constituyéndose un *orden mundial* en etapa hobbesiana de concentración del poder en el que se expande la reprochabilidad penal poniendo en crisis incluso la tipicidad tradicional<sup>9</sup>.

5. Los repartos y el orden de repartos pueden encontrar *límites necesarios*, surgidos de la “naturaleza de las cosas” (por obstáculos físicos, psíquicos, lógicos, axiológicos, políticos y económicos). El delito expresa tradicionalmente que el orden ha encontrado límites. Estos son a veces especialmente tenidos en cuenta cuando se atiende a la no exigibilidad de otra conducta.

Por otra parte, la aplicación de las penas evidencia múltiples límites, emergentes de la sed de venganza, de las tensiones políticas y de la escasez de recursos que hacen a menudo imposible el cumplimiento del régimen penal. La imagen de corrupción judicial, muchas veces exagerada, limita las posibilidades penales. Como ya señalamos, el uso político del mecanismo penal no deja de plantearse. En los medios de comunicación, la noticia tiende a convertirse en mercancía a producir rápidamente y en condiciones de ser pronto vendida y la mercancía de la información penal es muy significativa.

Los repartos generales referidos a cuestiones vitales se replantean cuando corresponde su cumplimiento. De aquí que cuando se trata de

<sup>9</sup> Cabe tener en cuenta NEUMAN, Elías, *Victimología supranacional*, Universidad, Buenos Aires, 1995.

esas cuestiones se replantean las penas y en ciertos casos quienes deberían ser penados no lo son o no se pena de la manera prevista.

b) *Dimensión normológica*

6. Para lograr la integración de las normas, la realidad social y la justicia el trialismo construye la noción de norma como captación lógica de un reparto proyectado hecha desde el punto de vista de un tercero. Esto separa al trialismo de la “imputación” normativa kelseniana, que pretende el mayor apartamiento de la realidad social. Las grandes categorías de referencia de las normas a la realidad social que propone el trialismo son la fidelidad (remitida a la auténtica voluntad de los repartidores a través de la interpretación), la *exactitud* (referida al cumplimiento de esa voluntad, logrado en la aplicación), la *adecuación* (dirigida a la correspondencia de los conceptos con los fines de los autores, cuya realización depende sobre todo de la elaboración) y la *eficacia* (remitida al efecto que la norma produce en la realidad social). Según hemos señalado, el Derecho Penal enfrenta grandes diferencias entre los contenidos a menudo “humanistas” de las normas y la cruel realidad de los espacios donde se cumplen las penas privativas de la libertad. Cuando las normas penales anuncian importante impacto, su realización suele ser reconsiderada. Durante años el sistema penal argentino tuvo proyecciones “paranormativas”<sup>10</sup>.

7. El proceso de globalización transforma el panorama de las *fuentes* penales, de modo que éstas van dejando de ser muy predominantemente estatales (leyes) para hacerse internacionales (tratados). Las diversidades en la participación para elaborar las leyes y los tratados son relevantes, de manera que atendiendo a las características de los convenios puede decirse que de cierto modo hay una disminución en la participación democrática en la elaboración de las fuentes penales. La mundialización lleva a la creciente jerarquización de los tratados internacionales.

<sup>10</sup> La estructura de la norma abarca la captación del sector social a reglamentar (antecedente) y la captación de la reglamentación (consecuencia jurídica), cada uno con características positivas y negativas que deben estar respectivamente presentes y ausentes para que la norma funcione. Con frecuencia los legos ignoran las características negativas, desorientándose ante su correcta aplicación (por ej. la inimputabilidad, la obediencia debida, etc.).

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI

---

8. Para que los repartos proyectados captados en las normas se hagan repartos realizados es necesario que las normas *funcionen* a través de tareas que incluyen el reconocimiento, la interpretación, la determinación, la elaboración, la argumentación, la aplicación y la síntesis. La exigencia de tipicidad suele conducir al uso de normas *indeterminadas* en cuanto a la pena. Las *carencias* de normas (lagunas del ordenamiento normativo) pueden ser históricas (no se hizo norma) o dikelógicas (se rechaza una norma por considerarla injusta). Para resolverlas se requiere elaborar la normatividad respectiva (integración del ordenamiento). En el Derecho Penal liberal sólo pueden producirse carencias e integraciones a favor del reo. La *argumentación* debe generar siempre fuerza de convicción en las partes, las otras instancias y la sociedad. La fuerza de convicción penal de nuestros días es limitada. La *aplicación* de las normas es uno de los campos donde el Derecho Penal evidencia más dificultades. La duda en la prueba ha de resolverse a favor del reo. A veces, cuando varias normas confluyen sobre la vida de un reo, como en el concurso real de delitos, se requiere la *síntesis* que suele estar en principio a cargo del propio legislador.

El funcionamiento real de las normas va acompañado de un funcionamiento *conjetural*. El funcionamiento conjetural de las normas penales debe consolidar el orden, pero en nuestro caso la sensación de impunidad suele ser frecuente.

9. Los *conceptos* jurídicos integran la realidad, haciendo que al menos por cierto tiempo la consideremos como ellos indican, aunque sea en sí diversa. En ellos se concreta el poder de “rotular” la realidad. El poder penal de rotular (como juez, policía, delincuente, homicidio, robo, etc.) es enorme, pero en nuestros días está debilitado y a menudo se traslada a los medios de comunicación.

10. El ordenamiento normativo es la captación lógica del orden de repartos hecha desde el punto de vista de un tercero. En el ordenamiento la fidelidad surge de la correspondencia con la voluntad de la comunidad respecto del orden de repartos deseado. La fidelidad del subordenamiento penal suele ser limitada, a veces porque se quieren penas más graves, a veces porque se cuestiona la propia existencia del régimen penal. Se trata de una fidelidad muy diferenciada según los sectores sociales. El ordenamiento se constituye mediante relaciones verticales

y horizontales, de producción y de contenido. La exigencia de legalidad hace que las relaciones verticales del Derecho Penal sean muy significativas.

Según la actitud que deban tener los jueces ante las carencias de normas, los ordenamientos pueden ser meros órdenes, cuando deben consultar a los autores; sistemas materiales, cuando pueden integrar según su criterio y *sistemas formales*, si deben adoptar una actitud general de “cierre”. Esto se relaciona con la adjudicación del “poder residual”. El Derecho Penal liberal es un sistema formal a favor del reo. A él y al desenvolvimiento social les corresponde el poder residual.

c) *Dimensión dikelógica*

11. Como hemos señalado, dejamos de lado la referencia a la objetividad de la justicia y proponemos remitirnos a ella con una “construcción” válida entre quienes la compartan. Proponemos en este sentido el contenido del principio supremo señalado por Goldschmidt con carácter objetivo. Se trata de adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente, es decir para convertirse en persona. La *justicia* resulta la culminación del complejo de valores del Derecho, en el que se encuentran, además de los antes señalados, la utilidad, la santidad, el amor y la humanidad. Uno de los mayores problemas del Derecho Penal ha sido la relación de la justicia con la santidad; hoy lo es la vinculación de la justicia con la utilidad. Si antes había que diferenciar el delito del pecado y la pena de la penitencia, ahora suele ser necesario diversificar el delito y la pena del negocio. Es relevante la discusión acerca de la posibilidad de hacer referencia al valor *humanidad* pero, como expresión final de la dignidad humana, tiene gran importancia en el marco penal<sup>11</sup>.

12. La clasificación de la justicia formulada por Aristóteles, en la que pueden adjudicarse a la justicia distributiva carácter relativo y a la justicia correctiva condición absoluta, puede ser esclarecedora también en la actualidad y en el Derecho Penal. Sin embargo, éste suele referirse hoy sobre todo a las penas relativas. La equidad comenzada

<sup>11</sup> Es relevante reconocer cuál es el complejo de valores que protege cada tipificación en particular.

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI

---

a plantear por Aristóteles y orientada sobre todo por los romanos como justicia del caso concreto, es también significativa en materia penal.

Hemos elaborado una clasificación compleja de las clases de justicia, pero entendemos que su exposición detallada excede a las posibilidades de esta exposición. Nos referiremos, por ejemplo, sólo a la diversidad de la justicia con acepción (consideración) de personas y sin acepción de personas, que contribuye a distinguir el Derecho Penal del delincuente y el Derecho Penal del delito. La justicia simétrica y la justicia asimétrica se diferencian por la fácil o difícil comparabilidad de los elementos. La comparación del delito y la pena privativa de la libertad y la pena de muerte son sumamente difíciles. Se trata casi de un reino de la asimetría. La pena de muerte es especialmente asimétrica con el delito porque en realidad no se sabe qué es la muerte. La justicia puede ser particular o general (tendiente al bien común). Sus requerimientos caracterizan respectivamente al fin al Derecho Privado y al Derecho Público. El Derecho Penal resulta Derecho Público, pero cuando es liberal es “hipotecado” por el Derecho Privado que defiende al reo.

13. El pensamiento de la justicia se refiere a la totalidad de los casos en que puede estar presente; a la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras (“pantonomía” de la justicia; “pan = todo; nomos = ley que gobierna), en cuanto a los casos respectivos y otros casos y respecto de las consecuencias. Sin embargo, como no somos omniscientes ni omnipotentes, es necesario fraccionar la justicia con cortes que producen seguridad. Ésta resulta un producto de los cortes de la justicia. Pensar que surge de este modo lleva a considerar que lo único que se discute es si habrá más o menos justicia, sabiendo que ella no puede ser totalmente satisfecha. Estimamos que la seguridad por sí misma no es valiosa.

Toda pena ha de recortar de manera debida despliegues del pasado, el presente y el porvenir, del caso y de otros casos. Asimismo importa atender a que las consecuencias caigan sobre quienes deben recibirlas. Mucho es lo que la evolución penal logró al superar a la venganza colectiva, pero también es mucho lo que hoy se hace afectando con las penas a quienes no deberían ser sancionados. A menudo los recortes



en este sentido hacen que “paguen justos por pecadores”. El Derecho Penal liberal es un gran esfuerzo para evitarlo.

14. En cuanto a los contenidos de la justicia, aplicando el principio antes referido es posible establecer la legitimidad de los *repartidores*, los *recipiendarios*, los *objetos*, la *forma* y las *razones*.

Los repartidores pueden ser legitimados por la autonomía o la aristocracia (superioridad moral, científica o técnica). Aunque a veces se pretende buscar un consenso de los delincuentes respecto de la pena, parece que en general sólo puede ser logrado en aspectos parciales. La aristocracia está en general en crisis, de modo que también lo está la aristocracia para la imposición de la pena.

Un tema vinculado a la legitimidad de los repartidores es la *responsabilidad*. Importa establecer, por ejemplo, quién responde, ante quién responde y en qué medida (por ej. respecto de qué actos) debe existir responsabilidad penal. Se considera que el reo es un repartidor ilegítimo.

En relación con el objeto de la pena suele invocarse la repersonalización; se dice que es un mal repersonalizante. En todo caso, importa prevenir el delito mediante la educación. El proceso y la fundamentación son maneras muy relevantes de la legitimación penal.

15. Un régimen justo ha de tomar a cada individuo como un *fin* y no como un medio; esto significa que ha de ser *humanista* y no totalitario. El humanismo puede ser abstencionista o intervencionista. El humanismo abstencionista es en principio preferible. Sin embargo, en el Derecho Penal prevalece el humanismo intervencionista. Como toda solución de este tipo, corre el riesgo de desbarrancarse hacia el totalitarismo y así sucede a menudo. La prevención especial es más afín al humanismo intervencionista, la prevención general debe afrontar graves peligros de totalitarismo.

Para realizar el régimen de justicia hay que *proteger* al individuo contra todas las amenazas, de los demás como individuos y como régimen, de sí mismo y de “lo demás” (enfermedad, ignorancia, pobreza, etc.). La pena debe amparar a las víctimas y de cierto modo también al delincuente.

La protección contra el régimen, tan importante en el Derecho Penal

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI

---

liberal, se concreta principalmente a través de la división territorial, la división de poderes y la división de instancias judiciales. Una de las perspectivas importantes es la sujeción al “juez natural”. Vale reflexionar acerca de si, como se suele afirmar, la pena protege al individuo contra las desviaciones de sí mismo. De cierto modo, en algún momento llegó a hablarse del Derecho Penal como protector del delincuente. Tal vez se considere que en cuanto a “lo demás” la pena ayuda al delincuente a reincorporarse al “espíritu objetivo” de la sociedad.

## 2) *Las ramas del mundo jurídico*

16. En el complejo de la Teoría General del Derecho como conjunto de las ramas jurídicas, el Derecho Penal corresponde a la fuerza final para sostener al régimen; de cierto modo es la “columna vertebral” del todo<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> Es posible v. nuestras *Lecciones de Teoría General del Derecho*, en *Investigación y Docencia*, Nº 32, ps. 33/76. También de cierto modo puede decirse, con sentido didáctico, que el Derecho Penal ocupa el lugar de una “caja craneana” de la sociedad, que delimita lo encefálico de lo exterior y lo protege.

En nuestros días de la posmodernidad hay una fuerte tendencia a la dispersión normológica que pone en cuestión la parte general del Derecho Penal y debilita sus proyecciones en la parte especial (es posible v. nuestros *Estudios de Historia del Derecho*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000; asimismo IRTI, Natalino, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1979).

## PRINCIPIOS PRÁCTICOS PARA ORIENTAR EL RAZONAMIENTO JURÍDICO ANTE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA\*

por CRISTÓBAL ORREGO SÁNCHEZ\*\*

### 1. Planteamiento del problema: ¿qué hacer con los objetores de conciencia?

Las objeciones de conciencia han puesto a prueba de manera radical la utilización de principios prácticos en la aplicación del Derecho. La pregunta es: ¿qué hacer con los objetores de conciencia, de acuerdo con las exigencias del Derecho? Pensamos que, como en casi todas las cuestiones jurídicas difíciles, se ha de comenzar por plantear bien el problema. Y, en cuanto a este planteamiento inicial, cabe partir de un principio negativo: no se ha de plantear la cuestión como un *conflicto* entre la libertad de conciencia del objetor y otro derecho fundamental o la justicia general. Un planteamiento *conflictivista* de este tipo suele terminar en soluciones arbitrarias, que se decantan por uno u otro contendor en el conflicto por razones cuasi intuitivas y *ad hoc*, racionalizando luego la decisión. En este sentido, comparto la corriente crítica contra el planteamiento conflictivista<sup>1</sup>. Además, en el caso de una objeción de conciencia contra la ley, la cuestión no puede plantearse

\* Esta ponencia se enmarca dentro del Proyecto Fondecyt 1010711.

\*\* Profesor de Derecho Natural, Universidad de los Andes (Chile).

<sup>1</sup> CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Eunsa, Madrid, 2000, y SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando M., *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000.

CRISTÓBAL ORREGO SÁNCHEZ

---

como un conflicto entre dos posiciones igualmente justas: si la ley es justa, la conciencia errada tiene como límites la moral y el orden público. Siempre deberá ceder la conciencia ante la ley, si planteamos la cuestión como un conflicto real, en el cual el aplicador del Derecho presumirá habitualmente la justicia de la ley.

Por otra parte, lo habitual será que haya una diferencia de convicción moral –de conciencia– entre los que apoyan la ley y los objetores, por lo cual nunca es posible optar simplemente “en favor de la conciencia”. En efecto, ¿optar en favor de la conciencia de quién? El legislador también tiene conciencia, y objeta la actitud de los objetores. Los funcionarios también tienen conciencia y, si están convencidos de la justicia de la ley, sienten el deber de hacerla cumplir. En consecuencia, nos parece que el problema de la objeción de conciencia, para los funcionarios legales, se ha de plantear alternativamente como el problema práctico de cómo tratar con justicia al que está en el error, especialmente si no es culpable, o cómo el problema práctico de tomarse en serio las objeciones de conciencia como eventuales indicadores de una posible injusticia en la ley, que debe reformarse.

En los dos casos, necesitamos principios prácticos que orienten el razonamiento necesario para resolver el problema no sólo intuitivamente y *ad casum*, sino de una manera coherente a lo largo de las diversas manifestaciones del fenómeno de la objeción de conciencia. Antes de proponer algunas orientaciones, es imprescindible considerar las peculiaridades del razonamiento jurídico.

## **2. Razonamiento práctico y razonamiento jurídico ante las objeciones de conciencia**

El razonamiento práctico general acerca de las objeciones de conciencia equivale a lo que los moralistas antiguos trataban al enfrentar cuestiones diversas: el problema de las leyes injustas, que deben ser objetadas en alguna medida (desde la mera tolerancia hasta la desobediencia abierta); el deber de obedecer las leyes justas y aun, a veces, de tolerar –padecer– las que imponen una injusticia, sin obligar a cometerla, y el problema de la conciencia errónea, que debe ser seguida, aunque no siempre se exima de responsabilidad a quien la sigue, pues

éste podría ser responsable de su propio error. La respuesta moral a estos problemas es invariable, independientemente del contexto jurídico positivo en el que ellos se plantean. Esto quiere decir que hay algunos principios morales generalmente aplicables a estos casos, a los cuales la recta razón puede arribar con independencia del contexto institucional.

Sin embargo, la existencia de estos principios de razonamiento práctico general –se debe seguir la conciencia, la ley injusta no obliga, se debe obedecer el derecho justo– no es suficiente para que los funcionarios legales resuelvan, en los casos particulares, cómo abordar las objeciones de conciencia. En efecto, el razonamiento jurídico, se lo concebía, ya como un “caso especial” dentro del razonamiento práctico general (Alexy), ya como un tipo de razonamiento diverso –una discusión que a veces parece meramente semántica–, está sujeto no solamente a restricciones institucionales, sino, más aún, a una variedad de premisas normativas de creación convencional. Por eso, como ha mostrado John Finnis, el razonamiento jurídico, que en último término se basa en principios generales de razonabilidad práctica, también puede y normalmente debe llevarse a cabo aislado del flujo general de la razón práctica. Esto significa que el funcionario que razona jurídicamente –o el abogado o el ciudadano– suele hacer abstracción de los principios éticos que normalmente subyacen a las premisas de Derecho positivo y suele aceptar las restricciones institucionales (v. gr., de competencias diferenciadas, medios de prueba admisibles, etc.) para sacar sus conclusiones acerca de los que el Derecho vigente exige<sup>2</sup>. De esta manera, el razonamiento jurídico toma en cuenta premisas normativas adicionales; restringe el alcance del razonamiento práctico general; tolera aparentes injusticias particulares exigidas por la justicia general (v. gr., el funcionamiento de instituciones como las exigencias de pruebas formales o la prescripción de derechos, acciones y obligaciones), y, en definitiva, depende de acuerdos precedentes sobre cómo resolver determinados conflictos interpersonales u otros problemas de la convivencia.

<sup>2</sup> Cfr. FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, ps. 341-346, y, con más detalle, *Natural Law and Legal Reasoning*, en GEORGE, Robert P. (ed.), *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Oxford University Press, New York, 1992, ps. 134-157.

CRISTÓBAL ORREGO SÁNCHEZ

---

De lo dicho se sigue que una parte de la respuesta a nuestro problema –cómo tratar a los objetores de conciencia– es contingente, y depende de cómo hayamos abordado hasta ahora el problema. Sin embargo, precisamente por esta contingencia es normalmente posible mejorar las soluciones convencionales y adaptarlas a circunstancias nuevas. Para verlo puede servir considerar el alcance del razonamiento jurídico en relación con el deber de aplicar Derecho vigente o de crear nuevo Derecho.

### 3. Razonamiento jurídico y Derecho vigente

¿Hasta dónde llega el razonamiento jurídico en relación con el Derecho vigente? La respuesta legalista, hoy muy desprestigiada –demasiado desprestigiada, si se nos permite decirlo: el legalismo respondía a una filosofía política seria y con aspectos absolutamente necesarios para un ordenado funcionamiento del sistema jurídico–, era demasiado simple: razonar jurídicamente era solamente identificar el Derecho vigente, que está ahí frente a nosotros, bien acabado, para después obtener de él la única solución preexistente para cada caso<sup>3</sup>. Ante lo que Pound llamó “jurisprudencia mecánica” surgió, como reacción, el escepticismo ante las reglas y la consiguiente mayor discrecionalidad judicial. Parece que se va de un extremo al otro, cuando, quizás, lo mejor sería regresar a la visión clásica romana, del juez como hombre prudente: posee los principios y reglas de la ciencia del Derecho, y los aplica razonablemente a los casos; pero, en realidad, las reglas y los principios han ido surgiendo, problemáticamente, a partir de la solución prudencial de los casos particulares, del choque de opiniones, de la observación y del ajuste de las situaciones.

El razonamiento jurídico prudente puede terminar en un juicio de descubrimiento y aplicación del Derecho existente, pero también en un juicio de ampliación del Derecho existente a casos total o parcialmente nuevos o en un juicio de reforma jurisprudencial del Derecho. En el

<sup>3</sup> Véase la descripción que hace KAUFMANN, Arthur, *Panorámica histórica de los problemas de la filosofía del Derecho*, en KAUFMANN, Arthur y HASSEMER, Winfried (eds.), *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Debate, Madrid, 1992, ps. 49-141.

caso de las objeciones de conciencia, el razonamiento jurídico acerca de un Derecho vigente, de una norma que comienza a ser objetada por algunos individuos, parece arribar, en general, al reconocimiento de la norma y al desconocimiento de la objeción como causa eximente del cumplimiento de la norma. Tal es la consecuencia de que la objeción de conciencia no puede funcionar, en cuanto tal, como principio general del Derecho, pues consiste ella misma en el desconocimiento de la vigencia general de una norma.

En épocas pretéritas, las objeciones de conciencia solamente podían acomodarse en el sistema jurídico bajo algún régimen de tolerancia del mal; pero en tales regímenes se desconoce por principio la legitimidad de la objeción y se confunde a los objetores con los delincuentes, aunque hayan de ser tolerados como un mal menor. Otra cosa sucede cuando algunas conductas disidentes –contrarias al ordenamiento jurídico– comienzan a ser reconocidas como legítimas, amparadas en el derecho a la libertad de conciencia o de religión. En tal caso, incluso cuando el Estado es confesional, no hay mera tolerancia de hecho de quienes son disidentes por razones de conciencia; pero su disidencia puede referirse sólo al culto o a otras cuestiones *prima facie* “espirituales” (creencias, moral privada, etc.), pues siempre se establece algún resguardo del orden público, la moralidad pública, etcétera.

La caracterización de la disidencia religiosa –en cierto sentido, la objeción de conciencia a seguir las leyes oficiales sobre la religión– como un derecho fundamental resuelve el problema práctico de la variedad religiosa en un país. Sin embargo, parece ser más que eso, pues a veces, en nombre de algunas minorías para cuyo tratamiento podría bastar la tolerancia, se ha exigido el reconocimiento general y abstracto del derecho de libertad religiosa. Al parecer, entonces, no se trata solamente de resolver el problema práctico de la multiconfesionalidad. Se trata de promulgar como regla general la libertad de conciencia. Entonces surge el problema de cómo se debe tratar con los objetores de conciencia en general, no solamente en cuanto “mal menor” que eventualmente podría tolerarse. La consagración abstracta del derecho a la libertad de conciencia es el fundamento jurídico de que, posteriormente, todas las objeciones de conciencia –aunque puedan ir contra

CRISTÓBAL ORREGO SÁNCHEZ

---

los límites igualmente abstractos del derecho de libertad de conciencia– puedan aparecer como revestidas de legitimidad *prima facie*.

En este contexto histórico-jurídico, el razonamiento jurídico de los funcionarios legales no es sencillo. Nos referimos al esfuerzo racional para enfrentar las objeciones de conciencia por los jueces, especialmente, pero también por otros funcionarios encargados de hacer cumplir las leyes, y que podrían eximir a los objetores o bien reprimirlos antes de llegar a las instancias jurisdiccionales. De todas maneras, el momento jurisdiccional viene a ser más decisivo para el razonamiento jurídico que el simple momento administrativo político, porque se ha consagrado la libertad de conciencia como derecho fundamental.

La complejidad del razonamiento jurídico procede, ahora, en buena medida, del abandono del modelo legalista. El juez está obligado a hacer cumplir las normas generales –entre ellas, las objetadas– y, al mismo tiempo, a tutelar un derecho a la libertad de conciencia concebido también como norma general –un derecho del que todos son titulares por igual, contra el poder del Estado y contra cualquier otra interferencia– y limitado mediante conceptos abstractos (moral, orden público, seguridad) que el mismo juez está obligado a interpretar. En consecuencia, el razonamiento jurídico no puede contentarse con identificar un supuesto Derecho vigente que resolvería los casos de objeciones de conciencia, sino que ha de adaptar el Derecho vigente a los casos nuevos, desarrollar criterios jurisprudenciales –principios prácticos– para extender las soluciones de casos antiguos a los casos nuevos, para adaptarlas. Además, la judicatura tiene ahora suficiente poder como para reformar jurisprudencialmente el Derecho vigente, de tal manera que no está obligada a mantener una única solución para las objeciones de conciencia y no tiene tampoco que asumir que las leyes vigentes son justas, aunque lo prudente sea presumirlas como tales con una presunción *iuris tantum*.

Podemos concluir este apartado diciendo que el fenómeno de las objeciones de conciencia muestra la necesidad de formular algunas orientaciones prácticas para el razonamiento jurídico, que ayuden a los jueces a enfrentar estos problemas con prudencia, sin inclinarse unilateralmente ni hacia la imposición de la ley ni hacia la admisión



de la objeción de conciencia, pero sin que por eso haya de adoptar una decisión arbitraria según el instinto del momento.

#### **4. Propuesta de algunos principios prácticos y reglas de prudencia**

A continuación propongo algunas orientaciones, más allá de las que ha ido elaborando la jurisprudencia comparada, para el razonamiento práctico ante las objeciones de conciencia. Se pueden considerar como principios prácticos y reglas de prudencia para razonar jurídicamente acerca de la objeción de conciencia que se opone al Derecho *prima facie* vigente. Como se verá, no se asume aquí la visión del juez o del funcionario como simple aplicador del Derecho, sino que se lo toma en su integridad como persona, que a veces le exigirá ser crítico del Derecho vigente.

1º) *Desbrozar el camino*. Una primera regla de experiencia, práctica, aconseja examinar si el caso es realmente de objeción de conciencia o más bien se podría solucionar por aplicación de reglas generales. En efecto, hay problemas en los que interviene alguna convicción de conciencia de los protagonistas, pero sin que realmente se dé una colisión entre esa convicción y lo que realmente impone el Derecho vigente. Así, por ejemplo, en los casos de transfusiones de sangre, pareció durante un tiempo que existía una obligación jurídica de someterse a las transfusiones necesarias para salvar la vida –obligación derivada del derecho a la vida, indisponible, y de la prohibición del suicidio–, la cual se encontraba con la objeción de conciencia, por motivos religiosos, de los miembros de determinadas confesiones (especialmente los Testigos de Jehová). Sin embargo, un análisis moral más detallado sobre el asunto pudo mostrar que la negativa a las transfusiones no implicaba intención suicida y que la decisión última sobre la terapéutica corresponde al paciente adulto<sup>4</sup>. En consecuencia, el paciente adulto puede rechazar una terapéutica determinada y jurídica-

<sup>4</sup> Me remito al análisis de HERVADA, Javier, *Libertad de conciencia y error sobre la moralidad de una terapéutica*, en HERVADA, Javier, *Escritos de Derecho natural*, 2ª ed., Eunsa, Pamplona, 1993, ps. 565-626.

CRISTÓBAL ORREGO SÁNCHEZ

---

mente no se le puede imponer, con independencia de que la rechace por convicciones de conciencia o por otras razones.

2º) *La no obligatoriedad moral de las leyes injustas*. La teoría clásica de la ley natural sostiene dos tesis que arrojan una luz sobre el asunto que nos ocupa. Por una parte, afirma que los seres humanos somos capaces de reconocer el bien moral y de seguirlo, de manera que toda expresión de la conciencia humana se funda, en alguna medida –incluso cuando yerra–, en el reconocimiento, al menos, de los primeros principios prácticos. Por otra parte, sostiene la falibilidad moral de todos los hombres, de la autoridad y de los súbditos; pero defiende una presunción de legitimidad en favor de la autoridad pública, por exigencia del orden propio del bien común<sup>5</sup>. Ahora bien, esto significa que las objeciones de conciencia, sin contar con una presunción en su favor, son, de todos modos, un llamado a revisar la presunción en favor de la autoridad y de la ley. Con otras palabras, la conciencia de un hombre –aun cuando a la postre se demuestre errónea–, siempre interpela a las conciencias de las personas encargadas de dictar o de aplicar las leyes, porque el objetor podría tener razón y su objeción podría estar prestando un servicio a la mejora de las condiciones de justicia en una sociedad, al bien común.

En consecuencia, se debe analizar si la objeción de conciencia está justificada, es decir, si la ley es injusta o si, por las circunstancias, es injusta su aplicación a esa persona en ese caso. Si la objeción está fundada, pero la injusticia sólo se da por referencia al caso concreto, que escapa de la justicia general de la ley, puede hacerse excepción por exigencia de la virtud de la *epieikeia*. En cambio, si la ley es injusta en sí misma, quien razona jurídicamente tiene razones morales y jurídicas generales para (i) interpretar o restringir la ley injusta para que no se aplique al caso; (ii) declarar la aplicación preferente de otras normas legales o constitucionales; (iii) recalificar jurídicamente los hechos del caso para eximirlos de la aplicación de la norma, y (iv) en casos extremos, declarar la injusticia de la norma y negarse

<sup>5</sup> Cfr. MESSNER, Johannes, *Ética social, política y económica a la luz del Derecho natural*, Rialp, Madrid, 1967, ps. 889-897.

a aplicarla (ejercer él mismo la objeción de conciencia contra las restricciones institucionales)<sup>6</sup>.

3º) *La responsabilidad por el error de la conciencia*. Si la objeción de conciencia no está justificada, quien razona jurídicamente ha de conjugar los principios morales sobre el tratamiento justo de la conciencia errónea con las normas concretas sobre lo que ha de hacerse en el tipo de caso de que se trata con quienes desobedecen la ley. Los principios sobre la conciencia errónea pueden, en algunos casos, mitigar la aplicación de la ley. En efecto, algunos errores pueden ser excusables, y liberar de responsabilidad moral a quien los padece. Sin embargo, en el caso de las desobediencias más graves, que dañan al bien común, es menos probable la inculpabilidad de la conciencia errónea y es más perentorio el deber que la autoridad tiene de hacer efectiva la responsabilidad ante la sociedad de quien obra mal, con prescindencia del juicio último acerca de su responsabilidad moral ante Dios.

4º) *Causas genéricas de exención*. La objeción de conciencia, aceptada genéricamente, es un principio de disolución del orden jurídico. Si la causa de exención de una obligación fuese solamente que repugna a la conciencia de un individuo, el principio de igualdad constitucional exigiría que, por aceptarse la objeción de un objeto, se aceptaran las objeciones de todos los que vinieran después. Ahora bien, garantizar por adelantado la liberación de las obligaciones legales, fundada solamente en la oposición de conciencia, es minar por su base la obligación en conciencia de obedecer las leyes. Por eso, aun en el caso de genuinas, sinceras objeciones de conciencia, parece recomendable analizar si pueden acomodarse sin necesidad de reconocerlas, es decir, junto con otras formas de excepción a una ley general. Se ha de examinar si, de acuerdo con una interpretación plausible del Derecho vigente y sin daño al bien común, cabe hacer excepciones a la ley por causas independientes de la objeción de conciencia: eximir tanto a objetores como a no objetores por esas causas genéricas quieran eximirse de la exigencia legal y también, por cierto, de algunas ventajas asociadas a ella. Así, por ejemplo, se puede conceder la exención del

<sup>6</sup> Cfr., acerca de cómo tratar las leyes injustas, HERVADA, Javier, *Introducción crítica al Derecho natural*, 7ª ed., Euns, Pamplona, 1993, ps. 169-170 y 183-187.

CRISTÓBAL ORREGO SÁNCHEZ

---

servicio militar obligatorio a cualquiera que declare bajo juramento tener que hacer frente a responsabilidades impostergables incompatibles con el servicio. Al mismo tiempo, se pueden elevar los beneficios para quienes efectivamente vayan al servicio militar (remuneración, educación, créditos o becas posteriores, etc.). Se trata solamente de un ejemplo que permite mantener el carácter obligatorio del servicio militar, pero acercándolo a un servicio militar voluntario con contraprestaciones o incentivos adecuados. Naturalmente, en este caso no estamos ante un principio general del Derecho, sino solamente ante una sugerencia prudencial que tendrán que estimar las autoridades competentes –el legislador o los encargados de reclutamiento– a la hora de enfrentar objeciones de conciencia. Si pudiéramos otros ejemplos, veríamos que muchas veces es posible, mediante la aplicación prudencial de las facultades de las autoridades competentes, acomodar las objeciones de conciencia sin aceptarlas en cuanto tales.

5º) *La distribución de las cargas públicas es proporcional, no igualitaria.* En caso de que quien razona esté jurídicamente autorizado, puede analizar si cabe modificar el Derecho que distribuye cargas para que tome en cuenta las objeciones de conciencia, ojalá bajo alguna causa general que permita reemplazar unas cargas por otras. Una diferencia importante entre las normas que distribuyen cargas y las que establecen prohibiciones o imperativos generales es que las primeras no asignan deberes a todos –no todos los ciudadanos pueden cargar armas; no todos los abogados públicos han de defender a todos los clientes; no todos los jueces han de juzgar todas las causas; etcétera– mientras que las segundas establecen deberes cuyo incumplimiento podría dañar al bien común incluso cuando uno solo incumpliera (v. gr., medidas de seguridad en el tráfico motorizado). Este tipo de exenciones a determinadas cargas públicas –sustituidas por otras– puede ser de competencia del legislador, pero también podría exigirlo un tribunal constitucional o supremo, que tiene la facultad de determinar el alcance de los derechos fundamentales, entre ellos, de la libertad de conciencia.

6º) *El principio de tolerancia del mal.* La autoridad encargada de aplicar normas represoras –como las propias del Derecho Penal–, dentro del campo de discreción de que goce, ha de guiarse por el principio

de tolerancia del mal: es lícito y a veces obligatorio no reprimir el mal obrar de otros, sin aprobarlo, cuando la represión causaría un mal mayor que la tolerancia o impediría un bien mayor que se sigue de la tolerancia. Tratándose de normas usualmente importantes –especialmente si se cumple el ideal de que el recurso a la ley penal sea de *ultima ratio*, para crímenes graves como los atentados contra los derechos fundamentales–, no debe hacerse excepción explícita a esas normas, ni menos autorizar positivamente su infracción por razones de conciencia. En cambio, en la práctica, de hecho, es posible tolerar las infracciones a normas menores cuya represión podría resultar contraproducente. Por ejemplo, a veces se establecen multas para los motociclistas que no usen casco; pero la policía podría hacer la vista gorda en algunos casos de grupos religiosos que no pueden usar casco (por el turbante). Naturalmente, en los casos más graves la intolerancia es necesaria para ayudar al resto de la población a rechazar el error de esos objetores de conciencia, y así impedir que tales objeciones –gravemente erróneas– se extiendan en la sociedad.

7º) *Los fundamentos jurídicos y éticos de las decisiones públicas.* Las opiniones sobre temas morales nunca son inocuas, por muy minoritarias que sean. Por eso, tanto cuando se castiga a un objetor de conciencia como, con mayor razón, cuando se le exime del cumplimiento de la ley objetada, la autoridad debe fundamentar su juicio de manera que neutralice el error moral que subyace a la objeción. Por eso, la autoridad pública que fundamenta su tolerancia de los objetores en alguna forma de relativismo ético o en el valor de la conciencia errónea en cuanto tal, mina su propia legitimidad. Por el contrario, la autoridad le debe, al conjunto de la sociedad –ésta está protegida por las leyes justas objetadas–, una explicación que reafirme la vigencia ética de la norma objetada, aunque en la práctica se admitan excepciones a su aplicación, por motivos de prudencia o de equidad ante una conciencia inculpablemente errónea o de tolerancia del mal. En consecuencia, una sociedad que albergue en su seno muchos y diversos objetores necesita, todavía más, una profunda convicción moral en los encargados de conducirla al bien común.

8º) *Castigar con respeto a la dignidad de la conciencia.* La desobediencia “puede tener sus raíces no sólo en un obstinado egocentrismo

CRISTÓBAL ORREGO SÁNCHEZ

---

[...] sino también en una oposición moralmente inspirada, en conciencia, a las exigencias de esta o aquella disposición”<sup>7</sup>. En tal caso, la necesidad de castigar no siempre cede ante el valor de la conciencia. En efecto, “la razonabilidad práctica –de cuya genuina autoridad la conciencia, en el sentido moderno del término, obtiene el prestigio que merece [...]– exige que el terrorismo por motivos de conciencia, por ejemplo, sea suprimido por motivos de conciencia con el mismo vigor que otras formas de criminalidad”<sup>8</sup>. El terrorismo es, naturalmente, un caso extremo; pero muchas otras infracciones por objetores de conciencia pueden tener que ser aplicadas por las autoridades en conciencia –por exigirlo su propia conciencia–. Entonces, cuando castigar al objetor sea necesario, es necesario ejecutar el castigo respetando a la persona –como en el caso de cualquier criminal– y respetando su conciencia, es decir, reconociendo de alguna manera que, aun mereciendo el castigo, su motivación última conserva la dignidad de la adhesión a lo que se capta como bueno. El respeto a la conciencia, en este sentido, no exige que se excuse el error –especialmente si es muy grave–, sino, por el contrario, que se proporcionen las razones que explican por qué se trata de un error. Dicho con otras palabras, no se respeta la conciencia ajena diciéndole que es valioso lo que en realidad amerita reproche y castigo, sino haciendo aún más explícitas las razones que esa conciencia debió haber reconocido y no reconoció. Además, como muchos errores de conciencia están motivados por un determinado ambiente ideológico y una falta de contacto con lo real, se respeta a la persona del objetor y su conciencia si, al castigarla, por ejemplo, con la cárcel o con trabajos comunitarios, se la pone en un contexto de rehabilitación y de contacto con la realidad que le facilite salir del error, sin forzarla a ello.

<sup>7</sup> FINNIS, *Ley natural y derechos naturales* cit., p. 290.

<sup>8</sup> Ídem nota anterior.

## ÍNDICE SUMARIO

|  |   |
|--|---|
| ÍNDICE GENERAL .....                               | 5 |
| <i>Presentación</i> , por EDUARDO BARBAROSCH ..... | 7 |

### **RELATIVISMO EPISTEMOLÓGICO** **(Berstein, R. J., “Beyond objectivism and relativism”)**

por CARLOS M. CÁRCOVA

|   |    |
|---|----|
| .....   | 15 |
| Peter Winch y las sociedades “otras” .....                  | 16 |
| Gadamer: otra ontología .....                               | 17 |
| Thomas Kuhn y la inconmensurabilidad de paradigmas .....    | 19 |
| Paul Fayerabend y el método anarquista .....                | 21 |
| Richard Rorty: de la representación a la conversación ..... | 22 |

### **LA POSIBILIDAD CONCEPTUAL** **DEL POSITIVISMO INCLUYENTE**

por CLAUDINA ORUNESU

|   |    |
|---|----|
| 1. Un nuevo escenario .....   | 25 |
| 2. La tesis de la separación .....  | 30 |
| 3. De la tesis de las fuentes sociales<br>a la tesis de la convencionalidad ..... | 34 |
| 4. El positivismo incluyente acorralado .....                                     | 39 |

227

**MINIMALISMO DE LOS DERECHOS:  
¿APOLOGÍA RAZONABLE O  
DESLEGITIMACIÓN INSIDIOSA?**

por TECLA MAZZARESE

|   |    |
|---|----|
| 1. Acerca de la retórica y la antirretórica de los derechos . . . . . | 45 |
| 2. ¿Inflación de los derechos? . . . . .                              | 46 |
| 3. Una respuesta desviada a un problema mal planteado . . . . .       | 50 |
| 3.1. Minimalismo y retóricas de los derechos . . . . .                | 51 |
| 3.2. Minimalismo y “pluralismo cultural y moral” . . . . .            | 52 |
| 3.3. El minimalismo y la crisis de la edad de los derechos . . . . .  | 57 |
| 4. Una concepción alternativa de los derechos . . . . .               | 59 |
| 4.1. Una alternativa históricamente emergente . . . . .               | 60 |
| 4.2. Una alternativa ideológicamente comprometida . . . . .           | 62 |
| 4.3. Una alternativa conceptualmente poco convincente . . . . .       | 65 |
| 5. Is minimalism the most we can hope for? . . . . .                  | 69 |
| Referencias bibliográficas . . . . .                                  | 70 |

**COLISIONES DE PRINCIPIOS Y LÓGICA  
PARACONSISTENTE ANOTADA**

por CÉSAR ANTONIO SERBENA

|  |    |
|--|----|
| Resumen . . . . .  | 73 |
| 1. La lógica paraconsistente anotada . . . . .                         | 73 |
| 2. Lógica paraconsistente anotada y colisiones de principios . . . . . | 79 |
| Bibliografía . . . . .   | 83 |

**LA OBJETIVIDAD EN LA MORAL Y EN EL DERECHO**

por EDUARDO BARBAROSCH

|                           |    |
|---------------------------|----|
| 1. Introducción . . . . . | 85 |
|---------------------------|----|



|   |    |
|---|----|
| 2. El realismo moral y el anti-realismo moral, dos formas antagónicas de considerar los valores morales . . . . . | 88 |
| 3. Algunas precisiones sobre la objetividad . . . . .   | 91 |
| 4. El objetivismo fuerte en la metaética . . . . .  | 94 |
| 5. El problema de la objetividad en el Derecho. . . . .   | 97 |

**LA EFICIENCIA DE PARETO Y LAS  
TEORÍAS DEONTOLÓGICAS: UNA  
RESPUESTA A KAPLOW & SHAVELL**

por EDUARDO STORDEUR (h)

|  |     |
|--|-----|
| I. Introducción . . . . .  | 103 |
| II. El argumento central de Kaplow & Shavell . . . . .   | 108 |
| III. Equilibrio, regla de Pareto y TD: intentando dar contenido a la proposición de K & S. . . . . | 122 |
| IV. El análisis en un mundo con costos de transacción positivos . . . . .                          | 132 |
| V. Conclusión . . . . .  | 139 |
| Bibliografía . . . . .   | 140 |

**ACERCA DE LA POSIBILIDAD DE  
FUNDAMENTAR LAS NORMAS MORALES**

por NICOLÁS ZAVADIVKER

|   |     |
|---|-----|
| I. El dualismo ser/deber ser. . . . .   | 143 |
| II. Algunos intentos por reducir el deber al ser . . . . .                                      | 147 |
| III. La guillotina de Hume o cómo no pasar del ser al deber . . . . .                           | 151 |
| IV. Una nueva objeción: la falacia de la justificación cognitiva. . . . .                       | 154 |
| V. Intentos de fundamentación que incurrir en la falacia de la justificación cognitiva. . . . . | 158 |
| VI. Algunas conclusiones de las objeciones presentadas . . . . .                                | 161 |
| VII. Ausencia de fundamentos y relativismo moral . . . . .                                      | 165 |
| Bibliografía . . . . .  | 171 |

## **LOS PARLAMENTOS ¿CREAN DERECHO?**

### **Sobre teoría del Derecho y su transposición didáctica**

por OSCAR SARLO

|   |     |
|---|-----|
| 1. Planteamiento. . . . .                                 | 173 |
| 2. La cuestión en la teoría del Derecho . . . . .         | 174 |
| 3. Teoría del Derecho y transposición didáctica . . . . . | 177 |
| 4. Conclusiones . . . . .                                 | 181 |

## **EL ESTADO DE DERECHO Y EL ESTADO RED**

por ANTONIO A. MARTINO

|   |     |
|---|-----|
| I. El Estado de Derecho. . . . .  | 183 |
| II. El Estado Red. . . . .  | 188 |
| III. El Estado hoy. . . . .   | 192 |
| Alcances de las instituciones del Estado . . . . .  | 196 |
| IV. Las funciones del Estado en un mundo<br>que se perfila con nuevas tecnologías . . . . . | 197 |

## **EL INTEGRATIVISMO TRIALISTA EN EL DERECHO PENAL**

por MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI

|   |     |
|---|-----|
| I. Ideas fundamentales. . . . .                         | 203 |
| II. Perspectivas trialistas del Derecho Penal . . . . . | 205 |
| 1) El mundo jurídico en general. . . . .                | 205 |
| a) Dimensión sociológica . . . . .                      | 205 |
| b) Dimensión normológica . . . . .                      | 209 |
| c) Dimensión dikelógica. . . . .                        | 211 |
| 2) Las ramas del mundo jurídico . . . . .               | 214 |

**PRINCIPIOS PRÁCTICOS PARA ORIENTAR  
EL RAZONAMIENTO JURÍDICO ANTE  
LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA**

por CRISTÓBAL ORREGO SÁNCHEZ

|   |     |
|---|-----|
| 1. Planteamiento del problema: ¿qué hacer<br>con los objetores de conciencia? . . . . .         | 215 |
| 2. Razonamiento práctico y razonamiento<br>jurídico ante las objeciones de conciencia . . . . . | 216 |
| 3. Razonamiento jurídico y Derecho vigente . . . . .  | 218 |
| 4. Propuesta de algunos principios<br>prácticos y reglas de prudencia . . . . .                 | 221 |

LA COMPOSICIÓN Y DIAGRAMACIÓN SE REALIZÓ EN  
RUBINZAL - CULZONI EDITORES Y SE TERMINÓ DE IMPRIMIR  
EL 21 DE MARZO DE 2007 EN LOS TALLERES GRÁFICOS  
DE IMPRENTA LUX S. A., H. YRIGOYEN 2463, SANTA FE