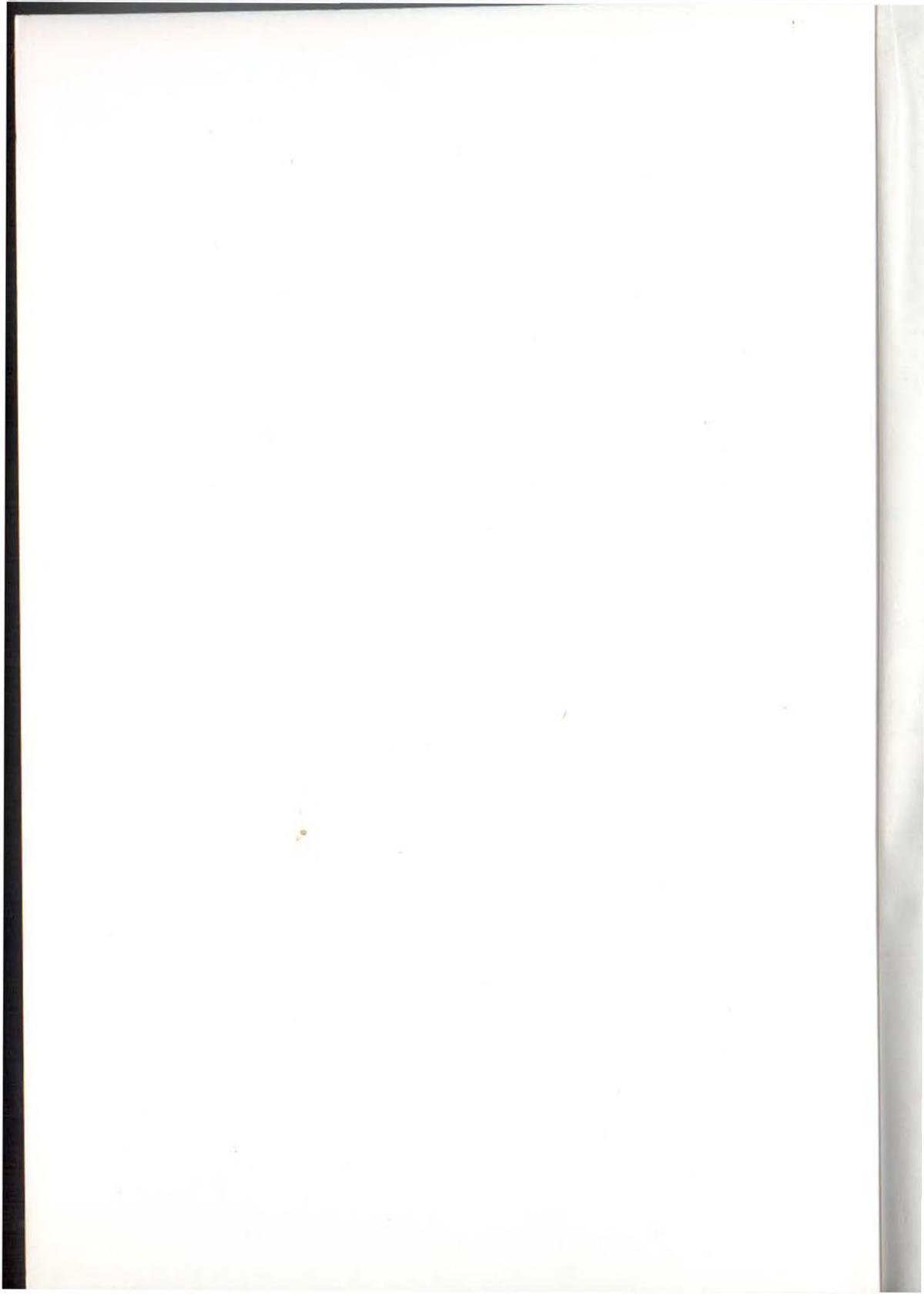


**IDEAS
Y
DERECHO**

Anuario de la
**ASOCIACIÓN ARGENTINA DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO**

**2010
Número 7**



COMITÉ DIRECTIVO DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA
DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

IDEAS
Y
DERECHO

ANUARIO DE LA
ASOCIACIÓN ARGENTINA DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO

Número 7 - 2010

**COMISIÓN DIRECTIVA DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA
DE FILOSOFÍA DEL DERECHO**

PRESIDENTE: Rodolfo L. Vigo

VICE-PRESIDENTE: Eduardo Barbarosch

SECRETARIO: Juan Cianciardo

TESORERO: Diego Duquelsky

VOCALES TITULARES

Ariel Álvarez Gardiol

Eugenio Bulygin

Ricardo Caracciolo

Carlos Cárcova

Miguel Ángel Ciuro Caldani

Ricardo V. Guarinoni

Ricardo A. Guibourg

Pablo López Ruf

Carlos I. Massini Correas

Renato Rabbi-Baldi Cabanillas

Jorge Rodríguez

VOCALES SUPLENTE

José Rolando Chirico

Hugo Zuleta

Santiago Legarre

Eduardo Barcesat

REVISORES DE CUENTAS

Eloy Emiliano Suárez (TITULAR)

Carlos María Fernández (SUPLENTE)

Ideas y Derecho

Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho
(A. A. F. D.)

EDITOR RESPONSABLE

RODOLFO L. VIGO

SECRETARIO DE REDACCIÓN

EDUARDO R. SODERO

CONSEJO DE REDACCIÓN

Eugenio Bulygin

Carlos M. Cárcova

Miguel A. Ciuro Caldani

Rodolfo L. Vigo

ISBN: 978-987-21433-4-3

La Asociación Argentina de Filosofía del Derecho agradece a
Editorial La Ley su colaboración para la edición de la presente publicación.

COMITÉ ARGENTINO DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA
DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

**Ideas y derecho: anuario de la Asociación
Argentina de Filosofía del Derecho / coordinado
por Eduardo Sodero. - 1a ed. - Buenos Aires:
Asoc. Argentina de Filosofía del Derecho, 2010.**

288 p. ; 24x17 cm.

ISBN 978-987-21433-4-3

1. Filosofía del Derecho. I. Sodero, Eduardo,
coord.

CDD 340.1

SUMARIO

	Pág.
PRÓLOGO	VII
Doctorado Honoris Causa de la Universidad Nacional de Tucumán Prof. Dr. Robert Alexy (Universidad de Kiel – Alemania)	
Laudatio	1
<i>Carlos Bernal Pulido</i>	
La doble naturaleza del derecho	7
<i>Robert Alexy</i>	
El Aguijón Pragmático	19
<i>Graciela Barranco</i>	
El desafío del Juez constitucional.....	33
<i>Raffaele De Giorgi</i>	
¿Es el Positivismo Jurídico una teoría aceptable del Derecho?.....	49
<i>Manuel Atienza</i>	

	Pág.
Algunas reflexiones sobre los distintos sentidos de positivismo jurídico y el derecho natural contemporáneo	69
<i>Eduardo Barbarosch</i>	
Las dificultades del nuevo Iusnaturalismo	89
<i>Ricardo A. Guibourg</i>	
Algunas ampliaciones y precisiones críticas a la inaceptabilidad teórica del positivismo jurídico según Atienza	103
<i>Renato Rabbi - Baldi Cabanillas</i>	
Multiculturalismo, Pluralismo Analógico y Derechos Humanos. Su enseñanza	117
<i>Mauricio Beuchot</i>	
¿Fundamento de los derechos humanos?	129
<i>Ricardo A. Guibourg</i>	
El caleidoscopio	135
<i>Andrea Danas</i>	
Complejidades interpretativas: La falta de coincidencia entre la voluntad real y la argumentada.....	147
<i>Juan José Bentolila</i>	
Interpretación y control judicial de constitucionalidad.....	157
Repensando la objeción contramayoritaria	
<i>Claudina Orunesu</i>	
Una nueva visita a la Filosofía del Derecho Argentina	189
<i>Manuel Atienza</i>	
Estado de Derecho y Certeza Jurídica.....	211
Una discusión a partir de Neil MacCormick	
<i>Guillermo Moro</i>	

PRÓLOGO

Este prólogo acompaña el nuevo número del Anuario “Ideas y Derecho” que, gracias a la colaboración de la Editorial La Ley, publica la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, cuya presidencia he tenido el honor de ejercer los últimos cuatro años. Su aparición ratifica una vez más la calidad académica, la vocación por el debate, el respeto, el compromiso democrático y el pluralismo —en todos sus sentidos— que han animado desde siempre las actividades de nuestra Institución, y que resultan imprescindibles en particular en tiempos de expansión y fortalecimiento como los de la última década. También testimonia la apertura al diálogo con iusfilósofos del extranjero, que se ha manifestado en época reciente con presencias destacadas en nuestras Jornadas, como las de Robert Alexy en 2008 —cuya visita aun se refleja en esta edición— y de Manuel Atienza en 2009 —también presente en las páginas que siguen—, para no mencionar la impronta federalista que la signa desde siempre.

Sólo me queda expresar el profundo agradecimiento hacia todos los asociados por su colaboración, hacia los miembros de la Comisión Directiva —en particular en la persona de su Secretario, profesor Dr. Juan Cianciardo— y, en lo que a esta publicación se refiere, al profesor Eduardo Sodero, que nos ha acompañado como Secretario de Redacción. Reitero una vez más nuestra gratitud al doctor Enrique Rodríguez Quiroga y a sus colaboradores de la Editorial La Ley, que ha renovado su generoso compromiso con esta institución, posibilitando que el Anuario llegue a manos del auditorio de filósofos y juristas.

RODOLFO VIGO

PROLOGO

Este trabajo constituye el primer volumen de la obra "El mundo y el hombre", que forma parte de la colección de la Editorial La Cebra, editada por la Academia Argentina de Filosofía y Letras, cuyo propósito es reunir el mejor de los autores argentinos de actualidad en las ciencias humanas y sociales. La colección fue el fruto de un proyecto de colaboración y el resultado de un trabajo conjunto que ha permitido reunir los escritos de los autores argentinos y que resulta imprescindible en particular en tiempos de agitación y transformación como los de la última década. También resulta importante su relación con los estudios del extranjero que se han realizado en estos últimos diez años de trabajo intelectual. Como resultado de esta colaboración se han publicado los libros de Robert Alvy en 1968 —"Una vida sin ser visto" en español— y de Robert Alvy en 1969 —"El mundo y el hombre" en español— que sirven —, para no mencionar la importante colaboración de los autores de este trabajo.

Este trabajo expresa el profundo agradecimiento hacia todos los autores por su colaboración, hacia los miembros de la Comisión de Recrutamiento en la persona de su secretario, profesor Lic. Juan Castiglione —y en lo que a esta institución respecta al profesor Enrique de la Haza, que me ha acompañado tanto durante la elaboración de este libro como en esta nuestra gestión al doctor Juan José Rodríguez y a los colaboradores de la Editorial La Cebra por su apoyo y participación en esta iniciativa, por último que el Anexo ligará a través del sistema de libros y revistas.

ROBERTO ALVY

DOCTORADO HONORIS CAUSA DE LA
UNIVERSIDAD NACIONAL DE TUCUMÁN
PROF. DR. ROBERT ALEXY
(UNIVERSIDAD DE KIEL - ALEMANIA)
SAN MIGUEL DE TUCUMÁN REPÚBLICA
ARGENTINA
11 DE OCTUBRE DE 2008

LAUDATIO

Por Carlos Bernal Pulido

Universidad del Externado - Colombia

Para mí es hoy un día de regocijo y de tristeza al mismo tiempo. De regocijo por la muy merecida concesión del doctorado Honoris Causa al Profesor Robert Alexy por parte de la Universidad Nacional de Tucumán y por tener el inmerecido honor de escribir estas palabras para tan egregia ocasión. De tristeza porque motivos insuperables me impiden leer este texto de viva voz.

La concesión de este doctorado Honoris Causa al Profesor Robert Alexy es un acto de justo reconocimiento académico a quien con seguridad es el más célebre científico del derecho de prosapia germana de finales del Siglo XX y comienzos del Siglo XXI. Sus teorías, desarrolladas con profundidad analítica, pero a la vez con claridad expositiva, no sólo han llenado vacíos existentes de tiempo atrás en la filosofía del derecho y en la dogmática del derecho público, sino que, gracias a su extrapolación a otros contextos europeos, americanos y asiáticos, han creado un lenguaje común de reflexión jurídica entre los pueblos.

Robert Alexy nació el 9 de Septiembre de 1945 en Oldenburg (Alemania). Después de culminar la educación secundaria, sirvió durante tres años en el Ejército Federal Alemán, en el que durante el último año alcanzó el rango de teniente. En el verano de 1968 comenzó los estudios de derecho y filosofía en la Universidad Georg-August de Göttingen. En el ámbito de la filosofía, estudió sobre todo con Günther Patzig.

Después de superar el primer examen del Estado para culminar la licenciatura de derecho en 1973, trabajó hasta 1976 en su disertación "Teoría de la argumentación jurídica". Durante aquel tiempo, así como antes del mencionado primer examen, su actividad de investigación recibió financiación de la fundación *Studienstiftung des deutschen Volkes*. En 1982 recibió el premio de la Academia de la Ciencia de Göttingen, en la categoría de filología e historia, por la investigación conducente a la "Teoría de la Argumentación Jurídica", que fuera publicada por primera vez en el año 1978. En 1976 inició su práctica jurídica que culminó en 1978, después de superar el segundo examen del Estado. Desde aquel entonces y hasta 1984 se desempeñó como profesor asistente de Ralf Dreier en el departamento de Teoría General del Derecho en Göttingen. En 1984 culminó su habilitación en Derecho Público y Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Göttingen con su obra "Teoría de los derechos fundamentales".

A partir de ese momento, Robert Alexy ha sido profesor, primero de la Universidad de Regensburg, y luego de Kiel. Después de rechazar una propuesta de la Universidad de Regensburg, en 1986 aceptó la propuesta de la Universidad Christian-Albrecht de Kiel. Desde ese entonces, es catedrático de Filosofía del Derecho y Derecho Público de dicha universidad. En marzo de 1991 rechazó la propuesta de la Universidad Karl-Franzens de Graz (para ser el sucesor de Ota Weinberger). Entre 1994 y 1998 fue presidente de la sección alemana de la Asociación Internacional de Filosofía Social (IVR).

En 1992 publicó la versión alemana de su libro "El concepto y la validez del derecho", que representa la obra comprensiva de su teoría del derecho. En 1997 recibió la oferta de la Universidad Georg-August de Göttingen (para ser el sucesor de Ralf Dreier) que rechazó en 1998. Desde el año 2002 es miembro de número de la Academia de la Ciencia de Göttingen, en la categoría de filología e historia.

En sus libros y artículos, traducidos a varias lenguas de oriente y occidente, y publicados por las editoriales más prestigiosas (Suhrkamp en Alemania, Oxford University Press en Inglaterra, el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales en España y Mahleiros en Brasil, entre otras) Robert Alexy ha hecho varias notables contribuciones a la ciencia jurídica.

En su obra temprana, cuyo trabajo emblemático fue su *Teoría de la Argumentación Jurídica*, que presentara como tesis doctoral en la Universidad de Göttingen, Robert Alexy sentó las bases para refutar el escepticismo en el ámbito de la argumentación práctica, en general, y de la argumentación jurídica, en particular. En este trabajo, formuló un conjunto de reglas generales cuyo seguimiento permite dotar de racionalidad a la argumentación práctica y especificó cuáles son las condiciones particulares de aplicación de estas reglas en el ámbito del derecho, que posibilitan el diseño de un discurso jurídico —y en especial de un discurso judicial— capaz de ofrecer las mayores garantías posibles de corrección procesal y sustancial.

Tras la *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Robert Alexy se embarcó en el colosal proyecto de escribir una teoría de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental Alemana. Este proyecto, que culminaría con su escrito de habilitación *Teoría de los derechos fundamentales*, llevó a Alexy a aplicar sus conocimientos de filosofía jurídica para contribuir a la solución de uno de los problemas centrales de la dogmática alemana del derecho público, cuyas raíces se remontaban a las obras de Laband, von Gerber, Jellinek y Kelsen: esclarecer la naturaleza y la estructura de los derechos fundamentales en tanto derechos subjetivos. Los derechos fundamentales, que por primera vez habían sido definidos como tales en la Constitución de la Paulskirche de 1848 y que luego tuvieron un importante reconocimiento en la Constitución de Weimar, habían sido establecidos como el eje central de la Ley Fundamental, y su relevancia jurídica y política se había incrementado notablemente a raíz de la práctica jurisprudencial del Tribunal Constitucional Federal de Alemania. En la *Teoría de los derechos fundamentales* y para explicar su esencia, Alexy no sólo formuló la tesis de la doble naturaleza de estos derechos, como reglas y principios, sino que también describió con lujo de detalles su estructura, como un sistema complejo de disposiciones, normas y posiciones jurídicas, y las funciones que cumplen como dere-

chos de defensa, de protección y de organización y procedimiento. Asimismo, sentó las bases teóricas para la aplicación racional de los derechos fundamentales mediante la ponderación y —en artículos posteriores y en el epílogo a esta teoría, escrito 15 años después— aclaró cómo podía delimitarse la competencia de la jurisdicción constitucional, de tal forma que esta jurisdicción no resultara invadiendo las competencias del legislativo y el ejecutivo en la aplicación de los derechos fundamentales. Estos desarrollos teóricos no sólo han tenido una suprema importancia en Alemania, sino que se han extrapolado a los demás países de Europa —occidental y oriental— y a Latinoamérica, en donde han sido una base capital para la comprensión y la elaboración del derecho constitucional, en la última ola de democratización de nuestras sociedades, marcada por la expedición de nuevas constituciones y la reforma de las existentes a lo largo de la década de los 90 y los ciernes de nuevo milenio. La teoría de los derechos fundamentales de Alexy ha sido incluso explícitamente citada en sentencias de altos Tribunales como la Corte Constitucional colombiana, el Tribunal Federal Electoral de México y el Tribunal Constitucional de Perú —además de, ésta ya en otro contexto, la Corte Suprema de Israel—.

Junto a lo anterior, en su obra *El concepto y la validez del derecho* y en otros escritos recientes, Robert Alexy también ha hecho una notable contribución al debate central de la filosofía del derecho, es decir, aquél que gira en torno a la pregunta ¿Qué es el derecho? Alexy se ha enfrentado —casi en solitario— a la doctrina que sobre todo en el mundo anglosajón, proclama el imperio absoluto del positivismo jurídico —inclusivo o exclusivo— como teoría acerca de la naturaleza del derecho, defendiendo con denuedo la tesis no-positivista según la cual, existe una conexión conceptual necesaria entre el derecho y la moral. Para tal fin, ha hecho valer que el derecho eleva necesariamente una pretensión de corrección, que, en virtud de dicha pretensión, los argumentos morales relativos a la justicia prevalecen sobre otras razones prácticas en la toma de decisiones jurídicas cuando las razones provenientes del derecho positivo se agotan, y, de acuerdo con Gustav Radbruch, que el derecho extremadamente injusto no es derecho. Estos argumentos del no-positivismo reivindican que el derecho tiene necesariamente una dimensión ideal, que se aúna a la dimensión fáctica o institucional, y que no puede ser soslayada si se quiere dar una explicación adecuada de su naturaleza.

Además de estas contribuciones científicas, es preciso también resaltar el talante de Robert Alexy como profesor. La devoción por la docencia de Robert Alexy hace que sus clases, en las cuales la claridad, el orden expositivo y la vivacidad de la discusión son siempre la pauta, capturen la atención de los estudiantes de grado y de posgrado. Sus conferencias, que han tenido lugar en las mejores universidades del orbe, son innovadoras, nunca dejan de aportar soluciones a problemas hasta entonces existentes. Las exposiciones de Robert Alexy en los congresos de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social han hecho historia y sus discusiones de los trabajos de otros científicos, en este escenario y en otros más, no sólo han puesto en evidencia las deficiencias de teorías aceptadas de forma irreflexiva, sino que han iluminado nuevas vías de exploración.

Asimismo, debe destacarse la dimensión de maestro y formador de nuevos investigadores de Robert Alexy. Su seminario en Kiel siempre está rodeado de jóvenes doctorandos no sólo de Alemania y otros países europeos como España, Italia o Grecia, sino de Latinoamérica —por allí hemos pasado colombianos, argentinos, brasileños, mexicanos y peruanos— y de Asia —Japón, Corea, Taiwán, China—. Robert Alexy es un maestro que se entrega por sus discípulos con generosidad, que no guarda las ideas para sí, en aras de obtener más prestigio y reconocimiento, sino que las comparte con sus estudiantes y los anima para que las desarrollen y, de este modo, se superen los límites del conocimiento científico existente. Para tal fin, Robert Alexy ha creado en la facultad de derecho de la Universidad de Kiel un paraíso científico, visitado por prestigiosos investigadores de todo el mundo, en el que se debate y se reflexiona con libertad y con hondura. Este paraíso científico no sólo ha dado frutos ostensibles como los libros publicados en la llamada “serie azul” de filosofía del derecho de la editorial Nomos de Baden-Baden y los trabajos de muchos otros que nos hemos nutrido de conocimientos en Kiel. La labor de dirección y formación de discípulos desempeñada por Alexy también ha sido capital en la biografía de profesores que ahora enseñamos en universidades como las de Bamberg, Birmingham, Bristol, Hamburgo, Amberes, la NYU, la Universidad de Buenos Aires, la Universidad de Zaragoza, de Toledo, de Sao Pablo, de los Andes, de Kanazawa, de Taiwan, de Korea del Sur y el Externado de Colombia, entre muchas otras. Con seguridad, muchos de nosotros nunca habríamos sido lo que somos, sin la voz de aliento y el apoyo de Robert Alexy, y

sin el estímulo de querer imitar su pasión por descubrir nuevas verdades en el ámbito del derecho.

Por esta razón, hoy, en nombre de sus discípulos, y en nombre de quienes apreciamos y valoramos las contribuciones de Robert Alexy a la ciencia jurídica, elevo una voz de felicitación por la concesión de este merecido Doctorado Honoris Causa que hoy otorga la Universidad Nacional de Tucumán.

LA NATURALEZA DUAL DEL DERECHO Y EL PROBLEMA DEL POSITIVISMO*

Por Robert Alexy

Mi tesis es que el derecho tiene una naturaleza dual. La tesis de la naturaleza dual sostiene que el derecho necesariamente comprende una dimensión real o fáctica y una ideal o crítica. En la definición del derecho, la dimensión fáctica está representada por los elementos de la promulgación conforme al ordenamiento y la eficacia social. La dimensión ideal lo está por el elemento de la corrección moral. Cualquiera que defina al derecho exclusivamente por la promulgación y la eficacia social, defiende un concepto positivista del derecho. Una vez que la corrección moral es añadida como un tercer elemento necesario, el panorama cambia fundamentalmente. Aparece un concepto de derecho no-positivista. Defender la tesis de la naturaleza dual significa, por ello, introducirse en el antiguo debate acerca del concepto y la naturaleza del derecho.

El debate sobre el concepto y la naturaleza del derecho ha adquirido en nuestros días un grado de sofisticación desconocido hasta ahora. Mi

* Versión española por Eduardo Roberto Sodero.

El texto que aquí se presenta corresponde a la conferencia pronunciada por el profesor doctor Robert Alexy bajo el título "The Dual Nature of Law" durante las Jornadas de la Asociación en San Miguel de Tucumán (2009). Las ideas entonces expuestas fueron profundizadas por el propio Alexy para su conferencia en el plenario del Congreso Mundial de la IVR en Beijing (en ese mismo año), luego publicada bajo el mismo título "The Dual Nature of Law" en *Ratio Juris* 2010, págs. 167-182. Respecto de ella, la conferencia de Tucumán —según señala el profesor de la Christian Albrechts Universität zu Kiel en carta al traductor de fecha 12.VIII.2010— "tiene otro carácter. Ella trata el problema de la naturaleza dual exclusivamente desde el punto de vista del problema del iuspositivismo, lo cual le confiere un carácter propio que justifica su publicación", si bien para evitar confusiones el autor sugirió el título que encabeza esta traducción.

primer objeto será explicar la tesis de la naturaleza dual por la vía de analizar la distinción entre positivismo y antipositivismo. Sobre esta base he de proponer, en un segundo paso, dos argumentos en pro de una versión de antipositivismo que voy a denominar “antipositivismo incluyente”.

I. Positivismo y antipositivismo

1. Tesis de la separación y tesis de la vinculación

La discusión entre positivismo y antipositivismo es una discusión sobre la relación entre derecho y moral. Todos los positivistas defienden la *tesis de la separación*. En su forma más general, esta tesis dice que no existe ninguna vinculación necesaria entre el derecho tal como es y el derecho como debería ser. En una versión más precisa, ella afirma que no existe una vinculación necesaria entre la validez o corrección jurídicas, por un lado, y los méritos y deméritos morales o la corrección e incorrección moral, por otro lado.

2. Positivismo excluyente e incluyente

Tanto la tesis de la separación como la de la vinculación son susceptibles de una variedad de interpretaciones diferentes. A fin de aclarar de qué se trata en la discusión entre positivismo y antipositivismo es conveniente examinar las posiciones básicas. Las posiciones en disputa en este debate interminable sólo pueden ser entendidas completamente a través de sus oponentes.

Dentro del positivismo, la distinción entre positivismo excluyente e incluyente es la separación más importante en lo que tiene que ver con la relación entre derecho y moral. El positivismo excluyente, tal como es defendido sobre todo por Joseph Raz, sostiene que la moral está excluida necesariamente del concepto del derecho¹. El positivismo excluyente se contrapone al antipositivismo, que sostiene que la moral está incluida necesariamente en el concepto del derecho, es decir, necesariamente no excluida de éste. El positivismo incluyente, tal como es defendido por ejemplo por Jules Coleman, se presenta como un rechazo tanto del positivismo excluyente como del antipositivismo. Afirma que la moral no

¹ RAZ, Joseph “Legal Positivism and the Sources of Law”, en Raz. *The Authority of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1979, págs. 39-52, en pág. 47.

está necesariamente excluida ni necesariamente incluida. La inclusión es considerada como una cuestión contingente o convencional² referida a lo que de hecho dispone el derecho positivo. El antipositivismo, al afirmar no sólo que la moral no está necesariamente excluida sino que además está necesariamente incluida, es contraria a ambas formas de positivismo³.

3. Antipositivismo excluyente, super-incluyente e incluyente

Recientemente la distinción entre positivismo excluyente e incluyente ha llamado mucho la atención. Sin embargo éste no ha sido el caso cuando se trata de las distinciones en el seno del antipositivismo, a pesar de que las diferencias dentro del antipositivismo son no menos importantes para el debate sobre el concepto y la naturaleza del derecho que las diferencias dentro del positivismo.

Las diferencias dentro del antipositivismo que son relevantes aquí provienen de los diferentes efectos sobre la validez jurídica que son atribuibles a los defectos morales. El antipositivismo puede determinar el efecto sobre la validez jurídica que se sigue de los defectos o deméritos morales de tres maneras diferentes. Podría ser que la validez jurídica se pierda en todos los casos, o se pierda en algunos casos y no en otros, o —finalmente— que la validez jurídica no se vea afectada de ninguna manera.

²COLEMAN, Jules. "Authority and Reason", en Robert pág. George (ed.), *The Autonomy of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1996, págs. 286-319, en pág. 316.

³Bien podría reclamarse una determinación más precisa del rol que juega la contradicción, por un lado, y la contrariedad, por otro lado, en la relación entre y dentro del positivismo excluyente, positivismo incluyente y antipositivismo. La respuesta es clara. "I" significará "el derecho incluye a la moral". Si a "I" se le antepone el operador de necesidad "n" se obtiene "n I". "n I" expresa antipositivismo, es decir: "es necesario que el derecho incluya a la moral". Por el contrario, el positivismo excluyente dice: "es necesario que el derecho no incluya a la moral", esto es: "n ¬ I". "n I" y "n ¬ I" se encuentran en una relación de contrariedad, desde que la una excluye a la otra sin resultar de su negación. El positivismo incluyente es la conjunción de la negación del positivismo excluyente y del antipositivismo, o sea: "¬ n ¬ I & ¬ n I", que expresa: "no es necesario que el derecho no incluya la moral, ni tampoco lo es que el derecho incluya la moral". La conjunción como un todo, o sea, el positivismo incluyente, se mantiene con el antipositivismo y con el positivismo excluyente en una relación de contrariedad. Cada uno de los tres excluye a los otros sin resultar de la negación de ninguno de ellos. De este modo la conjunción de los subcontrarios refleja una tríada que por su parte es entendida en términos de contrariedad.

La primera posición, según la cual todo defecto moral genera invalidez jurídica, es la versión más radical del antipositivismo, y sólo se la encuentra rara vez en la literatura. Esta posición puede ser caracterizada como “antipositivismo excluyente” a fin de expresar la idea de que todo defecto moral excluye hechos sociales de las fuentes de validez jurídica⁴. Un ejemplo de antipositivismo excluyente es la posición defendida por Deryck Beyleveld y Roger Brownsword. Según ella, “las reglas inmorales no son jurídicamente válidas”⁵.

A primera vista esto parece ser algo más bien curioso. Es como si la moral dominara completamente al derecho. Pero ello importaría anarquismo, debido a la “naturaleza inherentemente controversial de los problemas morales”⁶. Beyleveld y Brownsword, sin embargo, están bien al tanto del problema, y desarrollan una compleja teoría para delimitar los que parecen ser los efectos generalizados del conflicto entre derecho y moral sobre la validez jurídica⁷. Esto se presenta, sin embargo, como un caso paradigmático de construcción auxiliar que a lo sumo sirve para tratar las consecuencias de un error en lugar de curar el mal en cuanto tal⁸. El mal en cuanto tal consiste en pasar por alto la naturaleza dual del derecho. El derecho comprende tanto una dimensión fáctica como una ideal. Esto excluye cualquier esfuerzo de justificar el impacto de la dimensión fáctica o autoritativa sobre la base de consideraciones meramente auxiliares. La dimensión fáctica, definida por la promulgación autoritativa y la eficacia social, al igual que la dimensión ideal, definida por la corrección moral, pertenecen al derecho desde el principio.

La segunda versión del antipositivismo, que podría ser denominada “antipositivismo super-incluyente”, sostiene —como ya se ha dicho— que la validez jurídica no está afectada de ninguna manera por defectos

⁴ ALEXY, Robert, “Effects of Defects - Action or Argument? Thoughts about Deryck Beyleveld and Roger Brownsword’s Law as Moral Judgment”, *Ratio Juris* 19 (2006), págs. 169-79, en pág. 173.

⁵ BEYLEVELD, Deryck y BROWNSWORD, Roger, *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pág. 76.

⁶ BEYLEVELD, Deryck y BROWNSWORD, Roger, *Law as Moral Judgment*, 2a. ed., Sheffield Academic Press, Sheffield, 1994), pág. 369.

⁷ *Ibid.*

⁸ ALEXY, ‘Effects of Defects – Action or Argument?’ (cit. en nota 4), pág. 171.

o incorrecciones morales. A primera vista esto aparece, una vez más, como algo extraño. ¿Es posible en verdad sostener que la validez jurídica no está afectada de ninguna manera por los defectos morales y seguir siendo un antipositivista, es decir, no convertirse al positivismo? La clave para una respuesta es la distinción entre conexiones clasificantes y cualificantes entre moral y derecho. Se emplea una conexión clasificante cuando se afirma que las normas promulgadas autoritativamente y sociales eficaces que no satisfacen un criterio moral determinado no son normas jurídicamente válidas. Beyleveld y Brownsword defienden una conexión clasificante con relación a todos los defectos morales. Por el contrario, se está empleando una conexión meramente cualificante cuando se sostiene que mientras el fracaso en satisfacer un determinado criterio moral no afecta el status de la norma en cuanto norma jurídicamente válida, tal fracaso sí convierte a la norma en jurídicamente defectuosa. Lo decisivo es que el defecto sea considerado un defecto jurídico, y no un defecto meramente moral⁹. De otro modo, la conexión cualificante no sería una conexión que contradijera la tesis positivista de la separación. Ningún positivista necesita negar que el derecho puede ser moralmente defectuoso; pero todos, sin embargo, deben rechazar que los defectos morales de la ley representen defectos jurídicos.

Si, como sostiene el antipositivismo, existe una conexión cualificante entre el derecho y la moral además de la conexión clasificante, entonces es posible ser antipositivista sin afirmar que los defectos morales afectan la validez jurídica. Los efectos de los defectos morales podrían ser restringidos a una deficiencia jurídica que no equivale a la pérdida de validez jurídica. La tesis de John Finnis de que la afirmación *lex injusta non est lex* “o bien es un puro sinsentido, abiertamente contradictorio, o por el contrario es una dramatización de la tesis expuesta de modo más exacto por Tomás de Aquino cuando dice que una ley injusta no es ley en el sentido focal del término ‘ley’ (es decir, *simpliciter*), a pesar de que sea ley en un sentido secundario de ese término (es decir, *secundum quid*)”¹⁰, se presenta como muy próxima a una conexión cualificante.

⁹ ALEXY, Robert, *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*, traducción de Bonnie Litschewski Paulson y Stanley L. Paulson (Oxford: Clarendon Press, 2002), pág. 26.

¹⁰ FINNIS, JOHN, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980, pág. 364 (hemos escogido la versión de Cristóbal S. Orrego en su traducción

Cuando Finis dice que “una ley injusta no es derecho en el sentido focal del término ‘derecho’”, sino sólo “derecho en un sentido secundario de dicho término”, está expresando que la ley injusta sigue siendo derecho a pesar de su injusticia, pero en cuanto ley injusta ella es una regla legal jurídicamente defectuosa. Esto es exactamente lo que se entiende por conexión cualificante.

La tercera versión del antipositivismo sostiene que ni la tesis de Beyleveld y Brownsword de que todos los defectos morales se traducen en invalidez jurídica, ni la tesis de Finnis de que ningún defecto moral produce dicha invalidez, son correctas. Ella postula que la posición de Beyleveld y Brownsword expresa una injustificada inclinación en favor de la dimensión ideal del derecho, mientras que la de Finnis hace lo propio con su dimensión real o fáctica. La primera puede ser criticada por sobreidealización, y la segunda por infraidealización. Ambas pueden ser evitadas gracias a la fórmula de Radbruch, que no sostiene ni que los defectos morales destruyen siempre la validez jurídica, ni que nunca pueden hacerlo. Su forma más abreviada posible reza:

La injusticia extrema no es derecho¹¹.

De acuerdo con esta fórmula, los defectos morales afectan la validez jurídica si y sólo si el umbral de la injusticia extrema es transpuesto. Por debajo de este límite, el efecto de los defectos morales se limita a la deficiencia jurídica. Esta es la forma de antipositivismo jurídico que será defendida aquí. Ella puede ser denominada “antipositivismo incluyente”.

II. El argumento de la corrección o qué significa formular una pretensión de corrección

La base de mi respuesta al positivismo es el argumento de la corrección. Éste afirma que las normas jurídicas individuales y las decisiones jurídicas individuales, y también los sistemas jurídicos como un todo,

publicada bajo el título “Ley Natural y Derechos Naturales”, Abeledo Perrot, Bs. As., 2000, en pág. 391).

¹¹ Sobre esto véase ALEXY, Robert, “A Defence of Radbruch’s Formula”, en David Dyzenhaus (ed.), *Recrafting the Rule of Law. The Limits of Legal Order*, Hart Publishing, Oxford y Portland, Oregon, 1999, págs. 15-39, en págs. 15-17.

necesariamente formulan una pretensión de corrección¹². Esta pretensión de corrección es la fuente de la relación necesaria entre moral y derecho. Mucho podría decirse acerca de qué significa que el derecho formula una pretensión de corrección¹³. He de limitarme a tres objeciones.

Según la primera objeción, no es cierto que el derecho formule una pretensión de corrección. Puede existir derecho aparte de tal pretensión. La respuesta a esta objeción consiste en demostrar que la pretensión de corrección está necesariamente implícita en el derecho. El mejor medio para demostrarlo es por el método de las contradicciones performativas¹⁴. Un ejemplo de una contradicción performativa es el del ficticio artículo primero de una Constitución que reza:

X es una república soberana, federal e injusta.

Es prácticamente imposible negar que este artículo es absurdo por algún motivo. La idea que subyace al método de la contradicción performativa es la de explicar el absurdo como proveniente de una contradicción entre lo que se pretende implícitamente al elaborar una Constitución, o sea, que ésta es justa, y lo que se ha declarado explícitamente, es decir, que ella es injusta. Mucho podría decirse sobre si esta explicación es aceptable, y si ella en realidad demuestra que la pretensión de justicia, que es un caso especial de la más amplia pretensión de corrección¹⁵, necesariamente es formulada. Este tema, sin embargo, no ha de ser analizada aquí. La cuestión de si el derecho necesariamente formula una pretensión de corrección no es el principal problema en lo que tiene que ver con la corrección en el debate positivismo versus antipositivismo. Nada menos que un partidario del positivismo como Joseph Raz se

¹² ALEXY, *The Argument from Injustice* (citado en nota 9), págs. 35-36.

¹³ Véase ALEXY, Robert, "Law and Correctness", en M.D.A. Freeman (ed.), *Legal Theory at the End of the Millennium* (Current Legal Problems 51), Oxford University Press, Oxford, 1998, págs. 205-221.

¹⁴ *Ibid.*, págs. 36-39.

¹⁵ La justicia es un caso especial de corrección, es la medida que la justicia puede ser definida como corrección en la distribución y la compensación; véase ALEXY, Robert, "Giustizia come correttezza". *Ragion pratica* 9 (1998), págs. 103-13, en pág. 105 (versión española del original alemán inédito por José Antonio Seoane y Eduardo Roberto Sodero bajo el título "Justicia como corrección", en ALEXY, Robert, *La institucionalización de la justicia*, 2ª. ed., Editorial Comares, Granada, 2010, págs. 49-60, en pág. 51).

acerca mucho a la tesis de que el derecho formula necesariamente una pretensión de corrección cuando afirma “que el derecho necesariamente pretende autoridad legítima”¹⁶.

La segunda posible objeción a la tesis de la corrección admite que el derecho formula una pretensión de corrección, pero niega que la pretensión del derecho a la corrección tenga algo que ver con la moral. Con la vista puesta en responder a esta objeción, cabe referirse a aquellos casos en los cuales, primero, se han acabado las razones basadas sobre el derecho positivo —esto es, razones basadas en fuentes—, y segundo, hay disponibles razones basadas en la justicia —esto es, razones morales—. A fin de responder la objeción, hay que demostrar que en tales casos, la decisión a adoptar tiene que fundarse sobre razones morales. Tampoco este tema ha de ser examinado aquí, pues —una vez más— no es un punto decisivo para la cuestión de si lo que está bien es el positivismo o el antipositivismo. Un positivista puede admitir que la pretensión de corrección del derecho incluye una pretensión de corrección moral, pero negar la pretensión de que ello importa una conexión necesaria entre validez jurídica o corrección jurídica y la moral. La tesis de Raz de que “es esencial para el derecho que el mismo pretenda tener autoridad legítima, *moral*”¹⁷ encaja bien en esta lectura de la pretensión de corrección del derecho.

La tercera objeción es la decisiva. Ella admite que el derecho formula necesariamente una pretensión de corrección y que esta pretensión está necesariamente conectada con la moral, pero sigue insistiendo en que todo ello es compatible tanto con el positivismo como con el antipositivismo. He de ocuparme de esta tesis.

Quizás un ejemplo puede ayudar. Imaginemos un caso en el cual el material autoritativo permite dos interpretaciones diferentes. Existe un único argumento adicional, que es un argumento moral que no puede ser reducido ni remitido a una fuente. El argumento moral habla a favor de la primera interpretación, rechazando así la segunda. Creo que aquí los antipositivistas están de acuerdo con los positivistas que, como Jo-

¹⁶ RAZ, “On The Nature of Law”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 82 (1996), págs. 1-15, en pág. 5.

¹⁷ *Ibid*, pág. 6 (énfasis añadido).

séph Raz, asumen que “los jueces están sometidos a la moral de alguna manera”¹⁸. Es decir que deberíamos adoptar la primera interpretación, apoyada por el argumento moral correcto, y no la segunda interpretación moralmente equivocada. Aún así, los positivistas y los antipositivistas están claramente en desacuerdo acerca de cómo entender o interpretar esto¹⁹. Los positivistas afirman que debemos interpretar lo que ocurre como un acto de creación del derecho que transforma consideraciones morales en derecho sobre la base de una autorización jurídica y de una autorización jurídica únicamente. Si esta tesis fuese cierta, si desde el punto de vista jurídico fuese meramente una cuestión de creación del derecho o de promulgación basada en un poder jurídico, entonces si el juez eligiera la interpretación moralmente equivocada él estaría adoptando —sin embargo— una solución jurídicamente perfecta, una decisión que en todos los aspectos jurídicos aparecería como estando al más alto nivel. Mi réplica es que esta decisión no sería una decisión jurídicamente perfecta en todos los aspectos. Debido al hecho de que la pretensión de corrección necesariamente formulada por el derecho incluye necesariamente tanto una dimensión ideal como una dimensión autoritativa, un juez que elija una interpretación moralmente equivocada en un caso en el cual el derecho positivo admite igualmente una interpretación moralmente correcta, no estaría adoptando una decisión jurídicamente perfecta. En tales casos, la incorrección moral implica incorrección jurídica. Por cierto que existen muchos casos que son mucho más complejos que la simple constelación expuesta aquí. Sin embargo, dicha constelación basta para demostrar que existe una conexión necesaria entre la corrección moral y la jurídica. Esta conexión en cuanto tal sólo tiene un carác-

¹⁸ RAZ, Joseph, “Incorporation by Law”, *Legal Theory* 10 (2004), págs. 1-17, en pág. 12.

¹⁹ Raz describe el razonamiento que ha de tener lugar en tales casos como un razonamiento “acerca de cómo las discusiones jurídicas deberían ser resueltas conforme al derecho” o como un razonamiento “sobre cómo los tribunales deberían decidir los casos conforme al derecho”. Raz, “On the Autonomy of Legal Reasoning”, *Ratio Juris* 6 (1993), págs. 1-15, en págs. 2-3. Esto parece admitir tres interpretaciones diferentes, es decir, que el razonamiento moral en el área abierta del derecho es razonamiento “conforme a derecho” o “en concordancia con el derecho” porque —primero— no viola el derecho, o —segundo— porque es exigido por algunas fuentes del respectivo sistema jurídico o —tercero— porque es exigido por el derecho en cuanto derecho. La tercera lectura, sin embargo, conduciría al antipositivismo.

ter cualificante²⁰. Sin embargo, esta conexión cualificante conlleva un cambio fundamental en nuestra imagen del derecho.

III. El argumento de la injusticia o qué es el derecho y qué debería ser

Queda la cuestión de si también existe una conexión clasificante tal como es definida por la fórmula de Radbruch, que expresa que la injusticia extrema no es derecho. Sin dudas que la fórmula de Radbruch no puede ser deducida de la tesis de la corrección. Considerada en solitario, la tesis de la corrección —en cuanto concierne a las normas jurídicas individuales y a decisiones jurídicas individuales²¹— sólo se refiere a la deficiencia jurídica. Y la deficiencia jurídica en cuanto tal no implica invalidez jurídica. Esto es un corolario de la naturaleza dual del derecho. El derecho es, al mismo y único tiempo, esencialmente autoritativo y esencialmente ideal. Todos los defectos referidos a la faz ideal son defectos jurídicos, pero de ninguna manera todos esos defectos tienen la virtualidad de conmovir lo que ha sido establecido como derecho desde la faz autoritativa. Para avanzar este otro paso son necesarias razones adicionales.

Estas razones adicionales deben incluir razones morales. Las razones morales son razones normativas. Las razones morales o normativas que se encuentran detrás de la fórmula de Radbruch incluyen a los derechos humanos o fundamentales. Esto hace posible expresar el antipositivismo en términos normativos: “un concepto del derecho antipositivista debe necesariamente ser aplicado a fin de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos”²². Precisamente en este punto sale a la luz uno de los principales problemas del antipositivismo. Puede ser expresado en los términos de la siguiente pregunta: “¿es posible aplicar argumentos normativos a fin de determinar la naturaleza y el concepto del derecho?. Mi respuesta es afirmativa.

A primera vista, sin embargo, una respuesta negativa podría aparecer como la correcta. Determinar la naturaleza del derecho es decir lo que es

²⁰ Sobre el concepto de conexión cualificante véase ALEXY, “On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin’s Critique”, *Ratio Juris* 13 (2000), págs. 138-147, en pág. 144-6.

²¹ *Ibid.*, pág. 58

²² ALEXY, *The Argument from Injustice* (citado en nota 9), pág. 36

el derecho, y el concepto del derecho tiene que ser definido atendiendo a su naturaleza. ¿Existe alguna base para entender la consideración de cómo debería ser el derecho como un paso en la determinación de lo que el derecho es? No causa sorpresa saber que los positivistas subrayan precisamente este punto. Raz, por ejemplo, afirma que la naturaleza del derecho es un asunto de teoría y no una cuestión práctica o normativa, y que la teoría se ocuparía exclusivamente de “cómo las cosas son”²³. De manera similar, Andrei Marmor insiste:

“Una vez que aceptamos que para lograr algo como la fórmula de Radbruch necesitas un argumento normativo, estás apoyándote en un argumento moral para decirnos algo acerca del derecho. Pero en ese caso la conclusión ya no es sobre la naturaleza del derecho. Tan simple como ello”²⁴.

¿Es en realidad así de simple?

Las razones de por qué esto es más complejo provienen del hecho de que es parte de la naturaleza del derecho el que exista una perspectiva del observador como así también una perspectiva del participante. La diferencia entre estas dos perspectivas radica en que el observador cuestiona y aduce argumentos en sustento de una posición que refleja cómo se resuelven en la realidad las cuestiones jurídicas en tal sistema jurídico, mientras que el participante cuestiona y aduce argumentos en apoyo de lo que él considera ser la respuesta correcta para una cuestión jurídica en el sistema jurídico en el cual él mismo se encuentra. La perspectiva del observador se define por la cuestión “¿cómo se adoptan realmente las decisiones jurídicas?”, mientras que la del participante se define por la cuestión “¿cuál es la respuesta jurídica correcta?”

Estas dos perspectivas se corresponden con dos perspectivas diferentes acerca de lo que es el derecho: una perspectiva restringida y otra amplia. Según la perspectiva restringida, qué es derecho depende exclusivamente de lo que en la realidad ha sido promulgado y es socialmente eficaz. Es una cuestión de hechos sociales. De acuerdo con la perspectiva

²³ RAZ, “On the Nature of Law” (citado en nota 15), pág. 7

²⁴ MARMOR, Andrei, “Debate”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 39 (2005), págs. 769-793, en pág. 778.

amplia, qué es derecho depende de lo que correctamente se acepta que es derecho. Esta mirada constituye la perspectiva del participante. Qué es lo que correctamente se acepta como derecho depende no sólo de hechos sociales, sino también de la corrección moral. Esto significa que los argumentos morales pertenecen a las condiciones de corrección de las proposiciones jurídicas²⁵. De esta manera, lo que el derecho debería ser encuentra su camino hacia lo que el derecho es. Ello sirve para explicar la fórmula de Radbruch, que no dice que “la injusticia extrema no debería ser derecho”, sino más bien que “la injusticia extrema no es derecho”. Mucho más podría y debería ser dicho acerca de la diferencia entre el “es” del observador y el “es” del participante. Quizás lo que ha sido dicho pueda alcanzar, sin embargo, para indicar lo que los antipositivistas quieren decir cuando pretenden que su explicación más compleja se acerca más a la naturaleza del derecho que la explicación simple ofrecida por los positivistas.

²⁵ Véase DWORKIN, Ronald, “Justice” in Robes, Cambridge Mass. 2006, en pág. 2, quien habla, en lugar de condiciones de corrección, de “condiciones de verdad”.

EL AGUIJÓN PRAGMÁTICO

Por Graciela Barranco

En "El Imperio de la Justicia"¹, Dworkin critica el enfoque teórico que Hart expone en "El concepto de derecho"², sosteniendo que esa obra es ejemplo de teoría jurídica infectada por un "aguijón semántico". Dworkin alude así a los problemas que, en teorías jurídicas contemporáneas, provoca la adopción de ciertas tesis respecto del significado de las expresiones lingüísticas, tesis que él entiende que son erróneas.

No pretendo ahondar en el argumento con el que Dworkin fundamenta su crítica. Sólo diré que algunos intérpretes del argumento, entre ellos Joseph Raz³, sostienen que a través del mismo, Dworkin defiende su teoría sobre la naturaleza del derecho. El argumento del "aguijón semántico" es uno entre otros que Dworkin utiliza para oponerse a las explicaciones conceptuales de la tradición analítica.

Considero que el argumento se vincula con un marco metafilosófico sobre los problemas de la filosofía y de sus disciplinas, y que el pasaje del "aguijón semántico" a otro "pragmático" indica un cambio a ese nivel, especialmente en la consideración del objeto que es la filosofía del derecho. Las siguientes reflexiones intentan esbozar los rasgos de una metafilosofía pragmatista adoptada por muchos iusfilósofos, entre ellos, Robert Alexy. Para

¹ DWORKIN, R., "El Imperio de la Justicia", Gedisa, Barcelona, 1988.

² HART, H. L., "El Concepto de Derecho", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1962.

³ RAZ, J., "Razón práctica y normas", Cap. 2, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

ello me referiré especialmente a su concepción de la filosofía del derecho⁴.

La tradición pragmatista se inició en Estados Unidos cerca de 1870. Los pragmatistas clásicos más importantes han sido Peirce, James y Dewey⁵. Su influencia fue escasa en el siglo XX hasta comienzos de los años '70, cuando se dio un renacimiento del pragmatismo clásico y, al mismo tiempo, un desarrollo novedoso del enfoque de la tradición.

En el pragmatismo clásico, Peirce y James sostuvieron como tesis central la de la máxima pragmática o regla para esclarecer el contenido de los conceptos. Compartieron un enfoque anticartesiano del conocimiento como proceso inferencial y falible, y tomaron como paradigmática a la actividad de investigación regida por normas. Una de las formulaciones que hace Peirce de la máxima es: "Para averiguar el significado de una concepción intelectual uno debería considerar qué consecuencias prácticas resultarían concebiblemente por necesidad a partir de la verdad de esa concepción; y la suma de esas consecuencias constituirá todo el significado de esa concepción" (C.P. 5.9)⁶.

La máxima es un principio lógico que Peirce sostiene para esclarecer, entre otros, conceptos relacionados con el razonamiento científico, tales como "probabilidad", "verdad" y "realidad". Brinda el más alto grado de claridad conceptual, el cual no se logra por el mero análisis del concepto en sus elementos, como ocurre en una definición verbal, sino exhibiendo cómo el concepto es usado en la práctica. Peirce sostiene que nuestras creencias son hábitos de acción y la aplicación de la máxima para esclarecer una proposición implica describir los hábitos de acción que adquiriríamos si creyéramos en su verdad.

Descartes sugiere una estrategia antinatural para el tratamiento de nuestras creencias. Al oponerse al escepticismo pretende sacarnos de todo contexto, primero para instalar una duda universal y después, para

⁴ ALEXY, Robert, "La naturaleza de la filosofía del derecho", Rev. Doxa 23, 2006.

⁵ HAACK, S. (ed.), "Pragmatism. Old and New", Prometheus, Amherst N. Y., 2006; Rorty, R. "Consecuencias del pragmatismo", Tecnos, Madrid, 1996.

⁶ PEIRCE, C. S., "Collected Papers", Harvard Univ. Press, Cambridge, 1931-38.

exigir razones de cada una de las creencias que sostenemos. Según el pragmatismo, la ausencia de razones concluyentes para sostener una creencia no habilita, a la vez, una razón para dudar. En la práctica, tratamos a nuestras creencias más o menos establecidas como si fueran inocentes “hasta que se demuestre su culpabilidad”. Tampoco satisface la visión cartesiana del individuo aislado como juez absoluto de la verdad; sólo podemos esperar alcanzarla formando una comunidad de investigación. La investigación es una actividad comunitaria y el método científico (que se constituye en modelo de búsqueda del conocimiento) es autocorrector.

La tradición pragmatista rechaza la idea de conocimiento como representación: el contenido de una creencia (o de un juicio) debe explicarse haciendo referencia a lo que hacemos con él o a cómo lo interpretamos. Según la máxima pragmática, para esclarecer el contenido de un concepto o de una hipótesis debemos reflexionar en qué rol cumple al determinar lo que deberíamos hacer a la luz de nuestros deseos y de nuestro conocimiento subyacente. En términos de un pragmatista contemporáneo, Robert Brandom⁷, el filósofo “hace explícitos” aquellos aspectos de nuestras prácticas que están implícitos en nuestros hábitos y disposiciones. Un tema central en todo el pragmatismo es el del rol que cumplen nuestros hábitos tácitos de razonamiento y acción en la fijación de nuestras creencias y como guía de nuestras acciones.

No menos distintiva de la tradición es la teoría triádica del signo de Peirce: un signo o pensamiento está en lugar de su objeto porque es entendido, en un pensamiento —signo ulterior, como signo de ese objeto. Ese pensamiento— signo ulterior es el interpretante. El interpretante es el signo mismo y, al mismo tiempo, un elemento esencial de cualquier signo. La relación de un representamen con un objeto no es semiótica, a menos que esta relación esté concebida / dicha / expresada e inferida⁸. El potencial atribuido al interpretante hace de la semiótica de Peirce una lógica dinámica y una teoría de la significación como proceso infinito. Es claro que la preocupación está en el aspecto productivo de la vida sígnica: el significado es el interpretante lógico final, un futuro condicional,

⁷ BRANDOM, R., “Hacerlo explícito”, Herder, Barcelona, 2005.

⁸ PARRET, H., “Semiótica y Pragmática”, Hachette Universidad, Buenos Aires, 1993.

un hábito, una regla generativa, una acción infinita. Toda interpretación es actividad orientada a un fin y, en ella, el interpretante siempre es la conclusión de una inferencia. Por eso, el contenido de todo pensamiento está determinado por su modo de uso en inferencias y en la planificación de la acción. Ahora bien: Peirce aclara que esta creatividad sígnica es el efecto de la experiencia de la sociedad de los hombres – signos, la cual es a la vez experiencia del significado y comunicaci3n. No hay razonamiento sin una comunidad de razonadores porque no hay razonamiento sin diálogo y no hay diálogo sin discurso. Aún la existencia potencial del pensamiento depende del pensamiento futuro de la comunidad.

Entre los fil3s0fos pragmatistas contemporáneos encontramos una gran variedad de posturas. Hillary Putnam⁹ sostiene que, en todos ellos, lo distintivo es: el antiescepticismo (la duda, al igual que la creencia, requiere justificaci3n); el falibilismo (no existe garantía metafísica que pueda oponerse a la revisi3n de una idea); el antidualismo (en especial, de hecho y valor); la consideraci3n de la práctica, debidamente constituida, como base para cualquier reflexi3n.

Toda clasificaci3n de autores en subcorrientes est expuesta a críticas, por eso nos limitaremos a seguir la geneologa que un autodeclarado pragmatista contemporáneo, Robert Brandom, propone para entender el camino recorrido por el pragmatismo hasta hoy¹⁰. Brandom ha sido discípulo de Richard Rorty, quien se autodenomin3 "pragmatista lingüístico". El pragmatismo lingüístico aparece como ruptura postpositivista con la tradici3n filos3fica analítica. Su rasgo distintivo est en prestar atenci3n a la relaci3n entre "lenguaje" y "el resto del mundo", no devaluando al mundo al separarlo en "cosas" y "contexto"; también en sostener que todo avance en el conocimiento resulta del desarrollo de vocabularios particulares. Apartándose de su escepticismo, Brandom rescata de Rorty su visi3n normativa pragmatista al sostener que todos los asuntos de autoridad y responsabilidad son asuntos últimos de la práctica social y nunca de la ontología, esto es, de c3mo son las cosas en un mundo no humano.

⁹ PUTMAN, H., "El pragmatismo", Gedisa, Barcelona, 1999.

¹⁰ BRANDOM, R., "Between Saying and Doing", Oxford Univ. Press, Oxford, 2008.

Cuando después de mediados del s. XX surge el desafío pragmatista al proyecto de la filosofía analítica, Quine ataca la noción de significado, central en tal proyecto ("el significado es aquello en que se transforma la esencia cuando es separada de la cosa y es adosada a la palabra"¹¹). Para atribuir a cualquier segmento de un vocabulario contenido semántico, hay que explicar su uso. El de Quine es un pragmatismo metodológico. Ya Wittgenstein había aclarado que el juego de lenguaje para el concepto de significado es la explicación de cómo deben ser usadas correctamente las expresiones. También que el proyecto clásico del análisis es una enfermedad fundada en un malentendido de la que sólo se puede sanar reemplazando la preocupación por el significado por la preocupación por el uso. Además Wittgenstein sostiene que las normas explícitas sólo son inteligibles sobre el trasfondo de las normas implícitas en la práctica: el suyo es un pragmatismo de las normas. Por fin, W. Sellars exhibe la imposibilidad de que exista una práctica discursiva que consista exclusivamente en informes observacionales, ya que estos informes sólo pueden contar como contenidos conceptuales o como significativos a nivel cognitivo, en tanto pueden servir como premisas de las que sea posible extraer conclusiones. Lo que Sellars llama "aplicar conceptos" es hacer un uso inferencial de los mismos. Lo suyo es una semántica inferencial mediada pragmáticamente.

Aquí se entiende por "pragmática" al estudio de la importancia práctica de estados, actitudes y actuaciones intencionales y por "significado pragmático de un acto de habla" a la especificación del uso de una expresión a partir de sus circunstancias y de las consecuencias de su empleo.

Rescatemos la expresión: "hacer explícito" del vocabulario pragmatista. Dice Alexy¹²: "La filosofía intenta hacer explícitas las suposiciones ontológicas, éticas y epistemológicas implícitas en la práctica humana". Estas suposiciones se hacen explícitas bajo la forma de poder ser pensadas y de poder ser dichas, pero también bajo la forma de su uso para pedir y dar razones. Para el pragmatista, la filosofía hace explícitas las conexiones inferenciales que articulan los contenidos de los conceptos y también los aspectos normativos de nuestras prácticas sociales. El juego

¹¹ QUINE, W., "Desde un punto de vista lógico", Ariel, Barcelona, 1962.

¹² ALEXY, Robert, "La naturaleza...", op. cit.

lingüístico de dar y pedir razones de lo que pensamos y de lo que hacemos, pretende que estas prácticas están sujetas a demandas de justificación y que a su vez pueden servir de justificación para otras demandas y compromisos prácticos.

Alexy sostiene que la reflexión filosófica tiene una dimensión analítica que tiene que ver con el intento de identificar y hacer explícitas las estructuras fundamentales del mundo social y natural en que vivimos, y los conceptos y principios fundamentales mediante los cuales comprendemos los dos mundos. Pero también tiene una dimensión crítica, ya que pregunta y argumenta acerca de lo que existe objetivamente, de qué es verdadero o correcto y de qué está justificado, esto es, tiene una dimensión normativa. Además, esas dos dimensiones añaden una tercera, sintética, como intento de unir las anteriores en un todo coherente. Según Alexy, la filosofía es razonamiento acerca del razonamiento porque su objeto, la práctica humana de concebir el mundo por un lado y la acción humana por el otro, está determinado por razones.

Al poner énfasis en la normatividad de los actos cognitivos, el pragmatismo reconoce el legado de Kant¹³.

Descartes cree que la clave para entender nuestra capacidad conceptual está en investigar un tipo de sustancia, la mental, que es activa en la aplicación de conceptos. Kant sostiene que la clave está en investigar a qué clase de autoridad nos sometemos al aplicar conceptos. Lo intencional entra en juego porque está sujeto a juicios de corrección y a normas.

Para Descartes, la distinción ontológica entre sustancia extensa y sustancia pensante es accesible al conocimiento en términos de certeza. Kant desplaza la certeza por la necesidad y la necesidad es conformidad a reglas. ¿Cómo entender el carácter de regla de los conceptos, su autoridad, su carácter vinculante, su validez? Dando primacía a la práctica. Kant entiende tanto la conciencia teórica como la práctica en términos normativos. El teórico debe entender los conceptos a partir de las reglas

¹³ BRANDOM, R., "Animating Ideas of Idealism: A Semantic Sonata in Kant and Hegel", Lecture Two, Woodbridge Lectures, Columbia, Univ. N.Y., 2007.

que los hacen explícitos y que especifican cómo se emplean de manera adecuada o correcta. Este énfasis en la normatividad de los conceptos vale para la cognición y para la acción.

“Pretender” implica “asertar”. Al asertar, contraemos un compromiso práctico que es compromiso de actuar, cuyo contenido es hacer verdadera una aserción. La actitud que consiste en “pretender” o “hacer verdadero” tiene el estatus deóntico de un compromiso práctico.

La filosofía práctica de Kant nos entiende como racionales y libres. Somos seres autónomos que reconocemos la autoridad de las reglas que establecemos para nosotros mismos. Estamos dotados de capacidad para comprometernos. La fuerza normativa está en el compromiso que asumimos al juzgar y al actuar intencionalmente.

El pragmatismo clásico adoptó una estrategia antidescriptiva con énfasis en la acción en el acto de llamar a algo “verdadero”. Está en la tesis de la máxima pragmática. Ese acto es una actitud normativa: aprobar una afirmación es tomarla como guía para la acción, entendiendo el papel que desempeña en las inferencias prácticas: en la deliberación en primera persona, en la apreciación en tercera persona. “Tener por verdadero” es hacer algo, no sólo decir algo. Las locuciones como “verdadero” o “correcto” tienen carácter performativo; indican fuerza y se pueden explicar sin invocar propiedades a las que estas locuciones tengan que corresponder.

Dice Alexy que a la pregunta: “¿qué son las normas?”, se puede responder diciendo: “son contenidos de significado”, siempre que se las vea como elementos de un sistema inferencial (Frege define al contenido conceptual de una expresión como su rol en la inferencia). Si a la misma pregunta se le da otra respuesta, como por ejemplo la de Olivecrona (“son causas naturales del comportamiento de las personas”), se las ve como elementos de una red causal. Adherir a la primera respuesta posibilita el razonamiento jurídico orientado a la corrección; optar por la segunda, hace de lo anterior una ilusión.

Para Alexy, coerción y corrección están vinculadas necesariamente al derecho, porque ambas se basan en una necesidad práctica que a su vez se refleja en una necesidad conceptual implícita en el uso del lenguaje.

El concepto de “necesidad práctica”, en su interpretación fuerte, apunta a que los fines del derecho (por ej., la protección de los derechos fundamentales) son exigencias de la razón práctica. A la vez, estas exigencias son elementos necesarios del derecho y de allí su base evaluativa o normativa.

Para nuestro autor, la filosofía debe desentrañar la conexión entre necesidad conceptual y necesidad práctica: en qué medida coerción y corrección pertenecen por igual a la naturaleza del derecho. Debe, sobre todo, explicitar la estructura deontológica de la pretensión de corrección que está implícita en el derecho. En esa tarea, es preciso usar métodos para hacer explícito lo implícito: uno de ellos es la construcción de contradicciones performativas¹⁴. Allí se exhibe la contradicción entre lo que implícitamente pretende un acto de habla y lo que es declarado explícitamente. La filosofía del derecho, en su carácter reflexivo y sistemático, debe constituir una teoría coherente que se acerque a su objeto, el derecho, garantizando que lo que ella hace explícito (las conexiones inferenciales de los conceptos y los aspectos normativos del derecho como práctica social) es la naturaleza del derecho (lo implícito que es o es hecho como derecho).

Aceptado el compromiso de entender a las normas como elementos de un sistema inferencial, Alexy extrae como consecuencias conceptuales: la distinción entre regla y principio; la idea de razonamiento jurídico como combinación de subsunción con ponderación; su determinación por la estructura del razonamiento práctico general.

Los rasgos que aquí aparecen con respecto a la filosofía en general y a la filosofía del derecho en particular, encajan en el meta-modelo pragmatista. Se da prioridad a las aserciones por encima de otros actos de habla porque el inferencialismo es sobre contenidos que se pueden afirmar. Se sostiene que en el juzgar y en el actuar los conceptos determinan aquello de lo que nos hemos hecho responsables, el contenido con el cual nos hemos comprometido. Por eso, una tarea principal de la filosofía es entender la normatividad de la creencia y de la agencia humanas, la dimensión de responsabilidad, el modo en que nos obligamos

¹⁴ ALEXY, Robert y BULYGIN, E., “La pretensión de corrección del derecho”, Univ. Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

y nos hacemos sujetos de evaluación sobre la corrección o pertinencia de nuestras actitudes.

La responsabilidad que asumimos al juzgar es la de hacer algo: es responsabilidad crítica, en cuanto a eliminar compromisos incompatibles; es responsabilidad de ampliar, de extraer las consecuencias inferenciales de cada nuevo compromiso; es responsabilidad de justificar, de estar preparados para dar razones de los compromisos asumidos.

Alexy sostiene que, en el centro de su trabajo como filósofo del derecho, está el problema de la conexión entre derecho y razón¹⁵. Al definir como elemento central del derecho a la corrección de su contenido, postula la relación entre derecho y razón práctica. Los discursos prácticos racionales son posibles, pueden hacerse explícitos a través de reglas y formas de argumentación racional. La razón es argumentación, como práctica de dar y promover razones.

Según Alexy, el discurso racional práctico es el procedimiento para probar y fundamentar enunciados normativos y valorativos a través de argumentaciones¹⁶. La racionalidad del discurso se define por un conjunto de reglas y la validez de las reglas fundamentales es condición de posibilidad de cualquier comunicación lingüística en que se trate "lo verdadero" o "lo correcto". Las reglas dan criterios para evaluar la corrección de los enunciados normativos, por tanto cumplen con una función crítica. La validez de determinadas reglas es constitutiva de determinados actos de habla y no podemos renunciar a esos actos de habla sin abandonar formas de comportamiento que consideramos específicamente humanas.

Al decir de Brandom¹⁷, no es que esas reglas sean opcionales porque podamos concebir modos de afirmar o de inferir que las ignoren: son opcionales porque no es necesario entrar en la cuestión de afirmar o inferir. Como dice Sellars: uno siempre podría no hablar, pero al precio de no tener nada que decir. La constricción normativa impuesta por las reglas permite, a cambio, acceder a una dimensión de libertad positiva de ex-

¹⁵ ATIENZA, M., "Entrevista a Robert Alexy", Revista Doxa, 1989.

¹⁶ ALEXY, Robert, "Teoría de la Argumentación jurídica", Parte B, Palestra eds., Lima, 2007.

¹⁷ BRANDOM, R., "Between...", op. cit.

presión que no tiene precio y que nos distingue de aquellas criaturas que no se comprometen en prácticas lingüísticas.

Alexy despliega un argumento pragmático-trascendental para establecer la validez universal de las reglas del discurso; luego, el argumento se extiende usando un análisis del acto de habla de aserción. La tesis de pretensión de corrección de las aserciones jurídicas es la base para la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral. La extensión de la pretensión de corrección para aceptar un principio de autonomía, lleva a la fundamentación de los derechos humanos. Todo esto es un plus que se añade al meta-marco pragmatista: a partir del mismo, no se pueden predecir las peculiares estructuras éticas, políticas y organizativas que se han ido asociando a sus elementos. Si este desarrollo debe considerarse como un incremento en la racionalidad, es asunto de reflexión crítica¹⁸.

La incidencia metafilosófica pragmatista es notoria en otro afamado teórico del derecho contemporáneo: Neil Mac Cormick. Para éste¹⁹, el razonamiento jurídico interpretativo forma parte del razonamiento práctico y, por eso, también piensa que hay mucho en común entre este razonamiento jurídico y la moral. El producir razones justificativas para las decisiones tomadas en la adjudicación, aún incluyendo a normas y precedentes, requiere interpretar a éstos a la luz de principios y valores. El juez es un agente moral que contrae responsabilidad moral por sus decisiones.

El método de reconstrucción racional permite, para Mac Cormick, emprender la interpretación y el análisis de un corpus de datos o materiales que es el "derecho en bruto". Éste puede parecer confuso y desordenado, pero se procede a seleccionar elementos y a reconstruirlos como partes de un todo coherente: imaginando un orden implícito en un desorden potencial, la reconstrucción es posible a partir de ciertos valores que se les asignan al todo y a las partes. El valor de la coherencia en un orden normativo institucionalizado está ligado al aspecto proce-

¹⁸ SIECKMANN, J. R., "El modelo de los principios del derecho", Págs. 205-231, Univ. Externado de Colombia, Bogotá, 2006.

¹⁹ MacCORMICK, N., "Rhetoric and the Rule of Law", Oxford Univ. Press, Oxford, 2005.

dimental del razonamiento jurídico: posibilita la universalización de las razones (esto es, de su aplicación para cada caso) y permite evaluar esas aplicaciones.

La estructura pragmática de los litigios da lugar a pensar que todo hecho institucional está siempre sujeto a algún tipo de intervención invalidante. El derecho de una de las partes no es derrotable, sino que lo derrotable es adscribir un derecho o reclamar un derecho. Se acentúan los aspectos pragmáticos del proceso legal: a una demanda se le opone una contrademanda y la derrotabilidad ocurre cuando un juez echa por tierra expectativas previas de una de las partes. Esto no afecta a la universalización de las razones: éstas permanecen universales aunque derrotables.

Otro rasgo pragmático en la teoría de Mac Cormick es el concepto de falibilidad judicial. Aunque se presupone que las opiniones judiciales son razonadas y justificadas, eso no impide sostener que algunas opiniones son mejores que otras. Es un presupuesto del razonamiento práctico el que, en ciertas cuestiones, hay opiniones correctas e incorrectas, ya que tal razonamiento procede sólo bajo la pretensión de corrección.

Algunos razonamientos no son concluyentes y dejan abierta una pluralidad de posibilidades, aún cuando intentamos, a través de nuestras instituciones, hacer cada vez más determinada la idea de razonabilidad. El que el juez emita una opinión autoritativa, no significa que ésta sea incorregible porque el razonamiento jurídico no es demostrativo: sólo es racionalmente persuasivo.

Mac Cormick enfatiza el carácter no-institucional de la vida moral²⁰. Aunque moral y derecho tienen que ver con el orden normativo, la primera se relaciona con el orden normativo sostenido por individuos autónomos; el segundo, con el orden institucionalizado sostenido por los Estados y sus autoridades. Sin embargo, este autor sostiene que se puede aceptar como un límite a la validez del derecho el requisito mínimo de evitar la injusticia grave. Reconoce que hoy en día esos límites

²⁰ MacCORMICK, N. "Institutions of Law", Oxford Univ. Press, Oxford, 2007.

ya están institucionalizados a través de la positivización de los derechos humanos. Estas consideraciones hacen que Mac Cormick se considere a sí mismo un post-positivista.

El argumento del “aguijón semántico” que Dworkin atribuye a Hart y a sus seguidores enfatiza que estos teóricos del derecho sostienen una tesis equivocada: que los operadores jurídicos comparten ciertos criterios lingüísticos en la aplicación de las expresiones jurídicas. Sostener tal tesis implica la negación de desacuerdos genuinos o importantes en sus prácticas: sería como decir que se usan las mismas palabras con diferentes significados.

Para Hart una regla social es un esquema regular de conducta acompañado de una “actitud normativa distintiva”. Para aclarar tal “actitud interna”, Hart acentúa el uso que los participantes en la práctica hacen del lenguaje normativo fijándose en lo que hacen pero no en lo que dicen. Hart entiende que los miembros de una comunidad comparten convenciones que son modos de reconocimiento de las reglas jurídicas y que de ellas depende el contenido del derecho. El interés de Hart está en la actitud que la gente exhibe cuando usa un lenguaje normativo y es, por ello, un interés metodológicamente descriptivo de las prácticas humanas.

La crítica pragmática al proyecto tradicional analítico apunta a negar que haya cosas tales como los significados que determinan cómo sería correcto usar las expresiones. No se puede presuponer que las sentencias declarativas acaparen por completo la tarea de establecer hechos y que ese uso del lenguaje sea central y privilegiado con respecto a los restantes usos, los cuales, por ser periféricos sólo se comprenden a partir del descriptivo²¹. “El lenguaje no tiene suburbios”, dice Wittgenstein, y se opone a tomar a las sentencias declarativas como enunciando hechos de todo tipo: empíricos, físicos, normativos, intencionales. Usa la imagen del “parecido de familia” para sostener que las clases en que se agrupan las prácticas lingüísticas y los vocabularios asociados a ellas no admiten ser caracterizados en términos de criterios subyacentes, especificables en otros vocabularios. Esto niega la posibilidad del análisis semántico en sentido clásico.

²¹ BRANDOM, R., “Between...”, op. cit.

Desde el pragmatismo Brandom sostiene: para poder hablar, para poder hacer aserciones o inferencias, uno ya debe saber cómo hacer todo lo necesario para utilizar un vocabulario modal alético y un vocabulario modal deóntico. Entre lo expresado al usar un vocabulario descriptivo y lo expresado al usar un vocabulario normativo, hay relaciones semánticas pragmáticamente mediadas. Para pensar la relación entre lo que se dice y la actividad de decirlo, se introduce un aparato conceptual metateórico con raíces en el proyecto de la tradición pragmatista. “Para entender la relación entre **cómo** las cosas **son** y **cómo deben** o **deberían ser**, hay que prestar atención a lo que se **está haciendo** cuando se **dice cómo son** las cosas”.

El “aguijón pragmático” puede entenderse como “giro pragmático” y verse como un conjunto de reacciones críticas frente al legado filosófico de la modernidad que culmina en el proyecto analítico. Por ello, algunos pensadores creen ver en él una vuelta a la filosofía tradicional. Nada más errado.

El “giro pragmático”²² suele caracterizarse como crisis de los fundamentos (más bien, de posturas fundamentalistas) y como crisis de la representación (en tanto se la considere bisagra privilegiada entre la mente y el mundo). El modelo del hablante y del oyente en contextos de comunicación se extiende a todos los procesos de conocimiento. El “giro pragmático” pone énfasis en la externalización del pensamiento y del lenguaje, en el “punto de vista de la comunidad” como autoridad epistémica, en la relación necesaria entre semántica y pragmática, en el vínculo entre lo fáctico y lo normativo, en las tesis deflacionarias respecto del significado y de la verdad. Lo más novedoso es el rasgo de construcción de una nueva racionalidad falible y plural, que no renuncia a su cualidad crítica pero que pretende establecer criterios de corrección y juicios de valor tanto en el plano teórico como en el práctico.

Estos rasgos se asocian a posturas que, en filosofía del derecho, sostienen la inclusión de la moral en el derecho y una teoría del razonamiento jurídico que forme parte de una teoría del razonamiento práctico

²² CABANCHIK, S., “El giro pragmático en la filosofía”, Introducción, Gedisa, Barcelona, 2003.

en general. Ésta debe ser una filosofía del derecho que no esté separada de la filosofía general ni de la filosofía moral y política. Hay problemas comunes a todas estas disciplinas que merecen ser investigados superando los estrechos límites de cada una de ellas²³.

²³ Raz, J. "Razón práctica...", Introducción, op. cit.

EL DESAFÍO DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

Por Raffaele De Giorgi¹

Delante de la puerta de la Ley hay un guardián. Ante este guardián se presenta un campesino que quiere entrar en la Ley. Pero el guardián le dice que ahora no puede permitir el ingreso. El hombre reflexiona y luego pide si, entonces, podrá entrar más tarde. Es posible, dice el guardián, "no ahora, sin embargo".

Es el inicio del famoso cuento de Kafka. Escrito tres o cuatro años antes, el cuento fue publicado en 1920. Un año a partir del cual en Europa se habría de discutir extensamente sobre la cuestión: quien sería (o debiera ser) *el guardián de la Constitución*. A la discusión, naturalmente, no se accede a partir del espléndido relato de Kafka. Aquel relato es una historia, como historia, ella era el mundo que hablaba y decía que no se puede ver aquello que no se puede ver. Las historias no hacen disciplinas, ellas no disciplinan discursos científicos, no son ciencia. Y, en efecto, a la discusión se accede a través de un escrito más que nada rudo de Carl Schmitt, en torno a la refinada propuesta y otros escritos de Kelsen.

La cuestión atraviesa el pensamiento constitucional del siglo pasado, muchos países recogen en sus ordenamientos las ideas que estaban en la base de las argumentaciones y de las propuestas de Kelsen, que desarrolla una, más que nada, moderna doctrina del estado, identificando el custodio de la Constitución. Se olvida a Kafka, quien pasa a ser un problema de la literatura. No obstante, queda todavía abierto un curioso aspecto de aquel relato: qué cosa es eso que está detrás de la puerta de la

¹ Catedrático Titular de Teoría General del Derecho (Università degli Studi di Lecce - Italia).

Ley y no se puede ver? En substancia: qué cosa custodia el custodio? Y ¿Qué cosa guarda el guardián?

La respuesta es autoevidente. Pero es autoevidente también el hecho que ella constituye solo una reformulación del problema del origen. Excepto que el guardián guarde alguna cosa que no se puede ver y entonces en ese caso custodiar, guardar, significa esconder, sustraer a la vista. ¿Y porqué esconder la ley? Porque, como en el relato de Kafka, ¿la ley ciega?. Y más todavía: esconderla, ocultarla en el secreto, sacralizarla: todo esto, ¿para salvar la ley o para excluirla de la vista?

2.

En un interesante artículo de 1990 con el título *Constitución como adquisición evolutiva*, Luhmann se preguntaba qué cosa hubiese de *nueva* en la Constitución. Él se preguntaba en qué cosa consiste la *novedad* que podía ser expresada a través de una transformación semántica de viejos contenidos de sentido, presentes en el concepto de constitución. Más que una transformación semántica, a fines del siglo XVIII, se produce una convergencia de dos tradiciones de significado presentes en el término Constitución. Una refería el concepto a la estructura, a la íntima conexión que mantenía unido y rendía como único un cuerpo físico, social, político, al modo en que se conservaba la unicidad de una conexión orgánica. La constitución podía ser buena o mala, ella daba forma al ser, que en la dimensión temporal de sus manifestaciones se sabía expresado como derecho viviente: una concepción de la temporalidad del derecho todavía ampliamente difundida. Pero había también otra tradición que refería el concepto a textos escritos de derecho positivo, una tradición que emanaba del derecho romano. Eran los decretos, las ordenanzas. Entonces estos dos diferentes discursos semánticos se encuentran, confluyen sobre un territorio que parece predispuesto a acogerse al hecho de que en ellos se ha producido la convergencia y entonces la presencia simultánea de exigencias y disponibilidades diferentes: la exigencia de un control de la voluntad expresada por el Parlamento, al menos en la forma de activaciones de garantías de respeto a la autonomía de las acciones de los individuos; la exigencia de obtener un reconocimiento jurídico de la comunidad política organizada; la disponibilidad de una gran tradición semántica que describía la sociedad desde el punto de vista de un instituto jurídico: el contrato. Una tradición que sobre la figura del contrato

fundaba la legitimidad del poder político, el ejercicio de la fuerza, las formas de sus delimitaciones. La idea del contrato social, una idea que continúa siendo largamente difundida y presente en la mayor parte de las teorías constitucionales modernas, deriva su fuerza y su resistencia del hecho que oculta la paradoja de la fuerza vinculante del contrato. Ocultada la paradoja, la construcción funciona: la voluntad expresada en el contrato no puede ser retirada, no se puede renunciar a las condiciones puestas y a las condiciones aceptadas; ya los ejercicios, el actuar, ya la misma vida, son manifestaciones que materializan la aceptación del contrato, que a su vez justifica la pretensión del reconocimiento de los individuos como titulares de la voluntad contractual y entonces la pretensión de una reformulación de las condiciones cuando los eventos o los hombres o la vieja estabilidad han consumido los requisitos de su propia aceptabilidad.

Contenidos de sentidos diferentes reactivan viejos conceptos, renuevan la portada semántica y condensan en las nuevas artificialidades soluciones para emergencias propias del presente. Estas emergencias tienen nombre, vueltas, rostros, historias, lugares diferentes. Ellas toman cuerpo en Europa, en América; son emergencias que requieren nuevas estructuras de orden. La tradición semántica, los contenidos de sentido que se ofrecen disponibles, dan la voz, dan la palabra a aquellas emergencias. Se trata del enfrentamiento entre nobleza, clero y burguesía, se trata de las exclusiones sociales del cuarto estado; se trata de la corrupción del poder; se trata de la necesidad de buscar la legitimidad por el poder político y de la imposibilidad de dejar a la política o a la propiedad el monopolio de la administración de justicia. Se trata de esto o de la ruptura de la vieja estratificación social, de la exigencia de reconocimiento de nuevos derechos de propiedad o de la libertad de movimiento de los individuos y consecuentemente de comercio y de ciudadanía, incluso también de la legitimidad de las imposiciones fiscales y de la libertad de religión, todos estas emergencias son semánticamente incluidas, encuentran reconocimiento, vienen absorbidas, reunificadas en la nueva, híbrida, unidad de sentido que se llama *constitución*. Esta unidad encierra en sí el sentido del *ser* y del *deber ser*. Ella es un hecho histórico, un texto escrito, es un documento que testimonia la forma manifiesta de la conexión íntima de una sociedad, más precisamente de un pueblo, y juntamente es un documento jurídico texto que prescribe los modos de ejercicio de la voluntad que se han aceptado en el contrato social en

virtud del cual la comunidad se organiza y se conserva como la unidad jurídica de reconocidas diferencias. La constitución es un vínculo que la comunidad se da a sí misma, a través del cual determina el presente y se abre al futuro, da voz a sus expectativas de futuro haciéndolas normativas. El texto constitucional está atravesado en cada una de sus formulaciones por la duplicidad de *ser* y *deber ser*. Eso es esta duplicidad fijada en un presente que comienza de sí mismo. Como la razón para Kant, así la constitución empieza de sí, así como el tiempo político, el tiempo jurídico de la comunidad tiene su propio inicio en aquel inicio que es la constitución. La cual constituye el pueblo como pueblo de la constitución. No obstante, una circularidad que funciona.

Hay sin embargo necesidad de un elemento ulterior, un elemento que, sobre el plano semántico, haga posible la clausura de la circularidad y que permita al inicio encontrarse consigo mismo. Un punto, éste, que puede ser cualquier punto de la circularidad, porque es el punto en el cual aquello que no está vinculado se vincula ligándose a sí mismo. También aquí viene en ayuda la tradición semántica de un concepto político disponible ya de mucho tiempo, un concepto que originariamente tenía como referencia material una diferencia, luego la exclusividad del poder, luego la exclusividad del poder querer. Se trata del concepto de soberanía. También aquí una revisión semántica que hace devenir accesible un concepto provisto de gran potencial operativo. La soberanía, una fórmula resolutive que expresa la idea de un poder privado de vínculos que, por esto mismo puede vincularse. La soberanía es la instancia extrema, última, suprema que confiere al poder el derecho de ser poder. Ella cambia de posición, pasa del monarca al parlamento, al pueblo. Cuando ella, sin embargo, se concentra en el pueblo, el poder se ha ya diferenciado en poder legislativo y poder ejecutivo y la jurisdicción se ha especificado como aplicación del derecho que ahora es plenamente derecho positivo. Y en efecto estas distinciones, las diferencias que ellas justifican, inmunizan al poder político respecto del pueblo que ha devenido titular de la soberanía justamente porque está privado de poder. La soberanía comienza de sí y se concluye en sí misma. Ella abre y cierra la circularidad de la Constitución. La abre porque se funda sobre sí misma y entonces puede ser tratada como fundamento de sus manifestaciones; la cierra, porque en la dimensión temporal la Constitución tiene la función de impedir que se verifiquen y se legitimen otros actos fundantes como aquellos de los cuales ella misma ha surgido.

3.

El texto que se fija como Constitución presenta la característica que Douglas Hofstader atribuye a las *jerarquías intrincadas*. Se trata de sistemas en los cuales están presentes *extraños anillos*. Con esta fórmula Hofstader define aquel fenómeno que consiste en el hecho de reencontrarse inesperadamente, subiendo o descendiendo a lo largo de los grados de cualquier sistema jerárquico, con el punto de partida. Un fenómeno representado maravillosamente por Escher en muchos de sus cuadros: se piensa en la *Cascada*, o también en *Manos que diseñan*. Imágenes espléndidas de estructuras que retornan sobre sí mismas. Que se refieren a sí, que hablan consigo mismas. Como el lenguaje, como cada estructura autorreferente. Como cada estructura que está incompleta y es indescriptible, justamente porque éstas son sus características. El texto constitucional es un texto jurídico. Pero es un texto que habla de sí, que se escribe desde sí. Esto parece un algo que se programa por sí mismo. La mano izquierda diseña la mano derecha que diseña la mano izquierda. Observando el cuadro olvidamos la existencia de Escher, de aquél que lo ha diseñado. Así como observando la Constitución olvidamos su carácter autológico, olvidamos el tiempo, olvidamos la paradoja constitutiva de aquello que se vincula para quedar privado de vínculo. Cometemos el error topológico que nos lleva a no ver la paradoja de la soberanía como un extraño anillo y entonces a no ver que "cualquier cosa que estaba dentro del sistema sale del sistema y actúa sobre el sistema, como si estuviese fuera del sistema", como dice Hofstader. El sistema es aquí, naturalmente, la Constitución. Aquello que está dentro y sale fuera es la soberanía, pero podría también ser la razón, el lenguaje. Aquí interesa la soberanía, un idea, un concepto clave, como dicen los constitucionalistas, un concepto que concluye en un modo poco glorioso una larga carrera semántica. *Termina como tautología*, la soberanía dice de sí que es soberana; o tal vez *termina como paradoja*: una construcción que funciona sólo si es ocultada, si no se ve, si se oculta. Al llegar a este punto, entonces, se impone con insistencia una sospecha: no es que el custodio de la ley, el guardián que está delante de la ley, quiere esconder propiamente ésto, la paradoja de la soberanía y la autología de la Constitución? Y los custodios de la ley, entonces, ¿se comportan siempre todos del mismo modo?

Hemos visto que cuando la idea constitucional se afirma, la descripción de la sociedad, la representación del orden social y del orden político, así como la legitimación del poder, todo esto viene realizado con el recurso a construcciones jurídicas. Aquello que se había llamado “problema hobbesiano del orden”, un problema social y específicamente político, venía tratado con conceptos y representaciones jurídicas. También la soberanía, que es una cuestión política, encuentra colocación y determinación de sí misma en un texto jurídico. La Constitución, entonces, es un texto jurídico que fija, textualiza cuestiones políticas: ella trata jurídicamente problemas políticos, determina el orden político como orden jurídico. En la Constitución, entonces, en su estructura autológica, opera una referencia externa respecto de la cual, no obstante, la Constitución como texto jurídico se considera inmunizada respecto al derecho, justo porque la Constitución determina los límites y fija las barreras al tratamiento jurídico de los problemas políticos que no son aquellos relativos a las mismas condiciones del actuar político como actuar diferenciado respecto del actuar jurídico. La Constitución opera *como memoria de la unidad de la diferencia entre política y derecho*. Memoria que no significa recuerdo. Memoria es una función siempre presente todas las veces que se reactualiza sentido a través del texto. Memoria no es reactualización del pasado, operación imposible; ella es la función que permite construir sentido en el presente y atribuir este sentido a la presencia del texto. En este modo la memoria se transforma por cada una de sus reactualizaciones, por cada operación que ella rinde posible. El texto tiene un sentido; el sentido no es el texto; el texto es un texto jurídico que fija un orden político que se legitima en base al derecho que él produce y al cual se declara dispuesto a someterse. Esta circularidad se llama *democracia*.

¿Es posible que el custodio de la ley quiera sustraer justamente esto a la vista del campesino? Y qué cosa deja ver en el lugar de este cegante luminosidad. Él deja ver sólo aquello que se puede ver: diferencias, jerarquías, contingencias, necesidades.

La primera diferencia usa la distinción entre un derecho inmutable y un derecho mutable, entre una ley superior y una ley ordinaria. Esta distinción de rango al interior del derecho expone cada operación jurídica a la posibilidad de violar el derecho. Todo el derecho puede siempre ser ilícito. Así como puede ser siempre lícito. La distinción se

aplica al derecho de las expectativas de tener derecho, al derecho de la competencia para sancionar las violaciones del derecho y al derecho de las competencias para producir derecho. La autología del texto constitucional se libera así de los extraños anillos que la caracterizan. Los corta, los interrumpe. En este modo el sistema del derecho se vuelve accesible para sí mismo, como decía Luhmann. El sistema se puede observar, puede usarse a sí mismo para reconocer sus mismas operaciones, puede asimetrizarse, puede inmunizarse. Pero, en particular, puede legitimarse desde sí como sistema de inmunización de la sociedad. En esta función el derecho rinde posible un actuar político de la política, así como un actuar económico de la economía. En particular, a través del uso de la distinción de poder legítimo y de poder ilegítimo rinde operativa la paradoja de la soberanía de la cual ahora, como se dice, el derecho rinde legítimo el ejercicio.

La otra distinción deviene posible en virtud de la separación entre *poder político*, como lugar de materialización de la soberanía y *jurisdicción*, y la distinción entre legislación y administración de la justicia. En otros términos el derecho es ahora plenamente derecho positivo. A través de su positivización el derecho alcanza un alto nivel de complejidad, pero al mismo tiempo alcanza un alto nivel de trivialización. Ello deviene más complejo porque alcanza a absorber siempre más variedad de casos y entonces a tratar una cada vez más grande variedad de eventos. Eso aumenta así su capacidad de aprender de sí mismo, la capacidad de activación selectiva de su propia memoria, de producir alternativas. El derecho puede devenir siempre más trivial porque cualquier evento puede ser tema del derecho. Y esto refuerza el trabajo de interpretación y la posibilidad de incongruencia entre las operaciones de decisión. En otros términos disminuye el nivel de justicia del sistema. Es esta una condición interna del sistema jurídico que es consecuencia del hecho de que el sistema político practica su competencia universal para tratar políticamente todos los temas que él construye como relevantes confiando carácter jurídico a sus decisiones. Pero en tanto que la memoria del sistema político opera en modo absolutamente distinto del modo en que opera la memoria del sistema jurídico y la primera no está expuesta a problema de congruencia entre las decisiones, como en cambio lo está la segunda, la cual, a su vez, no es sensible al ambiente en el mismo modo que la primera, ocurre que entre ambas hacen pantalla, encuentran reparo en aquel sustrato inviolable que está constituido por las repre-

sentaciones de valores depositados en la Constitución. Son los niveles inviolables que Hofstadter demuestra que existen detrás de una jerarquía intrincada. Son las seguridades últimas, como las llama Luhmann, las *intocabilidades*. Son los contenidos de sentido del viejo derecho natural presentados como razón universal, son las raíces de viejos derechos de propiedad reformulados como derechos individuales. Son los requisitos de la universal inclusión de todos en el sistema jurídico y en el sistema político. Esto es, son los requisitos que universalizan el acceso a la comunicación social. En otros términos, son precondiciones de la modernidad de la sociedad moderna, como veremos.

Son aquellos constructos de sentido que derivan su inviolabilidad de la internalización de referencias externas: *la naturaleza, la razón, la comunidad perfecta, la humanidad, la dignidad, la igualdad, la equidad*. Entramado en las conexiones de sentido que constituyen la trama del texto constitucional, aquellas inviolabilidades pierden el carácter originario de referencias externas y conquistan el carácter de descripciones del ser, de nombres para los contenidos de sentido que son propios de aquella conexión orgánica que es la Constitución de una sociedad, de una comunidad política. Ahora se llaman *derechos universales, derechos humanos, derechos fundamentales*. Ellos vienen declarados como seguridades inviolables, pero en la economía lógica de las constituciones tienen la función de jerarquizar el sistema jurídico, de activar la diferencia universal entre constitucional e inconstitucional, como código de valoración de la conformidad o no conformidad del derecho al derecho. Porque la Constitución es un texto jurídico, naturalmente. Y no hay un derecho superior o externo respecto a la Constitución. La cual, en este sentido, funciona ella misma como un "extraño anillo": "cualquier cosa que esté dentro del sistema, sale del sistema y actúa sobre el sistema, como si estuviese fuera del sistema". Tal como la soberanía. Y desde que el uso de la distinción constitucional/inconstitucional es lícito solo en el ámbito de aquellos procedimientos que determinan el mantenimiento, esto es la conservación, decimos también el espacio cognitivo de la Constitución, esto es en el ámbito de aquellos procedimientos que determinan las violaciones de la Constitución, se puede sin más reconocer que la soberanía que, ejercitada por el poder constituyente, produce la Constitución, ahora cambia de posición y, en el ininterrumpido presente de la conservación de la Constitución, pasa de las manos del soberano (del que porta el poder constituyente) a las manos de su custodio, el

guardián, el juez constitucional. Finalmente, entonces podemos ver qué cosa custodia el custodio.

4.

*We are under constitution, but the constitution is what the judges say it is*². Así se lee en un texto del inicio del siglo pasado. Falta ver qué cosa significa el hecho que nosotros vivimos bajo una Constitución y después que cosa dicen los jueces que sea una Constitución. La Constitución es, sin más, un texto normativo. Ella no contiene descripciones de situaciones, de condiciones, de estados de cosas, como se dice. Como el lenguaje ella habla, sea directamente, sea indirectamente, de sí misma. Por esto construye extraños anillos, para retomar nuevamente la fórmula que hemos usado. Ella, entonces, es un texto autológico: habla de sí. En esto sentido entonces, reflexionándose como autológica, la Constitución se presenta como el inicio: el inicio del tiempo del derecho y el inicio del tiempo de la política. La Constitución es la memoria de esta temporalidad. No ciertamente en el sentido del recuerdo, de la conservación, pero sí en el preciso sentido de la memoria, esto es de la continua invención, al presente, del propio inicio, de la continua reactivación, al presente, del propio inicio, de la continua presencia de la propia función selectiva. Pero el inicio está antes del tiempo, es aquella cosa de la cual el tiempo comienza. Como la razón, también el inicio está antes que el tiempo. Por esto, para la Constitución no vale el principio según el cual el derecho posterior cancela el derecho precedente. Y entonces, aquello que la Constitución reactiva, constituye y reconstituye, es al mismo tiempo la diferencia de derecho y política y la modalidad de su acoplamiento, el grado de recíproca irritación, el umbral de la interrupción de su interdependencia. La Constitución, justo en cuanto al inicio, cada vez que viene citada reinserta el tiempo en el tiempo. Ella delimita, canaliza, orienta las diferentes temporalidades a través de la construcción de sentido, esto es a través de la imputación de un sentido del inicio. La autología refleja, presente en sí misma, en cada reactualización suya, opera como descripción y como interpretación al mismo tiempo. Ella describe un

² Esta expresión se le atribuye a Charles Evans Hughes quien trabajara como "Associate Justice" de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos y luego la presidiera entre 1930 y 1941.

mundo que ella interpreta. Ella es observación de observaciones. El intérprete de la Constitución es un observador de nivel todavía superior. Él describe descripciones y interpretaciones y las usa como un proyecto para el futuro, como núcleo semántico en el cual se ha sedimentado el inicio. Mas este inicio, para el intérprete, es su presente. La Constitución, como se dice, es siempre el resultado de un acto fundacional. Un texto que es un instrumento para abrir el futuro. Ella, en efecto, es un instrumento jurídico para el disciplinamiento de la política y al mismo tiempo es un instrumento político para la construcción de formas de realidad, de comportamientos, de eventos. En la Constitución se conserva, se esconde, se sustrae a la vista la unidad de la diferencia de derecho y política. Se oculta el hecho que el derecho se funda sobre sí mismo, esto es privado de fundamento y que la política de la sociedad moderna produce el consenso que la legitima. La autología refleja de la Constitución interrumpe la circularidad de la clausura de los dos sistemas y cada vez que su texto es citado determina la modalidad y el umbral de su acoplamiento. El texto constitucional, en otros términos, transforma circularidades en asimetrías, clausuras en espacios cognitivos, anillos en linearidades.

La realidad de la Constitución, entonces, no es, como también se dice, la Constitución material, o tal vez el pueblo, la nación, la justicia social o cualquier otro elemento que la tradición haya usado como contenido de sentido. La realidad de la Constitución es la diferenciación social, la forma de aquella diferenciación. Esto en el doble significado: que la Constitución describe aquella forma, que aquella forma se condensa en la específica unidad de la diferencia que es la Constitución. En otras palabras en el sentido que la Constitución *describe* aquella forma. Y entonces en el sentido que la Constitución *interpreta* aquella forma, usa como realidad su interpretación y las interpretaciones de la Constitución son re descripciones, esto es reactivaciones en el presente, y entonces representaciones de la Constitución justo en ésta su función. La Constitución entonces constituye realidad en este sentido preciso. Ella constituye aquello que interpreta como realidad, y ésta su interpretación, deviene el espacio de realidad en el cual actúa la diferenciación social. La función del juez constitucional consiste en reactivar continuamente este proceso de construcción de la realidad. El juez interpreta interpretaciones, re describe descripciones, re abre inicios, re encierra circularidades. Veremos cómo.

La Constitución, hemos dicho, es la unidad de una diferencia. Ahora, en el texto, la diferencia no se ve. La distinción de derecho y política es inobservable. En cada diferencia hay una inobservabilidad, hay una latencia que es la misma diferencia. Para observar una distinción es necesario distinguirla de cualquier otra cosa, es necesario usar otra distinción. La cual, naturalmente, restará inaccesible a sí misma. Pero justo esto es aquello que hace el intérprete de la Constitución. Él observa con el uso de otras distinciones. De vez en vez él condensa sentido a través de la producción de sentido. Él observa latencia a través de la producción de latencia. Es claro que el juez aplica derecho al derecho, que él usa la distinción de constitucional e inconstitucional, de igual y diferente, de racional y arbitrario. Es claro que él afirma que con su trabajo concretiza principios, aunque los principios no se concretizan e incluso no se aplican. Pero es claro que *en realidad él redescubre la inobservable latencia reactivando latencia que él mismo no puede observar*. A través de la interpretación el juez no dice qué cosa es la Constitución, él no indica una tautología; así como él no custodia una luz inagotable y no conserva tampoco valores inmutables. A través de la interpretación el juez construye sentido en base al texto, esto es transforma el texto mismo, porque en cada intervención suya él se implica a sí mismo sin poderse ver. Y por lo tanto solamente la interpretación de la Constitución distingue cada vez entre interpretación constitucional e interpretación inconstitucional: la autología se repite, se refleja sobre sí misma y nosotros continuamos pensando que en este modo se produce justicia, igualdad, libertad.

Se pueden utilizar diferentes técnicas de redescubrimiento, se pueden nombrar diferentes cánones de interpretación, se pueden dar imágenes diversas de la razón: en la redescubrimiento de la latencia el intérprete implicase a sí mismo sin poder observarse. Pero es justamente así como se produce la evolución. Se afirman imprevisibles condensaciones de sentido, se practica selectividad no calculable, se producen reestabilizaciones que diseñan nuevos horizontes para el actuar. Y así este específico trabajo de la construcción de la realidad se puede representar como investigación del derecho que no se identifica con la totalidad de las leyes y que sería, en cambio, inmanente a la totalidad de sentido del ordenamiento constitucional. Un "plus de derecho", como dice la Corte Constitucional alemana, o también "aquello que no está expreso en las normas", como dice la literatura italiana, que usa la expresión: *jura contra leges*. Y entonces está el recurso a una geografía lingüístico-conceptual que

justifica el recurso a la cautela con la que se practican las construcciones de realidad. Hay un espacio de lo posible, de lo razonable, de lo aceptable, de lo proporcional, pero también un espacio de lo irracional y de lo arbitrario. Hay un espacio para conceptos clave, como son llamados aquellos terminos a los cuales se confía la función de indicar vínculos universales y de mutar a niveles más aceptables de orientaciones jurisprudenciales no más plausibles. Siempre y de cualquier modo el intérprete de la Constitución opera como la instancia sobre la cual es transferida la soberanía que autoriza a redescubrir la latencia, en otros términos, a observar aquello que no puede ser observado.

5.

El hecho que el intérprete de la Constitución construya aquello que usa como realidad y que en este modo redescubra continuamente la realidad de la Constitución y entonces rediseñe los espacios de la forma de la diferenciación social, este hecho puede ser observado considerando aquello que generalmente viene siendo llamado *cambio en la orientación de la justicia constitucional*. Resulta claro que esta perspectiva de observación es la perspectiva, esto es la distinción de un observador externo y que un tal observador puede ser no sólo la literatura, sino también una Corte, un Tribunal Constitucional, como luego en realidad sucede.

Las primeras manifestaciones de una justicia constitucional se pueden observar en sociedades que han dejado a sus espaldas la estratificación social y al mismo tiempo en sociedades en las cuales la estratificación resiste como duro obstáculo a las nuevas formas de la diferenciación social, la cual puede afirmarse a condiciones que todos alcancen a obtener acceso a los sistemas sociales singulares. Se trata en otros términos de la universal inclusión de todos contra la intolerable exclusión que resistía como viejo parásito de la estratificación y de la centralidad invasiva de rústicos aparatos burocrático-estatales. Eran condiciones diferentes, según las cuales en el arco de pocos decenios se encontraron soluciones político-jurídicas correspondientes, las cuales luego se afirmaron en el curso del siglo XIX en la mayor parte de los Estados. En América y en Europa las constituciones y luego la justicia constitucional que podrá comenzar a ser practicada, llevaron a la afirmación generalizada del reconocimiento de la libertad de los individuos en el sentido de la atribución de espacios generalizados de autonomía del obrar. Se

afirmaron catálogos de derechos superiores que se llamaron, justamente, derechos de libertad, derechos de defensa de la ingerencia del estado, derechos de protección de los individuos como presupuesto de la libre expresión de su personalidad. Se dice que eran derechos de la sociedad burguesa o de la sociedad capitalista; en realidad se trataba del reconocimiento tardío de los requisitos de la nueva forma de diferenciación social, ya largamente afirmada y que reclamaba la universalización de sus condiciones: sólo individuos que fuesen tratados como libres podrían proveer legitimación a un poder político ya no ligado a la naturaleza de las personas; sólo individuos que fuesen tratados como iguales podrían ser a su vez tratados como sujetos capaces de querer y entonces de ser destinatarios de imputaciones. Naturalmente estas semánticas de los así llamados derechos fundamentales contienen los límites que vienen de vez en vez reactivados: límites que se manifiestan como excepciones, exclusiones, inmadurez de los tiempos. Depende de las situaciones y, todavía más, del grado de universalización alcanzado por los sistemas sociales individuales y de sus delimitaciones regionales.

Después, cuando las consecuencias de la universal inclusión, esto es las consecuencias de la nueva forma de la diferenciación social comienzan a manifestarse y los individuos, inventados como libres, son en realidad expuestos a la exclusión justo porque son incluidos y las desigualdades, las diferencias, las amenazas y las violencias emergen del propio y normal funcionamiento de los sistemas sociales, entonces la justicia constitucional se orienta no solamente a la protección de los derechos, sino también al bienestar de los ciudadanos, a su propia seguridad, a las situaciones de minoridad. El problema a tratar no es más la delimitación de la intervención del Estado, más precisamente lo es la extensión de sus competencias para compensar las consecuencias de sus mismas decisiones. En este punto la justicia constitucional cambia su interés en la activación de las garantías del estado liberal a la activación de las garantías de la compensación del Estado social. Se abren camino ideologías de una justicia social según la cual el público compensa a los individuos por las consecuencias de las decisiones con las cuales el público provee ventajas a otros individuos, los cuales naturalmente componen un número más limitado que los primeros. Una justicia redistributiva, podemos decir, la cual se afirma hasta cuando se piensa que la capacidad de endeudamiento del Estado, esto es del público, sea infinita. Políticas monetarias sostienen las expectativas de los individuos

que están siempre excluidos y todo esto se llama *Estado de bienestar*. La política está siempre orientada a la necesidad de estabilizar un consenso que la justicia de la compensación rinde muy vulnerable y ficticio y así se abren camino políticas ecológicas, políticas de la educación, políticas coyunturales que producen y alimentan expectativas de intervención pública de tipo preventivo de los daños que se pueden verificar en el futuro. La justicia constitucional se orienta a este género de expectativas y trata el texto constitucional como el proyecto de un orden social destinado a la realización de condiciones de vida aceptables para todos: ahora las preocupaciones se restituyen a la vida, a la dignidad, a la equidad, al dolor.

Estas preocupaciones de la justicia constitucional dejan entrever que también en la observación de la Constitución han penetrado hoy incertezas del futuro que han soterrado el viejo optimismo de las premisas liberales de un Estado de Derecho. La política tiente compensar su incompetencia para compensar los riesgos de sus decisiones a través de un hipertrófica ocupación de los espacios del actuar social. Y esta incompetencia rinde piadosos los esfuerzos de revitalizar viejos instrumentos como la soberanía, la razón, los valores, los fundamentos. Estas viejas paradojas son ineficaces respecto a las nuevas paradojas, aquellas que emergen de las consecuencias de la diferenciación moderna de la sociedad. Nosotros sabemos que no es posible redistribuir recursos, reducir pobreza, aumentar riqueza, reducir desigualdad. En nuestra sociedad somos más pobres porque somos más ricos, somos más desiguales porque somos más iguales, corremos más riesgos porque disponemos de tecnologías más seguras, hemos extendido el espacio del no-saber justamente porque hemos extendido el espacio del saber. *El único recurso que puede ser distribuido es el riesgo*. Y este recurso puede ser distribuido en modo racional: si por racionalidad entendemos el carácter de las decisiones que incrementan la posibilidad de actuar y que frente al riesgo están en grado de reverse a sí mismas.

¿Puede el juez constitucional, con los instrumentos de que dispone, afrontar el desafío de esta racionalidad? O tal vez también nuestro juez constitucional, de frente a la ruptura de las viejas construcciones, de frente a la consumación del viejo orden de la política, de la soberanía y de los estados, dará todavía una vuelta más como el guardián de la ley en el cuento de Kafka: el campesino que, esperando entrar en la ley, ha

consumido sus días y sus fuerzas y que al final pregunta como puede ser que si todos quieren alcanzar la ley, sin embargo, ninguno en todos esos años fuera de él, ha pedido entrar; a aquel campesino moribundo el guardián le responde: "Ningún otro podía obtener el permiso de entrar aquí, porque este ingreso estaba destinado sólo a ti. Ahora me voy y cierro".

ESTE FORTALECIMIENTO JURÍDICO DE LA
TEORÍA ACETABLE DEL DERECHO

Por Manuel Arellano

Gobernador de Navarra

El artículo con el que se abre este número de la revista, escrito por el autor, trata de la importancia de la teoría jurídica en la práctica jurídica. El autor, Manuel Arellano, es un jurista de la talla que se puede apreciar en los libros más recientes, el profesor Arellano y sus libros más recientes que indican que esta teoría jurídica es una disciplina que se refiere al Derecho, a la vez que a la práctica jurídica. En el texto se menciona el trabajo que se hizo con José Luis Arellano y que se llama "El Derecho y el poder judicial". Finalmente, hay algunas frases que indican que el artículo se refiere a la teoría jurídica en los países hispanoamericanos y en España.

En el libro de este artículo se trata de la teoría jurídica en el Derecho. El autor, Manuel Arellano, es un jurista de la talla que se puede apreciar en los libros más recientes, el profesor Arellano y sus libros más recientes que indican que esta teoría jurídica es una disciplina que se refiere al Derecho, a la vez que a la práctica jurídica.

Este libro es el resultado de un trabajo conjunto de Manuel Arellano y José Luis Arellano, que se llama "El Derecho y el poder judicial". Finalmente, hay algunas frases que indican que el artículo se refiere a la teoría jurídica en los países hispanoamericanos y en España.

¿ES EL POSITIVISMO JURÍDICO UNA TEORÍA ACEPTABLE DEL DERECHO?¹

Por Manuel Atienza

Universidad de Alicante

I.

De acuerdo con el esquema acordado para el debate, dividiré esta intervención en tres partes: en la primera caracterizaré la concepción (iuspositivista) de Eugenio Bulygin y señalaré cuáles son los aspectos de la misma que me parecen insatisfactorios. Luego me referiré, en términos más generales, al positivismo jurídico y mostraré cuáles son las razones que hacen que deba considerarse como una concepción insostenible del Derecho; utilizaré para ello los argumentos contenidos en un reciente trabajo que he escrito con Juan Ruiz Manero y que hemos titulado "Dejemos atrás el positivismo jurídico". Finalmente, haré algunas breves consideraciones sobre cómo debería, en mi opinión, encararse la construcción de una teoría (o filosofía) del Derecho con la vista puesta, sobre todo, en los países latinos (de Europa y de América).

II.

1. A lo largo de un período de tiempo ya muy dilatado (unos 20 o 25 años), los filósofos del Derecho latinos (incluyo básicamente a argentinos, españoles e italianos) de inspiración analítica hemos llevado

¹ Este texto es la versión española de mi contribución al debate sobre "El futuro del positivismo jurídico" que tuvo lugar en el XXIII Congreso de la IVR celebrado en Cracovia en agosto de 2007.

adelante, a través de innumerables reuniones y publicaciones, una discusión que nos ha ido alineando básicamente en dos bandos, lo que quizás pudiese verse como una nueva versión de la clásica división entre los analistas más volcados hacia los lenguajes formalizados, hacia la lógica, frente a los que buscaban su inspiración más bien en los lenguajes naturales. Los primeros —a los que llamaré “formalistas” para simplificar y sin atribuir al término ninguna connotación peyorativa— han sido básicamente de inspiración bulyginiana; han defendido siempre el positivismo jurídico en términos estrictos (el positivismo “excluyente”), una actitud sumamente escéptica hacia la ética (hacia la posibilidad de una discusión racional en materia de ética) y han entendido la teoría del Derecho como una empresa de análisis conceptual en la que los aspectos prácticos ocupaban un lugar secundario. La otra línea (en la que jugó un papel fundamental la obra de Carlos Nino) se ha caracterizado por defender tesis positivistas mucho más abiertas (el positivismo “incluyente”) o incluso no positivistas, por reivindicar la racionalidad de la ética (el cognoscitivism ético en términos más o menos fuertes) y una concepción no insular del pensamiento jurídico que lleva a concebir a la filosofía del Derecho como una filosofía práctica, al lado (y en estrecha conexión con) la filosofía moral y política. Naturalmente, lo anterior es una simplificación en muchos sentidos: algunos autores analíticos probablemente no se sitúan ni en uno ni en otro bando, sino que combinan elementos de ambos, otros han pasado de uno al otro de manera más o menos imperceptible; pero sirve para llegar adonde quería: en todos estos años, mi posición en los debates siempre ha sido en el lado opuesto al de Eugenio Bulygin lo cual, por cierto, no ha afectado para nada a nuestra relación personal.

Pues bien, el Congreso de la IVR en Cracovia me da ocasión para hacerme, y tratar de contestar a, la pregunta de en qué sentido mi manera de entender la filosofía del Derecho se opone a la de Eugenio; o, dicho de otra manera, hasta qué punto es o no compatible la filosofía jurídica de Bulygin con una aproximación al Derecho de carácter argumentativo.

2. Recientemente he publicado un libro, “El Derecho como argumentación”, en el que trato de presentar las bases de una concepción argumentativa del Derecho. En el primero de sus cinco capítulos expongo las razones por las cuales, en mi opinión, ninguna de las grandes con-

cepciones del Derecho del siglo XX ha favorecido ese tipo de aproximación. A propósito de una de ellas, el positivismo normativista, planteo la cuestión a la que antes me he referido en relación con la obra conjunta de Alchourrón y Bulygin y llego a esta conclusión:

“Hablando en términos generales puede decirse que, desde el prisma argumentativo, la producción conjunta de estos dos autores se sitúa en un punto intermedio entre Kelsen y Hart. A diferencia de Kelsen (y de otros autores “irracionalistas”, como Ross), Alchourrón y Bulygin siempre han defendido la tesis de que las decisiones jurídicas pueden (y deben) justificarse en términos lógico-deductivos; o sea, que se pueden realizar inferencias normativas, que la lógica se aplica también a las normas. Incluso puede decirse que su tendencia ha sido la de identificar justificación y justificación lógica (deductiva); recientemente, Bulygin ha aceptado que “el modelo deductivo de justificación”, “no excluye otros”, pero ni él ni Alchourrón han mostrado interés por esos otros modelos. Ello tiene que ver, en mi opinión, con su fuerte escepticismo en relación con la razón práctica y su tendencia al emotivismo en materia moral. De Hart (y de Carrió) les separa, precisamente, el mayor énfasis puesto en el análisis lógico formal del Derecho y en el escepticismo moral (Hart puede considerarse como un objetivista mínimo en materia moral) y, quizás como consecuencia de ello, el que Alchourrón y Bulygin hayan elaborado una teoría del Derecho que, en cierto modo, se centra en los casos fáciles” [Atienza 2006, p. 29].

En lo que sigue, trataré de desarrollar y aclarar esta tesis, pero sólo en lo que se refiere a la obra de Eugenio Bulygin.

3. Me parece importante subrayar que Bulygin, por lo menos en sus últimos escritos, no se muestra en absoluto como un enemigo de las teorías de la argumentación jurídica, sino que su actitud es más bien la del escéptico. En la entrevista que le hizo Ricardo Caracciolo para *Doxa*, a la pregunta de qué opinión le merecían los intentos de las teorías de la argumentación jurídica de construir criterios de justificación distintos de los de la lógica deductiva, contestaba así: “En primer lugar, nunca dije que el modelo deductivo de justificación sea el único adecuado para la reconstrucción de las decisiones judiciales. Lo que sostuve y sostengo es que es un modelo adecuado, pero esto no excluye la posibilidad de elaborar otros”. “El propósito de buscar criterios para el control racional

de la elección de las premisas —añadía— me parece muy loable. Lamentablemente la teoría de la argumentación no ha logrado hasta ahora suministrar reglas que permitan establecer relaciones jerárquicas entre las premisas y, de esta manera, proporcionar criterios racionales para la elección de las premisas mejores”. Y después de mostrar el papel que la lógica (la lógica estándar) puede jugar para elegir entre premisas alternativas, concluía: “Sigo siendo, pues, escéptico respecto de la utilidad de la teoría de la argumentación para el problema de la justificación de las sentencias judiciales” [Caracciolo 1993, p. 508-9].

Otra aclaración importante a efectuar es que, si bien la de Eugenio Bulygin es una concepción que —como antes decía— se centra en los casos fáciles, eso no quiere decir que sea formalista en el sentido más o menos habitual del término: formalistas serían aquellos autores que tratan todos los casos como si fueran fáciles. No lo es, en cuanto no desconoce la existencia de casos difíciles y no pretende tampoco —como en seguida veremos— que estos últimos sean tratados como los casos fáciles. Bulygin no piensa que la lógica deductiva sea todo lo que necesitamos —lo que necesita, por ejemplo, un juez— cuando tiene que enfrentarse con casos difíciles e incluso con casos fáciles, rutinarios. Y acepta además que existen casos a los que puede llamarse “trágicos”, esto es, situaciones en las que “haga lo que haga, el juez siempre violará alguno de sus deberes”: bien la obligación jurídica de aplicar la norma jurídica pertinente, o bien lo que el juez considera su deber moral de no aplicarla” [Bulygin 2004, p. 25].

4. La base para entender la postura de Bulygin está constituida por la defensa de lo que, en la mencionada entrevista en *Doxa*, Caracciolo llamaba “positivismo consecuente” y que viene a ser una forma de lo que hoy se entiende por “positivismo excluyente”. Exactamente, lo que sostiene Bulygin, lo que caracteriza su concepción positivista del Derecho, son estas tres tesis: la separación conceptual entre el Derecho y la moral; el escepticismo en materia de ética; y la imposibilidad de separar las dos tesis anteriores: “el abandono del escepticismo ético obliga a abandonar la tesis de la separación entre el Derecho y la moral”; “la tesis de la separación es incompatible con el objetivismo moral” [Caracciolo 1993, p. 511]. O sea: si se fuera objetivista en materia de moral, si se pensara que hay una moral privilegiada, que existen principios o normas morales racionalmente justificados, entonces no tendría sentido (sería

contradictorio) afirmar que, conforme al Derecho, uno debe hacer p y, conforme a la moral, uno debe abstenerse de hacer p. Dicho todavía de otra forma: lo que suele llamarse “tesis de la unidad de la razón práctica” sería, para Bulygin, un corolario necesario del objetivismo ético.

Ese tipo de positivismo jurídico no implica lógicamente (pero es coherente con) la manera de entender la teoría del Derecho que Bulygin ha propuesto explícitamente en varios de sus últimos escritos, que se puede encontrar (de manera más o menos implícita) en algunos otros, y que ha defendido oralmente en muchísimas ocasiones. En su opinión, la teoría del Derecho debe reducirse al análisis de la estructura del sistema jurídico; vistas las cosas desde el punto de vista judicial, a encontrar una respuesta a la pregunta de cómo identificar el Derecho, pero no a la de cómo resolver el caso que se somete al juez, puesto que esta última cuestión involucra aspectos de carácter moral [vid. Bulygin 2004, p. 23]. De manera que el centro de interés de su teoría del Derecho es el sistema jurídico (usando un paralelismo con el lenguaje: la gramática, la lengua) y no la práctica jurídica (la parole, el habla) de la que, naturalmente, forma parte (y de manera prominente) la resolución judicial de los casos. En relación con esto último, la postura de Bulygin viene a ser la siguiente: hay supuestos en los que el Derecho determina unívocamente la decisión a tomar, y la teoría del Derecho puede señalar —o contribuir a señalar— cuáles son esos casos, esto es, identificar el Derecho vigente; pero, sin embargo, puede haber razones morales para no tomar esa decisión, de manera que ni siquiera en estos casos la teoría (ninguna teoría, dado su escepticismo en materia moral) podría servirle al juez para tomar la decisión. Y cuando el Derecho no determina la decisión (en los casos difíciles), la función de la teoría sería efectuar una tipología de esos casos, mostrar cuáles son las causas de esa indeterminación: la existencia de lagunas, de contradicciones y de lo que —en la terminología acuñada en Normative Systems— llama “lagunas de reconocimiento”.

5. Si uno se plantea ahora cuál es el espacio que una teoría del Derecho como la de Bulygin deja para la argumentación jurídica (y limitándonos a la perspectiva judicial), la respuesta es bastante clara y simple: si un caso está unívocamente determinado y el juez lo acepta como tal (si un caso es fácil), entonces lo que procede será una justificación en términos deductivos. Si, por el contrario, el caso no está determinado unívocamente, entonces el juez tendrá que efectuar una operación dis-

crecional (que esencialmente cae fuera de la lógica y de la teoría del Derecho) consistente en establecer las premisas; hecho esto (en donde la lógica sólo puede jugar el papel de marcar ciertos límites —y siempre que se acepte que las premisas han de ser entre sí consistentes—) lo que queda volvería a ser, de nuevo, una tarea de deducción. Se explica así que, en otro de sus trabajos, Bulygin haya defendido que el problema de la interpretación es un problema semántico, esto es, lo que tiene que hacer un intérprete es simplemente explicitar las reglas semánticas del término o términos en discusión, para así resolver el problema de indeterminación; aunque sea una operación de gran importancia en el Derecho no hay, en realidad, nada en la interpretación que tenga un carácter específicamente jurídico [vid. Bulygin 1992].

Vistas así las cosas, el enfoque de Bulygin cae dentro de lo que en el libro antes mencionado he llamado “concepción formal de la argumentación”. Eso quiere decir que la argumentación (jurídica) se ve exclusivamente como un encadenamiento de proposiciones, como el paso de unas proposiciones a otras o, mejor dicho, el producto de ese paso, pues la concepción formal se centra en la argumentación como resultado y no como actividad; lo que queda fuera es la argumentación vista como una búsqueda, clarificación y evaluación de las premisas (las razones) con las que resolver algún problema teórico o práctico, como un tipo de interacción humana dirigida a persuadir a otro, etc. Lo que aporta la concepción formal (el estudio de los esquemas —de las formas— de los argumentos) es, sin duda, muy importante, pero también es muy importante lo que deja fuera (el estudio de los aspectos materiales y pragmáticos de la argumentación). Un jurista que se plantee, pongamos por caso, un problema de interpretación, no podría recibir mucha ayuda de una obra como la de Eugenio Bulygin: sabría que necesita contar con una “regla semántica” cuya aplicación le va a permitir resolver el problema, pero ocurre que la dificultad está casi siempre en cómo construir esa regla: qué criterios puede usar para ello y de qué manera. Las teorías de la argumentación jurídica tratan precisamente de contestar a este tipo de preguntas. Por ejemplo, a propósito de la justificación judicial de las decisiones, parten de que tal justificación no puede verse únicamente en términos formales, sino también en términos materiales y pragmáticos; la obligación que tienen los jueces de motivar (justificar) sus decisiones sólo se satisface en la medida en que éstos sean capaces de poner las buenas razones en la forma adecuada para lograr la persuasión (y aun-

que de hecho no lo logren); la lógica formal es un ingrediente necesario, pero no suficiente, para ello.

No pretendo, por supuesto, sugerir que Eugenio Bulygin ignore todo esto. Al contrario, precisamente porque es muy consciente de ello es por lo que rechaza expresamente que la teoría del Derecho deba tratar de ofrecer alguna respuesta a la pregunta de cómo deben tomar los jueces las decisiones o, mejor, cómo deben justificarlas. Sus diferencias con los teóricos de la argumentación jurídica radican precisamente en esto: estos últimos han tratado de construir una teoría de la justificación de las decisiones judiciales (en general, combinando elementos formales —lógicos— con otros de carácter material y pragmático); Bulygin, tan sólo de un aspecto de la justificación. El ámbito de las respectivas teorías es, pues, diferente.

6. Yo no tengo, como acabo de señalar, ninguna duda sobre la coherencia interna de la obra de Eugenio Bulygin. Me parece que todos los elementos que la componen se ensamblan de manera particularmente armoniosa y que, en cierto modo, es ese afán por ser coherente lo que le ha llevado a defender tesis que pueden parecer extremas (y que seguramente lo son) pero que, al mismo tiempo, vienen a ser consecuencias necesarias de sus puntos de partida. Por eso, la conclusión a la que llego es que lo que se debe discutir de su obra no es, en sentido estricto, su teoría del Derecho, sino más bien su metateoría jurídica. Mis discrepancias con Eugenio Bulygin se plantean —y creo que se han planteado siempre— en este último nivel de discurso. Hacia ahí es hacia dónde debería dirigirse la discusión: ¿Hay alguna buena razón para aceptar que la teoría del Derecho deba elaborarse dentro del marco trazado por Bulygin?, ¿qué tipo de teoría del Derecho debemos esforzarnos por construir?, ¿tiene sentido plantearse preguntas como las anteriores?

Me parece que sí, y que Eugenio Bulygin no se sitúa aquí en la postura extrema de quienes piensan que no hay, por así decirlo, criterios para elegir entre diversas teorías y que todo es cuestión de preferencias subjetivas, de gustos; como ocurre con los juegos, cada uno se aficiona a los que más le divierten, le producen un mayor grado de satisfacción personal, etc.; digamos que, al igual que hay un emotivismo ético, hay también un emotivismo metateórico en el que muchos iusfilósofos ana-

líticos se refugian precisamente para no tener que discutir acerca de la pregunta que a mí me parece fundamental: qué teoría del Derecho.

Pero, como digo, no creo que la postura de Eugenio Bulygin sea exactamente esa. Él no niega que la utilidad práctica de una teoría sea un componente a tomar en consideración pero le parece —yo diría que por razones de “prudencia”— que un teórico del Derecho ha de procurar permanecer en terreno firme, y que la claridad y la certeza que provee esa actitud cauta son valores preferibles a la (presunta) utilidad perseguida por quienes se aventuran por terrenos en los que acechan todo tipo de peligros.

Un ejemplo de esa actitud se encuentra, me parece, en el ejemplo práctico que pone para justificar la preferibilidad de su concepción frente a la de un positivista, digamos, “ideológico” (Bergbohm o “algún otro positivista del siglo XIX”) o la de un iusnaturalista (al estilo de Radbruch, de Alexy o —cabría añadir— de muchos otros partidarios de la teoría de la argumentación jurídica). Se trata de un oficial que da la orden a tres soldados, A, B y C, de torturar a un prisionero. Dejemos de lado al soldado A, al positivista ideológico. El soldado B —seguidor de Bulygin— razonaría así: “La orden del oficial es jurídicamente válida, pero moralmente repugnante. Como no hay obligación moral de obedecer las normas jurídicas, no voy a cumplir esta orden por razones morales, aun cuando corra el riesgo de ser castigado por desobediencia”. Y el soldado C: “La orden dada por el oficial es moralmente repugnante, por lo tanto, no forma parte del derecho. No siendo una norma jurídica, puedo desobedecerla”. La conclusión a la que llega Bulygin es la siguiente: “Ambos soldados (...) corren el riesgo de ser castigados por desobediencia, pero mientras que el soldado B puede aducir que desobedeció la orden por razones morales (la orden aunque jurídicamente válida era moralmente inicua), el soldado C sólo invoca razones semánticas. La orden no es derecho. Desde el punto de vista moral su posición es ciertamente mucho menos ventajosa que la de B. Desde el punto de vista teórico, no veo ventajas en negar que el derecho malo sea derecho, del mismo modo como no veo ventajas en sostener que un mal profesor no es profesor. La consecuencia de una decisión semántica tal es la imposibilidad de criticar a un profesor por ser malo o una norma jurídica por ser injusta” [Bulygin 2004, pp. 25-26].

Ahora bien, no me parece que en este punto lleve razón Bulygin. La idea de que un argumentador que siguiera la concepción de Radbruch o de Alexy sólo podría esgrimir razones “semánticas”, mientras que uno que se dejara guiar por un positivismo jurídico como el de Bulygin estaría en una posición “más ventajosa” “desde el punto de vista moral”, me parece simplemente falsa. Ambos argumentadores, B y C, comparten una premisa (“la orden es moralmente repugnante”) y la conclusión (“la orden no debe obedecerse”) y difieren en otras dos. O sea, las otras premisas de B serían: B2 (“las órdenes moralmente repugnantes son Derecho válido si cumplen los requisitos x e y —que esta orden cumple—”); y B3 (“las órdenes jurídicamente válidas pero moralmente repugnantes no deben obedecerse”). Y las de C: C2 (“las órdenes moralmente repugnantes no son Derecho válido”) y C3 (“las órdenes jurídicamente inválidas no deben obedecerse”). Pues bien, B3 y C3 enuncian juicios prácticos, y no parece que el optar por uno u otro dé alguna “ventaja” desde el punto de vista moral. Quedan los otros dos. Es posible que, a primera vista, C2 pueda tener el aspecto de una “regla semántica”, a diferencia de lo que ocurre con B2, pero creo que eso es pura apariencia. En realidad, B2 podría descomponerse en B2a (“las órdenes moralmente repugnantes que cumplan los requisitos x e y son Derecho válido”) y B2b (“esta orden cumple los requisitos x e y”). Se ve entonces que B2a tiene la misma naturaleza (“semántica”) que C2 (en realidad, C2 podría haberse enunciado también así: “las órdenes moralmente repugnantes, aunque cumplan los requisitos x e y, no son Derecho válido”). La única diferencia estaría, pues, en B2b, pero no parece que ella pueda significar ninguna diferencia “desde el punto de vista moral” (en realidad, según lo que se acaba de indicar, B2b también podría considerarse como una premisa del argumento de C).

En definitiva, no se ve por qué la tesis de que una norma (u orden) jurídica extremadamente injusta (o moralmente repugnante) no es Derecho válido (la llamada “fórmula de Radbruch”) haya de llevar a la imposibilidad de criticar la norma en cuestión. El aspecto crítico reside básicamente en el juicio de que la norma (o la orden) es “extremadamente injusta” o “moralmente repugnante”, y ese es un juicio que comparten ambos argumentadores (el que sigue a Radbruch y Alexy o a Bulygin). La diferencia está más bien en que los seguidores de Bulygin no podrán propiamente justificar el juicio en cuestión, dado que la teoría afirma explícitamente que “nada puede decir sobre nuestras obligaciones mo-

rales, ni siquiera sobre las obligaciones morales de un juez” [Bulygin 2004, p. 26].

En realidad, las cosas se ponen, en mi opinión, todavía peor para los seguidores de Bulygin si el ejemplo se trasladara al campo judicial (más o menos es lo que ocurrió con los casos de “los tiradores del muro”, en los que los jueces tuvieron que decidir si los soldados que habían seguido las órdenes de tirar a matar habían cometido o no homicidio). Y se ponen peor porque, a diferencia de lo que ocurre con los soldados —y, en general, con los simples particulares—, los jueces tienen, en nuestros Derechos, la obligación de motivar (jurídicamente) sus decisiones; de manera que un juez, en cuanto juez, no podría concluir su razonamiento con “el Derecho me obliga a hacer p pero no debo hacer p”. Más bien, uno diría que lo que debe procurar un juez, si p es el contenido de una norma o de una orden moralmente repugnante, es efectuar un razonamiento que le permita concluir con “el Derecho me permite no hacer p”. No estoy diciendo que siempre vaya a ser posible, sino que eso es lo que debe funcionar como la idea regulativa de su conducta; y que la teoría del Derecho —en contra de lo sostenido por Eugenio Bulygin— tiene como una de sus funciones más importantes la de ayudar a los jueces a decidir y a justificar sus decisiones.

De manera que el ejemplo nos lleva de nuevo a lo mismo: ¿Qué teoría del Derecho resulta preferible?, ¿cuáles son los criterios que deben guiar la construcción de una teoría del Derecho: el rigor y la claridad o, más bien, la utilidad práctica?, ¿son realmente incompatibles uno y otro?

III.

1. En los países latinos, hasta fechas relativamente recientes, la defensa del positivismo jurídico ha ido unida a una actitud política de carácter liberal o socialdemócrata, mientras que el iusnaturalismo ha estado siempre vinculado con posturas de carácter conservador. Para poner un par de ejemplos. En la España franquista, la ideología jurídica oficial fue el iusnaturalismo y decantarse por el positivismo jurídico era una señal inequívoca de oposición al régimen. Y en Argentina, la filosofía analítica que se desarrolla a partir de los años 60 fue unida a la defensa de un positivismo de carácter conceptual o metodológico y a posturas

que, en términos generales, pueden calificarse de liberales; precisamente, cuando se produce el golpe de Estado de 1976, el poder dictatorial busca el apoyo ideológico en el iusnaturalismo católico más integrista. Ese tipo de vinculación política, por otro lado, encaja bien con el hecho de que los principales mentores del positivismo jurídico en la escena internacional —Kelsen, Ross, Hart o Bobbio— se ubicaban también ideológicamente en la zona del espectro que va del liberalismo avanzado a la socialdemocracia.

2. Ahora bien, “positivismo jurídico”, como bien se sabe, es una expresión extraordinariamente ambigua. Para precisar en qué sentido los autores latinos han sido (o son) positivistas conviene recordar dos aproximaciones que tuvieron (y siguen teniendo; particularmente, la primera de ellas) una gran influencia. Una es la de Norberto Bobbio, el cual distinguió tres nociones distintas de positivismo jurídico: 1) En cuanto enfoque o modo de aproximarse al estudio del Derecho, el positivismo jurídico supone la separación entre el Derecho real y el ideal, el Derecho como hecho y como valor, el Derecho que es y el Derecho que debe ser; y la convicción de que el Derecho del que debe ocuparse el jurista es el primero y no el segundo. 2) En cuanto teoría del Derecho, el positivismo lo identificó con una teoría estatal del Derecho vinculada a la defensa de la teoría de la coactividad, la teoría imperativa —de la norma jurídica—, la consideración del orden jurídico como sistema al que se atribuye el carácter de plenitud y de coherencia, la consideración de la actividad del jurista o del juez como actividad esencialmente lógica. 3) Como ideología, el positivismo jurídico confiere al Derecho que es, por el solo hecho de existir, un valor positivo, atribución que se suele llevar a cabo —escribía Bobbio— a través de una de las dos siguientes vías argumentativas: el Derecho positivo, por el solo hecho de ser positivo, es justo; o bien, el Derecho sirve con su misma existencia, independientemente del valor moral de sus reglas, para la obtención de fines deseables como la paz o la certeza.

La otra aproximación, la de González Vicén, consiste en distinguir el positivismo jurídico en cuanto “hecho histórico” o “modo general de entender la realidad jurídica” y las “teorías del positivismo jurídico”; esto es, una cosa es el positivismo jurídico en cuanto concepción del Derecho como un orden real e individualizado que conforma efectivamente las relaciones humanas en una comunidad y en un momento determina-

do, y otra cosa las diversas respuestas dadas a los interrogantes nacidos de la anterior concepción y no reconducibles fácilmente a una unidad: el positivismo historicista, el normativista o el realista.

Pues bien, lo que ha caracterizado al positivismo jurídico de los países latinos (mejor: de sus filósofos del Derecho) ha sido el positivismo jurídico como enfoque y la teoría normativista del Derecho en versiones que se alejaban mucho del formalismo jurídico (lo que Bobbio entendía por positivismo jurídico en cuanto "teoría") y se identificaban notablemente con la versión hartiana del positivismo jurídico, ampliamente difundida en el mundo latino desde los años sesenta (la traducción española del Concepto de Derecho por Carrió data de 1963).

3. En los últimos años, las discusiones sobre el positivismo jurídico han estado muy vinculadas al planteamiento de la filosofía anglosajona (básicamente a Dworkin), aunque también ha tenido cierta influencia la obra de Alexy. No es de extrañar por ello que las polémicas más recientes hayan girado en torno al positivismo excluyente, el positivismo incluyente y el positivismo normativo o axiológico. Dicho de manera muy sintética (vid. Moreso) el positivismo se caracterizaría por la defensa de la tesis de las fuentes sociales del Derecho y de la separación entre el Derecho y la moral que, conjuntamente, llevan a defender la idea de que la identificación del Derecho no depende de criterios morales. Pero esta afirmación básica del positivismo jurídico puede entenderse de tres maneras distintas, y de ahí la existencia de tres grandes formas de positivismo jurídico: el duro o excluyente la entiende en el sentido de que la identificación del Derecho no puede depender de criterios morales; el blando o incluyente afirma que no necesita depender de criterios morales, aunque en sistemas jurídicos desarrollados sí depende de tales criterios, pues dichos sistemas están dotados de una regla de reconocimiento compleja que introduce, junto con los criterios referidos al origen, criterios morales de identificación; y, finalmente, el positivismo jurídico axiológico o normativo sostiene que esa identificación debería no depender de criterios morales.

4. El problema del positivismo jurídico excluyente (en todas sus versiones: la de Eugenio Bulygin sería una forma de iuspositivismo excluyente) es que contrasta fuertemente con ideas ampliamente compartidas sobre la manera como el Derecho guía la adopción de las decisiones. Si

tomamos, por ejemplo, el caso de Raz: para él el Derecho se identifica sin recurrir a criterios morales, pues “la identificación de una norma como norma jurídica consiste en atribuirla a una persona o institución relevante” y “tales atribuciones pueden basarse únicamente en consideraciones de hecho” (Raz, 2001). Pero si así son las cosas a la hora de razonar para establecer el contenido del Derecho, sin embargo, a la hora de razonar de acuerdo con el Derecho para determinar la solución de un caso resulta, de acuerdo con Raz, que el propio Derecho autoriza a sus órganos de aplicación a apartarse de su contenido siempre que haya razones morales importantes para hacerlo. Ahora bien, esto parece ciertamente extraño, si lo cotejamos con las creencias compartidas entre los juristas: éstos convendrían en que, en ciertas circunstancias, puede haber razones jurídicas de orden superior que justifiquen el dejar de lado para resolver un caso una regla jurídica de entrada aplicable al mismo, pero encontrarían ciertamente incompatible con sistemas jurídicos como los nuestros la idea de que éstos conceden discreción al juez para que se aparte de lo que ellos mismos prescriben siempre que, a juicio del propio juez, ello resulte moralmente procedente.

5. Como se sabe, la idea fundamental del positivismo jurídico incluyente (y quizás no esté de más recordar que el primero que la sostuvo, para defender la posición de Hart frente al ataque de Dworkin, fue el iusfilósofo argentino Genaro Carrió, en 1970), es que el razonamiento jurídico no sólo tiene elementos morales cuando se trata del razonamiento de acuerdo con el Derecho, sino también cuando se trata del razonamiento para establecer el contenido del Derecho, si es que la regla de reconocimiento (como ocurre en los sistemas jurídicos del paradigma constitucional) incorpora criterios morales. En nuestra opinión, esa versión del positivismo jurídico es susceptible de dos tipos de críticas: en primer lugar, su tesis distintiva —que la relación entre Derecho y moral es contingente, pues es conceptualmente concebible un sistema jurídico cuyos test de validez no impliquen referencias a la moral— parece de escaso interés para los juristas, pues aun concediendo que tales sistemas sean posibles, lo que es indudable es que no se trata de nuestros sistemas, de los Derechos del Estado constitucional, ni tampoco de los que cabe razonablemente prever; en segundo lugar, tampoco nos parece fructífera (sobre eso se dirá algo más adelante) su pretensión de construir una teoría descriptiva y general del Derecho (sobre lo que insiste

mucho Hart en su Postscript, situando en él su principal desacuerdo con Dworkin).

6. Por lo que se refiere al positivismo jurídico axiológico o normativo (una concepción defendida por Scarpelli en los años 60 y 70 y que, en la filosofía del Derecho en lengua española, han sostenido recientemente autores como Laporta, Hierro o Atria), Moreso ha sintetizado muy bien la que parece ser su argumentación básica: 1) hay un desacuerdo profundo en cuanto a los criterios de corrección moral; 2) si se quiere respetar la autonomía de las personas, hay que regular la conducta mediante normas claras y precisas; 3) si se identificara el Derecho (o sea, lo permitido, prohibido u obligatorio) recurriendo a criterios morales, entonces se sacrificaría el valor de certeza y, por tanto, el de autonomía de las personas; 4) por lo tanto, el Derecho debe identificarse sin recurrir a la moral. Pues bien, Moreso también tiene razón al mostrar cuáles son los dos puntos débiles de la anterior argumentación. Por un lado, es cierto que en la moral hay desacuerdos en cuestiones relevantes, pero de ahí no se sigue que se trate de un desacuerdo absoluto. Por otro lado, lo que mejor protege el valor de la autonomía —piensa Moreso— son reglas claras y precisas, pero que incorporen “cláusulas de derrotabilidad moral”; lo cual es otra manera de decir que el Derecho —en los Estados constitucionales— no puede dejar de estar integrado por reglas y por principios y que estos últimos tienen cierta preeminencia axiológica sobre las reglas.

7. En cualquiera de sus versiones, las dos notas que parecen definitorias del positivismo jurídico serían estas dos: 1) la tesis de que el Derecho es un fenómeno social, creado y modificado por actos humanos (lo que González Vicén llamaba el positivismo jurídico como “hecho histórico” y que hoy suele denominarse como “tesis de las fuentes sociales del Derecho) y 2), la tesis de la separación entre el Derecho y la moral, que hoy tiende a entenderse —a la manera del positivismo blando o incluyente— en el sentido de que el valor moral de una norma no es condición suficiente y puede no ser condición necesaria de la validez jurídica de la misma. Pues bien, el problema, la debilidad, del positivismo jurídico no estriba en que esas dos tesis o alguna de las dos sea falsa: ambas son manifiestamente verdaderas y constituyen una especie de acuerdo indisputado por todos aquellos que hacen teoría del Derecho de forma no extravagante. La debilidad del positivismo jurídico estriba en que, así entendido, la teoría resulta, por un lado, irrelevante y, por

otro lado, en que si se le añaden rasgos que, aun no siendo quizás definitivos, sí han estado presentes en sus principales manifestaciones en el siglo XX, el positivismo jurídico resulta ser un obstáculo que impide el desarrollo de una teoría y una dogmática del Derecho adecuadas a las condiciones del Estado constitucional.

8. El carácter irrelevante no es difícil de mostrar. Basta con pensar en que, entendida como se ha hecho, ninguno de los grandes autores iusnaturalistas del siglo XX (Radbruch, Fuller o Finnis) tendría nada que objetar a esa tesis. Por lo tanto, esa tesis no puede constituir ya hoy una de las señas de identidad de una teoría o una concepción del Derecho, puesto que todas las que tienen algún grado de vigencia la comparten. Y, en relación con la segunda tesis (la de la separación entre el Derecho y la moral), si se limita a lo que comparten todos los que se llaman iuspositivistas, es una tesis tan mínima que tampoco constituye una posición distintiva de la teoría del Derecho.

9. Lo grave del positivismo jurídico está en algunas concepciones generales que acompañan a todas las grandes teorías adscribibles al positivismo jurídico en el siglo XX (Kelsen, Ross, Carrió, Hart o Alchourrón y Bulygin): la concepción descriptivista de la teoría del Derecho y la concepción de las normas como directivas de conducta que resultan de otros tantos actos de prescribir.

10. La pretensión de construir una teoría descriptiva y axiológicamente neutral tiene mucho que ver con que la teoría del Derecho positivista haya permanecido durante el último siglo en una situación de básica incomunicación respecto del discurso práctico general y el de la dogmática jurídica. Simplemente, una teoría del Derecho así concebida no podía participar en los discursos de justificación o crítica de nuestras arquitecturas constitucionales —los propios de la filosofía política y moral— ni tampoco en aquellos que tienen como objeto el mediar entre los materiales normativos en bruto producidos por el legislador, en sentido amplio, y los órganos que deben resolver las disputas —los discursos propios de la dogmática jurídica—. El descriptivismo supone —cabe decir— límites claros al interés que la teoría del Derecho puede suscitar fuera del círculo de sus cultivadores directos.

11. El otro rasgo que ha caracterizado, en general, al positivismo es el prescriptivismo, esto es, concebir las normas jurídicas, de forma casi

exclusiva, como directivas de conducta, y a esas directivas de conducta como el resultado de otros tantos actos de prescribir. El acen-
tuar casi exclusivamente la dimensión directiva de las normas tiene
como consecuencia el que quede descuidada, o al menos comprendi-
da como subordinada, su dimensión valorativa. Y el ver las normas,
sin excepciones, como el resultado de otros tantos actos de prescribir
tiene como consecuencia el que queden descuidadas aquellas normas
jurídicas que no resultan de la realización de un acto de prescribir,
sino de un acto de reconocimiento, por parte de las autoridades nor-
mativas, de contenidos normativos que les preexisten. Todo lo cual
implica límites severos para la capacidad de las teorías positivistas
del siglo XX de dar cuenta de aspectos capitales del razonamiento
jurídico y también de lo involucrado en la actitud de aceptación de
un orden jurídico constitucional.

12. Además de por los déficits antes señalados, el positivismo no es
la teoría adecuada para dar cuenta y operar dentro de la nueva realidad
del Derecho del Estado constitucional, por un último rasgo vinculado a
los anteriores: porque tiene (en todas sus variantes) un enfoque exclusi-
vamente del Derecho como sistema y no (también) del Derecho como
práctica social. Como sistema, el Derecho puede considerarse como un
conjunto de enunciados de carácter normativo que cumplen ciertos re-
quisitos. Pero además el Derecho puede (ha de) verse como una práctica
social compleja consistente en decidir casos, en justificar decisiones, en
producir normas, etc. Dicho quizás de otra manera, el Derecho no es
simplemente una realidad que está ya dada de antemano (y esperando,
por así decirlo, al teórico jurídico que la describa y sistematice), sino
una actividad en la que se participa y que el jurista teórico ha de contri-
buir a desarrollar.

IV

1. Si el Derecho —como alguna vez se ha escrito— es “una gran
acción colectiva que transcurre en el tiempo”, una práctica social, enton-
ces la teoría del Derecho tiene, de alguna manera, que formar parte de
esa práctica. Una consecuencia de ello es que el teórico del Derecho no
puede ser ajeno a los valores de esa práctica, ni puede tampoco concebir
su participación en la misma en términos puramente individuales. Lo
que debería guiar nuestro trabajo, en definitiva, no es el afán de origi-

nalidad, sino de participar cooperativamente con otros en la mejora de esa práctica.

2. La elaboración de una teoría del Derecho completamente general, válida para cualquier sistema jurídico, es una empresa de valor limitado. Pero, además, no es nada obvio que la teoría jurídica en uso, el paradigma anglo-americano dominante (positivista o no), sea verdaderamente general. Por eso, ante el riesgo cierto de que la globalización en la teoría del Derecho responda más bien a lo que se ha llamado la “globalización de un localismo”, podría ser de interés desarrollar teorías del Derecho —digamos— “regionales”, de acuerdo con los diversos círculos de cultura hoy existentes. El multilateralismo parece una estrategia deseable, y no sólo en el ámbito de la política internacional.

3. Los países latinos, de Europa y de América, constituyen uno de esos círculos culturales. Aunque con niveles de desarrollo económico, político, científico, tecnológico, etc., diferentes, esos países son sumamente afines desde el punto de vista de sus sistemas jurídicos y de sus lenguas, poseen una rica tradición de pensamiento jurídico y en todos ellos el Estado constitucional opera como un ideal regulativo para el desarrollo del Derecho y de la cultura jurídica. En muchos de esos países la filosofía del Derecho ocupa hoy un lugar académicamente destacado, lo que explica que exista un buen número de cultivadores de la disciplina con un alto nivel de competencia “técnica”. ¿Cómo explicar entonces que la producción iusfilosófica se limite en buena medida a comentar o discutir ideas y teorías surgidas en otros ámbitos culturales y destinadas también muchas veces a tratar con problemas característicos de esos otros ámbitos?

4. Lo anterior no es una invitación al localismo en la teoría del Derecho, sino a distinguir lo puro o fundamentalmente local y lo que tiene —o puede tener— un valor genuinamente general o universal (en relación, al menos, con el universo del Estado constitucional). Las teorías iusfilosóficas de ámbito regional podrían configurar una útil mediación ente lo local y lo universal y contribuir así a una globalización más equilibrada en la teoría del Derecho.

5. La filosofía del Derecho no es un género retórico, pero una forma equivocada de practicar la teoría jurídica consiste en desentenderse de quiénes son los destinatarios de los escritos iusfilosóficos y de quiénes

pueden hacer uso de las ideas que se encuentran en ellos. Quizás no tenga sentido producir obras destinadas únicamente a otros filósofos del Derecho, y menos aún cuando sus destinatarios directos parecerían ser intelectuales a los que todo lo que se genera fuera de su ámbito cultural les es ajeno.

6. Otro error, que frecuentemente va de la mano del anterior, es el de olvidar que una teoría del Derecho sólo merece la pena si se ocupa de problemas relevantes y que esa relevancia viene fijada por los intereses de la comunidad jurídica ampliamente entendida. Además de algún otro factor de carácter exógeno, no es absurdo pensar que la falta de atención a los problemas y a los destinatarios puede constituir la principal explicación de la insatisfactoria situación de la filosofía del Derecho en los países latinos: un (al menos en muchos casos) alto nivel de sofisticación técnica y una (en general) escasa influencia en la cultura jurídica y en la práctica del Derecho de sus respectivos países.

7. Un modelo de teoría del Derecho pragmáticamente útil y culturalmente viable en nuestros países bien podría consistir en combinar estos tres ingredientes: método analítico, objetivismo moral e implantación social. Cada uno de ellos está especialmente vinculado a una de las grandes concepciones del Derecho bajo las cuales se suele clasificar, entre nosotros, a los filósofos del Derecho: el positivismo jurídico, el iusnaturalismo y la teoría crítica del Derecho.

8. Positivismo jurídico y filosofía analítica no son, obviamente, términos sinónimos pero, dada la estrecha vinculación existente entre ambos, es razonable considerar que el método analítico es uno de los aspectos más valiosos que el positivismo jurídico puede dejar como herencia a la cultura jurídica. Ese método suele cifrarse en el uso y aceptación de ciertas distinciones (por ejemplo, entre enunciados descriptivos y prescriptivos, o entre explicar y justificar) que, por lo demás, no deberían entenderse en un sentido rígido: entre lo descriptivo y lo prescriptivo pueden existir "puentes" y explicar una decisión puede contribuir notablemente a su justificación.

9. Algo parecido puede decirse de la relación entre el iusnaturalismo y el objetivismo moral y la unidad de la razón práctica, si bien la manera más adecuada de sostener estas dos últimas tesis no consiste en recurrir al Derecho natural, sino a alguna forma de procedimen-

talismo o constructivismo moral. En todo caso, las dos principales razones para rechazar el no cognoscitivismo ético (y el relativismo, pero obviamente no como posición de ética descriptiva) son: 1) no permite reconstruir aspectos importantes de la práctica jurídica (en particular, de la justificación de las decisiones judiciales); 2) es autofrustrante. La alternativa debería ser un objetivismo moral (mínimo) que, frente al relativismo, defienda la tesis de que los juicios morales incorporan una pretensión de corrección y, frente al absolutismo, la de que los juicios morales (como los de los tribunales de última instancia) incorporan razones últimas (en el razonamiento práctico), pero abiertas a la crítica y, por tanto, falibles.

10. Los aspectos más valiosos de las teorías críticas del Derecho giran en torno a la necesidad de insertar el Derecho (y la teoría del Derecho) en el medio social y plantearse su potencial de transformación social. Esa concepción (o una cierta manera de entenderla) muestra así la necesidad de que la teoría del Derecho incorpore ciertas categorías que generalmente quedan fuera del análisis (conflicto, trabajo, poder, necesidad social), asuma el carácter histórico del Derecho y de las categorías jurídicas y preste atención a los elementos desiguales e ideológicos del Derecho (también de los Derechos del Estado constitucional).

Referencias bibliográficas:

ATIENZA, Manuel, *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, "Dejemos atrás el positivismo jurídico" en *El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*, Universidad de Salamanca, 2006.

BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, México, 1992.

BULYGIN, Eugenio, "Sull'interpretazione", en *Analisi e diritto*, 1992.

BULYGIN, Eugenio, "¿Está (parte de) la filosofía del Derecho en un error?", en *Doxa*, 27, 2004.

CARACCIOLO, Ricardo, "Entrevista a Eugenio Bulygin", *Doxa*, 13, 1993.

CARRÍO, Genaro R., "Principios jurídicos y positivismo jurídico", en *Notas sobre Derecho y lenguaje* (3th ed.), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986.

GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, *Estudios de filosofía del Derecho*, Universidad de La Laguna, 1979.

MORESO, José Juan, "Legal positivism and Legal Adjudication", paper for the Congress on The Future of Legal Positivism, Alicante, 2004.

RAZ, Joseph, "La autonomía del razonamiento jurídico", en *La ética en el ámbito público*, Gedisa, Barcelona, 2001.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LOS DISTINTOS SENTIDOS DE POSITIVISMO JURÍDICO Y EL DERECHO NATURAL CONTEMPORÁNEO¹

Por Eduardo Barbarosch

Introducción

En el debate entre los distintos sentidos de positivismo jurídico está implícito, un embate del iusnaturalismo, en su faceta contemporánea, a fin socavar, de manera definitiva toda posición que invoque un *approach* positivista al derecho. Esta concepción del derecho ha debido afrontar en diversas ocasiones los ataques iusnaturalistas, pero en ninguna de ellas como ocurre actualmente una crítica interna de quienes siendo positivistas en su momento, creen ahora que, mediante un nuevo enfoque conceptual, pueden encontrar fundamentos para descubrir una conexión conceptual necesaria entre el derecho y la moral. La moral ideal o crítica es para una gran mayoría de sus sostenedores una moral objetiva cuyas formulaciones son verdaderas y válidas intemporalmente. El derecho positivo, siendo una materia contingente que depende de las decisiones del legislador, para ser justo o en última instancia para ser considerado

¹ Este trabajo fue uno de los motivos del debate en el panel de la Jornadas celebradas en la ciudad de Tucumán, convocadas por la Asociación de Filosofía del Derecho en el año 2008. Agradezco al profesor Renato Rabbi Baldi Cabanillas, haber sido quien sugirió debatir el texto y luego en el panel formular sus críticas afiladas al mismo. Sin embargo, como expuse en aquel momento, no ha logrado convencerme con sus argumentos y mis respuestas fueron en defensa del texto que ahora se publica con algunas modificaciones y ligeras adiciones y cuya versión original fuera publicada en el Anuario de Filosofía Jurídica Social en el año 2006.

derecho genuino, debería adecuarse a esa moral crítica². Todo sistema jurídico contrario a la moral crítica sería injusto y para muchos acorde con un concepto acotado de derecho, su no-correspondencia con esos valores objetivos le restaría la propiedad de ser derecho. Para los sostenedores de esta tesis existe una conexión necesaria conceptual entre el derecho y la moral. El análisis del concepto de derecho nos llevaría a la necesidad de reconocer ciertas propiedades morales objetivas que integrarían necesariamente cualquier sistema de derecho independientemente de su origen en una fuente social. Esta manera de pensar es propia de aquellos que participan de las diversas y variadas corrientes del derecho natural.

Esta polémica adquiere ahora ribetes novedosos pues se produce entre aquellos que sin renegar, supuestamente, de los rasgos que caracterizan al positivismo jurídico, sostienen, sin embargo, que existe una relación más cercana de lo que se piensa entre el derecho y la moral. El razonamiento de los jueces en el proceso deliberativo o argumentativo de la adjudicación, nos dice esta nueva línea de pensamiento disidente, en las más de las veces recurre a argumentos morales, lo que significa que la identificación y aun la validez del derecho aplicable, depende de razones morales. A este tipo de positivismo se lo ha denominado positivismo incluyente y frente a éste queda como el último bastión de la defensa del positivismo jurídico el denominado positivismo excluyente que sigue manteniendo la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral. Esto significa que la identificación del derecho aplicable e incluso su validez, no depende en absoluto de la moral.

Existen dos cuestiones que se abren como interrogantes y que merecen tener respuestas: Una de ellas más afín con el derecho natural clásico y es básicamente si el derecho injusto es derecho. La otra es si los jueces cuando en su proceso deliberativo previo a la decisión y en la misma fundamentación de sus sentencias utilizan argumentos morales con ello están identificando el derecho existente o por el contrario simplemente

² Se ha sostenido que un derecho extremadamente injusto no puede ser considerado conceptualmente derecho. La injusticia extrema de un sistema de normas jurídicas impediría reconocer a ese sistema como derecho. Derecho e injusticia extrema serían nociones excluyentes. Donde hay derecho no existe injusticia extrema y donde hay la injusticia extrema no hay derecho

ejercen una actividad discrecional. Este es un aspecto central en la discusión entre el positivismo excluyente e incluyente, aunque quizá no la única. Y en cuanto a la actividad legislativa la cuestión se plantea con las doctrinas más bien clásicas del derecho natural, esto es, si las normas legislativas para ser válidas requieren no sólo que en su sanción se haya respetado el procedimiento y la competencia para su dictado, sino además que su contenido se corresponda con la moral objetiva o con una de sus instancias denominada derecho natural.

Derecho natural, positivismo excluyente e incluyente.

En este trabajo defenderé la tesis del positivismo excluyente y en todo caso más bien del positivismo metodológico o conceptual como la mejor explicación o análisis del concepto de derecho. Descarto la posibilidad de una defensa del positivismo incluyente que en mi opinión colapsa en algunas formas de iusnaturalismo. Mi postura tiene como fundamento un escepticismo de segundo orden hacia el conocimiento moral, a la existencia de hechos morales y como consecuencia a toda posibilidad de formular juicios morales verdaderos³. Por ello entiendo que la noción de discreción explica como se resuelve la indeterminación semántica de las reglas tanto sea por la ambigüedad o vaguedad del lenguaje natural, como también por el uso de términos morales como parte de su contenido.

Entiendo que uno de los problemas principales en debate se vincula con una cuestión que no es de ética sustantiva sino de naturaleza metaética. Esto es, si en realidad se puede probar la existencia de una moral objetiva y si como tal integra el derecho existente y aplicable. Si la respuesta fuera afirmativa y además implicara que apoyarse en esa moral objetiva es un rasgo característico de la práctica judicial del derecho, una de las caras del positivismo jurídico, el denominado "positivismo jurídico excluyente" habría sucumbido y dejaría al positivismo con una última defensa como recurso para subsistir al embate jusnaturalista, en una versión débil, que algunos defienden, y que suele denominarse "soft positivism" o "positivismo jurídico incluyente." Si luego se entendiera

³ Una visión de segundo orden supone un análisis meta-ético del estatus de los valores y de los juicios de valor, esto es, si son o no parte de la estructura del mundo.

que el positivismo jurídico débil o incluyente no es sólido en sus argumentos y que es susceptible de ser refutado, o que en última instancia no resulta más que una forma débil de las diversas teorías del derecho natural⁴, habría que declarar que la teoría del derecho natural en esta venerable como ardua disputa doctrinaria frente al positivismo jurídico habría ganado la batalla de manera definitiva. Esto es, se habría refutado la tesis de la separación entre el derecho y la moral y por ende probado la conexión conceptual necesaria entre la moral y el derecho. La validez del derecho su existencia e identificación sería una cuestión moral y no jurídica. A la pregunta articulada de que es lo que queda del positivismo jurídico, habría que responder simplemente nada.

Mi postura difiere de este argumento, considero que el positivismo jurídico en su versión excluyente, con sus tesis principales mantiene su vigor y constituye la mejor explicación que se puede dar del concepto de derecho. El positivismo incluyente es una versión moderna del derecho natural y tiene las mismas cargas de la prueba del derecho natural tradicional, i.e., probar la objetividad moral como una manera de identificar a ciertos principios o valores como derecho de un sistema. Esto último está muy lejos de haber sido alcanzado por las distintas facetas que ha tomado el derecho natural tanto en su versión tradicional como en la moderna.

El positivismo jurídico de Hart y el derecho natural en la perspectiva de John Finnis.

Trataré previamente la cuestión vinculada entre el positivismo jurídico y la doctrina tradicional del derecho natural, pues si el derecho

⁴ Se ha formulado una distinción entre las teorías derecho natural tradicional y el moderno. La teoría derecho natural tradicional se propone demostrar la existencia de un derecho de orden superior al derecho positivo y cual es la consecuencia que se sigue de su existencia cuando el derecho positivo entra en conflicto con el orden que prescribe el derecho natural. La teoría derecho natural moderno tiene un reciente origen y enfoca la discusión como una respuesta al positivismo jurídico frente a lo que considera una serie de falencias del positivismo jurídico, como la de no reconocer el papel de la evaluación moral en el derecho o la importancia de ciertos principios morales en la identificación del derecho en la actividad judicial. (cf. Brian Bix, *Natural law theory, A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. Edit, by Dennis Patterson. Blackwell. 1999.).

natural tradicional tuviese suficientes y buenos argumentos en su defensa, no habría motivos para una disputa posterior entre el positivismo jurídico excluyente o incluyente.

Una versión muy precisa de las tesis básicas de la teoría del positivismo jurídico es la que formulara Hart y que son las siguientes: 1) Tesis de las fuentes sociales: La existencia y contenido del derecho de una determinada sociedad dependen de hechos sociales, un conjunto de conductas humana o acciones de los miembros de una sociedad. Una regla de reconocimiento (regla secundaria) permite a los funcionarios identificar cual es el derecho válido en la sociedad en cuestión y en algunos sistemas jurídicos específicos puede identificar como derecho principios morales⁵. 2) Tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral: La validez jurídica de una norma no conlleva de manera necesaria su conformidad con la moral y tampoco depende de ella. Tampoco es el caso que la validez de una norma moral suponga que esta tenga validez jurídica. 3) El contenido de las normas jurídicas válidas del sistema no determina la calificación normativa de todas las acciones. En esos casos los jueces tienen discreción para tomar una decisión en las controversias sometidas a su consideración⁶.

Uno de los intérpretes modernos de Tomás de Aquino que participa, además, de la concepción tradicional del derecho natural es John Finnis⁷. Los aportes que este autor hace a la interpretación de la teoría

⁵ En verdad, entiendo que Hart se refería a los principios o términos morales que aparecen en las enmiendas de la Constitución americana. Pero es evidente que esos principios son reglas jurídicas que emanan de una fuente social. Aquello que identifica la regla de reconocimiento es la regla jurídica, su aplicación o interpretación es una cuestión que depende de la actividad jurisdiccional de los jueces. Si los jueces tienen discreción para interpretar las formulaciones evaluativas de la constitución, como de hecho creo que la tienen, la discreción explica las decisiones y Hart no ha modificado su teoría primigenia como entienden algunos autores volcados al positivismo incluyente.

⁶ He seguido, parcialmente, la formulación que J. J. Moreso hace de los rasgos característicos e la posición de Hart. (cf. En defensa del positivismo jurídico inclusivo en: La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política. Gedisa. 2002. Barcelona).

⁷ John Finnis autor de ascendencia filosófica analítica pertenece a pesar de su contemporaneidad a la variante del derecho natural tradicional. Ello en la medida que defiende la existencia de un orden de derecho natural superior al derecho po-

de Tomás de Aquino resultan muy esclarecedores y si ella pudiese ser calificada como la mejor interpretación de la obra del filósofo de la escolástica en lo que hace a su aplicación al derecho, entiendo, entonces, que las discrepancias con la concepción del positivismo jurídico se habrían disipado, en cierta medida, en algunos aspectos relevantes. La concepción tomista de Finnis no es similar a la de los acólitos anteriores de esa doctrina. El autor señala que la respuesta que él dará al antiguo e inquietante interrogante de si los iusnaturalistas pueden demostrar que ellos pueden derivar normas éticas a partir de hechos, puede provocar amplia insatisfacción. Pues si su respuesta es correcta la imagen más popular de la ley natural quedará socavada. En ese sentido el autor citando a D. J. O' CONNOR dice: "De manera que simplemente no es verdad que cualquier forma de teoría de la ley natural en moral implica la creencia de que las proposiciones sobre los deberes y obligaciones del hombre pueden ser inferidas de proposiciones sobre su naturaleza". Finnis afirma que para Tomás de Aquino la manera de descubrir qué es moralmente recto (virtud o vicio) no es preguntar qué está de acuerdo con la naturaleza humana, sino qué es razonable. Según él esta investigación nos llevará a los primeros principios inderivados de razonabilidad práctica, principios que no hacen ninguna referencia a la naturaleza humana, sino al bien humano. Insiste Finnis que las categorías primarias de la ética para Tomás de Aquino son lo "bueno" y lo "razonable"; lo "natural" es un apéndice especulativo que añade como reflexión metafísica, no un instrumento con el cual moverse hacia o desde los *prima principia* per se nota prácticos⁸.

Finnis se expresa de manera categórica: ha existido una clara confusión en aquellos que no supieron contrastar "hecho y "norma" o "ser y "deber." La posición de Finnis, con independencia de que su interpretación de la doctrina tomista sea correcta o no, descansa en un realismo moral normativo, posición que además puede ser considerada como fundacionalista, los primeros principios no requieren demostración y son auto-evidentes. Esto es, no requieren ser inferidos de otros principios y

sitivo siguiendo en este sentido la concepción doctrinal de Tomás de Aquino (cf. su obra *Natural Laws and Natural Rights*. Clarendon Law Series 1980. Existe traducción al español por donde se cita con el título: *Ley natural y derechos naturales*. 2000. Abeledo Perrot, Buenos Aires).

⁸ Cfr., ob. cit., p. 69

son descubiertos por la razón. La razón para Finnis no sólo tiene un rol cognoscitivo sino que también es un "principio activo", pues motiva y, además, justifica la acción⁹.

La concepción de Finnis sobre la doctrina del derecho natural tradicional que deviene de su interpretación de la obra de Tomás de Aquino, adquiere rasgos sorprendentes en la versión que brinda del positivismo jurídico y denota una serie de coincidencias con algunos de los rasgos mínimos que el positivismo jurídico atribuye al derecho. Sin embargo, su versión resulta ambivalente. Así asevera: "No hay conexión necesaria o conceptual entre ley positiva y moralidad". Esto lo justifica advirtiendo que existen leyes inmorales. Seguidamente asevera: "La identificación de la existencia y contenido de la ley no requiere recurrir a argumento moral alguno" y a renglón seguido se pregunta: "pues, ¿de qué manera podría uno identificar leyes perversas como las que el profeta de Israel denunciaba en palabras citadas tan frecuentemente por Tomás de Aquino"¹⁰.

Decimos que existe una ambivalencia en Finnis, pues también afirma que existe una conexión necesaria o conceptual entre el derecho y la moral, y así lo entiende porque considera que es cierto que las razones que la gente tiene para establecer sistemas de ley positiva incluyen ciertas razones morales por las cuales muchas de esas personas actúan frecuentemente. La segunda ambivalencia de Finnis se advierte en su afirmación que contradice su anterior aseveración cuando sostiene: "La identificación de nuestro deber legal como juez u otro sujeto de la ley requiere a veces recurrir al argumento moral, y es siempre una materia de responsabilidad moral (tanto en el identificar como en el llevar a la práctica) que deriva, de una u otra manera, de la presencia de principios y normas morales en la ley positiva de la propia comunidad"¹¹.

⁹ Recordemos que Hume manifestó su escepticismo en ambos puntos, pues no solo descreía de que la razón pudiera percibir el vicio o la virtud o que existiera alguna relación entre estos supuestos objetos sobre los cuales la razón pudiera dar cuenta, sino también del papel de la razón en la acción de la que afirmaba que era inerte.

¹⁰ FINNIS, John, "La verdad en el positivismo jurídico", Anuario de Filosofía Jurídica y Social, N° 22, p. 199. Lexis Nexis. Buenos Aires, año 2003.

¹¹ Ibid. p. 199.

En apoyo de su tesis, Finnis afirma que si los límites del positivismo jurídico se consideran violados por su segundo par de respuestas, entonces no habría positivista que no hubiese saltado esos límites. Y concluye tratando de probarlo con una cita que extrae de Hart: "en cualquier caso difícil, principios distintos apoyando analogías en discusión pueden presentarse a sí mismos y el juez tendrá que elegir entre ellos, fiándose como un legislador concienzudo en su sentido de qué es mejor y no en algún orden de prioridades establecido entre principios ya prescriptos para él por la ley"¹². Estos argumentos de Finnis me permiten asociarlo en algunos rasgos al positivismo incluyente, al menos cuando trata los rasgos de la adjudicación.

Contenidos del positivismo excluyente.

Se ha considerado que el núcleo de la tesis sostenida por el positivismo jurídico excluyente se resume en que la existencia y contenido del derecho dependen exclusivamente de hechos sociales. Esto significa además que la identificación del derecho como sistema jurídico y su aplicación son posibles sin necesidad de recurrir a argumentos morales y que cuando los jueces emplean tales argumentos no están identificando el derecho previo, sino que usan su discreción. Ahora podemos afirmar que el positivismo jurídico excluyente adopta tres tesis que constituyen sus rasgos indeclinables: 1) "la tesis de las fuentes sociales", 2) "la tesis de la separación" y 3) "la tesis de la discrecionalidad de los jueces". ¿Qué significan cada una de estas tres tesis? La tesis de las fuentes sociales ha sido formulada de manera sintética por Joseph Raz y consiste en lo siguiente: "Es fundamento común de todos los positivistas que el derecho tenga fuentes sociales, i.e. que el contenido y existencia del derecho pueda ser determinado con referencia a hechos sociales sin recurrir a consideraciones morales"¹³. Esta formulación de Raz no hace otra cosa que reflejar las ideas positivistas de Bentham, Austin, y Hart¹⁴, aunque entre la teoría de éste último y la de los dos primeros exista

¹² Ibid, p. 200.

¹³ RAZ, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, p. 75. UNAM.1982.

¹⁴ Algunos autores suponen que Hart luego de haber escrito el poscriptum al "Concepto de derecho" estaría admitiendo un debilitamiento del positivismo jurídico fuerte, hoy exclusivo, en la medida que asume su concepción como cercana

pronunciadas diferencias. Raz adopta una concepción fuerte de la tesis social que excluye toda posibilidad de que la moral integre el derecho y si una o más normas jurídicas refieren a la moral ello no implica que haya que considerar a la moral como parte del derecho. Este tipo de normas, señala Raz, son análogas a las reglas de conflicto que establecen el deber de los jueces de aplicar un orden jurídico extranjero el cual se mantiene independiente y fuera del derecho nacional¹⁵. La tesis de la separación queda formulada de esta manera: Las consideraciones morales nunca determinan la validez jurídica de las normas. La tesis de la discrecionalidad de los jueces afirma que cuando el derecho remite a la moral, los jueces en sus decisiones ejercen su discreción. Esto significa que no descubren una respuesta moral correcta ni implica que la moral determine la validez jurídica del derecho aplicado.

Contenidos del positivismo incluyente.

El positivismo jurídico incluyente considera que existe una relación más cercana entre el derecho y la moral, si bien admite la tesis de las fuentes sociales en la medida que el derecho es convencional y depende de las acciones humanas, los miembros de una sociedad pueden apelar a estándares morales convirtiéndolos en reglas jurídicamente válidas. Reconoce, entonces, parcialmente la tesis de la separación pues no es necesario que todas las normas jurídicas para ser válidas se adecuen a la moral y finalmente discrepa con la tesis de la discrecionalidad, pues en aquellos casos en que el derecho apela a la moralidad no concede discreción a los jueces¹⁶. Esto significa que existe una respuesta moral correcta en estos casos y que los jueces están en condiciones de descubrirla. El convencionalismo sería el punto de contacto entre el positivismo excluyente y el incluyente ya que ambos admiten que el derecho tiene su origen en ciertas prácticas sociales convencionales. Sin embargo, el positivismo incluyente para explicar su postura incorporacionista de la

al "soft positivism". Esta interpretación sobre la postura de Hart es, sin embargo, incorrecta, como se argumenta en este trabajo.

¹⁵ ob, cit, p. 65.

¹⁶ Cfr MORESO, Juan José. En defensa del positivismo jurídico inclusivo, en "La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política". Pablo E. Navarro y María Cristina Redondo, Comp. Gedisa. Barcelona. 2002.

moral al derecho excede el marco de las convenciones, y allí anida el punto débil de su tesis.

Parece cierto que uno de los problemas centrales de esta discusión y que contemporáneamente se introducen en el debate es la cuestión vinculada con la ontología que cada teoría asume como punto de partida de su argumentación. La teoría tradicional del derecho natural, en general, adhiere a una metafísica realista¹⁷ y rechaza el convencionalismo¹⁸. El realismo metafísico frente al convencionalismo se entiende que debe asumir la carga de la probar la existencia de esas entidades o propiedades que cree que forman parte del mobiliario del mundo. El positivismo incluyente en la medida que afirma que el derecho se integra por valores objetivos y que los jueces descubren y afirman con verdad su existencia como parte integrante del derecho, asume dos ontologías diferentes que son inconciliables y más aún irreducibles.

A esta altura creo que podemos advertir que tanto la doctrina tradicional del derecho natural en la visión de Finnis, como la concepción del positivismo incluyente tienen un cierto grado de afinidad. No coinciden en un punto, en la existencia de orden natural de principios superior que confiere validez al derecho positivo. Mientras que el iusnaturalismo tradicional presupone la existencia de ese orden superior, podemos afirmar que las concepciones iusnaturalistas modernas sólo aluden a una conexión necesaria entre el derecho y la moral en la esfera de la identifi-

¹⁷ Quien adhiere al realismo metafísico en la esfera de la moral y el derecho, entiende que en el mundo existen ciertas entidades o propiedades morales o jurídicas que son independientes de nuestra mente y no dependen de nuestras evidencias o acceso epistémico a ellas. Como es, además, una tesis semántica señala que tanto los enunciados morales, como las reglas jurídicas, son verdaderos o falsos si se corresponden o no con esa realidad exterior. La teoría de la verdad que sustenta para la esfera moral es de la verdad como correspondencia.

¹⁸ El convencionalismo en el derecho niega el realismo, pero admite la objetividad de ciertas convenciones. El derecho es el resultado de la actividad humana, es un artefacto social construido por los seres humanos que convergen en ciertas expectativas, actitudes y creencias comunes y el conocimiento de ellas depende de la organización de una actividad epistémica. Básicamente en la esfera práctica el convencionalista debiera participar de una tesis metaética escéptica que supone que no existen valores objetivos, esto es que no son parte de la estructura del mundo. Los valores no se descubren sino que son un invento o artefactos creados por los hombres.

cación del derecho en la actividad judicial. El positivismo incluyente se propone dar una justificación de la conexión necesaria entre el derecho y la moral en la práctica judicial, es una teoría ligada al problema de la controversia entre la teoría descriptiva del derecho y lo que se piensa suele suceder en la práctica con la decisión de los jueces. Esto es, que la práctica judicial desmentiría la inexistencia de una conexión necesaria entre el derecho y la moral, sostenida por el positivismo jurídico, ahora en su versión excluyente. Es que los jueces en muchas ocasiones utilizan razonamientos morales apartándose del texto literal de las normas cuando deciden casos y no siempre en aquellos considerados difíciles.

Si lo expresado es correcto y aceptamos como correcta la versión de Finnis de la concepción tradicional del derecho natural se puede demostrar la afinidad afirmada. En efecto, Finnis admite que el derecho positivo tiene una fuente social y más aún que la ley positiva sigue siendo ley aunque sea injusta y perversa. En este sentido no hace más que seguir la doctrina de Santo Tomás para quien aun la ley perversa debía ser obedecida si la desobediencia pudiera conducir a la anarquía¹⁹. Finnis sugiere que el gobernante tiene la responsabilidad de derogar, no de imponer, su ley injusta, y en este sentido no tiene ningún derecho a que sea obedecida. Sin embargo, admite que el ciudadano y el funcionario pueden tener entretanto la obligación disminuida, colateral, extra-jurídica de obedecerla²⁰.

La versión moderna del derecho natural.

La doctrina del derecho natural, como hemos señalado, ha encontrado una nueva fuente de argumentos a fin de socavar la tesis positivista. Se encuentra en este sentido un giro, tal como lo demuestra la postu-

¹⁹ Expresa Tomás de Aquino: "Así que tales leyes [injustas] no obligan en el foro de la conciencia (excepto quizás cuando se ha de evitar un ejemplo corruptum [scandalum] u ocasionar un desorden público [turbationem] – pues para evitar estas cosas, un hombre debe ceder su derecho)". Sólo lo que nunca debe ser hecho, lo que está prohibido por la ley divina admite que sea desobedecido. (cfr. J. Finnis. *Ley Natural y Derechos Natural* ob, cit, p. 388 nota 6.

²⁰ Entiendo que si la ley es considerada injusta y sin embargo se pretende de que existe una obligación moral atenuada de obedecerla por alguna razón como la de no debilitar el derecho o el orden, la justificación no puede deberse a una razón moral sino de carácter prudencial.

ra de Finnis, un representante genuino de la tesis del derecho natural tradicional, pero también autores que adhieren a la tesis positivista de las fuentes del derecho entienden que existen puntos de intersección necesarios entre el derecho y la moral. En este sentido pareciera que confluye la doctrina tradicional del derecho natural, tal como es planteada por Finnis, con numerosos autores que adhieren al denominado positivismo incluyente o incorporacionista. El positivismo incluyente y el propio Finnis tienden a ver cristalinamente que en la decisión judicial la intersección entre el derecho y la moral es ineluctable. Si ello es así la postura del positivismo jurídico ahora excluyente debería abandonarse.

Nos podríamos preguntar si no es justamente Dworkin el que inició con su fuerte ataque a la teoría de Hart el giro del positivismo incluyente, aunque como se sabe Dworkin, presentó otro modelo de teoría y rechazó como válida la tesis de las fuentes o en pureza de verdad, el convencionalismo positivista. Sin embargo, a pesar de la aparente distancia que existe entre las tesis de Dworkin y la de los positivistas incluyentes, como la teoría de Dworkin tiene un giro interpretativo y enfoca principalmente su análisis en la adjudicación, esa distancia en un análisis más cuidadoso parece no constituir una brecha demasiado amplia.

¿Qué separa a la tesis de Dworkin de la doctrina del derecho natural tradicional? Dworkin considera que el derecho es un producto elaborado por los seres humanos, pero no admite que sea el resultado de una práctica social convergente. Rechaza la tesis del convencionalismo. Tampoco considera, en principio, que el derecho sea el resultado de un descubrimiento vinculado a una especie de razón a priori, sin embargo, no concuerda con la tesis empírica que sostiene que para determinar si una regla es válida, o sea que pertenece al derecho, se debe recurrir necesariamente a una fuente social. De ahí que entienda que la regla de reconocimiento desarrollada por Hart, como una regla para identificar el derecho válido dentro un sistema de reglas es fatalmente errónea pues no identifica como se supone todo el derecho existente. La distinción entre reglas y principios le permite sostener que la inexistencia de un criterio de identificación de estos últimos constituye una grave omisión cometida por Hart, pues su regla de reconocimiento no identifica ni puede hacerlo, los principios que los jueces suelen aplicar en sus decisiones judiciales. Como es sabido Dworkin también rechaza la tesis de la discreción judicial que es uno de los rasgos que caracterizan a la formula-

ción de la teoría del positivismo jurídico²¹. Para Dworkin a diferencia de lo que sostiene el positivismo jurídico de Hart y el positivismo jurídico excluyente en la aplicación del derecho hay certeza aún en los casos difíciles. El juez debe obrar como un Hércules para descubrir la respuesta correcta²². Esa respuesta correcta se obtiene por medio de una lectura moral que permite descubrir la mejor explicación y justificación del derecho aplicable al caso. Dworkin rechaza la tesis de la separación entre el derecho y la moral en la medida que Hércules en los casos difíciles incluye en su decisión una dimensión moral. Hércules debe descubrir en la Constitución, las leyes y los precedentes la mejor justificación para fundamentar la decisión en el caso en controversia.

La tesis de Dworkin encontró una inmediata respuesta crítica de muchos autores. John L. Mackie en un trabajo titulado "The Third Theory of Law"²³, manifestó su discrepancia con la novedosa teoría dworkiniana. En este trabajo alude a la supuesta función que el juez tendría para Dworkin la que considera totalmente desacertada. Las razones que aduce Mackie para refutar la propuesta del crítico del positivismo de Hart son de diversa índole, pero parece relevante aquella que se refiere a la idea de Dworkin de lo que el derecho es. Dworkin construye una teoría normativa y esto le permite confundir el derecho que es con una justificación del derecho y no con una descripción del mismo. Pues para Dworkin lo que el derecho es depende de que el juez descubra la

²¹ La tesis de la discreción no sería un rasgo que admiten todas las versiones positivistas. Bayón siguiendo a Shiner distingue entre positivismo simple y exclusivo. Ambas son tesis convencionalistas, —aunque algunos autores sostienen tesis positivistas sin aceptar el convencionalismo—, el positivismo simple vería en la discreción judicial una trasgresión del derecho, mientras que el positivismo exclusivo solo ve en la discreción una delegación del legislador hacia el juez para determinar la regla aplicable al caso. (Cf. Derecho, convencionalismo y controversia, en La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política. Gedisa editorial. Julio 2002). Barcelona.

²² Dworkin presenta un modelo de juez al que denomina Hércules en virtud de su capacidad para obtener una información ilimitada de los hechos del caso que tiene bajo su decisión y además de producir una respuesta correcta en los casos difíciles. El juez que actúa como en el modelo de Hércules no tiene discreción ya que no hace el derecho sino que lo descubre. Para ello es necesario que descubra la mejor respuesta moral consistente con todas las normas institucionalmente aceptadas tanto de origen legislativo como jurisprudencial.

²³ Cfr. *Philosophy & Public Affairs*, vol. 7 n° 1 (Fall 1997).

mejor explicación que justifique el derecho establecido. Dworkin exige la mejor explicación moral para determinar el derecho aplicable, no lo que convencionalmente es considerado mejor en la sociedad. Pero los juicios morales en la visión de Mackie tienen un elemento irreductiblemente subjetivo. Por supuesto esto no es admitido por Dworkin, el que se ve irremediamente conducido a sostener que los juicios morales de Hércules tienen pretensión de objetividad y por ende son autoritativamente prescriptivos. Esta pretensión de objetividad para Mackie es falsa y supone que quien la sustenta incurre en lo que denomina la teoría del error²⁴. Para Mackie el juez no tiene posibilidad alguna de descubrir una moral objetiva preexistente, y concuerda con la tesis de Hart, de que el juez actúa, al resolver los casos difíciles, con discreción lo que significa que está legislando aunque él mismo consistentemente y racionalmente considere que no lo hace.

Para resumir la polémica entre el positivismo incluyente y el excluyente, podemos afirmar que para el primero existe una etapa en el proceso dinámico del sistema jurídico en la que en ciertos casos los jueces en su función de determinar el derecho aplicable recurren a la moral y asimismo que esta decisión no es discrecional, sino que descubren con verdad el derecho aplicable que a su vez está inextricablemente ligado a principios morales. El positivismo excluyente rechaza esta posición sosteniendo que en esos casos excepcionales los jueces sólo ejercen su discreción ya que no están en condiciones de descubrir un derecho que no preexiste a sus decisiones.

Se ha sostenido, creo que incorrectamente, que Hart con su versión del positivismo suave (*soft positivism*) ha dado fundamento al positivismo incluyente. En verdad, Hart en su respuesta crítica a Dworkin sostuvo: "Dworkin desconoce el hecho de que acepto explícitamente que la regla de reconocimiento puede incorporar como criterios de validez jurídica, la conformidad con principios morales o valores sustantivos; es por ello que mi teoría ha sido calificada de "positivismo suave". En segundo lugar, no hay nada en mi libro que sugiera que los criterios fácticos suministrados por la regla de reconocimiento deban ser exclusivamente asuntos de linaje: pueden ser más bien limitaciones sustantivas

²⁴ Cfr. *Ethics: Inventing Right and Wrong*, Penguin, 1977.

al contenido de la legislación, tales como las enmiendas decimosexta o decimonovena de la Constitución de los Estados Unidos [...]”²⁵ ¿Significan estas expresiones de Hart, que éste adhiera a la tesis del positivismo incluyente? Me inclino por la respuesta negativa y ello en virtud de lo que en el mismo texto sostiene. Así afirma: “para Dworkin, la idea de un criterio de validez jurídica cuya aplicación implique un juicio moral controvertible no presenta ninguna dificultad teórica; según su concepto, puede ser una auténtica prueba para el Derecho preexistente porque su carácter controvertible es perfectamente compatible con que haya hechos —en muchos casos hechos morales— en virtud de los cuales sería verdadera”. Hart en respuesta a este argumento dice: [...] “si la teoría del Derecho deja abierto el problema del carácter objetivo de los juicios morales, como sostengo debe hacerlo, el positivismo suave no puede entonces caracterizarse sin más como una teoría según la cual los principios morales o los valores pueden contarse entre los criterios de validez jurídica: En efecto, si el carácter objetivo de los principios morales y valores morales permanece abierto, debe permanecer abierto también el problema de si las previsiones del positivismo suave que incluyen la conformidad con ellos entre las pruebas para el derecho existente puedan tener tal efecto o, por el contrario, sólo puedan constituir orientaciones para que los jueces “creen” Derecho de acuerdo con la moral. [...] Debemos observar que algunos teóricos, en especial Raz, sostienen que cualquiera que sea la naturaleza de los juicios morales, cuando la ley exige a los jueces aplicar parámetros morales para determinar el Derecho, concede a los jueces discrecionalidad y les ordena que la usen según su mejor criterio moral al crear una nueva ley; pero no convierte a la moral en una ley preexistente”²⁶.

Es evidente que Hart cuando admite que la regla de reconocimiento puede identificar reglas que contienen valores sustantivos tiene en cuenta el sistema jurídico americano. Moreso sostiene que alguna de las variantes del positivismo jurídico debe dar cuenta de los ordenamientos jurídicos de las democracias constitucionales contemporáneas. Esto significa, para sintetizar, que el positivismo jurídico excluyente no daría cuenta de

²⁵ Postscriptum de Hart en “La Decisión Judicial. El Debate Hart-Dworkin”. Universidad de los Andes. Bogotá 1997.

²⁶ Ob. cit, nota 32, pag.110-111. La letra cursiva es de mi autoría.

manera fiel y acabada de la función que la Constitución desempeña en las democracias constitucionales en donde además existen procedimientos estatuidos para obtener la declaración de inconstitucionalidad de la legislación que contradiga los derechos y garantías individuales. Moreso como defensor del positivismo incluyente cree ver que cuando la Constitución normativamente hace referencia a valores, el positivismo jurídico no tiene otra opción que admitir la conexión entre el derecho y la moral. Pues como señala: [...] “la validez de algunas pautas jurídicas depende de su adecuación a algunas pautas morales” [...]. Por ejemplo la Constitución española... prohíbe los tratos inhumanos y degradantes y de esa manera, remite a una pauta de moralidad”. Y si bien para Moreso esas pautas morales pertenecen al derecho por tener una fuente social, (la constitución positiva), el mismo autor cae en el error de apreciación de que ciertos conceptos valorativos “densos” pueden ser objetivos y demostrarse que su aplicación por los jueces se compadece con la verdad. Estos valores “densos” admitirían además aplicando el procedimiento del equilibrio reflexivo lograr en ciertos casos que la decisión del juez no sea discrecional.

Una crítica al positivismo jurídico incluyente.

Entiendo que la distinción que toma Moreso para fundar sus argumentos entre conceptos morales “ligeros” y “densos” más una metodología coherentista de la verdad moral no contribuye a probar que los jueces no ejercen discreción en sus decisiones²⁷. El criterio de verdad como

²⁷ Moreso recoge la noción de conceptos morales “densos” y “ligeros” de la obra de Bernard Williams, *Ethics and the Limits of Philosophy* (London, Fontana Press, 1985). Los conceptos de “deber”, “bueno”, “justo” serían conceptos ligeros (*thin*), mientras que ciertos conceptos que aparecen en las normas de derecho serían densos (*thick*), tales como trato, degradante, o como Williams afirma “cobarde”, “honesto”, podríamos agregar a la lista otros conceptos como “obsceno”, “sano sentimiento del pueblo”, etc. El ejemplo que da Moreso como concepto denso es del “degradante” que es un concepto que se emplea en la Constitución española. Como ese concepto tiene una carga negativa y desfavorable, en la medida que se prohíbe ese tipo de trato, resulta grato leer que este concepto puede ser aplicado con verdad por los jueces españoles y por toda la comunidad española. Más difícil es pensar lo mismo en la aplicación de los otros conceptos densos señalados con un similar criterio de verdad. El ejemplo del “sano sentimiento del pueblo” fue uno de los conceptos morales densos que el nazismo inventó para justificar todo clase de

coherencia es sólo un criterio pero de ninguna manera se compecede con el significado del concepto de verdad que es el de correspondencia. Quienes afirman que el cognitivismo moral puede ser fundado en la coherencia y que no requiere de la noción de verdad por correspondencia, son inconsistentes. Sólo el realismo moral pretende ser genuino en su pretensión de objetividad, pero claramente su error es de naturaleza ontológica y epistemológica. Pues tiene la carga de probar que existe una realidad moral independiente de la mente de los sujetos y cuál es la facultad que permite tal acceso a esa presunta realidad moral. Por otra parte el propio Williams quien desarrolla la tesis de los conceptos morales densos no deja de afirmar que la básica distinción entre ciencia y ética expresada en términos de convergencia es muy simple. En una investigación científica puede haber idealmente una convergencia en la respuesta, donde la mejor explicación de la convergencia envuelve la idea de que la respuesta representa como son las cosas. En el ámbito de la ética al menos en el más alto nivel de generalidad, no existe esperanza sobre tal coherencia. Williams ratifica esta idea sosteniendo que en ética

persecuciones y condenas judiciales. No me cabe duda que la mayoría del pueblo alemán además convergía en la interpretación que los jueces hacían con "verdad" de este concepto moral denso. En la delicada función que tienen los jueces cuando está en juego la libertad frente al arresto arbitrario, la vida de aquellos que son juzgados donde existe la pena de muerte, y que en muchas ocasiones requiere de una interpretación constitucional, el planteo de Moreso no parece aceptable. La pena de muerte en la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos es un ejemplo que parece contradecir las expectativas del autor que comentamos, cuando debe aplicarse ciertos conceptos valorativos densos, como los de "cruel" o "inusual". Está claro que en la interpretación de estos conceptos valorativos el riesgo para el que va a ser juzgado es grande. Lo que se ignora, a pesar de los esfuerzos de los filósofos cognitivistas, es que no existe un procedimiento comprobado para asimilar la aplicación de conceptos descriptivos y valorativos. La convergencia de una comunidad en el criterio de aplicación de un concepto valorativo no garantiza la certeza, por la sencilla razón de que ningún concepto valorativo sea "denso" o "ligero" permite que esa convergencia conduzca a una verdad que sea independiente de la misma convergencia convencional que se supone dada en la comunidad. Con alguna imprecisión un juez llamado a decidir en aplicación de una regla que contiene términos valorativos, sólo podría decir que el significado valorativo es el sustentado por la misma comunidad. No menos cierto es, sin embargo, como hemos visto, que las comunidades han sustentado valores o interpretan algunos de ellos con un grado considerable de iniquidad que concita el repudio, a veces de una minoría, lo que no dejaría de sorprender a los defensores metaéticos de la verdad moral.

la reflexión puede destruir el conocimiento. Los conceptos densos que pueden funcionar como guías para la acción en sociedades hipertradicionales, y en este sentido conformar un conocimiento no reflexivo de quienes se guían por ellos, seguramente no soportarían una crítica al nivel más reflexivo.²⁸

Disiento con Moreso de que sea posible, como él afirma, aplicar los predicados morales de las disposiciones constitucionales sin que el juez ejerza su discreción²⁹. Entiendo que cuando existen predicados morales en las reglas jurídicas la discreción de los jueces es ineliminable. Si bien no participo en absoluto de lo que sostienen los escépticos frente a las reglas, i.e., que requieren siempre ser interpretadas, y por ende finalmente lo que dice la regla es lo que sostienen los jueces, quedando el papel del legislador oscurecido por esta teoría, sí creo que cuando el legislador incorpora predicados morales en las reglas está facultando al juez a resolver discrecionalmente.

De ahí que sea correcto lo que sostiene Bayón con toda agudeza: "...Vistas así las cosas, se ha señalado que cualquier 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 las mismas no representa por tanto el mero ejercicio de discrecionalidad por parte del aplicador), han de poseer alguna clase de objetividad: pero entonces, o

²⁸ Cf. WILLIAMS, B., *Ethics and the Limits of Philosophy*, pp. 136-148, Harvard University Press, 1985.

²⁹ Por supuesto en una sociedad hipertradicional los jueces podría estimar que los conceptos morales densos son guías para la acción y por ende creer además que sus decisiones responden a la idea de un conocimiento del derecho que contiene contenidos morales. Pero asumamos que en este caso los jueces no estarían elevándose al nivel de generalidad que requiere la reflexión. La misma noción de razón pública lleva a la necesidad de que los jueces no se atengan a la presión de la tradición o de valores sostenidos por la presión irreflexiva de ciertas mayorías. De hecho la actividad judicial imparcial e independiente nos demuestra que fundado en razones públicas los jueces, y en particular los tribunales superiores, no convergen con la tradición. Una cuestión aparte es la de considerar si elevar la reflexión a un nivel de generalidad y a una forma de equilibrio reflexivo rawlsiano lleva a la verdad moral. El propio Rawls no pensaba de esta manera, basta recordar su clara propuesta de oposición entre lo verdadero y lo razonable.

se afirma que son objetivas porque su existencia es convencional [...] o se debe aceptar alguna clase de objetivismo moral³⁰.

Por ello es parte de mi conclusión que el positivismo jurídico incluyente colapsa en las doctrinas modernas del derecho natural. Y las mismas críticas que refutan las teorías del derecho natural son aplicables al positivismo jurídico incluyente. Si no es posible corroborar la existencia de verdades morales no hay manera de sostener que los jueces no ejercen su discreción cuando aplican predicados morales.

Si se mantiene la clásica distinción entre positivismo jurídico metodológico y positivismo ideológico, es claro que el positivismo excluyente es asimilable al positivismo metodológico. Nada se pierde en descartar el positivismo incluyente como teoría novedosa acerca del concepto de derecho, pues es una forma peculiar adscripta a las diversas vertientes del derecho natural muy cercana a la teoría dworkiniana. Sólo ha querido esta nueva variante defender la regla de reconocimiento de Hart, y rechazar simultáneamente la noción de la identificación del derecho existente sobre la base del pedigrí de las reglas.

³⁰ *Ibíd.*, p. 73

LAS DIFICULTADES DEL NUEVO IUSNATURALISMO

Por Ricardo A. Guibourg

Universidad de Buenos Aires

Uno de los puntos más atractivos del XXIII congreso de la IVR, celebrado en Cracovia en 2007, fue el debate entre Manuel Atienza y Eugenio Bulygin acerca del positivismo. Estuve allí y pude ver en las caras de los asistentes que las tesis de Atienza llegaban hondamente a los espíritus de muchos asistentes, ávidos de seguridad moral y de garantías constitucionales. Yo coincidía con las opiniones de Bulygin, pero no me propongo repetir las. Trataré de establecer aquí mi propio comentario a la opinión desarrollada por Atienza, representativa del actual consenso en torno a una teoría del derecho fundada en principios y confiada en el control judicial de los desvíos legislativos¹.

Atienza distingue tres formas de positivismo, una vez excluido el ideológico. Uno es el duro o excluyente, que sostiene que la identificación del Derecho no puede depender de criterios morales. Otro, el blando o incluyente, que acepta el hecho contingente de que en los sistemas jurídicos desarrollados la identificación del Derecho depende de criterios morales, en virtud de que sus reglas de reconocimiento los introducen. El tercero, el positivismo axiológico o

¹ Recuerdo que al final del debate, y a modo de amistoso resumen de mi posición, me acerqué a Atienza para comentarle: "Manolo, me parece que estábamos mejor contra Franco...". De hecho, Atienza recuerda que "decantarse por el positivismo jurídico era una señal inequívoca de oposición al régimen ("¿Es el positivismo una teoría aceptable del derecho?", punto III, 1).

normativo, que afirma que la identificación no debería depender de criterios morales.

Parece clara la relativa preferencia del autor por la vía intermedia, al menos en su comparación con el positivismo excluyente. Acepta, por cierto, que “en la moral hay desacuerdos en cuestiones relevantes” pero, afirma, “de ahí no se sigue que se trate de un desacuerdo absoluto”. Siguiendo a Moreso, postula que “lo que mejor protege el valor de la autonomía son reglas claras y precisas, pero que incorporen ‘cláusulas de derrotabilidad moral’; lo cual es otra manera de decir que el Derecho —en los Estados constitucionales— no puede dejar de estar integrado por reglas y por principios y que estos últimos tienen cierta preeminencia axiológica sobre las reglas”: en otras palabras, la fórmula Radbruch².

Pero la opinión de Atienza se dirige además contra el positivismo en general, caracterizado con amplitud por la tesis de las fuentes sociales del derecho y por la tesis de la separación entre derecho y moral, hoy interpretada a la manera incluyente. Sostiene que la debilidad del positivismo “no estriba en que esas dos tesis o alguna de las dos sea falsa: ambas son manifiestamente verdaderas”³. A su juicio, aquella debilidad obedece a tres circunstancias.

La primera es la irrelevancia, porque cualquiera de los grandes autores iusnaturalistas del siglo XX (Radbruch, Fuller, Finnis) estaría de acuerdo con la tesis de la separación entre el derecho y la moral, si ella “se limita a lo que comparten todos los que se llaman positivistas”⁴.

² RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1955; ver también Vigo, Rodolfo L., “La axiología jurídica de Gustav Radbruch” en Vigo, R.L. (compilador), *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Robert Alexy)*, Buenos Aires, Facultad de Derecho (UBA) – La Ley, 2004, p. 1.

³ Aquí debo apuntar una divergencia epistemológica: en mi concepción, las teorías no son verdaderas ni falsas sino más o menos útiles como constructos destinados a la organización del pensamiento y al manejo de realidad. Por lo tanto, aunque estoy dispuesto a sostener tesis en cierto modo más rígidas que las que Atienza critica, no me atrevería a calificarlas de verdaderas.

⁴ Esta crítica de Atienza sólo es válida si la tesis de la separación se debilita previamente al modo del positivismo incluyente: en su versión excluyente, dicha tesis no podría ser compartida por ningún autor iusnaturalista.

La segunda debilidad del positivismo consiste, según Atienza, en que su pretensión de construir una teoría descriptiva y axiológicamente neutral lo ha relegado a “una situación de básica incomunicación respecto del discurso práctico general y el de la dogmática jurídica”. Una teoría así “no podía participar en los discursos de justificación o crítica de nuestras arquitecturas constitucionales —los principios de la filosofía jurídica y moral— ni tampoco en aquellos que tienen como objeto el mediar entre los materiales normativos en bruto producidos por el legislador, en sentido amplio, y los órganos que deben resolver las disputas —los discursos propios de la dogmática jurídica—”⁵.

La tercera debilidad proviene del empeño en concebir las normas jurídicas como directivas de conducta, resultado de otros tantos actos de prescribir. Agrega aquí Atienza una observación reveladora: tal pretensión “tiene como consecuencia el que quede descuidada, o al menos comprendida como subordinada, su dimensión valorativa” y que “queden descuidadas aquellas normas jurídicas que no resultan de la realización de un acto de prescribir, sino de un acto de reconocimiento, por parte de las autoridades normativas, de contenidos normativos que les preexisten”⁶.

A partir de esta última afirmación, se hace notorio que la preferencia relativa por el positivismo incluyente y la crítica frontal al positivismo en general son actitudes fundadas en una postulación epistemológica sencillamente iusnaturalista, en la medida en que sostiene la existencia de contenidos normativos previos a la decisión legislativa, que las autoridades normativas no pueden sino reconocer, y que el desconocimiento de tales contenidos, si adquiere suficiente gravedad, priva de validez a la norma positiva, acontecimiento que *debe* ser declarado por los tribunales encargados de asegurar la primacía de la Constitución⁷.

⁵ La observación de Atienza es certera, pero da implícitamente por supuesto que otra teoría, que no sea descriptiva ni axiológicamente neutral, sí podría prestar los servicios mencionados. El punto es qué precio epistemológico hay que pagar para emplear una teoría tal. La historia de las ideas jurídicas es ilustrativa en este aspecto.

⁶ Más adelante, en el apartado 7, el autor afirma el objetivismo moral como uno de los ingredientes de una teoría del derecho “pragmáticamente útil y culturalmente viable”.

⁷ En este punto cabe advertir que Atienza, como más explícitamente lo hace Robert Alexy (cfr. “Sobre reglas y principios, entrevista a Robert Robert

Esta tendencia iusnaturalista se ve, sin embargo, matizada por una definición cercana a la orientación crítica: el Derecho, según Atienza, es “una práctica social compleja consistente en decidir casos, en justificar decisiones, en producir normas, etc. Dicho quizás de otra manera, el Derecho no es simplemente una realidad que ya está dada de antemano (y esperando, por así decirlo, al teórico jurídico que la describa y sistematice), sino una actividad en la que se participa y que el jurista teórico ha de contribuir a desarrollar”.

2.- Una perplejidad acerca de la preexistencia del derecho

Una antigua tradición teórica (que no por antigua ha de ser considerada inatacable) supone que hay un derecho, consistente en un sistema de normas, y un conocimiento del derecho, consistente en un sistema de proposiciones verdaderas acerca del sistema jurídico. Las normas que componen el derecho pueden provenir, según la teoría que sustente el observador, de la voluntad divina, de la naturaleza humana, de la costumbre social, de la sanción legislativa, de los criterios empleados por los jueces u otros administradores de la fuerza, de los estados psicológicos disposicionales contingentemente presentes en un momento de la vida social o de cualquier combinación de tales circunstancias. Las proposiciones que componen el conocimiento del derecho son elaboradas por los juristas y, a diferencia de las normas a las que se refieren, son verdaderas o falsas según su mayor o menor correspondencia con aquellas, atendiendo siempre a los modelos descriptivos que se juzgen relevantes.

La práctica muestra sobradamente que aquella concepción es escasamente representativa de lo que realmente acontece; no por defecto propio de las ideas que la componen, sino por la confusión inducida por los operadores del derecho.

Alexy”, en *La Ley Actualidad*, Buenos Aires, 30/10/2008, p. 2), deposita una buena dosis de confianza en los tribunales encargados del control constitucional. Esa confianza, fruto de cierta coincidencia ideológica entre las decisiones judiciales y los puntos de vista del observador, puede encontrar justificación en un marco contingente, pero incluirla en el diseño de una teoría del derecho es bastante arriesgado, como cualquier latinoamericano sabe por experiencia propia.

En efecto, el Poder Legislativo suele hacerse cargo de la autoría intelectual de sus creaciones, ya que manifiesta públicamente que el contenido de las leyes depende de su voluntad, expresada dentro de los procedimientos constitucionales que la encauzan. Otro tanto hace el Ejecutivo en el marco de sus atribuciones y, en no pocas oportunidades, aun fuera de ellas. Pero el aparato judicial se halla sujeto, en su práctica cotidiana, a la ideología —perimida en el ámbito teórico— según la cual los jueces son la “boca de la ley”. Esta sujeción se muestra en el hecho de que los argumentos dirigidos a los jueces rara vez son descarnadamente políticos, como los que se dirigen a los legisladores: ciudadanos y abogados sostienen frente a ellos que ciertos derechos, necesariamente preexistentes, han sido violados y requieren una reparación que los magistrados se encuentran obligados a disponer. Consecuentemente, cuando un juez resuelve una causa, no presenta su decisión como el simple fruto de su voluntad (lo que podría ser tachado de arbitrario), sino como el resultado necesario y hasta evidente de aplicar el derecho existente al caso sometido a su conocimiento.

Es claro que la decisión rara vez es ajena a la valoración personal ejercida por el juez, pero también lo es que la autoridad judicial se ejerce en el entendimiento de que ella tiene ciertos límites. Es común, pues, aceptar que la decisión tiene un momento cognoscitivo (en el que se aprecian los límites de la voluntad) y otro momento valorativo (en el que se ejercen las preferencias de quien decide dentro de aquellos límites). Esta tarea, cuando se la mira desde fuera del proceso concreto, recibe el nombre de interpretación, tarea ejercida por jueces, abogados y juristas; lo que queda abierto al debate es dónde se halla el límite entre los dos momentos de la interpretación, cuál es la naturaleza de dicho límite y cuál es su grado de consistencia o de flexibilidad.

La actividad de los referidos operadores jurídicos da la razón a Atienza cuando sostiene que el derecho es una actividad en la que todos participan, de tal suerte que cada acto de interpretación y aplicación contribuye a modelar (ampliar, restringir, modificar) lo que en la práctica pueda entenderse como sistema jurídico. Sin embargo, si el derecho fuera solo eso y nada estuviese dado de antemano, una proposición acerca del derecho no sería nunca verdadera ni falsa, sino tan solo un intento de participar en la lucha por el poder.

Esta dificultad adquiere visos de perplejidad cuando se advierte que el propio Atienza sostiene la existencia de contenidos normativos anteriores a la decisión normativa (es de suponer que tanto legislativa como judicial), que han de ser reconocidos como parte de una realidad a la que los operadores están sometidos. Tal afirmación implica necesariamente que, cualquiera sea la participación del operador en la tarea colectiva de elaborar el derecho, ella se ejerce sobre un derecho ya elaborado por otros operadores. Más aún, supone que algunos de esos operadores parecen tener un privilegio tal que sus elaboraciones llegan a limitar de modo bastante rígido la elaboración a cargo de la autoridad normativa encargada de las decisiones actuales.

3.- Los niveles de la relación entre derecho y moral

Que el derecho y la moral están relacionados es algo tan evidente que no es negado ni siquiera por los más fervientes sostenedores de la tesis de la separación. El examen de esa relación comprende tres niveles, de los cuales solo uno remite a la controversia entre positivismo y iusnaturalismo.

a) *Nivel de creación de las normas.* Ante todo, el acto legislativo es la expresión de una valoración. El legislador introduce en el molde de la ley los valores morales o políticos (los criterios de preferencia morales o políticos) a los que se adhiere en el momento de sancionar la norma.

b) *Nivel de identificación de las normas.* En cada situación dada, es preciso establecer cuáles reglas (legisladas o dependientes de alguna otra fuente) son derecho válido y cuáles no lo son. Este es el marco en el que compiten las distintas tesis iusnaturalistas y positivistas.

c) *Nivel de interpretación de las normas.* Una vez identificada una norma (o, mejor dicho, una formulación normativa) como derecho válido, se hace necesario determinar cuál es su contenido, en especial en relación con el caso al que ella haya de aplicarse. En este nivel, como ya he dicho, es inevitable que el intérprete ejerza, en mayor o menor medida, sus propias concepciones valorativas. La leyenda negra que los iusnaturalistas han sostenido durante largo tiempo respecto del positivismo pretende que el positivista tiende a aplicar mecánicamente la norma positiva. Esto no es exacto; no sólo porque no hay tal cosa como

una aplicación mecánica, sino porque la actitud del intérprete positivista no es en la práctica muy distinta de la del intérprete iusnaturalista; sí lo es acaso en teoría, porque el iusnaturalista afirma disponer de una respuesta correcta, que puede alcanzarse mediante el uso de cierto método, mientras su colega positivista se debate entre dudas de cuya solución debe hacerse responsable.

Si el debate epistemológico tiene su lugar en el segundo de los niveles apuntados, el tercero es, en cambio, el que ofrece cada vez mayores oportunidades para su manifestación. La discusión interpretativa ha sufrido una evolución notable a partir del movimiento codificador. Si al principio se trataba de decidir cuál era la mejor lectura de la norma, habida cuenta de razones gramaticales o sistemáticas, luego el campo se amplió a la intención del legislador, y luego a su intención presunta en temas novedosos, y más tarde a la aplicación de principios generales supuestamente extraídos de la economía total del sistema jurídico. Sin embargo, el respeto por el texto legal, casi sagrado en el inicio, fue deshiliándose de manera tan paulatina que permitía a la ley conservar su dignidad simbólica mientras perdía su poder inicial, al modo como evolucionaron las monarquías sometidas al régimen constitucional. Pero ahora, en tiempos de neoconstitucionalismo, los principios no solo sirven para interpretar la ley en caso de duda o para hacer sus veces en caso de laguna, sino también para contradecirla, modificarla, derogarla y sustituirla de acuerdo con los criterios judiciales.

He señalado antes que es típico de las decisiones judiciales que se las considere fundadas en un derecho preexistente. Si ese derecho está contenido en los principios, expresados en la Constitución o todavía implícitos en la realidad jurídica, no se advierte allí una dificultad cualitativamente diferente de la implicada por normas positivas concretas pero necesitadas de interpretación. El punto a considerar, a mi juicio, es si la diferencia es cuantitativamente soportable.

4.- La centralidad del método

Puesto que parto de un punto de vista nominalista y constructivista, no pretendo sostener que el derecho tiene una naturaleza positiva ni negar desde una ontología trascendente la existencia del derecho natural.

Apenas me atrevo a apuntar, como ya lo hiciera Hart⁸, que en el momento de construir un lenguaje para hablar de la realidad —supuesto que sea que hay una realidad para todos, y no una para cada individuo o para cada cultura, cualesquiera sean sus preferencias, percepciones o puntos de vista⁹— no es conveniente dar a las palabras significados que dependan de preferencias personales, porque eso conduciría a una confusión de lenguajes distintos que empleasen los mismos vocablos. La tesis de Atienza, pues, como la de los iusnaturalistas tradicionales o la de Alexy, depende de uno de sus presupuestos explícitos: el objetivismo moral.

En efecto, si hay una moral objetiva (y esto quiere decir real, tan real como las montañas y los océanos, aunque perteneciente a un segmento inmaterial de la realidad), ninguna objeción cabe contra aquella tesis. No solamente sería posible aceptar la fórmula de Radbruch, sino también investigar la posibilidad de ir más allá de ella, acaso hasta identificar el derecho como la justicia misma hasta sus últimas consecuencias (entre ellas, la supresión de la democracia o de cualquier otra forma de creación positiva de normas, salvo que la justicia se resolviese en alguna característica procesal).

Pero no basta con sostener que hay una moral objetiva y, a partir de allí, buscar el método apropiado para averiguarla. La misma afirmación de la existencia de un objeto cualquiera presupone la postulación, acertada o imaginaria, de un método para conocerlo; porque, de otra manera, ¿cómo y para qué habríamos podido siquiera concebir tal objeto? Ciertamente es, sin embargo, que en el caso de los objetos y acontecimientos materiales el método postulado —la observación empírica— da un excelente resultado, ya que puede ser ejercido por cualquiera y arroja el mismo resultado con independencia de las preferencias de cada observador. En otras palabras, el método empírico permite encarar demostraciones tan independientes de las creencias y preferencias de los sujetos que nos hemos habituado a llamarlas objetivas. Precisamente por eso, sospecho, a partir de ese método hemos construido una teoría de la verdad por correspondencia y una realidad común y universal capaz de ofrecer el

⁸ HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, páginas 256 a 261.

⁹ GUIBOURG, Ricardo A., *La construcción del pensamiento*, Colihue, Buenos Aires, 2004, pp. 18 a 22.

punto de apoyo para esa correspondencia. ¿Somos capaces de hacer lo mismo en materia moral?

Las respuestas afirmativas tradicionales dejan que desear. La voluntad de Dios supone primero fe en la existencia divina y, además, confianza en ciertas manifestaciones de aquella voluntad; pero, aun cuando Dios exista y sus directivas sean asequibles al hombre, es claro que —en un mundo lleno de incrédulos— no hay un método capaz de dirimir las controversias con la potencia con la que opera la observación material. Es muy común postular la intuición axiológica como el método apropiado para distinguir el bien del mal, pero distintas personas manifiestan hallarse completamente seguras acerca de conclusiones morales incompatibles entre sí, sin que unas puedan demostrar a las otras el error en el que estas últimas hayan incurrido¹⁰.

Dice Atienza que, aunque hay desacuerdos morales, esos desacuerdos no son absolutos. Acerca de esta afirmación, debo señalar tres cosas. La primera, que muchos acuerdos son explicables en virtud de la comunidad cultural, ciertamente contingente, que abarca a gran número de personas. La segunda, que con llamativa frecuencia tales acuerdos remiten al efecto emotivo de ciertas palabras prestigiosas (vida, dignidad, libertad, democracia) antes que al contenido cognoscitivo que se les asigne: por eso quienes defienden la vida y la dignidad se reparten entre propicios y contrarios a la despenalización del aborto, o empresarios y trabajadores conciben de distinto modo el contenido de la libertad y la igualdad que proclaman. La tercera, que para formular una teoría del derecho no positivista no es suficiente que los desacuerdos no sean absolutos: son los acuerdos los que deberían hallarse cerca de la unanimidad o, por lo menos, verse sometidos a un método dotado de amplio consenso¹¹ que, una vez aplicado, pudiera resolver las controversias de manera aceptable para todos (y no por negociación o mediación, sino

¹⁰ GUIBOURG, R. A., obra citada, p. 135.

¹¹ No debe confundirse aquí el consenso acerca del método con el acuerdo de opiniones. Si las opiniones fueran siempre unánimes, el método podría permanecer implícito. Pero, si la existencia de controversias requiere un método para resolverlas, la eventual coincidencia de los pareceres, aun cuando fuere mayoritaria, se vuelve irrelevante: cuando la verdad depende del resultado de un método, la mayoría puede equivocarse.

como reconocimiento de una realidad capaz de imponerse a cualquier preferencia).

Como no existe tal acuerdo generalizado ni se dispone de un método dotado de consenso unánime; como lo único que hay en materia moral es una cantidad de preferencias personales, más fuertes o más débiles, compartidas por más o por menos personas, la humanidad ha inventado dos instituciones muy imperfectas, pero indudablemente útiles.

La primera de ellas es el derecho positivo. En la medida en la que haya normas generales conocidas por todos y apoyadas en el monopolio del uso de la fuerza, personas con opiniones morales opuestas pueden ponerse de acuerdo en que, más allá de su propio juicio valorativo, el derecho tiene tal o cual contenido. La imperfección de esta institución consiste, desde luego, en que tal acuerdo de hecho (el momento cognoscitivo o descriptivo de la interpretación) se halla limitado por la vaguedad del lenguaje, por la imprevisibilidad de los conflictos futuros y por la inventiva de los letrados.

La segunda es la democracia. En la medida en la que las normas positivas sean sancionadas por el pueblo o al menos por sus representantes, existe cierta expectativa de que ellas respondan a la preferencia mayoritaria y sean modificadas cuando esa preferencia cambie. No es que esto haya de asegurar el acierto de los resultados, pero al menos facilita la cercanía entre el contenido de las decisiones y el parecer de quienes han de disfrutarlas o sufrirlas. La imperfección de esta institución, a su vez, consiste en que el pueblo tiene un conocimiento limitado acerca de los problemas que han de resolverse y, además, dispone de una visión de los candidatos a representantes notablemente distorsionada por la propaganda política, así como de información insuficiente acerca de lo que sus representantes hacen día a día.

Aunque soy positivista y demócrata, no es mi intención defender aquí el derecho positivo ni la democracia, porque ninguna de esas instituciones garantiza un estado de cosas que todos podamos llamar *justo*. Con gusto abrazaría alguna forma de iusnaturalismo si dispusiera de un método apropiado para determinar lo justo y, si ese método fuera suficiente en la generalidad de los casos, hasta estaría dispuesto a aceptar alguna otra forma de gobierno que satisficiera la justicia por encima de las cambiantes preferencias de la opinión pública. Advierto, empero,

que esas condiciones no están dadas y no creo que lo estén en un futuro previsible.

5.- Conclusiones

De hecho, no estamos de acuerdo en nuestras ideas morales. No lo estamos dentro de una misma cultura y lo estamos menos aún cuando comparamos culturas o civilizaciones diferentes. Es posible advertir algunos puntos en los que existe acuerdo bastante general, incluso por encima de diferencias culturales, pero cuando se los mira de cerca se advierte que esos acuerdos son verbales y que, por vía de definición de las palabras, de limitaciones en la aplicabilidad del criterio o de excepciones admitidas a su aplicación, debajo de ellos subsisten graves desacuerdos morales, incluso en relación con los valores que con mayor frecuencia se invocan como generales¹². Es más, aun cuando ninguna de estas críticas fuera correcta, de todos modos habría que advertir que los acuerdos morales no son suficientemente generales e intensos para fundar por sí solos una moral indiscutible y normalmente aplicable en la práctica ni para ser interpretados como indicios razonables de una realidad moral generalmente perceptible (o, como se dice con frecuencia, "asequible a la razón").

¹² A menudo se invoca la existencia de acuerdos generalizados, incluso por encima de diferencias culturales, acerca de ciertos valores y principios y se exponen tales acuerdos como un indicio de que existen valores objetivos que las más diversas personas acaban por reconocer. El ejemplo más habitual es el respeto por la vida, aunque se invocan también otros semejantes (libertad, dignidad, propiedad). Es cierto que hay un acuerdo (no unánime, pero bastante general) acerca del valor emotivo que asignamos a tales expresiones. Sin embargo, a poco que se examine el significado cognoscitivo que cada uno atribuye a las palabras en cuestión, se advierten graves desacuerdos que subyacen a la reverencia general. El respeto por la vida (humana) no rige en caso de defensa propia, ni —para muchos— respecto de la pena de muerte, o de la guerra; y la identificación de los supuestos en los que la vida no merece tanto respeto es bastante controvertida. Basta observar que, en el debate acerca de la despenalización del aborto, todos dicen defender la vida: unos defienden la del feto y otros defienden la vida (a menudo identificada como el derecho de autonomía) de la mujer embarazada, tema que tiende a complicarse, además, con las discusiones acerca del principio y del fin de la vida humana (presentes frente a la embriología y a las normas sobre ablación e implante de órganos). Un análisis semejante puede intentarse respecto de otros principios de los que se predica predominio general.

A falta de ese acuerdo, podríamos tener un método que nos permitiera resolver los desacuerdos: después de todo, eso es lo que sucede con los hechos empíricos, respecto de los cuales las controversias —numerosas en la práctica— pueden resolverse con la observación. Pero no tenemos tampoco un método moral dotado de intersubjetividad comparable a la de la observación. En estas condiciones, parece al menos dudoso que podamos postular un segmento de la realidad —la moral objetiva— carente de los elementos necesarios para concebirla y construirla, ni de procedimientos bastante confiables para conocerla.

En tales condiciones, podemos observar que los individuos valoran; que a menudo tienen una tendencia individual a valorar ciertos acontecimientos según ciertos criterios más o menos permanentes y que, en virtud de la comunidad cultural o de otros factores contingentes, grupos enteros de individuos muestran cierta tendencia a emplear criterios valorativos semejantes en ciertas circunstancias, sin que sea posible garantizar uniformidad ni permanencia en dicho empleo.

Estas falencias impiden en la práctica fundar el derecho en la moral, o las limitaciones del derecho positivo en cláusulas de derrotabilidad moral, sencillamente por ausencia de patrones objetivos o suficientemente intersubjetivos que sirvan de referencia a tales fundamentos o ponderaciones.

Lo dicho no es acaso suficiente para dar por bueno el positivismo, pero sí lo es para refutar las distintas clases de iusnaturalismo, incluidos el llamado positivismo incluyente y el principalismo habitual en el actual discurso político y constitucional.

Consecuencia de ello es que la pretensión de Atienza de construir sobre la dimensión valorativa una teoría del derecho “adecuada a las condiciones del Estado constitucional” y que participe “en los discursos de justificación o crítica de nuestras arquitecturas constitucionales” se ve reducida a la dimensión de un esquema retórico dependiente de una ideología democrática y liberal (especialmente al estilo europeo) o, para decirlo en términos del propio autor, en una teoría del derecho “regional”, de acuerdo con cierto círculo de cultura. Es claro que, a partir de un sistema moral que por hipótesis se postula como aceptado, es perfectamente posible construir cualquier teoría iusnaturalista del derecho. Pero también es claro que esa teoría tiene los mismos límites que la acepta-

ción de su axioma y, por lo tanto, no abarca sino una provincia —acaso pequeña— del pensamiento jurídico universal, sin puntos de contacto o comunicación con las teorías fundadas en otros axiomas o en otros ordenamientos jerárquicos de las consecuencias de los mismos axiomas. Con esto, la idea de una teoría *general* del derecho queda abandonada en aras del sostenimiento de ciertas preferencias grupales.

Esto es —epistemológicamente hablando— lo mismo que se hizo durante muchos siglos para fundar el poder de emperadores, señores feudales, reyes y burguesías predominantes, para explicar el dominio de unos pueblos sobre otros y para sostener el derecho de unos grupos a esclavizar o exterminar a otros grupos. Es claro que la posición política de mi amigo Atienza, democrática y liberal, es mucho más cercana a la mía; pero también me parece claro que no puedo compartir las razones teóricas que él emplea para convertirla en una teoría del derecho.

de la economía y que durante los últimos años se ha observado un crecimiento sostenido de la producción industrial, lo que ha permitido un aumento de la oferta de bienes y servicios. Este crecimiento se ha basado en la explotación de los recursos naturales y en la inversión en capital humano y tecnológico. Sin embargo, el crecimiento no ha sido suficiente para reducir el desempleo y la pobreza, lo que ha generado una crisis social y política. En este contexto, el gobierno ha implementado una serie de reformas económicas y sociales, con el objetivo de promover el crecimiento y la estabilidad. Estas reformas incluyen la privatización de empresas estatales, la liberalización del comercio exterior y la implementación de políticas de ajuste fiscal. A pesar de los avances, el país sigue enfrentando desafíos importantes, como la desigualdad y la corrupción, que deben ser abordados para lograr un desarrollo sostenible.

En el marco de la transición económica, el gobierno ha implementado una serie de reformas que buscan promover el crecimiento y la estabilidad. Estas reformas incluyen la privatización de empresas estatales, la liberalización del comercio exterior y la implementación de políticas de ajuste fiscal. A pesar de los avances, el país sigue enfrentando desafíos importantes, como la desigualdad y la corrupción, que deben ser abordados para lograr un desarrollo sostenible.

El objetivo principal de estas reformas es promover el crecimiento y la estabilidad económica. Esto se logra mediante la privatización de empresas estatales, la liberalización del comercio exterior y la implementación de políticas de ajuste fiscal. A pesar de los avances, el país sigue enfrentando desafíos importantes, como la desigualdad y la corrupción, que deben ser abordados para lograr un desarrollo sostenible.

Consecuencia de esto es que la producción de Argentina se ha mantenido estable y ha permitido un crecimiento sostenido de la oferta de bienes y servicios. Este crecimiento se ha basado en la explotación de los recursos naturales y en la inversión en capital humano y tecnológico. Sin embargo, el crecimiento no ha sido suficiente para reducir el desempleo y la pobreza, lo que ha generado una crisis social y política. En este contexto, el gobierno ha implementado una serie de reformas económicas y sociales, con el objetivo de promover el crecimiento y la estabilidad. Estas reformas incluyen la privatización de empresas estatales, la liberalización del comercio exterior y la implementación de políticas de ajuste fiscal. A pesar de los avances, el país sigue enfrentando desafíos importantes, como la desigualdad y la corrupción, que deben ser abordados para lograr un desarrollo sostenible.

ALGUNAS AMPLIACIONES Y PRECISIONES CRÍTICAS A LA INACEPTABILIDAD TEÓRICA DEL POSITIVISMO JURÍDICO SEGÚN ATIENZA

Por Renato Rabbi - Baldi Cabanillas

1. La tesis de este breve ensayo es reafirmar la proposición de Atienza de que el positivismo jurídico —entendido a partir de las ideas del profesor Bulygin que describe en su trabajo— es una teoría inaceptable en derecho. Pero mi objetivo es abonar esta proposición a partir de algunas ampliaciones a los tópicos que aborda el profesor español, haciendo especial hincapié en la actuación como juez del autor estudiado, ya que ello permitiría advertir que la teoría en cuestión carece de correlato en la práctica (es decir, resulta inservible) no sólo para quienes se oponen conceptualmente a aquella (como es el caso de Atienza y el mío propio), sino para sus propios defensores (como, por ejemplo, para Bulygin). Una veloz precisión sobre el uso “político” del derecho natural en nuestro país insinuado por Atienza en un breve párrafo de su estudio cierran estas páginas.

2. Coincido, en lo esencial, con la descripción efectuada por el profesor español acerca del contenido del pensamiento bulyginiano, por lo que me ceñiré a transcribir algunas notas imprescindibles a fin de arribar en mejores condiciones al punto que aquí deseo abordar.

En primer lugar, Atienza califica a Bulygin entre los positivistas que asumen “una actitud sumamente escéptica hacia la posibilidad de una discusión racional en materia de ética” y que entienden “la teoría del Derecho como una empresa de análisis conceptual en la que los aspectos prácticos ocupaban un lugar secundario” (ap. 1). A este último respecto, señala que el autor estudiado “siempre ha defendido la tesis de que las decisiones jurídicas pueden (y deben) justificarse en términos lógico-

deductivos” y si bien considera que dicho modelo “no excluye otros”, no ha mostrado mayor interés en ellos atento el referido punto de partida escéptico, el que, obviamente, se proyecta sobre lo jurídico (ap. 2). En ese sentido afirma el autor —citando a Bulygin— que “el propósito de buscar criterios para el control racional de la elección de las premisas me parece muy loable. Lamentablemente la teoría de la argumentación no ha logrado hasta ahora suministrar reglas que permitan *establecer relaciones jerárquicas entre las premisas* y, de esta manera, proporcionar criterios racionales para la elección de las premisas mejores” (ap. 3, el énfasis se ha añadido). Por ello, añade —y esto es relevante para lo que se dirá más abajo—, su teoría del derecho “en cierto modo se centra en los casos fáciles” (ap. 2), aunque no por ello “desconoce la existencia de casos difíciles” y, aún, “trágicos” y de que éstos no deban ser tratados como supuestos sencillos (cfr ap. 3).

Según Atienza, cuando el juez tropieza con un caso “trágico”, a juicio de Bulygin, “haga lo que haga, el juez siempre violará alguno de sus deberes: bien la obligación jurídica de aplicar la norma jurídica pertinente, o bien lo que el juez considera su deber moral de no aplicarla” (ap. 3). Por ello, para el autor argentino, “la teoría del derecho debe reducirse, desde el punto de vista judicial, a encontrar una respuesta a la pregunta de cómo identificar el Derecho, pero no a la de cómo resolver el caso que se somete al juez, puesto que esta última cuestión involucra aspectos de carácter moral”. Así las cosas, como a juicio de Bulygin “hay supuestos en los que el Derecho determina unívocamente la decisión a tomar (...) la teoría del Derecho puede señalar —o contribuir a señalar— cuáles son esos casos (...); pero, sin embargo, puede haber razones morales para no tomar esa decisión, de manera que ni siquiera en estos casos la teoría (...) podría servirle al juez para tomar la decisión. Y cuando el derecho no determina la decisión (en los casos difíciles), la función de la teoría sería efectuar una tipología de esos casos, mostrar cuáles son las causas de esa indeterminación...”, es decir, de esas “lagunas de reconocimiento” (ap. 4).

Pues bien: ¿cómo procede el juez de la teoría bulygiana ante casos de determinación y de indeterminación legal? Responde Atienza: “si un caso está unívocamente y el juez lo acepta como tal (si un caso es fácil), entonces lo que procede será una justificación en términos deductivos. Si, por el contrario, el caso no está determinado unívocamente, entonces

el juez tendrá que efectuar una operación *discrecional* (que esencialmente cae fuera de la lógica y de la teoría del derecho) consistente en establecer premisas” (ap. 5, énfasis añadido).

Así las cosas, para Bulygin, “la interpretación es un problema semántico, esto es, lo que tiene que hacer un intérprete es simplemente explicitar las reglas semánticas del término o términos en discusión, para así resolver el problema de [la] indeterminación” (ap. 5). En este sentido, piensa Atienza que en la argumentación jurídica bulygiana queda afuera “la argumentación vista como una búsqueda, clarificación y evaluación de las premisas (las razones) con las que resolver algún problema teórico o práctico, como un tipo de interacción humana dirigida a persuadir a otro...”. Es que no se discute que se necesita contar con una regla semántica para resolver los asuntos de la vida, pero es ahí, precisamente, donde estriba el problema de “cómo construir esa regla: qué criterios puede usar para ello y de qué manera. Las teorías de la argumentación jurídica tratan precisamente de contestar a este tipo de preguntas” (ap. 5, 2º párr.). Bulygin, ya se ha dicho, en definitiva con sustento en su radical escepticismo ético, huye deliberadamente de esa empresa, tal y como lo recuerda Atienza cuando expresa que, en opinión de aquel, “la teoría afirma explícitamente que ‘nada puede decir sobre nuestras obligaciones morales, ni siquiera sobre las obligaciones morales de un juez’” (ap. 6).

3. Hasta aquí la teoría bulygiana, contrariamente a la afirmación de Atienza (ap. 6, pr.) no trasunta una cabal “coherencia interna” ya que no es posible afirmar lo que acaba de transcribirse y, al mismo tiempo, que “puede haber razones morales para no tomar [una] decisión” cuando el ordenamiento jurídico determina inequívocamente la solución. Esto último es lo que sucede con el ejemplo que proporciona el profesor argentino respecto de la orden de tortura a tres soldados, en el que, aquél que sigue los lineamientos del prof. Bulygin, afirmaría que “como no hay obligación moral de obedecer las normas jurídicas, no voy a cumplir esta orden por razones morales, aún cuando corra el riesgo de ser castigado por desobediencia” (ap. 6). Al respecto, frente al señalado escepticismo que caracteriza al autor glosado, ¿desde qué lugar y con cuales fundamentos se afirma que no hay obligación moral de obedecer las normas jurídicas? ¿cuáles serían esas “razones morales” por las que no se cumplirá la orden? Un escepticismo coherente no puede sino responder que esas “razones” son puramente “emocionales” y, por tanto,

“subjetivas”. Es lo que hace sin importarle el costo que ello implica Hans Kelsen, de quien he tomado las dos últimas expresiones entrecuilladas¹. Bulygin también señala algo parecido cuando afirma, a partir de la caracterización de V. Wright acerca del positivismo jurídico, que “la concepción no cognoscitiva de las normas” entraña que éstas “no pueden ser verdaderas o falsas”². De ahí que entre ésta afirmación (o la que dice que el positivismo “nada puede decir sobre nuestras obligaciones morales, ni siquiera sobre las obligaciones morales de un juez”) no advierto la inconsistencia que, por el contrario, me provoca la que se origina a raíz del ejemplo de los soldados. Por eso, creo que Atienza sí acierta cuando señala que “los seguidores de Bulygin no podrán propiamente justificar el juicio en cuestión”. Es, en definitiva, lo que acontece en el ámbito teórico con toda postura escéptica consecuente como la que defiende el autor cuyo pensamiento se estudia.

4. Pero, en rigor, la señalada incoherencia me parece poco relevante, cuanto menos frente a las siguientes preguntas: 1) ¿es teóricamente plausible el planteamiento bajo análisis?, y 2) en la práctica, ¿suceden las cosas del modo descripto por Bulygin?

Respecto del primer interrogante: ¿es verdad que la teoría en cuestión “nada puede decir sobre nuestras obligaciones morales, ni siquiera sobre las obligaciones morales de un juez”? Si así fuera, parece claro que, desde el punto de vista de la práctica, la teoría emerge como inservible. Y, aún más peligroso, el juez puede, bajo tal prisma, resolver los casos “difíciles” (aunque también los “sencillos”, como se verá a continuación) a placer, lo cual, es obvio, no tiene nada en común con ideas como las de “previsibilidad” o “seguridad” jurídicas, tan caras al pensamiento positivista en cualquiera de sus variantes.

Mejor se estará, entonces, cuando el ordenamiento jurídico prevea inequívocamente una solución para el caso de especie, lo cual le ahorra a la teoría incomodarse ante su falta de respuesta respecto de las obligaciones morales de los operadores jurídicos. Se estaría, *prima facie*,

¹ KELSEN, Hans, ¿Qué es la justicia?, en ¿Qué es la justicia?, edición y traducción de A. Calsamiglia, Ariel, Barcelona 1982.

² BULYGIN, Eugenio, “Sobre el status ontológico de los derechos humanos”, *Doxa*, 4, Alicante, p. 83.

ante un caso “sencillo”. Sin embargo, acaba de señalarse que las cosas no son tan simples pues ante una orden de tortura el soldado seguidor de Bulgyin —pese a la claridad del texto— puede resistirse a cumplirla por “razones morales”. Ya se ha dicho que esta afirmación plantea problemas de consistencia teórica interna a un planteamiento de cuño escéptico pero, desde el punto de vista práctico, precisamente por ese escepticismo, nada previsible o seguro cabe esperar del fundamento (de las “razones”) por las que —para seguir el ejemplo— un soldado se resiste a seguir la manda legal. Es que existirán tantas respuestas como decisores posibles y sus motivaciones resultarán verdaderos misterios para los operadores jurídicos.

Y, como es obvio, el panorama no se altera (sino que se complica aún más) si “el derecho no determina la decisión”. Aquí el juez simplemente “tendrá que efectuar una operación discrecional (...) consistente en establecer las premisas”. De nuevo, pues, el discrecional camino por el que se determinan aquéllas es tan variado como se lo proponga el caminante sin que, lógicamente, jamás puedan establecerse criterios de control racional en su método y resultados. Por eso comparto con Atienza que “las cosas se ponen todavía peor para los seguidores de Bulygin si el ejemplo [de los soldados] se trasladara al campo judicial (...) porque (...) los jueces tienen, en nuestros Derechos, la obligación de motivar (jurídicamente) sus decisiones”. De ahí que, y bien entendido que no se trata de una empresa sencilla y, ni siquiera exitosa, “lo que debe procurar un juez, si p es el contenido de una norma o de orden moralmente repugnante, es efectuar un razonamiento que le permita concluir con el ‘el derecho me permite no hacer p’” (ap. 6, in fine).

Pero, conforme lo ya dicho, un planteamiento como el del profesor argentino se resiste a emprender ese derrotero porque, “lamentablemente la teoría de la argumentación no ha logrado hasta ahora suministrar reglas que permitan establecer relaciones jerárquicas entre las premisas y, de esta manera, proporcionar criterios racionales para la elección de las premisas mejores”.

Ahora bien: en la pretensión de equipar a dicha teoría de reglas que permitan establecer relaciones jerárquicas entre las premisas despunta, según creo, un grave malentendido respecto del propósito de aquella, la que se estructura, justamente, sobre la tesis contradictoria: ni los su-

puestos de hecho (brevemente, los casos contenciosos), foco de atención imprescindible para las teorías de la argumentación; ni las normas del sistema jurídico (preponderantemente, los principios) ni, menos, los valores sobre los que aquél descansa, remiten a un riguroso e inexorable orden jerárquico, sino que, por el contrario, requieren de la ponderación de circunstancias y normas y de la prudente (razonable) valoración o sopesamiento de las conductas captadas por éstas últimas³.

Como se adelantó no escapa a lo recién dicho que el escepticismo que gravita sobre la tesis glosada está en la base de la referida "exigencia" de un orden jerárquico pues si éste existiera, la decisión sería sencilla, previsible, segura. Sin embargo, como no existe, ese escepticismo deja al operado jurídico varado, sin remisión. Bulygin lo describe con elocuencia: "haga lo que haga, el juez siempre violará alguno de sus deberes: bien la obligación jurídica de aplicar la norma jurídica pertinente, o bien lo que el juez considera su deber moral de no aplicarla" (ap. 3, in fine). Para seguir con el ejemplo antes referido, ya la no aplicación de la orden de tortura con sustento en "razones morales" basadas en un misterioso discrecionalismo; ya aplicando la orden más allá de valorar "lo que el juez considera su deber moral de no aplicarla".

A la luz de lo dicho, la tesis positivista "excluyente/consecuente" parecería, efectivamente, inaceptable pues desnudaría inconsistencias teóricas internas y resultaría de poca ayuda para la práctica. Respecto de esto último, la reticencia a afrontar los problemas de la mano de la razón práctica que, con mayor o menor fortuna se esfuerza por *comprenderlos*⁴ y por *argumentar* acerca de sus posibles soluciones⁵ deja a la cien-

³ Me he ocupado de este asunto, con ejemplos jurisprudenciales constitucional, en "El derecho natural como núcleo de la realidad jurídica" en Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato (coord.), *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, Ábaco, Buenos Aires, 2º, pp. 197-220.

⁴ Cfr, en relación con esta idea, mi estudio "Un análisis hermenéutico de la comprensión jurídica", en Vigo, Rodolfo L. (coord.), "Interpretación y Argumentación jurídica: perspectivas y problemas actuales", *Jurisprudencia Argentina*, Número Especial, Buenos Aires, 2009-III, pp. 74-79.

⁵ Sobre el punto remito a las conocidas teorías sobre la argumentación jurídica, desde las obras de Perelman a la que cita Atienza de su autoría, pasando por la clásica de Robert Alexy.

cia jurídica sin, tal vez, su principal tarea y a la sociedad sin una luz que (todo lo difusa que se vea) es, al menos, una respuesta que afianzada por la tradición de tantas reflexiones semejantes, va encadenando un *corpus* de respuestas que son algo más que puro arbitrio y discreción⁶.

5. Sentado lo anterior, en lo que sigue desearía reflexionar acerca de si esta teoría tiene aplicación práctica y, de modo especial, si es seguida, en dicho ámbito, por quienes asumen sus presupuestos. Para ello examinaré un conocido precedente judicial que lleva la firma, entre otros, del profesor Bulygin y que, pienso, podría resultar captado dentro del tipo de supuestos respecto de los cuales, inequívocamente, el ordenamiento jurídico no ha previsto una solución, circunstancia ante la cual, además de reconocerse tal dato ("lagunas de reconocimiento"), el juez de manera discrecional, operación ésta que, como se recordará, "cae esencialmente fuera de la lógica y de la teoría del derecho", establecerá una premisa de acuerdo con la cual resolverá el asunto.

Se trata de un fallo plenario emitido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal en 1997 y en el que se estableció que "es precedente computar los intereses devengados durante el pleito para la fijación de la base regulatoria". El problema se había suscitado porque la ley 21.839 (que regula los Aranceles y Honorarios de Abogados y Procuradores), guardaba silencio sobre el punto. Ante ello, muchos profesionales requirieron su inclusión pero, durante años, tal reclamo fue rechazado con arreglo en que, para la jurisprudencia de la Corte Suprema, "el cómputo de los intereses devengados durante el proceso a los fines arancelarios constituye una contingencia esencialmente variable y ajena a la actividad de los profesionales" (ap. I del fallo bajo examen, *in re*, versión por la que, en lo sucesivo, se cita). Con todo, dicho *dictum* suscitó resistencia, lo que dio lugar a decisiones contradictorias que concluyeron en el plenario bajo estudio.

Interesa aquí examinar el *iter* argumentativo de la Cámara en pleno por el que arribó a la conclusión contraria a fin de conocer si se observa un procedimiento como el descrito y defendido por Bulygin.

⁶ Sobre esto último, es siempre persuasivo Zagrebelski, Gustavo, *El derecho dúctil*, del italiano por M. Gascón Abellán, Madrid, 1995, esp. p. 121.

Por de pronto, el tribunal considera —dicho sea de paso hermenéuticamente (postura desde siempre muy criticada por el positivismo jurídico⁷)—, que “un *reexamen* de la cuestión lleva a una solución contraria. Ello es así considerando que, si en la demanda se ha reclamado intereses, los réditos devengados durante el pleito —accesorios del capital— formarán parte de la condena que deberá soportar el vencido (art. 163, inc. 6 del CPCCC) y este aspecto no es una contingencia ajena a la tarea profesional cumplida en el expediente” (énfasis añadido, con el objeto de puntualizar el señalado elemento hermenéutico). Y agrega la Cámara que “desde otro ángulo, la falta de petición de intereses en la demanda por parte del abogado podría derivar en una hipótesis de mala práctica en el ejercicio de la abogacía y consecuentemente dar lugar a la obligación de responder ante su cliente por lo que no le abonó el demandado como secuela de su omisión” (ap. II).

Pues bien: de lo recién transcrito no se advierte la presencia de un problema “semántico” sino, más bien, el “reexamen” de un asunto particular, el cual, orientado por nuevos argumentos, determina un cambio de postura.

Y, respecto de dichos argumentos, no considero que sean consecuencia de una “discrecionalidad” que escapa de la lógica y de la teoría del derecho y que, dado el escepticismo gravitante, sean “subjetivos” o “emocionales”, sino que, por el contrario, se me presentan como dotados de plena plausibilidad.

Pero el tribunal profundiza: “así como el cliente se ve beneficiado por la correcta actuación de su letrado, es de toda *justicia* que la retribución del profesional guarde *proporción* con la totalidad del resultado obtenido a favor de quien solicitó sus servicios” (ap. III; énfasis añadido), máxime si “la onerosidad de la labor profesional encuentra su respaldo en el art. 3° de la ley 21.839 (...) por lo que parcializar la base regulatoria, desechando un aspecto de monto de la condena,

⁷ No puedo detenerme ahora en este tópico. Remito al respecto al ya citado estudio de la nota 4 y a mi trabajo *La teoría de la interpretación judicial en Cossio y Betti: coincidencias y actualidad de dos perspectivas contemporáneas*, “La Ley”, Buenos Aires, 2005-A-1148-1168 (reproducido en “Revista Chilena de Derecho”, vol. 32, N° 1, 2005, pp. 139-168).

implica tanto como establecer que una porción de su trabajo es gratuita” (ibid. ant.). Es más, a su juicio, ni siquiera “la inclusión ‘pro forma’ de la palabra interés en la demanda (...) le quita legitimidad para integrar la base regulatoria, aun si durante el debate no hubiera sido motivo del debate” (ap. IV).

Nuevamente, no leo un sustento “discrecional” (con el alcance ya conocido de esta expresión) en los *dicta* recién citados sino, más bien, razones (buenas y plausibles razones de orden tanto jurídico como moral) a la luz de la cual no se explicitó ningún término semántico (simplemente porque no lo había), sino que se determinó (en el sentido latino de “invenio” que los alemanes conocen como “Rechtsfindung”⁸) la solución *justa* del caso y que, en consecuencia, lucen por demás persuasivas.

Afirmar, en efecto, que la remuneración del profesional guarde equivalencia (“proporción”) con el monto por el que prospera el reclamo es de toda razonabilidad o, como expresa el fallo, de “justicia”. Lo contrario implicaría considerar que el abogado trabaja en parte gratuitamente y eso no solo hiere normas concretas, sino las entrañas mismas de la lógica de las relaciones sociales, salvo excepciones (que no han sido contempladas) o liberalidades (que no han sido alegadas y, menos, probadas).

De igual modo, tampoco considero que la cámara acuda a un orden jerárquico de premisas que proporcionan “criterios racionales para la elección de las premisas mejores”. Además de que, como se anticipó, dicho recurso resulta teóricamente defectuoso pues, en todo caso, la premisa sobre la que reposa el entero orden jurídico es la dignidad de la persona y con ello muy poco se ha dicho sobre la concreción de sus derechos (ver al respecto mi trabajo citado en la nota 3); tal dificultad despunta claramente en la práctica, en la que los derechos prevalecen o ceden según ciertas condiciones de precedencia que vienen dadas por las propias circunstancias de cada caso, tal como se advierte, según creo, en el presente caso.

⁸ Cfr, entre otros, KAUFMANN, Arthur, Analogía y naturaleza de las cosas. Hacia una teoría de la comprensión jurídica, del alemán por E. Barros Bourie. Jurídica de Chile, Santiago, 1976, passim.

En definitiva, del tramo de la argumentación del tribunal hasta aquí citado, la *razón* del reclamo justifica su cobro, disparando en los jueces, quienes conocen el derecho y no deberían desatender la realidad, la exigencia de hacer mérito de esta cuestión *más allá* de la laguna advertida (“si bien la ley de aranceles 21.839 no contempla *expresamente* la inclusión de los intereses en el monto del proceso”, ap. V de la sentencia glosada, énfasis añadido para mostrar la exigencia positivista de la necesidad de una determinación inequívoca), o de un insuficiente planteamiento procesal (sea por “la falta de petición de intereses en la demanda...”, id. ap. II, o por la mera aplicación pro formula del pedido, id. ap. IV).

Pero hay más: de la sentencia bajo análisis menos aún observo que se pueda incurrir en cualquiera de las dos violaciones jurídico-morales en las que fatalmente puede incurrir el juez, tal y como refiere el autor bajo estudio.

En primer término, no considero que “el juez tiene la obligación jurídica de aplicar la norma jurídica pertinente”, lo cual puede entrañar la violación de su código moral. Desde una perspectiva teórica, pienso que se está ante una visión restrictiva (y, por tanto, irreal) del ordenamiento jurídico, el que es mucho más que las norma cuestión, de modo que el juez puede acudir a otras disposiciones en abono de una postura contraria a la de la norma pertinente, la cual no sólo ostenta sustento jurídico sino que podría ser coherente con sus razones morales.

Y, en segundo lugar, no opino que, en su caso, el deber jurídico de aplicar la norma violenta su deber moral, cuando en razón de éste último, entiende que no debe aplicarla, pues, nuevamente, vale aquí la respuesta antes dada ya que, pienso, el juez puede aplicar otros criterios que concurren en su auxilio y que detecta en el propio ordenamiento jurídico y, para decirlo hermenéuticamente, en el fondo de respuestas que proporciona la tradición de una comunidad.

Si bien se mira, es exactamente eso lo que ha realizado la cámara cuando, en el siguiente tramo de la sentencia acude, analógicamente, al art. 22 de la ley señalada, el que sí incluye los intereses aunque para un supuesto diverso, el de la depreciación monetaria. Al respecto, luego de recordar la distinta naturaleza jurídica del interés y de la depreciación monetaria, señala que éste último fenómeno “generó como contrapar-

tida lo que se conoció como la 'repotenciación o actualización de la deuda' económica" (ap. V). Como se advierte, el objetivo del legislador no fue acudir a cálculos inexorables (esto es, arbitrarios), sino a modificaciones que, dicho de manera aristotélica, mantengan la "equivalencia en las prestaciones"⁹. Y, obviamente, no obedeció a decisiones subjetivas o repentinas, sino por haber afectado "a casi todas las relaciones con relevancia jurídica a partir del momento en que por su entidad se hizo evidente" (ap. VI, énfasis añadido).

¿Hay algo en todo lo dicho de arbitrario; absurdo o emocional? No sólo considero que no lo hay, sino que de lo transcripto se advierte que los jueces asumen una postura cognotivista bien alejada de todo escepticismo ético, nota que, por ejemplo, también se advierte cuando afirman que, precisamente, "fueron los jueces quienes, ante la presencia de este hecho no registrado en la legislación —que conforme lo enseña la experiencia va a la saga de los acontecimientos— desarrollaron en procura de la realización del valor *justicia*, una jurisprudencia destinada a reconocer la procedencia de la actualización monetaria" (ap. VI, énfasis añadido).

Los párrafos citados son ricos en enseñanzas que denotan el empleo de la razón práctica y, por tanto, se alejan de un planteamiento de raíz positivista. De ahí que si la teoría [positivista] efectivamente no puede decir nada; empero, la práctica [el ámbito de la razón práctica] sí y bastante. En efecto; se reconoce que los sistemas jurídicos no son, contrariamente a la ambición legalista, cerrados y autosuficientes. Por el contrario, es un hecho largamente consolidado la existencia de lagunas; ambigüedades; vaguedades y redundancias. Y de todo ello no da cuenta solamente la academia sino, de manera expresa, la realidad de la vida, que siempre se anticipa al accionar legal no con cualquier objeto, sino a fin de realizar el valor "justicia". Dicho de otro modo: hay cognotivismo y, por tanto, la posibilidad de emitir juicios críticos —de carácter moral— respecto de la realidad y de las normas que procuran traducirla.

Y el tribunal profundiza: andando el tiempo, el legislador recoge estas conclusiones y las incorpora a su haber, proporcionando de este

⁹ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, traducción castellana de J. Marias y M. Araujo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, 1132 a 15 ss.

modo “certeza jurídica a los profesionales frente a un acontecimiento que *no reconocía antecedentes normativos*” (ibid. ant., énfasis añadido).

De cualquier modo, la ulterior incorporación legislativa no es sino la coronación —cognocitiva— de la anterior labor —de idéntica naturaleza— de los operadores jurídicos (abogados, jueces, etc.) quienes al reclamar esa equivalencia objetiva en las prestaciones no obraron guiados por la ignorancia; el relativismo o la irresponsabilidad. Al contrario, actuaron (actúan) confiados en que la pretensión reclamada era (es) justa o, si se prefiere, equitativa y que, para ello, existían (existen) razones plausibles para avalar tal pretensión al punto de erigirla en un derecho concreto.

En conclusión: ¿queda, al cabo de este derrotero, algún rastro de las tesis positivistas glosadas más arriba? Sospecho que no y, con ello, me uno a la crítica de Atienza más allá de alguna desavenencia puntual en el campo teórico y de permitirme añadir que, en el ámbito de la práctica propiamente dicha, la tesis examinada deviene inservible para los operadores jurídicos que rara vez acuden a ella, incluso para quienes, como el profesor Bulygin, la defienden con tenaz y encomiable esfuerzo desde la academia, pero que la abandonan tan pronto ingresan en el terreno de la praxis.

6. Resta una breve matización a un párrafo del profesor Atienza que no concierne directamente al pensamiento de Bulygin, sino a la relación que existiría entre las ideas y el poder político con las escuelas de pensamiento iusnaturalista y positivista. Expresa al respecto que “la defensa del positivismo ha ido unida a una actitud política de carácter liberal...”, en tanto que “el iusnaturalismo ha estado siempre vinculado con posturas de carácter conservador”. Y añade, respecto de Argentina, que mientras la filosofía analítica se asocia “a posturas que, en términos generales, pueden calificarse de liberales”, por el contrario, “cuando se produce el golpe de Estado de 1976, el poder dictatorial busca el apoyo ideológico en el iusnaturalismo más integrista” (ap. III, 1).

Es claro que Atienza no pretende hacer una tesis de estas afirmaciones, las que principian y concluyen en el texto recién citado. Por ello yo no formularé más que las siguientes dos precisiones críticas respecto del papel histórico del iusnaturalismo en la historia de las ideas, en general, y en la de la Argentina, en particular.

En cuanto a la primera observación, me permito simplemente recordar que, a lo largo de la historia, si a alguna orientación filosófica no cabe asociar a lo "conservador" es, precisamente, el iusnaturalismo: ni la invocación de las leyes "no escritas" de Antígona; ni el recurso a la ley natural de Cicerón; ni los planteamientos en favor de la dignidad universal de la persona de Francisco de Vitoria respecto de los indios americanos y de Luis de Molina en relación con la esclavitud de los negros o, más tarde, de los iusnaturalistas modernos en la génesis, por ejemplo, del derecho penal liberal; ni, en fin, toda la saga de autoridades que denunciaron en Europa y en la Argentina que la "injusticia extrema no es derecho" pueden, en efecto, ser tachados de "conservadores". Por el contrario, el iusnaturalismo (bien entendido, no en exclusiva, sino junto a otras corrientes, por ejemplo, a las teorías críticas a las que Atienza dedica la parte final de su ensayo) debe ser asociado a ideas renovadoras cuando no, directamente, revolucionarias¹⁰.

Y en cuanto a la segunda, deseo señalar que el iusnaturalismo en la Argentina (y aludo al iusnaturalismo a secas, es decir, el que defiende la intangibilidad de la persona, sin más, y la presencia de dimensiones objetivas en las relaciones intersubjetivas, como se puede apreciar en el citado plenario "La Territorial") goza de una extensa e intensa pervivencia, más allá de los variados gobiernos que conoció nuestra historia, en muchas ocasiones, ciertamente, trágica¹¹. Un ejemplo de esa pervivencia es la jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal (verdadero muestrario de los "anillos de la historia", como escribe Betti) que denota explícitas e implícitas referencias al contenido iusnaturalista recién descrito, desde los albores de su funcionamiento hasta, muy especialmente, la época actual en la que las remisiones a esta noción superan con holgura las de épocas precedentes.

¹⁰ Cfr, al respecto, mi libro *Teoría del Derecho*, Ábaco, Buenos Aires, 2009, 2º, esp. pp. 93 ss.

¹¹ Cfr, al respecto, la obra citada en la nota anterior, esp. pp. 125 ss. y mi estudio "Argentina: el derecho natural en la jurisprudencia sobre garantías constitucionales de la Corte Suprema (1888-2008)", en la obra citada en la nota 3, pp. 411 ss.

El estudio de la economía de la educación en el Perú debe tener en cuenta los aspectos de la estructura económica, social y cultural del país, así como el nivel de desarrollo alcanzado. En este sentido, el Perú se encuentra en un proceso de transformación económica y social, lo que repercute directamente en el sector educativo. La inversión en educación ha crecido significativamente en los últimos años, pero aún así se mantiene por debajo de los niveles de otros países latinoamericanos. Esto se debe a factores como la limitada capacidad de absorción de recursos del Estado y la falta de una política educativa clara y coherente. Además, la desigualdad en el acceso a la educación sigue siendo un problema grave, especialmente en las zonas rurales y de bajos ingresos.

En consecuencia, es necesario analizar el impacto de estas condiciones en el sistema educativo peruano. La falta de recursos y la desigualdad afectan la calidad de la enseñanza y el aprendizaje de los estudiantes. Esto a su vez repercute en el desarrollo humano y económico del país. Por lo tanto, es urgente implementar políticas que permitan mejorar la eficiencia del gasto en educación y garantizar el acceso equitativo a la enseñanza. Esto implica fortalecer el rol del Estado en la provisión de servicios educativos básicos, así como promover la participación de la sociedad civil y el sector privado. Además, es necesario mejorar la formación docente y actualizar los contenidos curriculares para que respondan a las necesidades del mercado laboral y la sociedad en general.

En conclusión, la economía de la educación en el Perú enfrenta desafíos importantes que requieren una atención urgente. La falta de recursos y la desigualdad en el acceso a la educación afectan la calidad del sistema educativo y, por lo tanto, el desarrollo del país. Es necesario implementar políticas que permitan mejorar la eficiencia del gasto en educación y garantizar el acceso equitativo a la enseñanza.

1. Véase, por ejemplo, el estudio de la Comisión Interamericana de Expertos en Educación (1984) sobre el Perú. Este estudio destaca la necesidad de una mayor inversión en educación y de una mejor gestión de los recursos disponibles.

MULTICULTURALISMO, PLURALISMO ANALÓGICO Y DERECHOS HUMANOS. SU ENSEÑANZA

Por Mauricio Beuchot

UNAM, México, D.F.

Introducción

En este trabajo intentaré aplicar la hermenéutica al fenómeno del multiculturalismo para ver la posibilidad de que se comprendan y valoren los derechos humanos. Es necesario interpretar las culturas, esto es, comprenderlas y valorarlas, para poder hacer que, a su vez, comprendan y valoren adecuadamente los derechos humanos. En efecto, creo que el filósofo, aun cuando se encuentra situado culturalmente, es decir, a pesar de que tiene un conocimiento relativo a una cultura, que es la suya, puede también dialogar con otra cultura y hasta hacerse habitante o mestizo de muchas de ellas, e incluso, por ese camino dia-filosófico, abducir el significado de los derechos humanos, más allá de su propio contexto, de modo que pueda enseñar a otros esa comprensión y la valoración más adecuada de tales derechos.

Suele distinguirse entre el multiculturalismo y el pluralismo cultural, pensando que el primero es el hecho y el segundo es el modelo con el que se trata de explicar o de resolver; también se distingue ahora entre éstos y la interculturalidad, ya que recientemente se insiste mucho en ella como implicando la idea de que las culturas interactúan, sin que se pueda impedir que lo hagan, pues cada vez están más interconectadas. Es decir, se busca que los elementos de la sociedad: las instituciones, los derechos, etc., tengan ese carácter intercultural que los haga no solamente preservarse como si se guardaran en reservaciones o *apartheids*, sino que sean compartidos lo más que se pueda por las diferentes cultu-

ras que conforman los estados. Hemos de ver cómo se da este pluralismo cultural y esta interculturalidad con respecto a los derechos humanos.

Además, la hermenéutica se ha mostrado útil en estos asuntos, y puede ayudar a disminuir, si no a resolver, los problemas que brotan de estos hechos sociales sobre los que urge reflexionar, porque son fenómenos acuciantes en nuestras sociedades. Pero, sobre todo, se requiere diferenciar las hermenéuticas para ver qué tipo de modelo interpretativo es el que conviene al problema que planteamos. Por eso queremos abordarlo no desde una hermenéutica sin más, sino desde una que supere los extremos del univocismo (interpretación única para los significados en cuestión) y del equivocismo (múltiples interpretaciones irreductibles y sin ninguna unidad), para acceder a una hermenéutica analógica (que permita varias interpretaciones válidas, pero reductibles a cierta unidad y coherencia)¹.

Por ello, en este trabajo comenzaré tratando de explicar cuál es la estructura y la función de una hermenéutica analógica, que nos sirva como instrumento para comprender a otras culturas (lo cual requiere capacidad de comunicación o de cierta universalización) y al mismo tiempo actuar respetando sus diferencias (particulares). Luego pasaré a explicar cómo la hermenéutica analógica permite oscilar entre el universalismo y el particularismo, sin ser completamente lo uno o lo otro; y, finalmente, lo aplicaré al problema de los derechos humanos en un contexto pluricultural.

Planteamiento del problema

Entiendo por “derechos humanos” los derechos que el hombre tiene por el solo hecho de ser hombre. Gran parte de los filósofos que han tratado de fundamentarlos filosóficamente coinciden en asignar ese peso fuerte a la dignidad humana. Tales derechos, pues, están relacionados con la dignidad humana. Pero se supone que esa dignidad humana es universal, es decir, la tenemos todos los hombres por igual. Aquí se implica una universalidad completa y distributiva, a saber, la tienen todos los seres humanos, igualmente y en todo lugar y momento, en cualquier

¹ BEUCHOT, M., *Tratado de hermenéutica analógica. Hacia un nuevo modelo de interpretación*, México: UNAM-Itaca, 2005 (3a. ed.).

situación en que se encuentren: incluso el asesino o el retrasado mental tienen esa misma dignidad que atribuimos a los hombres normales e incluso virtuosos.

De esto se sigue que los derechos humanos tienen una universalidad inalienable; si ello les fuera quitado, dejarían *ipso facto* de ser derechos humanos, para quedar reducidos a derechos de ciertos grupos humanos, pero no de todos. Por eso es importante asegurarles su universalidad, la cual se enfrenta a la particularidad, ya que todo universal está realizado en lo particular, pues se halla concretizado, y eso lo hace en lo singular, en lo temporal, histórico y cultural. De ahí que haya una relación problemática de los derechos humanos con las culturas en las que se realizan e incluso, a veces, con los individuos que los cumplen y protegen².

De ahí resulta que, a pesar de que los derechos humanos tienen una aspiración universalista, encuentran problemas o conflictos cuando se dan en una sociedad multicultural y, por lo mismo, intercultural; pueden ser interpretados de maneras distintas (a veces radicalmente distintas), y tenemos que saber qué se puede hacer cuando se den esos conflictos al entenderlos y/o al valorarlos. Cuando distintas culturas conviven, en países vecinos o en el mismo país, puede darse el caso de que tengan diferentes concepciones de los derechos humanos. Las situaciones más extremas son 1) la de que alguna cultura no los conozca o no los entienda o, 2) a pesar de haberlos conocido y entendido, no los reconozca ni los ponga en práctica y, sobre todo, cuando 3) los viola sistemáticamente.

En el caso de que una cultura no los conozca o los reconozca, esto es, que los rechace o no los cumpla, ¿qué hacer con ella? A algunos, más univocistas, les parecerá que hay que someterla por la fuerza, y obligarla a cumplir derechos tan fundamentales; a otros, más equivocistas, les parecerá que hay que respetar su idiosincrasia y dejar que actúe como quiera, al fin que es lo que ha hecho siempre. Sin embargo, ninguna de esas dos respuestas parece satisfactoria, por el exceso que comportan. En realidad, son pocas las culturas que sustentan posturas tan extremas; más bien se dan las que buscan una postura intermedia, pero en ello hay

² BEUCHOT, M., *Filosofía y derechos humanos*, México: Siglo XXI, 1993; *Derechos humanos, iuspositivismo y iusnaturalismo*, México: UNAM, 1995; *Derechos humanos. Historia y filosofía*, México: Fontamara, 1999.

una gran diversidad, y es lo que trataremos de examinar ahora, a saber, los diferentes pluralismos, pues serán muy diversos según la perspectiva desde la que sean planteados. Por ejemplo, uno será el pluralismo univocista, otro el equivocista y otro el analógico³.

Igualmente factible es que no se dé una situación tan extrema como la que se ha descrito, sino que sólo sea la de que los derechos humanos se entiendan de manera diferente, o sean vistos así sólo en parte; pongamos por caso, que no se reconozcan los derechos de las mujeres, o los de los niños, etc. Ésta es, de hecho, la situación más frecuente; pero sigue siendo, también, problemática. ¿Cómo hacer para que se reconozcan estos derechos? Inclusive puede tratarse de una situación menos grave, y que se reduzca a que los interpreten de manera distinta. Pero, entonces, ¿cómo llegar a un acuerdo? Siempre es necesario el diálogo.

Una cosa que parece clara es que se trata a toda costa de evitar el recurso a la violencia y a la imposición, las cuales se han usado en ocasiones para defender los derechos humanos, porque no quedaba otro recurso; pero hay que confiar en que el diálogo bastará para hacer conocer, o comprender y/o valorar los mencionados derechos. Mas, principalmente en ese caso, es preciso tener una teoría acerca del multiculturalismo, del pluralismo cultural y de la interculturalidad, que nos capaciten para dialogar adecuadamente sobre esos derechos con otras culturas. Y aquí la reflexión filosófica adquiere gran importancia, pues ella es la encargada de aportar razones que puedan convencer de algo, máxime cuando se trata de algo tan decisivo para la convivencia pacífica y que nos concierne a todos⁴. Sobre todo, la actividad filosófica tiene por cometido —a través de esa rama suya que es la hermenéutica— propiciar el entendimiento y limar las asperezas o dificultades que estorban ese diálogo intercultural.

Como producto de ese trabajo filosófico, de aclarar conceptos y tratar de acercar los que son diferentes en las culturas en diálogo, lo

³ SALCEDO AQUINO, J. A., *Hermenéutica analógica, pluralismo cultural y subjetividad*, México: Ed. Torres Asociados, Colección Hermenéutica, Analogía e Imagen, 2000.

⁴ OLIVÉ, L., *Multiculturalismo y pluralismo*, México: Paidós-UNAM, 1999.

que alcancemos de claridad sobre estos puntos repercutirá en el planteamiento de ciertos derechos colectivos (o comunitarios) como son los derechos culturales, a saber, el derecho de un grupo a preservar su cultura, su lengua, su religión, sus costumbres, etc., algo muy presente en el contexto multicultural o intercultural. Y es que puede ocurrir que entre sus creencias o costumbres haya cosas que se considere que van contra los derechos humanos, y entonces tengan que rechazarse o modificarse. Siempre está la prioridad de velar por el cumplimiento de tales derechos humanos, tan necesarios, y, en concreto, para nosotros, tratar de que sean enseñados convenientemente, de modo que, aun interculturalmente, se llegue a eso que ya lleva mucho tiempo llamándose una cultura de los derechos humanos, y que todos deseamos.

Reflexión sobre la aplicabilidad de la hermenéutica analógica a los derechos humanos en un ámbito intercultural

La hermenéutica puede ayudar en el diálogo acerca de los derechos humanos. Mas concretamente, una hermenéutica analógica. Primero necesitamos tener suficientemente claro qué es esta propuesta hermenéutica. En ella se trata de lograr un modelo pluralista, es decir, un tipo de pluralismo, y se procura, además, que sea uno que permita una adecuada interacción, esto es, una adecuada interculturalidad. Es la búsqueda de la comprensión y el enjuiciamiento abiertos y respetuosos en el diálogo intercultural.

Ahora nos encontramos casi siempre, como es el caso en México, con un país que tiene varias culturas, ya sea que tengan mucho tiempo conviviendo, ya sea que algunas de ellas sean de reciente aparición (por inmigración, por ejemplo)⁵. Para el diálogo intercultural una cosa que se requiere mucho, según señala Gadamer, es la formación; ella permite comunicarse mejor con los demás, sobre todo con los diferentes⁶. Esa formación incluye no solamente el estudiar la propia cultura, esto es, la propia tradición, sino también las otras tradiciones, las culturas que conviven con la nuestra.

⁵ VILLORO, L., *Estado plural, pluralidad de culturas*, México: Paidós-UNAM, 1998.

⁶ GADAMER, H.-G., *Verdad y método*, Salamanca: Sígueme, 1977, pp. 38 ss.

Y esto ayuda a lograr comprensión y crítica adecuadas en cuanto al diálogo sobre los derechos humanos. Pues es cierto que los derechos humanos tienen una vocación a la universalidad⁷; pero también lo es que tienen una realización concreta en contextos particulares o específicos. Por ello conviene poder dialogar con las otras culturas para poder ponerse de acuerdo acerca del cumplimiento y protección de derechos tan importantes. El diálogo intercultural es posible, con la condición de tener las herramientas hermenéuticas conducentes a la comprensión entre las culturas dialogantes, evitando el univocismo de la cerrazón, que es incomunicación, y el equivocismo de la apertura excesiva, que también es incomunicación. Tiene que ser un diálogo analógico⁸.

Por eso lo que buscamos aquí es algo que haga compatible, en el caso de los derechos humanos, el que sean diversamente entendidos en diferentes culturas y, sin embargo, comprendidos y valorados lo más unitariamente que sea posible, dada su vocación de universalidad. Enfrentamos aquí el problema de la universalidad y la particularidad. Pues bien, como ya algunos se han esforzado por mostrar, no es necesario renunciar a toda universalidad para salvaguardar las particularidades ni es necesario sacrificar lo particular para asegurar algo de universalidad. ¿Qué nos puede brindar esto? Será algo que nos haga ver que son compatibles una cierta universalidad y una cierta particularidad, esto es, no la universalidad sin más ni la particularidad sin más, sino matizadas, como una racionalidad transcultural o una interculturalidad suficientemente racional, frente a los relativismos extremos de hoy en día.

Pues bien, creo que para esto nos servirá de instrumento una hermenéutica analógica; esto es, la hermenéutica nos ayudará a ser sensibles con los contextos, con las particularidades; pero lo analógico nos ayudará a no perder la advertencia de una cierta unidad en medio de las particularidades, de los fragmentos, ya que desde siempre la analogía ha sido el instrumento conceptual que ha servido para concordar y hacer coherente lo plural y lo igual, a través de la semejanza. Esto puede ser

⁷ BEUCHOT, M., *Derechos humanos. Historia y filosofía*, ed. cit., pp. 61 ss.

⁸ SALCEDO AQUINO, J. A., *Multiculturalismo. Orientaciones filosóficas para una argumentación pluralista*, México: UNAM – Plaza y Valdés, 2001.

aplicado al problema de los derechos humanos en un mundo contextualizado, de culturas múltiples y diferentes⁹.

Así, pues, la hermenéutica puede ser un instrumento útil para el estudio de las culturas y la comprensión o comunicación entre ellas. Y una hermenéutica analógica nos ayudará a ver lo que tengan de común, sin perder lo diferencial, e incluso resaltándolo más; o, si se prefiere, nos ayudará a captar las diferencias entre las culturas, sin perder la capacidad de captar ese algo común que, aun cuando es poco y aparece como anodino, es importantísimo, y es lo que nos hace acercarnos, algo sin lo cual sería imposible comunicarnos interculturalmente, y, dado que algo se puede lograr de esa comunicación, sin ello quedaría absolutamente inexplicada.

Es cierto que en esa comunicación intercultural hay pérdida de significado, hay empobrecimiento de sentido, no se alcanza la riqueza de la vivencia que cada cultura tiene de sus propios símbolos. No hay como ser miembro de una misma cultura para comprender y participar de sus significados. Pero también es posible, precisamente por medio de la analogía, compartir los símbolos de otros, reducir el aislamiento, disminuir el silencio, encontrarse en el diálogo suficientemente.

Universalismo y particularismo

Los derechos humanos tienen un innegable aspecto de universalidad, podríamos hablar de una irrecusable vocación a la universalidad. Sin ello dejarían de ser esos derechos que se desea que el hombre tenga por el hecho de ser hombre y en todas partes y en todo tiempo. Hay algo universal en ellos sin lo cual dejarían de ser ellos mismos. Pero también hemos visto que hay una realización particular, una encarnación concreta y una puesta en práctica que los hace encontrar una realización múltiple. Texto y contexto se unen aquí para deparar una legalidad universal pero dada en un contexto particular. Dependiendo de ese contexto encontrarán realizaciones diferentes. Con todo, no pueden ser tan diferentes, esa

⁹ BEUCHOT, M., "Interculturalidad", en A. Ortiz-Osés - P. Lanceros (dirs.), *Diccionario de hermenéutica*, Bilbao: Universidad de Deusto, 1997, pp. 376-383; J. A. Marina, "Interculturalidad", en J. Conill (coord.), *Glosario para una sociedad intercultural*, Valencia: Bancaja, 2002, pp. 222-228.

diferencia debe tener un límite. Por la misma razón: dejarían de ser lo que son. La práctica de los derechos humanos tiene cierta elasticidad, cierta variabilidad que permite diferentes matices, pero también dentro de ciertos límites, hay un margen de variación fuera del cual ya dejan de ser derechos humanos. Se da la violación de los mismos, se deja de respetar la dignidad de las personas.

Precisamente para ubicar este margen de variabilidad, para ajustar los límites hasta los que puede extenderse la diversa aplicación de los derechos humanos sin que se difuminen, se requiere de la hermenéutica. Y aquí es donde se manifiesta singularmente útil una hermenéutica analógica, es decir, una que evite el exceso univocista, según el cual los derechos humanos han de ser aceptados sin ninguna diferencia y a rajatabla, sin dejar ningún margen a la variación, a los matices de aplicación y de realización¹⁰. Y que también evite el exceso equivocista, según el cual los derechos humanos se dan de acuerdo a la cultura que los realiza o los aplica, aun cuando llegue un momento en que no se reconozcan ya o no se pueda decir que siguen siendo los mismos derechos humanos que se señalaban en un principio. Entre esos dos excesos se coloca una hermenéutica analógica que trata de dejar el margen más amplio de variación para que sean diferenciadamente aplicados y realizados los derechos humanos en las distintas culturas, pero sin llegar a un relativismo tal que los diluya y acabe con su propio constitutivo. En esta mezcla de universalidad y particularidad, o de universalidad particularizada (por ser matizada) se cumple la analogía, la analogicidad, es lo que distingue y caracteriza a una hermenéutica analógica.

Esta universalidad particularizada, o particularidad universalizada, permite dar cuenta de las exigencias que ponen las diferencias culturales para la encarnación práctica de tales derechos, y también de las exigencias de universalidad que contienen esos derechos por su misma naturaleza. No pueden renunciar a la universalidad que los caracteriza, pero no pueden entender esa universalidad como una universalidad unívoca; tiene que ser análoga. E, igualmente, no pueden desconocer la particularidad con la que se realizan en las culturas concretas, es decir, no pueden

¹⁰ CONDE GAXIOLA, N., "Iusnaturalismo y hermenéutica analógica en la fundamentación filosófica de los derechos humanos", en *Estudios jurídicos (UIC)*, nn. 16-17 (2002), pp. 399-409.

adoptar una particularidad equivocista, tienen que adoptar una particularidad analógica. Sólo de esta manera se podrá balancear y equilibrar lo universal y lo particular en el caso de la realización concreta de los derechos humanos en el ámbito multicultural. Hay que potenciar lo más que se pueda lo particular, pero sin perder la capacidad universal, en el caso de los derechos humanos. Hay que dar más actualidad a lo particular, es decir, privilegiarlo, dada la gran potencialidad que se encuentra en lo universal. En el caso de los derechos humanos, hay que favorecer su matización o diversificación lo más que sea dable, pero siempre sin romper la tensión hacia lo universal que ellos mismos tienen, pues lo universal velará por sí mismo, pero lo particular es más delicado y fino, y, por lo mismo, más susceptible de quebrarse y perderse.

El contexto concreto: el caso de los pueblos indígenas

Se da, además, el problema de la pugna que encuentran a veces los derechos individuales y los derechos grupales. A veces hay conflictos entre ellos. Algunos derechos que se reclaman como grupales, van en contra de derechos individuales, como en el caso de que la sociedad tiene derecho a que la defiendan sus hijos, como soldados, y eso implica que a los jóvenes que son reclutados se les envíe a la muerte, con lo cual se les lesiona el derecho fundamental a la vida. O costumbres ancestrales, por ejemplo, relativos a las mujeres, quieren ponerse como derechos grupales, pero van contra la dignidad de éstas, es decir, contra sus derechos individuales.

Con todo, a pesar de todos los problemas que puedan plantearse, en México tenemos la ventaja de que los pueblos indígenas (o la mayoría de ellos), reconocen y aceptan los derechos humanos individuales, aun cuando reclaman para sí algunos derechos comunitarios o grupales, los cuales cada vez van siendo más reconocidos. Hay, en efecto, derechos comunitarios reconocidos, y ahora derechos humanos comunitarios, ya no sólo individuales. Muchos de esos derechos humanos comunitarios son derechos culturales, como el derecho a la pervivencia de una cultura, de una lengua, etc. Ya los titulares no son las personas individuales, sino los grupos¹¹.

¹¹ LÓPEZ CALERA, N., *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y sociedad en la teoría de los derechos*, Barcelona: Ariel, 2000, pp. 117 ss.

Mas para la concientización, apoyo y promoción de estos derechos humanos grupales y culturales, se requiere una educación en la apertura y aceptación de otras culturas, se requiere una educación multicultural y, sobre todo, intercultural. Es decir, no sólo una educación en la que se respetan las otras culturas, pero no se las toma en cuenta, sino una educación en la que las culturas conviven y dialogan. Eso es lo que es propiamente intercultural, lo que hace la verdadera interculturalidad. Y para ello se requiere sobremanera una educación en la que se tomen muy en cuenta ciertas virtudes indispensables para la convivencia pluricultural, como son la tolerancia, el respeto y el reconocimiento. Están conectadas con la solidaridad o amistad social, es decir, con una especie de generosidad para aceptar al otro, al diferente, al que pertenece a otra cultura distinta¹².

Los derechos humanos, en un ambiente multicultural, además, necesitan esa apertura que hemos mencionado acerca de las distintas interpretaciones de éstos, ya que, según hemos dicho, en las diferentes culturas pueden hallarse diferentes interpretaciones de tales derechos, y esa diferencia tiene que reducirse de modo que no se lesionen y que no pierdan su propia naturaleza de derechos humanos. Esto incluye la preservación de su universalidad, pero dentro de las variantes aplicativas que sean aceptables, o, si se prefiere, la salvaguarda de su diferencia, pero sin perder la universalidad que requieren para ser tales. Y esto se logra con la hermenéutica analógica, que evitará una aplicación unívoca de los derechos humanos en las diferentes culturas, la cual destruye toda diferencia, y también una aplicación equívoca de los mismos en las culturas diversas, en la que no quede de ellos más que el nombre.

De hecho, como muy bien lo reconoce el profesor José Rubio Carracedo, de la Universidad de Málaga, la ética intercultural tiene como núcleo fuerte o contenido básico los derechos humanos: "Desde la perspectiva del diálogo intercultural las disputas internas en el seno de la ética occidental (entre deontologistas y consecuencialistas, entre la ética del bien y la ética del deber, etc.) se nos antojan casi disputas por bagatelas. A estas alturas no es posible, por un lado, que la ética occidental se unifique más que centrándose en los derechos humanos como

¹² ESCÁMEZ, J., "Educación intercultural", en J. Conill (coord.), op. cit., pp. 132-140.

contenido básico de la ética intercultural; y, por otro, no me cabe duda de que los derechos humanos resumen lo mejor de la herencia ética de Occidente"¹³. Sólo habría que añadir que no sólo es herencia de la ética occidental, sino también de las culturas indígenas, aunque de manera un tanto diferente, es decir, analógica.

Conclusión

De esta manera, se ve cómo la filosofía puede ayudar en la teorización y la defensa de los derechos humanos. En cuanto a lo primero, estudiando su fundamento filosófico; en cuanto a lo segundo, propiciando una educación en derechos humanos que tome en cuenta los valores de las distintas culturas, a veces en conflicto, para llegar a un equilibrio. Asimismo, esa disciplina de la filosofía, que es la hermenéutica, será de mucha utilidad para aprender y criticar a otras culturas en cuanto a su práctica de los derechos humanos, esto es, en el diálogo intercultural acerca de éstos, ya que es un instrumento para la interpretación, y aquí se necesita interpretar al otro, para llegar a una comprensión de él mismo. En realidad, es una educación para el diálogo (intercultural).

Es verdad que en el diálogo siempre habrá pérdida de significado, insuficiencia de comprensión, pero la hermenéutica podrá acercarnos lo más posible al conocimiento de los que son diferentes de nosotros, las otras culturas. Sin embargo, se necesita una hermenéutica que supere el univocismo reduccionista de los que quieren que todas las culturas lleguen a la identidad, en la globalización, perdiendo sus diferencias y, así, sus riquezas; y también el equivocismo relativista de los que desean que todas las culturas se preserven en todo lo que tienen, aun en las cosas que van contra los derechos humanos; en cambio, se requiere proteger lo más posible las diferencias culturales, pero acercándolas incesantemente al cumplimiento de lo que contienen esos derechos universales e inalienables. Esto, me parece, podrá hacerlo una hermenéutica analógica, intermedia entre esos dos extremos y, además, con la capacidad de lograr universales análogos, matizados y diferenciados, que permitan lo más posible la diversidad cultural, que es riqueza de significado para la humanidad.

¹³ RUBIO CARRACEDO, J., "Ética intercultural", en J. Conill (coord.), op. cit., p. 151.

Sobre todo, una hermenéutica analógica hará que no se vean los derechos humanos como exclusivo peculio de la cultura occidental, sino como algo que también se da en las culturas no occidentales, al menos en algunas, como sucede en muchas de nuestras culturas indígenas, sólo que de manera un tanto diferente, es decir, de manera analógica, análoga (en parte semejante, en parte diferente, predominando la semejanza, pero con la suficiente capacidad de reducción de esa diferencia como para no perder su universalidad e inviolabilidad).

¿FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS?

Por Ricardo A. Guibourg

La pregunta por el fundamento de los derechos humanos es un tanto ambigua. Puede pedir la fuente de validez jurídica de los derechos humanos, pero también puede requerir una respuesta que les sirva de justificación moral y política. En esta reunión estoy seguro de que todos la interpretamos como la segunda acepción de la pregunta, pero algunos (tal vez muchos) piensan que preguntarse por la justificación moral y política es lo mismo, o lo mismo en ciertas condiciones, que preguntarse por su validez jurídica. Ente estos últimos, hay quienes postulan para ciertos derechos fundamentales una base que repose en la naturaleza del hombre, en tanto hay también quienes postulan los derechos humanos (no necesariamente los mismos) con apoyo en el consenso de los ciudadanos, en las prácticas de los pueblos civilizados, en las necesidades de la convivencia democrática o en ciertos planteos acerca de la naturaleza de la argumentación. Entre estas dos poderosas fuerzas de opinión, los positivistas, tan descreídos siempre, quedamos como el jamón del sándwich, destinados a dar sabor a lo que va a devorarse.

Los defensores de los derechos humanos piensan que el positivismo está en su contra. Esto no es verdad. Todos los positivistas que conozco están a favor de ellos, pero lo hacen desde el punto de vista político-moral. La diferencia que da lugar al malentendido reside en que los positivistas niegan (negamos) entidad trascendente a los derechos humanos y los consideramos exigencias políticas y morales que, desde luego, merecen ser compartidas.

La cosa se complica cuando los derechos humanos empiezan a formar parte del derecho positivo expreso, cosa que ocurre desde hace muchos años pero se acentúa ahora con el neoconstitucionalismo. Entonces

los iusnaturalistas nos preguntan: ¿Y ahora?, ¿qué van a decir, eh?, ¿no reconocen ahora los derechos humanos como derecho vigente? Así es como surge el llamado positivismo incluyente, o moderado, que muchos consideran (consideramos) una nueva forma de iusnaturalismo.

Toda esta situación no hace más que profundizar el malentendido. Y lo profundiza por dos lados. El primero, señalado recientemente en Mar del Plata por el profesor Millard, muestra que, si los derechos humanos son derecho vigente porque están en la Constitución, sería posible derogarlos con una reforma constitucional. Y, si son derecho vigente porque fueron incluidos en convenciones internacionales, una nueva convención podría derogarlos también (por ejemplo, en aras de la lucha común contra el terrorismo, tal como la entiende George Bush). ¿Admitirían estas conclusiones los defensores de los derechos humanos como tales? Porque, si no las admiten, habrá que reconocer que los derechos humanos son algo diferente del derecho positivo, ya sea que las leyes se refieran a ellas o no lo hagan.

Pero el otro lado del malentendido es aún más grave. El neoconstitucionalismo debería obligarnos a considerarlo, pero normalmente no es tomado en cuenta. Este otro lado del problema reclama una reflexión más profunda que la jurídica y la política, más profunda también que la teoría del derecho, para incursionar en la epistemología y en la propia ontología.

En este punto debo empezar por sincerar y aclarar mi propio pensamiento. Yo no soy positivista porque niegue desde un punto de vista metafísico la existencia de un derecho natural. Y tampoco, como sucede a veces, porque postule un derecho natural contrario al que otros pretenden imponerme. Soy positivista metodológico. Y lo soy por razones estrictamente metodológicas.

En efecto, hay una relación inversa entre el orden temático de la filosofía y el orden de la construcción del pensamiento filosófico. Desde el punto de vista lógico, hay que empezar por definir una ontología; después una teoría de aceptabilidad de los modelos (que también llamamos teoría de la verdad), una teoría del conocimiento y, por último, una metodología que nos permita acceder a todo eso. Pero el pensamiento podría reconstruirse también al revés: cuando encontramos un método que satisface regularmente nuestras expectativas, llamamos verdaderos

a sus resultados y postulamos una realidad capaz de respaldar aquellas verdades.

Así, estamos habituados desde hace decenas de miles de años al hecho de que lo que percibimos con los sentidos permanece y se opone a veces a nuestros deseos, por lo que nos importa apreciar los resultados de ese método. Así, desde tiempos ancestrales el hombre dice que el enunciado "llueve" es verdadero si vemos que cae agua del cielo, y falso en el caso contrario. Y esta dicotomía de conceptos funciona admirablemente bien, porque, si alguien niega que llueva pero el agua nos moja la mano cuando la sacamos por la ventana, cualquiera puede afirmar que aquella negativa no era verdadera.

El problema consiste en que, también a lo largo de los milenios y gracias a las reglas del lenguaje, podemos decir cosas mucho más abstractas, cuya verdad o falsedad depende de una combinación de observaciones empíricas cada vez más compleja e intrincada. Pero con las palabras podemos decir cualquier cosa, y en esa situación razonamos inversamente: si los hechos pueden ser descritos con verdad y falsedad, y si hay un método para averiguar el valor de verdad de las descripciones, entonces cualquier oración gramaticalmente bien formada se refiere, con verdad o falsedad, a algún estado de cosas, por lo que sólo falta buscar el método apropiado para distinguir su eventual verdad.

Sostengo que esta inversión del orden del pensamiento es abusiva, porque extiende la dicotomía verdad-falsedad a oraciones para cuya verificación no hay base teórica suficiente. En el marco de esa extensión, buscamos o creemos encontrar "métodos de verificación" cuya pretendida eficacia es mucho menor que la de la observación que había dado lugar a toda esa taxonomía.

Puedo decirlo de este modo. Si tuviéramos algún método, intersubjetivamente aceptado de manera casi unánime, para distinguir la verdad o la falsedad de las oraciones valorativas, yo me plegaría al iusnaturalismo con gran alegría. Para eso, no tendría inconveniente alguno en postular la existencia de los entes ideales apropiados para hacer verdaderos o falsos los enunciados sobre la justicia y, entre ellos, los propios derechos humanos. Si no hago esto es porque no encuentro ese método ni creo que otros lo hayan encontrado, ya que la *razón*, el *sentido común* o la *intuición* no son, a mi modo de ver, más que nombres que se ponen a

ciertas tradiciones culturales largamente internalizadas en la conciencia predominante, aunque no sean compartidos por todos los miembros de la sociedad y menos aún por los de otros grupos culturales.

Por este motivo, afirmo que no es posible “conocer” los derechos humanos, ni el bien común, ni las condiciones de la salvación eterna, ni la verdadera composición de los nueve coros de ángeles. Y no es que yo sea ignorante, como lo soy en tantas cosas, sino que se trata de palabras cuyo significado es inverificable, tanto en forma directa como en forma indirecta. Allá cada uno con su opinión moral, su preferencia política o su fe religiosa, pero hay que recordar que el significado de las palabras no es otra cosa que el criterio de su uso. Una expresión sin un criterio determinable para su uso se convierte en un ruido vacío.

Así, la recepción de los valores por parte del derecho positivo no cambia nada, porque el asunto no depende de si una palabra es dicha por el legislador o no es dicha por el legislador, sino de si las oraciones que se expresan, dentro o fuera del discurso legislativo, pueden ser verificadas de manera intersubjetiva. El positivismo, tal como yo lo veo, rechaza el iusnaturalismo por *esa* razón; y, cuando el derecho natural (ahora bajo la forma de los principios liberales y humanitarios) invade el derecho positivo, lo único que logra es inyectar en el derecho positivo los problemas del derecho natural, sin resolver la dificultad de fondo, que no es positiva sino epistemológica, y empeorando el panorama metodológico mientras intenta, no siempre con buen éxito, mejorar el panorama político.

Al respecto, quiero proponer un ejemplo que me parece ilustrativo. En una tribu imaginaria, el cacique convoca a sus súbditos para darles alguna norma. Los miembros de la tribu acuden pero, como se trataba de un pueblo extendido por un amplio territorio, no todos llegan a tiempo. Cuando el cacique encuentra un auditorio que le parece suficiente, les da el siguiente discurso.

“Como todos ustedes saben, nosotros descendemos del Dios Conejo. El conejo es nuestro animal totémico, el símbolo de nuestra identidad y el resumen de la veneración hacia nuestros ancestros. Todos debemos respeto y protección al conejo. Pero ha llegado a mis oídos que algunos miembros de esta tribu gustan del conejo al vino blanco y llegan al extremo de causar la muerte de algunos conejos. Esta conducta es com-

pletamente inaceptable. Por eso les anuncio que, si alguno de ustedes llega a causar daño a un conejo, yo mismo le cortaré la cabeza. ¿Han entendido?” Los indios asienten y el cacique los autoriza a retirarse: la sesión legislativa había terminado.

En el camino de regreso, dos indios van discutiendo acaloradamente. El primero dice: “Me parece excelente la reacción de nuestro cacique. No podemos admitir que alguno de los nuestros cometa semejante atentado contra la identidad de la tribu y contra el respeto de los antepasados y, a la vez, haga incurrir a todo nuestro pueblo en las iras del Dios Conejo”. El otro responde: “El cacique está loco. ¿A quién se le ocurre que nosotros, seres humanos, podamos descender de un conejo, por muy dios que sea? Nuestro jefe pretende retrotraernos a los siglos oscuros en los que algunos tontos creían patrañas como éstas”. Mientras los dos individuos debaten con ardor entre sí, se cruzan con un tercero que viene corriendo y le dicen que ya no hay prisa, porque todo terminó. “¿Y qué sucedió?”, pregunta entonces el compañero demorado.

Tengo para esta historia dos finales. Uno de esos finales es positivista: los dos indios que venían discutiendo responden al unísono: “El cacique prohibió matar conejos, bajo pena de muerte”. Uno agrega, tal vez, la expresión “lamentablemente”, mientras el otro prefiere decir “afortunadamente”.

El otro final es principialista (es decir, iusnaturalista al nuevo estilo). Uno de los indígenas afirma: “El jefe dijo que estaba prohibido matar conejos, pero no sé por qué tuvimos que llegar hasta él para enterarnos de algo tan obvio; matar conejos ha estado prohibido desde siempre y el que lo haga merece la muerte, como autor de un delito imprescriptible del derecho *ius cogens*, por su grave atentado contra la identidad de la tribu y contra el respeto debido a nuestras ancestrales tradiciones”. El otro, en cambio, sostiene: “Acabamos de enterarnos de que nuestro jefe está loco. Pretende que matar conejos está prohibido, afirmación que es claramente falsa por fundarse en una inaceptable superstición, desmentida por las ciencias biológicas. La libertad para matar conejos deriva y siempre ha derivado de la autonomía primordial del ser humano y del derecho a la alimentación, que es inalienable e imprescriptible”.

Me parece que el segundo final de la historia —al que conduce el fundamento que suele atribuirse a los derechos humanos— es muy poco

útil en términos de comunicación entre los individuos. Si queremos asegurar el derecho a comer conejos (y, ciertamente, yo preferiría asegurarlo, porque me gusta el conejo al vino blanco), es mejor que aceptemos como un hecho que eso está prohibido por el cacique y criticar ese hecho, en lugar de fingir que el derecho está bien por definición y que sólo nos hallamos ante una contingente demencia de un cacique cuya función — aun durante sus intervalos lúcidos — resulta de todos modos innecesaria.

Claro que los derechos humanos, desde su misma creación, han servido siempre como armas de los ciudadanos para limitar los poderes del cacique. Por eso los apoyo de todo corazón. Pero me atrevo a sugerir, como ciudadano con setenta años de experiencia argentina, que en lugar de buscar fundamentos más o menos metafísicos para lo que queremos hacer, lo hagamos sencillamente, con palabras claras que establezcan qué es lo que estrictamente el cacique no puede hacer, y luego, cuando los delegados del cacique nos vengán con interpretaciones acomodaticias para permitirle saltar esas prohibiciones, estemos dispuestos a reaccionar con nuestro propio poder, poniendo esas fuertes preferencias político-morales — que llamamos derechos humanos — como cabeza de nuestras decisiones ciudadanas.

EL CALEIDOSCOPIO

Por Andrea Danas¹

Hace muchos años, cuando era niña, me regalaron un caleidoscopio. Aún recuerdo mi perplejidad infantil ante algo tan fascinante como desconocido.

Era un objeto hexagonal de madera con espejos, cuentas de colores y otros elementos en su interior, que al girarlo en mis manos y proyectarlo a la luz, producía ante mis ojos diferentes formas, tan simétricas como irrepetibles, y con un devenir continuo de imágenes que mantenían mi atención.

Nunca esas imágenes volvían a ser las mismas. Las partículas cambiaban una y otra vez, en mis manos y en las de toda persona que miraba a través de ese túnel visual encantador...

Un expediente judicial contiene una historia vivida por un sujeto frente a otro. Es un relato ya pasado entre dos personas que han sido ligadas en sus vidas por el derecho y que han llegado para dirimir su conflicto, a los estrados judiciales.

He allí dos sujetos y ahora un tercero, el juez, quien no tendrá una tarea fácil, por cierto y no es que no lo sea sólo porque lo jurídico sea en sí mismo complejo, sino porque el juez estará entramado y atrapado en el conflicto que tiene frente a sí, del mismo modo que lo está frente al derecho, cuyas normas, entre otras cosas, le han permitido acceder a su cargo.

¹ Ponencia presentada en el Panel sobre Derecho y Argumentación de las Jornadas organizadas por la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, el 21 de noviembre de 2009.

En primer lugar el juez está frente a dos partes que cuentan hechos que él desconoce y que cada una intentará probar que han acaecido —o no— según su respectivo interés.

El juez leerá la demanda y su contestación. Intuirá una posible versión de esos hechos, relatados por las partes, cuya prueba puede no ser suficiente ni adecuada para el caso.

Al momento de la apertura a prueba nuestro juez deberá decidir cuáles admite y en este acto jugará los dados probatorios que sellarán la suerte futura del expediente.

Sobrevuelan además, sobre el caso, los principios procesales que se suman, se multiplican, dividen la mente del juez, quien se pregunta ¿debo seguir el principio de verdad material o de congruencia?, ¿debo indagar lo sucedido realmente o respetar el principio de bilateralidad y de defensa en juicio de las partes?

Sin olvidar, claro está que al jurar la Constitución, su preámbulo le señaló el deber de afianzar la justicia.

Supongamos que nuestro juez ha transitado, no sin tribulaciones y dudas, el proceso todo y debe ahora escribir el último capítulo de la novela judicial que le ha sido encomendado. El último que le tocará escribir a él, ya que, de no consentir la decisión, las partes harán que otros magistrados continúen la tarea narrativa.

Ha llegado el momento de la sentencia, donde al decir de Dworkin debe “interpretar la historia que encuentra, no inventarse una historia mejor”².

Ya hemos dicho que esa historia es de las partes, pero una vez iniciado el expediente judicial, también le pertenece al juez, puesto que en cada tramo del camino procesal, ha sembrado las semillas que germinarán en la sentencia.

Su sentencia, seguramente no será igual a idéntico caso planteado en otro juzgado, pero además, no lo será —entre otras cosas— porque la

² DWORKIN, Ronald, *Cómo el derecho se parece a la literatura*, en *La decisión judicial, El debate Hart-Dworkin*, Editorial Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, p. 169.

estrategia procesal de las partes ha sido la que el propio sentenciante ha admitido y esto lo involucra en la decisión final.

El juez comenzará por narrar los hechos de la causa, las pruebas producidas, con las objeciones, impugnaciones periciales, opiniones de consultores técnicos, tacha de testigos, etc.

En el momento de fijar la verdad de lo acontecido. Pero ¿qué es la verdad judicial?, ¿cómo reconstruir esta realidad “ya vivida, y en este sentido plenamente gastada”, como señala José Calvo González?³

Esta tarea de reconstrucción de los hechos es constructiva, no sólo porque organiza el relato constructivamente, sino porque el modo en que lo formula “constituye” la realidad del mundo. Su veredicto (*verevdad/dictum*-dicho) tiene carácter performativo, ya que el lenguaje en que está expresado tiene atribuida la facultad de cambiar el estado de cosas existentes⁴. Así, luego de la sentencia alguien que no era culpable lo será, alguien que nada debía lo deberá.

La argumentación jurídica como vehículo de la función jurisdiccional

La primera idea acerca de cómo los jueces realizan sus sentencias ha sido insistentemente elaborada a partir de la idea de subsunción, que supone que cierta clase de hechos que constituye un caso particular se inscribe o incluye dentro de las previsiones de una norma que describe un caso general.

Sin embargo, Derrida advertirá que ese acto es imposible, pues se trata de una singularidad, un individuo, un grupo en una situación única que no puede subsumirse en la generalidad de una regla, una norma o un valor que tiene necesariamente una forma general⁵.

³ CALVO GONZÁLEZ, José. “La verdad de la verdad judicial. Construcción y régimen narrativo”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Giuffrè, Milan, 1999, fasc. 1, p. 29.

⁴ CÁRCOVA, Carlos María. *Las Teorías jurídicas Post Positivistas*, Editorial Abeledo Perrot, segunda edición, p. 42.

⁵ DERRIDA, Jacques. *Fuerza de ley: el fundamento místico de la autoridad*, Doxa, N. 11, Alicante, 1992.

Aún desde esa imposibilidad, la tarea que llevan a cabo los jueces es compleja y dista bastante de la idea de subsunción.

Veamos. Argentina, 2009. La Corte Suprema de Justicia de la Nación dicta sentencia el 11 de agosto en las causas “Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Lidia y otros s/sustracción de menores de 10 años” (en adelante Gualtieri 1), y “Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Lidia y otros s/sustracción de menores de 10 años”(Gualtieri 2). Allí tuvo que resolver la determinación de la verdad biológica de los hijos e hijas de desaparecidos apropiados durante la última dictadura militar mediante un delito de lesa humanidad que se tradujo en la construcción de una falsa identidad. El caso 1 centró su discusión sobre la constitucionalidad de la procedencia de la extracción de sangre compulsiva respecto del sujeto apropiado, con el objeto de obtener una muestra que permitiera establecer los vínculos biológicos en términos de verdad real o histórica.

En el caso 2, el debate estuvo delimitado por la constitucionalidad de la medida judicial que había dispuesto un allanamiento en el domicilio del eventual sujeto apropiado, con el objeto de secuestrar diversos efectos personales, tales como cepillos de dientes y de cabellos a efectos de la realización de un estudio pericial tendiente a la obtención de una muestra de ADN que permitiera establecer los vínculos biológicos.

En el caso 1 la mayoría estuvo compuesta por los jueces Lorenzetti, Zaffaroni, Fayt, Petracchi y Argibay, en tanto la minoría fue integrada por Highton de Nolasco y Maqueda. Allí se decidió que no es constitucionalmente viable la extracción compulsiva de sangre de una persona mayor de edad como prueba que permita establecer la verdad biológica.

En el caso 2, se entrecruzaron los argumentos. Highton de Nolasco y Maqueda expresaron que junto con el material genético también es procedente la extracción compulsiva de sangre, mientras que el resto de los magistrados y magistradas limitó su decisión a la colección del material genético, pero rechazó la posibilidad de otorgarle los mismos efectos a la extracción compulsiva de sangre.

Por otro lado, Lorenzetti y Zaffaroni limitaron la dilucidación de la verdad biológica a la voluntad del eventual sujeto apropiado, quien en exclusividad podrá disponer si promueve un proceso penal

al respecto, mientras que el resto de los magistrados estableció que una vez esclarecida la verdad biológica, ésta habilita la persecución penal estatal del delito de lesa humanidad más allá de la voluntad del sujeto apropiado.

Treinta y tres años han pasado desde la irrupción de la dictadura militar y con ellos han pasado leyes de indulto, obediencia debida, punto final, sentencias judiciales, etc.

Treinta y tres años después la Corte se expide acerca de cómo se investigarán los delitos de lesa humanidad de apropiación de menores, cuál será el límite de esa investigación, no sólo para el esclarecimiento de la verdad biológica sino para la posterior prosecución de la acción penal.

Se advierte en el caso una colisión de derechos fundamentales y humanos “cuya resolución dilemática se vincula inexorablemente con el signo de la tragedia”⁶.

Una persona titulariza el derecho a la libertad de intimidad no desea que se revele la verdad biológica en cuestión. Mientras que por el otro lado existen personas que, como familiares de desaparecidos también exhiben el mismo derecho, y desean revelar la verdad biológica ocultada por la perpetración de ese delito, para dejar atrás el padecimiento indescriptible de no poder narrarle a su nieto o sobrino quiénes fueron sus padres.

He aquí la tragedia del caso y he aquí la tragedia del derecho, esa imposibilidad de juzgar que Derrida nos adelantaba, y que nos deja huérfanos de respuesta única.

Sólo tendremos una respuesta construida por los jueces. Las normas en juego remiten a la misma Constitución que en su artículo 19 proclama el principio de reserva, el derecho a la intimidad que, en el caso, toma además el ribete de la verdad, al adjudicarles a los actores también un derecho a saber la verdad. Ambas partes exhiben ante la Corte diferentes derechos, plasmados en la misma norma constitucional.

⁶ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Estado constitucional de derecho, ponderación y verdad*, La ley, agosto de 2009.

Paralelamente, se encontraba en trámite un proyecto de ley que regulaba el caso. Dicha ley fue finalmente sancionada el 18 de noviembre de 2009 con 57 votos a favor y 1 en contra en el Senado. Allí se habla en la exposición de motivos de la obligación del Estado de reparar a las personas que siendo niños fueron víctimas de desaparición forzada, y a sus familiares de cuyo seno fueron arrancados a tan temprana edad, estableciendo un procedimiento para la realización de todas aquellas medidas necesarias para restablecer su identidad.

Se alude al reciente caso Gualtieri Rugnone de Prieto, y si bien no soslaya que tomar estas muestras e investigar el caso conllevará una importante afectación de la integridad psicofísica de las personas, modificando los lazos afectivos existentes respecto de quienes consideraba sus padres biológicos o bien generando un mecanismo de negación frente a los resultados obtenidos, agrega que diversas posturas psicoanalíticas sostienen que la afectación de la integridad psicológica del menor sustraído de sus padres biológicos comienza ya desde el momento en que es sustraído y comienza a ser criado por parte de personas que a sabiendas de que no son sus padres verdaderos actúan como tales, ocultándole dicha circunstancia durante toda su vida.

La ley establece que el juez puede ordenar la obtención de ADN del imputado o de otra persona cuando eso fuere necesario para su identificación o para la constatación de circunstancias de importancia para la investigación. Serán admisibles mínimas extracciones de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas. La misma será practicada del modo menos lesivo para la persona y sin afectar su pudor, teniendo especialmente en consideración su género y cualquier otra circunstancia particular.

Si lo estima conveniente puede ordenar el secuestro de objetos que contengan células ya desprendidas del cuerpo para lo cual podrán ordenarse medidas como el registro del domicilio o la requisita personal. Se tratará de evitar la revictimización y resguardar los derechos específicos que la persona detenta.

Entre tanto, la opinión pública exhibió posturas tan diferentes como la procedencia política de quienes las emitían, a favor y en contra del proyecto de ley ahora sancionado.

¿Cómo interpretó la Corte Suprema la ley, que en este caso era la norma del art. 19 de la CN? ¿Cómo interpretar la realidad jurídica en juego?

¿Qué fue primero, el fallo de la Corte o el proyecto de ley que luego fue sancionado? ¿De dónde surgieron ambos? ¿Fue la opinión pública la que impulsó la cuestión o ella se hace eco ahora de lo que sucede, a partir del fallo?

Una teoría crítica del derecho, dirá Alicia Ruiz, “es una lectura que cuestiona los fundamentos de lo que es el derecho y de lo que es una teoría acerca del derecho. Es una lectura que es al mismo tiempo una decisión”⁷.

Y se pregunta ¿qué ocurre si pienso que el discurso jurídico se construye en un entretreído de discursos sociales diversos, aludidos y eludidos en cada tramo de esa construcción —y no por azar—?

El caso Gualtieri —como tantos otros, como todos— nos muestra al derecho como discurso cargado de sentido. Allí se conjugan y arriban a destino otros discursos: el histórico, el social, el biológico, el psicológico, el ético, el político, etc, todos los que atraviesan la realidad de esa tragedia y confluyen en una búsqueda de respuesta judicial que ni bien es plasmada por el Máximo Tribunal, es asumida por los creadores de normas (uno, tan sólo uno de los niveles de ese discurso jurídico) para ser elevada al rango legislativo e incorporarla normativamente al sistema.

Dije tan sólo uno de esos niveles, porque queda de manifiesto que existe un segundo nivel, constituido por los operadores jurídicos (abogados, jueces, juristas, profesores de derecho), que ya han marcado su impronta en el mundo jurídico, a partir de lo sucedido.

Y también por fin —y al principio del caso— es en el tercer nivel, el de los usuarios, allí donde se debate el imaginario colectivo, donde la

⁷ RUIZ, Alicia, “Miradas-Lecturas-Teorías”, ponencia presentada el 4 de octubre de 2007 en las *XXI Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social*, organizadas por la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho y celebradas en la ciudad de Buenos Aires.

ideología opera plenamente, donde los mitos y las ficciones se ocultan aún más para hacer funcionales determinadas formas de organización del poder.

La argumentación jurídica

Pretendo plantear que la teoría de la argumentación jurídica se relaciona estrechamente con la teoría crítica del derecho.

Para ello, señalaré las discrepancias entre la visión del derecho como argumentación y las restantes teorías acerca del fenómeno jurídico.

Así, fácilmente advertiremos que el formalismo jurídico, en su tendencia por absolutizar los elementos formales del derecho, simplifica las operaciones de aplicación e interpretación, bastándole, prácticamente con la lógica deductiva, el *modus ponens*, el silogismo judicial. Sin embargo, sabemos que no es posible confundir justificación con decisión.

Con relación al positivismo normativista se podría decir en términos generales, que concibe al derecho como una realidad dada, mientras que para la teoría de la argumentación el derecho consiste más bien en una actividad, una práctica compleja, una empresa, una tarea en la que se participa, la construcción de una catedral —diría Atienza—, más que la catedral construida⁸. Del mismo modo, su estudio tiene un carácter más bien funcional y fisiológico y no tan estructural y anatómico.

El realismo jurídico sumará al menos su visión del derecho como práctica social, pero el énfasis estará puesto más bien en la argumentación en materia de hechos y no tanto de normas. Los juicios de valor serán importantes en la toma de decisiones, pero ellos no pertenecen al campo de la razón, de modo que su discurso es de carácter persuasivo y no justificativo. La visión conductista del realismo apunta a predecir o, al menos, explicar *a posteriori* las conductas de los jueces y por ello la retórica es de escasa utilidad.

Con el iusnaturalismo la distinción estará dada porque se hará hincapié en la noción de justicia y ello deriva en la falta de interés

⁸ ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación*, Editorial Ariel, p. 33.

por las cuestiones metodológicas, por cómo funciona, y cómo puede funcionar el derecho como realidad determinada social e históricamente.

Para Michel Villey, por ejemplo el Derecho natural es esencialmente un método para descubrir el Derecho, lo justo, en las relaciones sociales, lo justo visto como “lo suyo de cada uno”, pero eso está en la realidad social. La dialéctica está encaminada no a la persuasión, sino a la verdad, a un diálogo ordenado y sincero.

Finalmente quedan las teorías críticas que ven al derecho como práctica social de naturaleza discursiva, como dice François Ost, como circulación incesante de sentido, donde, tal como lo he mostrado con el caso Gualtieri —y cualquiera y todos los casos de la vida jurídica resultan útiles al efecto— la función de todos los niveles que integran ese discurso jurídico se lleva a cabo a través de la argumentación. Ello producirá el sentido que se desea imprimir al interior del discurso jurídico.

Coincidiré pues con Atienza en que argumentar es siempre una acción relativa a un lenguaje, que siempre presupone la existencia de un problema, que consiste en un proceso, o una actividad que siempre es racional, en el sentido de que siempre es posible evaluar si los argumentos son buenos o malos.

Pero esa evaluación, no estará exenta de sentido y se encaminará a producirlo, articulado como estará con la ideología y entrelazado con las tramas de poder que el derecho oculta en cada relación jurídica que regula y concibe.

No son obstáculos para una visión crítica del derecho los elementos que aporta la teoría de la argumentación, con sus concepciones formales, materiales y pragmáticas.

La concepción formal contribuirá con su lógica estándar, poniendo énfasis en la estructura.

La concepción material mostrará la importancia de las premisas y de la conclusión que constituyen un razonamiento judicial entendido no ya desde la inferencia formal, sino como enunciados interpretados, aceptados por quien argumenta, como verdaderos o correctos.

La concepción pragmática supone enunciados *aceptados*. La argumentación supone un diálogo donde deben aceptarse las premisas, los puntos de partida, por parte del auditorio. Los fines concretos de una argumentación pragmática, pueden ser variadísimos: convencer al juez, el juez de primera instancia convencer a la Cámara de Apelaciones para que no revoque el fallo, persuadir a la opinión pública acerca de la conveniencia de una medida, ganar una elección, etc.

Por fin, el caso "Gualtieri" nos muestra, como tantos otros, que el derecho es un discurso, una práctica social a la que agregaría a partir de ahora su carácter preponderantemente argumentativo, donde todos los usuarios, operadores y creadores de normas argumentan como medio para expresarse en el discurso. Es una práctica que expresa los conflictos sociales que existen en una sociedad dada en un momento determinado, atravesado por la ideología y el poder que oculta celosamente la violencia del derecho.

El caleidoscopio produce figuras distintas en la medida en que cada imperceptible movimiento hace girar las cuentas interiores mostrando figuras irrepetibles, tan irrepetibles en la mano del mismo sujeto como en la de cualquier otro.

Así se muestra el fenómeno jurídico. Cada caso, cada problema, muestra en la sociedad y específicamente en los estrados judiciales que son únicos, que no hay normas que los contengan y permitan la subsunción como tarea habitual. Que el juez como destinatario del conflicto que debe resolver, es de algún modo parte del mismo, que se encuentra atravesado por los discursos imperantes y que teje la trama del conflicto en la misma medida que pretende desenredar la madeja que ha sido puesta en sus manos.

El movimiento de las manos del portador del caleidoscopio se asemeja a la argumentación en las manos del jurista. Cada argumento es único, como lo es cada caso y como lo será en consecuencia su resultado. Y por eso mismo, ese resultado evanescente dejará paso a la próxima figura, cada solución se esfumará con el caso aún cuando las normas sean las mismas, o las cuentas del caleidoscopio lo sean por igual.

Quien argumenta jurídicamente debe saber por qué argumenta y tener clara conciencia del destino de su argumentación. Porque, tal como

nos recuerda Alicia Ruiz “una lectura crítica no es, por definición, un ejemplo de lectura ingenua, no es una lectura a través de la cual se conoce lo que es como es. Esto de que haya algo que *es lo que es*, resulta inaceptable para un jurista crítico”⁹.

COMPLEJIDADES INTERPRETATIVAS: LA FALTA DE COINCIDENCIA ENTRE LA VOLUNTAD REAL Y LA ARGUMENTADA*

Por José José Fernández

1. La tesis que voy a tratar en este artículo de interpretación de las normas jurídicas es ésta: desde un punto de vista más allá de la técnica jurídica, a pesar de que la intención jurídica de los autores sea idéntica al texto, probablemente diversos razonamientos conducan a la interpretación de un mismo texto al porvenir.

Así, la pretensión de afirmar la identidad completa del contenido de la norma, desde el momento de su enunciación hasta el momento de su

* Trabajo presentado en el Panel “Argumentación y Justicia” en las XXI Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social, organizadas por la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, Buenos Aires, 29, 30 y 31 de septiembre 2007. Publicado en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Anuario Filosófico para las Investigaciones Jurídicas*, 2008, Nº 10, pp. 119-120-121-122.

¹ Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho de la UBA.

² Tanto el concepto de voluntad como el principio y los principios de legalidad alguna vez estuvieron, y en momentos de crisis, como punto de partida interpretativo. Véase, por ejemplo, CARL SCHMIDT, 1905, *LEYES Y JUICIOS*, México, Tróika, 1994, pp. 11-12; “El principio de legalidad” en el *Compendio de Filosofía del Derecho*, de CARL SCHMIDT, “Introducción, 4^a edición”, en la Ley 1997, § 1^o, *DEL DERECHO JURÍDICO*, Tomo 1, México, Tróika, 1994, pp. 11-12; *Introducción*, en la Ley 1997, § 1^o, *DEL DERECHO JURÍDICO*, Tomo 1, México, Tróika, 1994, pp. 11-12.

⁹ RUIZ, Alicia, “Miradas-Lecturas-Teorías”, ponencia presentada el 4 de octubre de 2007, en las XXI Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social, organizadas por la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, celebradas en Buenos Aires.

COMPLEJIDADES INTERPRETATIVAS: LA FALTA DE COINCIDENCIA ENTRE LA VOLUNTAD REAL Y LA ARGUMENTADA*

Por Juan José Bentolila**

1. La cuestión que versa sobre los métodos de interpretación de las normas jurídicas ha sido desde antaño una de las más arduas de la filosofía jurídica, a punto tal que la inmensa mayoría de los autores han abordado el tema¹, postulando diversos posicionamientos tendentes a la construcción de un modelo sobre el particular.

Así, la pretensión de arribar a la disección completa del contenido de la norma, suele constituir el norte hermenéutico de la tarea de los en-

* Trabajo presentado en el Panel "Argumentación y Derecho" de las XXIII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social, organizadas por la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. Buenos Aires, 19, 20 y 21 de noviembre de 2009. Publicado en Revista del centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2009, N° 32, pp. 9/16, ISSN 1851-3247.

** Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho de la UNR.

¹ Dentro del elenco que ha trabajado sobre el particular, y sin pretender en modo alguno ser exhaustivos, p. v. especialmente BETTI, Emilio, *Teoria generale della interpretazione*, Milán, Giuffrè, 1955; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Meditaciones trialistas sobre la interpretación", en *El Derecho*, tomo 72, p. 813; COMPAGNUCCI de CASO, Rubén H., "Interpretación de los contratos", en *La Ley* 1995-B, p. 538; GÉNY, François, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, 2ª ed., Madrid, Reus, 1925; SOLER, Sebastián, *La interpretación de la ley*, Barcelona, Ariel, 1962; VIGO, Rodolfo L., *Interpretación Jurídica*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1999; y ZULETA PUCEIRO, Enrique, *Interpretación de la ley. Casos y materiales para su estudio*, Bs. As., La Ley, 2003; entre muchos otros.

cargados del funcionamiento normativo, a menudo perplejos en razón de las inteligencias encontradas que el quehacer interpretativo les brinda.

1.1. Ante el privilegio que rodeaba en términos históricos a aquella metodología que se ceñía al texto expreso de la norma, debemos a la escuela de la exégesis el haber introducido ciertas variantes que luego se transformarían en un lugar común de la teoría general del Derecho.

En apretada síntesis, los caracteres fundamentales que pueden extraerse de tal profusa producción doctrinaria, apuntan a tres casos diferenciados: a) la existencia de una norma clara y expresa; b) la existencia de un texto oscuro o dudoso; y c) la inexistencia de norma.

En el primero de los supuestos analizados, ninguna dificultad se presenta. El encargado del funcionamiento de la norma, obviando toda consideración axiológica, debe aplicarla. Al fin de cuentas, *dura lex sed lex*.

En el segundo supuesto, el intérprete debe desentrañar, a través del razonamiento, el pensamiento real y psicológico del legislador al tiempo de dictar la ley², para lo cual cuenta con diversos elementos extranormativos (notas, discusiones parlamentarias, proyectos, trabajos preparatorios, etc.). Percatada de las dificultades ínsitas en esta empresa investigativa, con posterioridad la doctrina desplazó el centro gravitacional de la idea, desde la *intención del legislador* hacia la *voluntad de la ley*.

Finalmente, en la tercera hipótesis, la voluntad presunta del legislador habría de dilucidarse con el recurso a las normas análogas³ y a los principios generales del Derecho.

1.2. Fue Federico de Savigny quien a su turno efectuó un gran aporte en materia interpretativa, aseverando que "*Destinada la ley a fijar una relación de derecho, expresa siempre un pensamiento simple o complejo que pone esta relación de derecho al abrigo del error o de la arbitrarie-*

² AFTALIÓN, Enrique R., GARCÍA OLANO, Fernando, y VILANOVA, José, *Introducción al Derecho*, 12ª ed. actualizada, Bs. As., Abeledo Perrot, p. 420.

³ Vide ATIENZA, Manuel, *La analogía en el derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Madrid, Civitas, 1986.

dad; más para que tal resultado se consiga en la práctica, es necesario que su espíritu sea percibido enteramente y en toda su pureza por aquellos a quienes se refiere, los cuales deben colocarse en el punto de vista del legislador, reproducir artificialmente sus operaciones y recomponer la ley en su inteligencia. Tal es el procedimiento de la interpretación que puede, por tanto, definirse de esta manera: la reconstrucción del pensamiento contenido en la ley"⁴.

Como puede claramente percibirse, para este autor la interpretación pretende "poner en armonía la expresión y el pensamiento"⁵ —extremos que no siempre se presentan coincidentes—, estableciendo el énfasis en que la reproducción de la inteligencia legislativa debe hacerse siempre con consideración de las circunstancias históricas en las que la norma fuera pronunciada, en tanto el Derecho no constituye más que un producto de la historia, del *espíritu del pueblo*⁶.

Conducidos por tal sendero, ha de remarcarse que se distinguen diversas posibilidades a indagar.

En un primer orden de ideas, se ha hecho alusión, como punto de vista predominante, a la *intención de la ley*, entendida como el efecto que la norma jurídica está llamada a producir.

Ello no obsta a que también se haya referido la significación del *motivo de la ley*, que no suele encontrarse expresado en ella y que permanece siempre distinto de su contenido. En relación a este último parámetro se nos advierte que la precaución debe guiarnos, toda vez que su empleo depende de la certidumbre con la que contemos sobre tal motivo y la influencia que él puede haber ejercido sobre el contenido normativo.

⁴ SAVIGNY, Friedrich Karl, *Sistema del Derecho Romano Actual*, trad. de Jacinto Mesía y Manuel Poley, 2^a ed., Madrid, Centro Editorial de Góngora, tomo I, p. 187.

⁵ Íd., p. 202.

⁶ En rigor, la idea de *volksgeist* fue introducida por Georg Friedrich von Puchta, discípulo de Savigny. Al respecto p. v. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Aportes Iusfilosóficos para la construcción del Derecho (Metodología Jurídica. Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho. La Conjetura del Funcionamiento de las Normas Jurídicas)*, Rosario, Zeus, pp. 283 y ss.

1.3. Posteriormente, con marcada afinidad historicista, Werner Goldschmidt postuló que la interpretación normativa tiene por meta lograr la *fidelidad* de la norma ya formulada⁷, esto es, la adecuada descripción del contenido de la voluntad del autor.

Pertenece la problemática, por ende, a la norma formal entendida como autobiografía de una voluntad.

De tal suerte, considerando que la norma es la captación lógica y neutral de un reparto proyectado, la tarea interpretativa debe indagar la voluntad del autor de la norma al redactarla, en tanto en la lucha entre “*verba y voluntas la victoria corresponde a esta última. Voluntad significa tanto intención como fin. Se podría, pues, hablar también de una interpretación voluntarista o intencional o finalista. Usualmente se habla de interpretación teleológica (...). La imprecisión es en todas las expresiones la misma, ya que voluntarista, intencional o finalista (o teleológica) no caracteriza la actividad de interpretar sino que indica su objeto*”⁸.

Claro está, en caso de encontrarnos ante una interpretación auténtica en sentido cognitivo (en la que el propio autor es el intérprete), aventuraríamos que las posibilidades de éxito se encuentran aseguradas. Y si el que formulara la interpretación fuere aquella persona capaz de sustituir la norma a interpretar por otra (interpretación auténtica en sentido decisorio), las opciones también se evidencian auspiciosas, sobre todo teniendo en consideración la facultad de dictado de normas aclaratorias.

El escollo se presenta cuando el encargado del funcionamiento de la norma es un tercero respecto del legislador, sujeto distinto que oscila entre la lealtad al autor y la propia capacidad jurisgeneradora⁹.

En tales términos, de optar por atender la voluntad legislativa, no se despeja la perplejidad en las doctrinas de la interpretación, toda vez

⁷ GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción Filosófica al Derecho*, 6ª ed., 4ª reimp., Bs. As., Depalma, 1987, p. 253.

⁸ *Íd.*, p. 263.

⁹ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Filosofía de la Jurisdicción. Con especial referencia a la posible constitución de un Tribunal Judicial del Mercosur*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 67.

que no se explica si el encargado del funcionamiento de la norma ha de atenerse a la voluntad legislativa real (móvil) o a la argumentada (razón alegada).

En efecto, nada obsta a que el autor de la norma a interpretar haya contado con una voluntad oculta bajo el ropaje argumentativo brindado en las manifestaciones extranormativas producidas, cuyo objetivo habría sido sólo el de "*provocar o acrecentar la adhesión a las tesis presentadas para su asentimiento*"¹⁰.

Los desarrollos trialistas han nominado tales entidades bajo ciertas categorías, explicando que "*no siempre las fuentes formales son autobiografías formalizadas con autenticidad, y hay meras fuentes "espectáculos", elaboradas para las apariencias, y que hay otras fuentes que pese a ser auténtica voluntad de sus autores no son expresiones de la voluntad de repartir, sino instrumentos de mera propaganda*"¹¹. Así se oculta la voluntad repartidora (o su ausencia) del sujeto activo, engañando al sujeto pasivo, con distorsión consciente entre los móviles y las razones alegadas, lo que afecta la fidelidad de las normas puesto que la auténtica voluntad es la destinada a que lo alegado no se cumpla¹².

2. En el ordenamiento normativo argentino, encontramos diversos casos en los cuales se prevé esta disociación entre las voluntades real y argumentada del autor de la norma.

En efecto, el art. 1198 del Código Civil (texto según ley 17.711), estatuye que "*Los contratos deben (...) interpretarse (...) de acuerdo*

¹⁰ PERELMAN, Chaïm, y OLBRECHTS-TYTECA, Lucie, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, trad. de la 5ª ed. por Julia Sevilla Muñoz, Madrid, Gredos, 2000, p. 91.

¹¹ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Las fuentes de las normas", en "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario", números 4/6, p. 236 (también en Zeus, tomo 32, p. D-103 y ss.), con cita de NITSCH, Nicolas, "L'inflation juridique et ses conséquences", en "Archives de philosophie du droit", t. 27, pp. 167 y ss. P. v. también CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Meditaciones sobre las fuentes de las normas", en "Investigación y Docencia", N° 31, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 59 y ss.

¹² CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Perspectivas Jurídicas*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985.

con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender (...)".

A su turno, el art. 218 del Código de Comercio prescribe que "*Siendo necesario interpretar la cláusula de un contrato, servirán para la interpretación las bases siguientes: 1. Habiendo ambigüedad en las palabras, debe buscarse más bien la intención común de las partes que el sentido literal de los términos; (...) 4. Los hechos de los contrayentes, subsiguientes al contrato, que tengan relación con lo que se discute, serán la mejor explicación de la intención de las partes al tiempo de celebrar el contrato; (...)*".

Como puede apreciarse, los textos legales precitados, que sientan las bases de la interpretación de normas contractuales¹³, remiten no tanto a la voluntad declarada en el instrumento, sino a la intención de las partes que surgirá de datos extranormativos (conjeturales o reales).

En tales términos, el *iter* de la tarea interpretativa puede delinarse del siguiente modo: a) si existe un texto claro (voluntad declarada), el intérprete ha de atenerse a él, salvo que surgiere que las partes tuvieron una inteligencia diversa (motivada tal vez por error, dolo, reticencia, etc.); b) si el texto es ambiguo, ha de indagarse la voluntad de las partes a través de la tarea de conjetura, o por medio de la investigación de sus conductas posteriores.

Como puede apreciarse, el legislador tuvo en cuenta la posibilidad de que las partes argumentaran razones irreales, imponiendo la necesidad de vincular a los sujetos con sus intenciones no declaradas.

El Derecho Laboral también conoce de estas situaciones, lo que ha llevado al legislador a sancionar con la nulidad a los pactos en fraude al ordenamiento (arg. art. 14, Ley de Contrato de Trabajo), toda vez que por imperio del principio de primacía de la realidad se "*otorga prioridad a los hechos, es decir, a lo que efectivamente ha ocurrido en la realidad, sobre las formas o apariencias o lo que las partes han convenido: el contrato de trabajo es un contrato — realidad. Prescinde de las formas para hacer prevalecer lo que efectivamente sucedió. (...) en caso de*

¹³ Sobre lo cual p. v. VIGO, Rodolfo L., op. cit., pp. 145 y ss.

discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos suscriptos por las partes o acuerdos celebrados entre ellos (lo que se pactó o documentó), se debe dar preferencia a los hechos"¹⁴.

3. Otros ejemplos pueden relevarse en el ordenamiento normativo argentino.

Así, se ha configurado, en relación al acto administrativo, la figura denominada *desviación de poder*, entendida como un abuso cometido por la autoridad pública al argumentar el fundamento del acto en una finalidad falsa, encubriendo los móviles verdaderos¹⁵.

En tal situación, las intenciones no declaradas gravitan sobre la motivación (argumentación) del acto, causando su invalidez.

4. Claramente se evidencia del desarrollo precedente que el ordenamiento normativo prefiere, tanto en el ámbito del Derecho privado como en el de Derecho público, interpretar las normas contractuales o administrativas otorgando mérito especial a la intención que informaba a los autores, con independencia absoluta de lo que ellos hubieren argumentado en las fuentes formales.

Lo expresado no ha de causarnos sorpresa, sino que, por el contrario, guarda debida coherencia con el principio general de buena fe, que proscribe la falta de veracidad, causando la invalidez de los argumentos que se saben insinceros.

5. Ahora bien, sentado lo antedicho, hemos de resaltar lo que entendemos constituye una cierta asincronía en el mecanismo jurídico.

Es que cuando de interpretar normas generales se trata, la remisión a la voluntad del autor de la norma, según los autores que propugnan tal tipología interpretativa, parece referir a la voluntad argumentada, cuya constancia suele encontrarse en diversos instrumentos formales (tales como los ya citados: exposiciones de motivos, notas, proyectos, actas de sesiones).

¹⁴ GRISOLÍA, Julio Armando, "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", 11ª ed., Bs. As., Lexis Nexis, 2005, tomo I, p. 181

¹⁵ MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Bs. As., Abeledo Perrot, 2005, tomo II, pp. 486 y ss.

Y si bien no ha de presumirse la mala fe de los autores de las normas (contratante o legislador, es igual), no es menos cierto que, ante la comprobación de una divergencia entre la voluntad legislativa real y la argumentada en las fuentes formales, no existen grandes desarrollos teóricos acerca de cuál es la que debe ser tomada a los efectos de la tarea interpretativa.

Imaginemos el siguiente ejemplo: se sanciona una norma de flexibilización laboral, argumentándose que ello generará la reactivación del mercado de trabajo, redundando en beneficio del trabajador, fin último de la norma. Con posterioridad se evidencia que la norma fue dictada con la intención de favorecer al sector empresario con la precarización del mercado laboral que acontecería en los hechos.

Si una perplejidad de sentido llegara a surgir, ¿hay que entender que la voluntad legislativa a la que cabe remitir es la que se argumentó o la real?

El inconveniente no es menor, toda vez que cualquier ambigüedad ha de ser interpretada sobre la base de una u otra intención, claramente incompatibles.

6. Entendemos que, contrariamente a lo que ocurre con las fuentes formales vistas con anterioridad, en el caso de las normas generales, la interpretación debe hacer uso de la razón alegada y no la voluntad real del legislador, cuando ellas no coincidieren.

Es que parece existir un altísimo grado de probabilidad de encontrar incompatibilidades con el sistema en caso contrario, puesto que las razones alegadas por el legislador usualmente se orientarán en el sentido de proveer legitimidad a la norma en relación al sistema normativo, calidad que puede faltar en caso de ocurrir a la voluntad real cuando ella no concordara con la alegada¹⁶.

¹⁶ Idéntica solución propone CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Notas sobre Derecho y astucia", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N° 9, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1987, p. 29, refiriendo en relación a las fuentes propaganda que, entre la voluntad de no repartir y la voluntad aparente debe prevalecer esta última.

Aun cuando somos conscientes de la falta de sinceridad que tal recurso consagra, no es menos cierto que el sistema normativo puede sostenerse sobre la base de significativos principios que lo informan y lo orientan en beneficio de los sectores que, aun cuando no se encontraban en la voluntad real del legislador histórico, sí aparecen reflejados en la voluntad por éste declarada.

Caso contrario, siempre contará el sistema con el recurso de la inconstitucionalidad por violación de las relaciones de contenido para mantener incólume el principio de buena fe eventualmente vulnerado.

... REPERCUTINDO LA DECISION CONTINUA EN LA...

Por Claudio Linares

Ensayo de Derecho Constitucional

La Ley de Reforma del Poder Judicial promulgada el 25 de Julio de 1980...

En el año 1980 la Ley de Reforma del Poder Judicial promulgada el 25 de Julio de 1980...

... EN LA LEY DE REFORMA DEL PODER JUDICIAL...

—En las dos décadas anteriores al inicio de la transición económica, el sector empresarial argentino experimentó un crecimiento sostenido, lo que permitió aumentar en un 300 por ciento el nivel de productividad del sector. Sin embargo, a partir de los años setenta, se redujeron considerablemente los niveles de productividad y el nivel de inversión en el sector, lo que redujo considerablemente el nivel de productividad. Este proceso de deterioro de la productividad se reflejó en el nivel de inversión en el sector, que pasó de ser el más alto del mundo en 1970 a ser el más bajo en 1980.

—Finalmente, durante la época de crisis, la actividad económica se redujo considerablemente, lo que provocó una caída de la productividad del sector. Este proceso de deterioro de la productividad se reflejó en el nivel de inversión en el sector, que pasó de ser el más alto del mundo en 1970 a ser el más bajo en 1980. Con posterioridad se evidenció que la reforma fue diseñada con la finalidad de fomentar el sector empresarial con la participación del mercado laboral que se generó en los hechos.

—Esta perspectiva de pasado lejano surge, hoy, que sabemos que la reforma fue diseñada a la que se le atribuye a la que se le atribuye a la reforma.

—El crecimiento del sector empresarial, tal como se ha observado, se debe a un conjunto de factores, entre los cuales se encuentran:

—El crecimiento del sector empresarial, tal como se ha observado, se debe a un conjunto de factores, entre los cuales se encuentran:

—El crecimiento del sector empresarial, tal como se ha observado, se debe a un conjunto de factores, entre los cuales se encuentran:

1. Véase, por ejemplo, el estudio de C. ALONSO OLMEDA, "El sector empresarial argentino en la transición económica", en "Tratado de Economía de la Argentina", editado por el Centro de Estudios Económicos de la Universidad de Buenos Aires, 1997, p. 25. Véase también el estudio de C. ALONSO OLMEDA, "El sector empresarial argentino en la transición económica", en "Tratado de Economía de la Argentina", editado por el Centro de Estudios Económicos de la Universidad de Buenos Aires, 1997, p. 25.

INTERPRETACIÓN Y CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD

REPENSANDO LA OBJECCIÓN CONTRAMAYORITARIA

Por Claudina Orunesu

Universidad Nacional de Mar del Plata

1. El caso del artículo 52 del código penal argentino. De Sosa a Gramajo

En el año 2001 la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina, en el caso “Sosa, Marcelo s/ recurso extraordinario”,¹ declaró la constitucionalidad de la reclusión por tiempo indeterminado prescripta por el artículo 52 del Código Penal para los condenados “multirreincidentes”, esto es, quienes hubieran cumplido cuatro penas privativas de libertad cuando una de ellas hubiera sido mayor de tres años, o cinco penas de la misma clase de tres años o menores². Para ello sostuvo que la norma en cuestión no resultaba violatoria ni contraria a lo establecido en el artículo 18 de la Constitución Nacional, en lo que respecta a las restricciones que de él pueden derivarse para la imposición

¹ CSJN, 09/08/2001, Fallos 324:2153.

² Artículo 52 CP: “Se impondrá reclusión por tiempo indeterminado, como accesoria de la última condena, cuando la reincidencia fuere múltiple en forma tal que mediaren las siguientes penas anteriores: 1° Cuatro penas privativas de la libertad, siendo una de ellas mayor de tres años. 2° Cinco penas privativas de la libertad, de tres años o menores. Los tribunales podrán, por única vez, dejar en suspenso la aplicación de esta medida accesoria, fundando expresamente su decisión en la forma prevista en el artículo 26.”

de penas, pues consideró que la reclusión del artículo 52 no era una pena sino una medida de seguridad.

Mientras que las penas consistirían en castigos por delitos fundados en la culpabilidad, las medidas de seguridad serían “una consecuencia jurídica preventivo-especial frente a la peligrosidad manifestada por el sujeto”, cuyo presupuesto en este caso sería la peligrosidad puesta de manifiesto en la múltiple reincidencia. A partir de esta distinción, la Corte interpretó que las garantías establecidas por el artículo 18 de la Constitución Nacional eran de aplicación a las penas pero no a las medidas de seguridad, de lo que concluyó que la norma era constitucional.

Sin embargo, el 5 de septiembre de 2006 el Máximo Tribunal, en la causa “Gramajo, Marcelo E. s/ robo en grado de tentativa”³, modificó su criterio y decidió que la doctrina del caso *Sosa* debía ser abandonada. En dicha oportunidad, la Corte sostuvo que la pena de reclusión por tiempo indeterminado prevista en el art. 52 del Código Penal resulta inconstitucional por cuanto viola el principio de culpabilidad, el principio de proporcionalidad de la pena, el principio de reserva, el principio de legalidad, el principio de derecho penal de acto, el principio de prohibición de persecución penal múltiple (*ne bis in idem*) y el principio de prohibición de imposición de penas crueles, inhumanas y degradantes, reconocidos en las garantías constitucionales en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y en diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Para justificar esta conclusión se sostuvo en primer lugar que no era posible negar que la reclusión accesoria para multirreincidentes del artículo 52 del Código Penal fuese una pena. Ello porque una privación de libertad que tendría todas las características de una pena seguiría siendo una pena aunque se la denomine de otro modo, aunque se la imponga por tiempo indeterminado y aunque se la prevea como pena accesoria.

A partir de esta idea, se analizó su adecuación a las cláusulas constitucionales y demás tratados del denominado “bloque de constitucionalidad”. En ese examen de adecuación, entre diversos argumentos, la Corte sostuvo que la norma en cuestión resultaría violatoria del artículo 19

³ CSJN, 05/9/2006, Fallos 329:3680.

de la Constitución Nacional por ser una clara manifestación de derecho penal de autor, esto es, que penaría a una persona por lo que es y no por lo que habría hecho⁴.

Además, sostuvo que la pena, tal como resultaba aplicada al caso concreto, era cruel, su aplicación injusta y, por ende, inconstitucional⁵.

Lo que hizo la Corte en "Gramajo" sirve como ejemplo para repensar algunos de los problemas que el diseño institucional típico de las democracias constitucionales plantea al proceso que traduce ciertos textos, los constitucionales, en decisiones institucionales.

En la democracia constitucional, la Constitución establece límites de diversos tipos, pero el más importante es el que surge a partir de las declaraciones de derechos fundamentales. Para proteger jurídicamente esos derechos se los resguarda a través de una Constitución con algún grado de rigidez, que impide que pueda ser modificada por el mismo procedimiento utilizado para la legislación ordinaria. Y, por sobre todo, se instituye un mecanismo de control de constitucionalidad, cuyo papel es garantizar la primacía constitucional mediante la revisión de la validez de las normas dictadas por el legislador. Para diversos autores, tanto la rigidez constitucional como el control de constitucionalidad cuando éste es asignado a los jueces son mecanismos contramayoritarios, es decir, que atentan contra el ideal del autogobierno⁶. Una Constitución rígida limita lo que los órganos representativos pueden decidir por simple mayoría. Si además se habilita la participación de órganos no representativos como los órganos jurisdiccionales en el control de constitucionalidad, confiéndoles autorización para establecer los alcances y el contenido de las decisiones del legislador ungido democráticamente, el carácter contramayoritario de la democracia constitucional se profundiza aún más. En este trabajo dejaré de lado las objeciones contra el atrin-

⁴ Cf. considerandos 16, 17 y 18, voto de los Ministros Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti.

⁵ Cf. considerandos 19 y 28, voto de los Ministros Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti.

⁶ Véase, por ejemplo, Waldron 1999 y Tushnet 1999. Fue Alexander Bickel quien acuñó este término al referirse a la "dificultad contramayoritaria" en Bickel 1962.

cheramiento constitucional, para focalizar mi atención en las críticas al control judicial de constitucionalidad.

Generalmente las cláusulas constitucionales son formuladas a través de expresiones de carácter abstracto, generales y con un marcado margen de imprecisión. Además, no es raro que incluyan términos cargados de resonancias morales. Estas características dificultan el poder establecer qué es lo que dice la constitución y, por lo tanto, resiente la posibilidad de que cumpla con el papel de suministrar un criterio de corrección de las restantes normas del sistema y de las decisiones institucionales en general. También ponen en el centro de la escena a los órganos encargados de interpretar y hacer cumplir la constitución, incluso contra la voluntad de las mayorías legislativas. Obsérvese que en los casos mencionados como ejemplo las formulaciones normativas relevantes, tanto constitucionales como infraconstitucionales, eran las mismas y fue la tarea interpretativa del Tribunal la que produjo un fuerte cambio en los alcances de las normas y los derechos en juego.

Frente a ello parece sensato preguntarse si existen razones para asignar a los jueces, que en el mejor de los casos cuentan con una representatividad de segundo grado, la potestad de declarar inválidas a las normas creadas por el poder político debido a su incompatibilidad con lo establecido por la constitución y, en consecuencia, el determinar el alcance de los derechos tutelados por la constitución. Pero para poder tomar partido en esta discusión es importante tener en claro previamente los alcances de la objeción contramayoritaria contra el control judicial de constitucionalidad.

La hipótesis que desarrollaré en este trabajo es que para poder ofrecer una respuesta satisfactoria a la pregunta de naturaleza normativa sobre si los jueces están legitimados en el marco de una democracia a ejercer el control de constitucionalidad, es necesario previamente establecer los límites de la objeción conectando sus argumentos centrales con las diferentes concepciones de la interpretación.

Para ello primeramente ofreceré un panorama, bastante simplificado, sobre diferentes concepciones de la interpretación del derecho en general, y de cómo desde ellas se concibe la tarea de interpretar a los textos constitucionales. No es mi intención aquí profundizar en los aspectos deficitarios que cada una de ellas pudiera tener, sino sólo comprender

sus postulados básicos para luego redimensionar a la luz de cada concepción los alcances de la crítica contramayoritaria al control judicial de constitucionalidad.

2. Concepciones de la interpretación

Para ciertos teóricos la interpretación nunca es una actividad de conocimiento, sino que siempre involucra valoración y decisión. Para esta concepción, a menudo denominada tesis de la *indeterminación radical*, no hay nada parecido al significado propio de las palabras: todo texto puede entenderse en una pluralidad de modos diferentes, y cada interpretación dependerá de las valoraciones del intérprete. Así, según Guastini, los enunciados interpretativos no serían susceptibles de verdad o falsedad y compartirían con las definiciones estipulativas la misma estructura profunda⁷.

Para Hart, esta visión de la interpretación, a la que denominara la *Pesadilla*, se presenta no sólo como una característica de ciertos casos difíciles de toma de decisiones judiciales, sino más bien como si la toma de decisiones judiciales fuese esencialmente una forma de creación de derecho y nunca importase la aplicación de una norma preexistente respecto de un caso⁸. La versión más tradicional de esta concepción está representada por el *realismo norteamericano*, que en las décadas del '20 y '30 del siglo XX reaccionó frente al formalismo jurídico de su época, según el cual las normas siempre justifican un resultado unívoco en todo caso⁹.

En las décadas del '70 y '80 el indeterminismo focalizó su atención sobre los textos constitucionales y su interpretación especialmente tomando la forma de lo que se conoce en Estados Unidos como *crítica de los derechos*. Los representantes de la corriente denominada *Critical Legal Studies* intentaron demostrar que la idea de que el derecho deter-

⁷ Cf. Guastini 1992: 109.

⁸ Cf. Hart 1977: 123-188.

⁹ Cf. Leiter 2002. Los realistas sostenían que el derecho se encuentra esencialmente indeterminado, tanto porque las razones jurídicas disponibles no justifican una decisión unívoca como porque las razones jurídicas no son suficientes para explicar, desde el punto de vista causal por qué los jueces deciden de una determinada manera.

mina normativamente las conductas es ficticia y que, por lo tanto, las decisiones judiciales obedecen a criterios políticos y no neutrales. El derecho no sería determinado, ni objetivo, ni neutral¹⁰. La interpretación sería una actividad estratégica¹¹: las teorías de la interpretación sólo servirían para racionalizar decisiones puramente políticas de los jueces, que responderían a determinadas ideologías.

En cuanto a sus presupuestos semánticos esta corriente asume que nunca es posible asignar un significado a las reglas generales, ya que éstas son sólo “recipientes vacíos” en los que podemos volcar el significado que escojamos¹². Siguiendo una particular interpretación de Wittgenstein, efectuada por Kripke no existe ningún hecho acerca de nuestro uso pasado de una expresión lingüística —como, en general, ningún hecho relativo a las aplicaciones de una regla en el pasado—, que de alguna manera restrinja, limite o guíe nuestros usos futuros de ese término —nuestras aplicaciones de la regla en el futuro. Cualquier curso de acción podría hacerse corresponder con una cierta regla y, más específicamente, cualquier significado podría asignarse a una formulación lingüística. En la misma línea, como cualquier comportamiento podría ser considerado como un caso tanto de seguimiento como de no seguimiento de una cierta norma, no habría ningún caso claro de aplicación de ninguna norma jurídica. De acuerdo con esta posición, las palabras y, por lo tanto, las reglas formuladas en el lenguaje, no tendrían un significado intrínseco, de manera que no podrían establecer por sí mismas el ámbito de su aplicación. Basados en esta idea, los indeterministas radicales conciben a la interpretación como una tarea siempre creativa y determinante del significado y alcance de las reglas.

Si los partidarios de la indeterminación radical estuviesen en lo cierto, toda formulación en el lenguaje de una norma sería susceptible de un número indeterminado de posibles interpretaciones, entre las cuales no

¹⁰ Así, Singer afirma que “...la determinación es necesaria para la ideología del Estado de Derecho, tanto para teóricos como para jueces. Es la única forma en que puede parecer que los jueces aplican el derecho en lugar de hacerlo” (Singer 1984). En un sentido similar, véase Unger 1983.

¹¹ Cf. Kennedy 2005: 371-383.

¹² Cf. Altman 1990: 19, 90-91. En contra Guastini para quien la tesis sólo presupone que las palabras no tienen un significado objetivo o propio independiente del uso y la comprensión. Cf. Guastini 2006.

existiría pauta de corrección alguna. Los indeterministas concluyen de ello que cuanto mucho los juicios de corrección respecto del seguimiento de reglas o, más en general, respecto del uso de una palabra, sólo pueden estar basados en el consenso de la comunidad. El supuesto carácter fácil de un caso no sería entonces sino producto de un consenso temporario de la comunidad, que en la lectura que ofrecen los *Critical Legal Studies*, tendría un componente ideológico impuesto por la clase dominante¹³.

En el extremo opuesto se sitúa la tesis que podría denominarse de la *única respuesta correcta*¹⁴. Para quienes sostienen esta concepción, la interpretación es siempre una actividad de tipo cognoscitivo: interpretar es descubrir el significado de los textos normativos. Así, los enunciados interpretativos son siempre susceptibles de verdad o falsedad. Por oposición a la tesis anterior, que sostiene que es imposible asignar un significado unívoco a las formulaciones normativas, la tesis de la única respuesta correcta sostiene que cada texto normativo tiene una interpretación verdadera y no hay espacio para la discrecionalidad judicial: los jueces nunca crean el derecho sino que lo descubren.

En la actualidad uno de los ejemplos más articulado de esta concepción respecto de la interpretación jurídica es la de corte realista ofrecida por Michael Moore¹⁵. Cuando la tesis realista se proyecta sobre el derecho, implicaría que cada enunciado jurídico sería verdadero o falso en virtud de una cierta realidad objetiva cuya existencia sería independiente de nuestro conocimiento¹⁶. La tarea interpretativa sería, desde este punto de vista, una labor esencialmente de descubrimiento, pues consistiría en encontrar la interpretación verdadera. Según las propias palabras de Moore:

“Defenderé la posición optimista (no escéptica) de que los juicios acerca de los significados de las palabras, acerca de las intenciones

¹³ Cf. Bix 1993: 37-38.

¹⁴ Tomo de Moreso 1997 esta identificación.

¹⁵ Véase por ejemplo, Moore 1985 y 1989. A su juicio el realismo respecto de ciertas clases de entidades implicaría diferentes tesis, entre ellas: que las entidades en cuestión existen y esa existencia es independiente tanto del sujeto como de las convenciones de la comunidad; una teoría correspondentista de la verdad; una teoría de lógica clásica; una teoría de la verdad del significado de los enunciados y una teoría causal de la referencia.

¹⁶ Cf. Marmor 1992: 90.

de las personas, acerca de lo que justifica un caso, y acerca de la moral, son de hecho capaces de ser 'realmente' verdaderos (la posición realista)"¹⁷.

Moore rechaza una teoría convencionalista del significado según la cual las relaciones entre los símbolos y aquello que designan son puramente arbitrarias, fruto de una convención. Por oposición, su teoría busca apoyo en la denominada *teoría causal de la referencia*¹⁸. Para esta concepción teórica, si bien muchas palabras se relacionan con las cosas de manera puramente convencional, en ciertos casos esa vinculación está lejos de ser arbitraria. En algunos casos un término refiere a un objeto no porque los hablantes asocien a éste un contenido descriptivo sino en virtud de estar relacionado causalmente con él de la manera adecuada. Ello ocurriría con los nombres propios y con ciertos predicados que designarían "clases naturales" como "agua", "oro", etc.¹⁹.

¹⁷ Moore 1985: 287. La traducción me pertenece.

¹⁸ Moore no es el único que busca apoyo en esta teoría. Por ejemplo, Stavropoulos también la ha tomado como punto de partida para sostener que la interpretación jurídica puede ser objetiva (cf. Stavropoulos 1996).

¹⁹ Según Kripke, los nombres propios serían designadores rígidos, pues nombrarían al mismo objeto individual en todos los mundos posibles. Y, de acuerdo con Putnam, predicados como "agua" también serían designadores rígidos, dado que su referencia sería lo que determina su significado. La referencia del nombre sería fijada por un acto original de nombrar, o "acto bautismal", a partir del cual el nombre se volvería un designador rígido del objeto, y sus subsiguientes usos estarían vinculados con el acto original a través de una cadena causal. Las palabras indexicales se utilizarían para designar determinados tipos de entidades, independientemente de lo que su naturaleza real eventualmente resulte ser. Podría ser que Lewis Carroll no haya sido el autor de "Alicia en el país de las maravillas", pero el "acto bautismal" habría fijado la referencia del objeto de una vez para siempre, con total independencia de las creencias de la comunidad al respecto, lo que mostraría que la relación entre tales expresiones y la realidad no sería totalmente convencional. Es decir "Lewis Carroll" permite referir a Lewis Carroll en todos los mundos posibles, incluso en aquellos en los que no es el autor de "Alicia en el país de las maravillas". Los nombres y los términos que designan clases naturales permitirían identificar a los objetos que refieren pese a que cambien sus propiedades. De manera que, para esta concepción, las convenciones lingüísticas no determinan la referencia de los objetos, y siempre frente un caso dudoso de aplicación de un término general la cuestión podría resolverse examinando si él posee o no la propiedad esencial de su clase. Cf. Kripke 1982 y Putnam 1975b.

Moore sigue la línea trazada por la teoría causal de la referencia y afirma que muchos de los términos que aparecen en los textos legales deberían ser interpretados de acuerdo con ella, específicamente aquellos que pertenecen a géneros naturales, esto es, que pertenecen a clases que se corresponden con la estructura del mundo. Pone el ejemplo de la palabra "muerte", sosteniendo que con independencia de que exista alguna definición legislativa de ella, su significado no se hallaría en ningún conjunto de convenciones ni estaría dado por un conjunto de ejemplos paradigmáticos o de propiedades convencionalmente asignadas al símbolo, sino que sólo podría encontrarse en la mejor teoría científica que dé cuenta de la naturaleza real de cada clase de evento. Si bien en su versión original la teoría causal de la referencia presupone que existen dominios donde el significado es puramente convencional, de manera que no sería aplicable cuando los términos jurídicos se refieren a cosas distintas de géneros naturales, Moore considera que ella es también la teoría correcta del significado de términos evaluativos como "justicia" o de palabras que introducen definiciones legales como "dolo":

"Nuestras intenciones semánticas más profundas son las mismas en cada caso: encuadrar "muerte", "pájaro", "dolo", y "contrato" en la mejor teoría con la que podamos contar. Encontrar el significado de tales palabras no es, por lo tanto, una cuestión de encontrar alguna estipulación convencional anterior; la tarea es una más creativa, la de descubrir cómo el mundo está constituido"²⁰.

Según Moore la ventaja de esta semántica para el derecho es que el juez o el teórico "no se quedan sin significado cuando se les acaban las convenciones"²¹. Además esta semántica permitiría dar cuenta de los desacuerdos en torno a los significados de una palabra o su evolución, sin que su presencia justifique la discrecionalidad judicial. Así, según Moore, cuando un juez adopta una teoría diferente respecto de, por ejemplo, los contratos, no estaría cambiando el significado del derecho, o cambiando el derecho, porque el significado es la naturaleza real de la cosa a la que se refiere, y esa naturaleza real no cambia porque la teoría acerca de ella lo haya hecho²².

²⁰ Moore 1985: 337-338. La traducción me pertenece.

²¹ Moore 2000: 100.

²² Cf. Moore 2000: 100.

Esta semántica realista que adopta Moore se ve reforzada además por el realismo moral. La teoría de la interpretación jurídica que ofrece Moore asume que existe una realidad moral, y que las premisas necesarias para decidir un caso deben derivarse de esa realidad moral²³:

“Mi teoría de la interpretación iusnaturalista nos urge a adoptar una concepción realista en cada caso. Los jueces deben guiar sus juicios acerca del significado ordinario de las palabras por la verdadera naturaleza de las cosas a las que refieren las palabras, y no por las convenciones que gobiernan el uso ordinario de esas palabras; [...] los jueces deben buscar las respuestas que sean realmente correctas cuando al interpretar recurran a valores, y no deben sentirse obligados por los juicios de la moral convencional de su sociedad. La teoría iusnaturalista de la interpretación es parte y parcela de un realismo filosófico más general”²⁴.

Así, en este contexto, términos como “justo” o “cruel” denotarían géneros morales²⁵. De manera que establecer si un trato es justo o es cruel no dependerá ni de las preferencias del intérprete ni de una convención sino de cómo es el mundo.

Por último la *teoría de la indeterminación parcial* sostiene que la actividad interpretativa es a veces cognoscitiva y a veces decisoria. Según ella en principio es posible determinar el significado de las formulaciones normativas, pero siempre pueden surgir dudas de aplicación a los casos particulares en virtud de problemas como la textura abierta de las expresiones usadas o posibles conflictos en cuanto a sus alcances. Frente a estos casos los jueces tendrían discrecionalidad. Dentro de esta línea, Hart rechaza tanto las teorías intencionalistas como las teorías realistas del significado²⁶. Establecer el significado de un término no significaría embarcarse en la búsqueda de géneros naturales, sino en dar cuenta de las convenciones sociales de la comunidad de que se trate, de los usos

²³ Cabe aclarar que asumir el realismo semántico no implica necesariamente asumir una posición realista en todos los dominios, como por ejemplo en el de la moral.

²⁴ Moore 1985: 287-288. La traducción me pertenece.

²⁵ Moore 1985: 333. La traducción me pertenece.

²⁶ Cf. Iglesias Vila 1998: 132-133.

compartidos. Hart asegura que los términos generales no nos servirían como medio de comunicación si no existieran casos familiares generalmente indiscutidos, si no existiera un acuerdo respecto de los casos paradigmáticos de la aplicación de un término.²⁷ En los casos no típicos, las reglas no pueden más que guiar de manera incierta, como lo hacen los ejemplos. Cualquiera sea la técnica escogida para comunicar reglas de conducta, y por más que ellas operen sin problemas respecto de la mayoría de los casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán indeterminadas, padecerán de "textura abierta":

"Todas las reglas importan reconocer o clasificar casos particulares como ejemplos de términos generales, y frente a cualquier regla es posible distinguir casos centrales claros, a los que ella sin duda se aplica, y otros casos en los que hay tantas razones para afirmar como para negar que se aplica. Es imposible eliminar esta dualidad de un núcleo de certeza y una penumbra de duda, cuando se trata de colocar situaciones particulares bajo reglas generales. Esto imparte a todas las reglas un halo de vaguedad o "textura abierta", y ello puede afectar tanto a la regla de reconocimiento que especifica los criterios últimos usados en la identificación del derecho, como a una ley particular"²⁸.

A partir de la existencia de casos paradigmáticos sería posible abstraer los criterios generales de uso y establecer las condiciones mínimas para la aplicación correcta de los términos jurídicos²⁹. Para la teoría de la indeterminación parcial, en los casos claros no existiría indeterminación, pues una vez examinado el significado de cierta formulación normativa de conformidad con las convenciones semánticas existentes, ellas resultarían suficientemente sólidas como para no arrojar dudas a su respecto. En esos supuestos, los tribunales dispondrían de una respuesta correcta, aunque podrían equivocarse a la hora de identificarla. En los casos difíciles, en cambio, los órganos jurisdiccionales tendrían discrecionalidad y sus decisiones no podrían ser evaluadas como jurídicamente correctas o incorrectas.

²⁷ Cf. Hart 1961: 150-159.

²⁸ H.L.A. Hart: 152-153.

²⁹ Cf. Iglesias Vila 1998: 135.

3. La interpretación constitucional

Tras este somero panorama de estas tres concepciones paradigmáticas de la interpretación cabe preguntarse qué aproximación se sigue de cada una de ellas en lo que concierne a la interpretación de los textos constitucionales.

Para la teoría de la indeterminación radical la práctica constitucional, quizá más que ninguna otra, vendría a confirmar que los conceptos constitucionales no son otra cosa que "recipientes vacíos". Muchas de las teorías surgidas en el seno del constitucionalismo, como el textualismo o el recurso a la intención del constituyente, serían teorías normativas que sólo cobrarían sentido si se asume el hecho de la indeterminación de tales textos. Igualmente, la tarea del intérprete frente a textos que incluyen conceptos cargados moralmente, tales como las que suelen encontrarse en las constituciones, que plantean profundas controversias respecto de su significado y alcance, consistiría en elegir discrecionalmente entre las diferentes concepciones en pugna.

Para un indeterminista radical casos como "Sosa" y "Gramajo" demostrarían que las normas constitucionales están sujetas a interpretaciones que compiten unas con otras sin que el intérprete cuente con un criterio de corrección que le permita escoger entre ellas. Recuérdese que estas dos decisiones fueron tomadas con sólo cinco años de diferencia y sus interpretaciones tanto de la norma infraconstitucional como de las de rango constitucional son diametralmente opuestas. Justamente, un representante de los *Critical Legal Studies* diría que lo que explica ese cambio no es otra cosa que la variación ideológica resultante de la modificación en la composición de los miembros de la Corte.

Para los partidarios de la tesis de la única respuesta correcta, como la de Moore, las cláusulas constitucionales, habrían sido dictadas con el objetivo de referirse a ciertas cualidades morales reales como, por ejemplo, la igualdad, y sería tarea de aquellos que interpreten la constitución "describir" esa realidad. Desde una posición como ésta, el cambio en la interpretación respecto de la constitucionalidad del artículo 52 del código penal no indicaría que el tribunal cambió el significado del término "pena" o de "castigo cruel", porque sería la naturaleza de aquello a lo que refieren las normas en juego lo que determinaría el significado de tales expresio-

nes³⁰. Casos como éste mostrarían que las definiciones mediante criterios o ejemplos paradigmáticos cuanto mucho serían derrotables, en el sentido de que están sujetas a ser corregidas a la luz de una mejor teoría acerca de la naturaleza del género de la cosa a la que las palabras se refieren³¹.

La retórica de la Corte en el caso "Gramajo", al ofrecer argumentos para justificar que la reclusión por tiempo indeterminado del artículo 52 del Código Penal es una pena y no una medida de seguridad, parece asumir esta visión de la interpretación:

"Que por otra parte, carece de trascendencia el *nomen juris* con que el legislador pudiera nominar una pena, puesto que aun cuando existiese una pena encubierta legislativamente bajo la denominación "medida de seguridad", no por ello perdería su naturaleza de "pena" y cualquier limitación constitucional que se pretendiese ignorar bajo el ropaje del *nomen juris* sería inconstitucional. Ni el legislador ordinario y menos aún la doctrina o la jurisprudencia pueden, por una mera decisión arbitraria, cambiar la denominación "pena" inventando una pretendida categoría penal contraria a la Constitución y, menos aún, cuando la propia ley precisa que se trata de una pena, de manera clara y expresa... Cualquiera sea el nombre que le asigne la doctrina, la jurisprudencia o incluso el propio legislador, es obvio que algo que tiene todas las características de una pena, es una pena, conforme a la sana aplicación del principio de identidad, y no deja de serlo por estar específicamente prevista en forma más grave (indeterminada, cumplida fuera de la provincia respectiva y con menos beneficios ejecutivos)"³².

Por otra parte, desde una perspectiva como la de Moore, sólo asumiendo el realismo moral se podría justificar el control judicial de constitucionalidad en una democracia:

"El realismo moral puede dar sentido a algunas de nuestras prácticas de adjudicación... cosa que no pueden hacer ni el convencionalismo ni el escepticismo moral. Considérese un solo ejemplo, la práctica del control judicial de constitucionalidad en el derecho constitucional

³⁰ Cf. Brink 1988 y Moore 1985.

³¹ Cf. Moore 2000: 100.

³² Considerando 9, voto de los Ministros Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti.

americano en tanto ese control es ejercido al interpretar la carta de derechos y las enmiendas de la guerra civil. Un realista moral puede ver esas enmiendas como refiriendo a derechos preexistentes que todas las personas poseen. Cuando hoy un juez realista moral invalida la expresión de la voluntad de la mayoría que supuestamente está representada en una ley, lo hace en el nombre de algo que está más allá de su poder de cambio y más allá del poder de cambio del consenso de la sociedad. Su justificación para ir en contra de la mayoría no es que sus sentimientos son diferentes de los de la mayoría, ni que algún consenso del pasado de una súper mayoría es diferente del consenso actual que una ley representa. Su justificación para el control judicial de constitucionalidad es contundente, y también es su forma de practicarlo: buscará descubrir la verdadera naturaleza de los derechos a los que se hace referencia construyendo la mejor teoría que pueda mostrar acerca de la naturaleza de la igualdad, la naturaleza de la libertad, etc.”³³.

La teoría de la indeterminación parcial, a su turno, resalta que el significado de las formulaciones normativas se da en el marco de las convenciones y prácticas que constituyen el lenguaje de la comunidad. En muchas ocasiones esas convenciones respecto de los términos en cuestión se encuentran más o menos consolidadas y su significado estará determinado. Pero en otras existen dudas respecto del sentido que debe asignárseles. Volviendo a nuestro ejemplo, la cuestión de la constitucionalidad del artículo 52 del Código Penal era un tópico ampliamente discutido en la doctrina penal y constitucional y no existía un claro consenso respecto de cuál era el rango de interpretaciones admisibles en el marco de la constitución. El cambio de interpretación de “Sosa” a “Gramajo” sería, como lo presentaría Moreso, sólo un reflejo de que la semántica de los lenguajes naturales no es completamente “estable” y que, por ende, no lo es la de la Constitución ni la del derecho en general:

“Que el texto constitucional cambie significa solamente que en diversas etapas históricas se privilegia más una de sus interpretaciones

³³ Moore 1992: 229. “Seguir verdaderamente la ‘voluntad de la (súper) mayoría’ será buscar las respuestas correctas a las preguntas acerca de cuál es el derecho de las personas al debido proceso, cuál es su derecho a la libertad de expresión y religión, qué castigos son crueles, y cuestiones similares”. Moore 1985: 394. La traducción me pertenece.

posibles que las otras y estos cambios están causados por los desacuerdos acerca del significado del texto, en el sentido de que no todos los *actores* constitucionales han usado la misma interpretación del grupo de interpretaciones relevantes”³⁴.

Antes de avanzar en el análisis sobre los alcances de la objeción contramayoritaria creo importante, en el marco de la tesis de la indeterminación parcial, previamente detenerme en una circunstancia que impondría una impronta especial a la interpretación constitucional. Me refiero a la presencia en las constituciones actuales de predicados que expresarían conceptos morales³⁵, “conceptos esencialmente controvertidos”³⁶, enunciados que incluyen términos como “justicia”, “igualdad”, “tratos inhumanos, crueles y degradantes”, que indicarían la presencia de una “dimensión ética sustancial”³⁷ o, en otras palabras, remitirían a la moral. Como existirían profundos desacuerdos para determinar el contenido de estos términos, y en virtud de su profusión en el nivel constitucional, su presencia implicaría que una parte importante de lo que digan las constituciones estaría indeterminada y por ende sujeta a la discrecionalidad judicial. Estos términos introducirían una inestabilidad semántica tal que los ámbitos de discrecionalidad en el nivel constitucional serían mucho más extendidos que en los niveles infraconstitucionales.

Desde la teoría de la indeterminación parcial, no obstante se ha considerado posible ofrecer una respuesta objetiva a las cuestiones planteadas por conceptos con carga moral como, por ejemplo, si una determinada pena es o no “cruel” o “degradante”, sin caer en posiciones como las de Moore. Tal es el caso de Moreso, quien sostiene que la presencia en los textos constitucionales de lo que él denomina *predicados morales* no impide un conocimiento neutral de lo que exigen las constituciones, de manera que su aplicación *no siempre* configuraría un ejercicio de discrecionalidad³⁸. Si la propuesta de Moreso fuera viable los márgenes de discrecionalidad de quien interprete alguna cláusula que contenga

³⁴ Moreso 1997: 222-223.

³⁵ Cf. Dworkin 1977: 216 y Moreso 2000: 107.

³⁶ Cf. Iglesias Vila 2000: 79. La expresión fue introducida en Gallie 1955.

³⁷ Celano 2004: 56.

³⁸ Cf. Moreso 2000: 111.

este tipo de términos serían más reducidos, ya que su presencia no sería necesariamente sinónimo de indeterminación.

Moreso parte de la distinción, sugerida por Bernard Williams, entre *conceptos morales ligeros* (*thin moral concepts*) y *conceptos morales densos* (*thick moral concepts*)³⁹. Los primeros serían aquellos que sirven para expresar juicios de valor generales como, por ejemplo, "bueno" o "malo", "correcto" o "incorrecto", "debido" o "indebido". Para que estos conceptos sean capaces de transmitir información acerca de los objetos o circunstancias evaluados, tal como fueron pensados por el emisor, sería necesario conocer las pautas de evaluación de quien los utiliza. Los conceptos ligeros no dependerían de cómo sea el mundo, "*purios en su normatividad, son como esas pequeñas estrellas doradas que puedes pegar sobre lo que sea*"⁴⁰. En cambio, los conceptos morales densos, como "valeroso", "generoso", "cobarde" o "cruel", transmitirían tanto información descriptiva como valorativa. Así, sólo serían "cobardes" ciertas acciones motivadas por el miedo que tienen que ver con un comportamiento en circunstancias no supererogatorias, pero además este concepto expresaría una evaluación negativa de la acción así calificable.

Los conceptos ligeros sólo tendrían una dimensión prescriptiva, y suministrarían razones para la acción pero sin poseer contenido descriptivo alguno. Según Moreso, sería este tipo de conceptos el que los no cognoscitivistas tendrían como referencia cuando sostienen que los juicios morales no son aptos para la verdad⁴¹. La aplicación de los conceptos densos, en cambio, dependería de cómo sea el mundo, de cómo alguien se comporte y, a la vez, su aplicación involucraría algún tipo de evaluación de las acciones o situaciones, suministrando usualmente razones para la acción⁴².

³⁹ Cf. Williams 1985: 128-129, 140-141 y 150-152.

⁴⁰ Korsgaard 1996: 71.

⁴¹ Cf. Moreso 2000: 109.

⁴² Cf. Williams 1985: 129-130. Para ciertos autores los conceptos ligeros serían los más básicos, resultarían conceptualmente previos e independientes de los densos. Esta postura es denominada centralismo, y es sostenida, por ejemplo, por Hare. El no-centralismo, en cambio, rechaza esa tesis y propugna una relación de superveniencia (Williams) o interdependencia (Raz) entre ambos (Williams 1985: 223 y Raz 1999: 210).

Respecto de los conceptos densos, Moreso sostiene que si la comunidad jurídica es capaz de identificar ciertos casos paradigmáticos de aplicación, entonces podría afirmarse que a su respecto los correspondientes enunciados subsuntivos serían verdaderos u objetivos, sin tener que asumir una posición realista moral. Afirma que si bien el realismo iría de la mano del cognoscitivismo y del objetivismo en materia moral, el objetivismo no debería ser identificado con el realismo, y que el rechazo de éste último no implicaría necesariamente adoptar una postura no cognoscitivista en materia ética. Cree que existe cierto lugar conceptual para un cognitivismo antirrealista, un objetivismo moral moderado en términos de acuerdos racionales que sería perfectamente compatible con la objetividad en el derecho, es decir con la idea de que puede haber ciertos casos en los que podemos tener respuestas correctas en el sentido de que “podemos saber y mostrar públicamente” cuál es el derecho⁴³.

A criterio del profesor español, los juicios morales pueden ser comprendidos como “proposiciones que se refieren a las actitudes que tendrían determinados agentes en condiciones ideales”⁴⁴. Especifica esta idea del siguiente modo:

“Una persona P está en las condiciones ideales frente a la acción x si y sólo si:

P es imparcial;

P posee un conjunto unificado y coherente de deseos;

P dispone de una información completa y sensible acerca de las alternativas y consecuencias en relación con x”⁴⁵.

Moreso no toma posición acerca de si la satisfacción de las condiciones ideales es definitoria de la corrección moral o es sólo una herramienta epistémica para descubrirla, ya que esto permitiría dejar abierta la posibilidad de que los realistas morales la acepten también⁴⁶. Pero ocurre que en cualquiera de las dos versiones, las concepciones mora-

⁴³ Cf. Moreso 2000 y 2003: 117-150.

⁴⁴ Moreso 2003: 133.

⁴⁵ Moreso 2003: 146.

⁴⁶ Cf. Moreso 2003: 146-147.

les objetivistas que se fundan en consideraciones procedimentales bajo condiciones ideales⁴⁷ resultan problemáticas. Tradicionalmente, como señala Celano, se han formulado tres objeciones contra esta idea: la circularidad, el carácter hipotético y la indeterminación⁴⁸. En primer lugar, los resultados a los que se arriba como consecuencia del procedimiento son en realidad reflejo de los presupuestos morales que hacen que se opte por determinadas características y no otras a la hora de definir las condiciones ideales, con lo cual si el procedimiento garantiza la obtención de ciertos resultados, ello no haría sino poner de manifiesto los presupuestos asumidos. En segundo lugar, el carácter hipotético que asume no provee una explicación convincente de por qué individuos de carne y hueso deberían actuar de una determinada manera: ¿por qué debería yo actuar del modo en el que lo haría un sujeto que se hallara en condiciones ideales de conocimiento y racionalidad, cuando de hecho no estoy en un mundo semejante? En tercer lugar, las características de las condiciones ideales a las que suele apelarse desde este punto de vista no parecen garantizar que su satisfacción permita llegar a un resultado unívoco⁴⁹.

Moreso reconoce la debilidad de su posición cuando afirma:

“Soy consciente de que muchos quedarán sin convencer por esta estrategia e insistirán en que aún en dichas condiciones ideales no hay esperanza para la convergencia de nuestras actitudes. Pues bien, a los escépticos les aconsejaría que la tomen como una apuesta de futuro. Obremos como si las cosas fueran así, tratemos de acercarnos a dichas

⁴⁷ El ejemplo paradigmático de este tipo de teorías es la de Rawls 1971.

⁴⁸ Cf. Celano 2003: 43-84.

⁴⁹ Según Alchourrón y Bulygin no sería posible conseguir algún tipo de convergencia si no se cumple lo que denominaron el principio de correlación, según el cual todos los individuos en condiciones ideales aceptarían la misma jerarquía para cualquier conjunto de historias. A criterio de Alchourrón y Bulygin, si se afirma que el desacuerdo respecto de la jerarquía prueba que no están satisfechas las condiciones ideales, el principio de correlación se convertiría en analíticamente vacuo, ya que estar en las condiciones ideales significaría aceptar la misma jerarquía; pero si en cambio se afirma que un desacuerdo en la jerarquía es sólo un síntoma de la falta de satisfacción de las condiciones ideales, el acuerdo tampoco podría ser sino un síntoma de su satisfacción, de modo que el consenso en tal caso no estaría basado en ellas. Cf. Alchourrón- Bulygin 1983: 607.

condiciones en nuestros debates morales y, *at the end of the day*, veremos lo que ocurre"⁵⁰.

Pero entonces, si este modelo de condiciones ideales tiene alcances tan modestos, resultaría que solamente nos quedaría el acuerdo o convención respecto de los casos paradigmáticos. Y el mero acuerdo no puede tomarse como equivalente a la objetividad, porque todos podemos estar de acuerdo sobre una determinada cuestión y, no obstante, estar equivocados si es que existe algún criterio de corrección que resulta independiente de nuestras creencias⁵¹. Es esto último lo que parece significar el afirmar que existe objetividad en cierto dominio, de manera que no llevo a apreciar cómo es que un eventual acuerdo como aquel al que alude Moreso podría implicar alguna forma de objetivismo moral, aunque sea del más moderado.

El argumento consistente en que los términos como "cruel" o "degradante", cuando aparecen en los textos constitucionales, expresarían conceptos morales, busca abonar la tesis de que los jueces no tendrían discrecionalidad para establecer qué sea cruel o degradante sino que estarían limitados por lo que desde el punto de vista de la moral pueda así calificarse. Pero para que esa limitación se traduzca con toda su fuerza eliminando la indeterminación así como una interpretación discrecional de tales conceptos en la toma de decisiones institucionales, se debería presuponer la objetividad de la moral y la inexistencia de limitaciones epistémicas para conocer lo que ese dominio objetivo establece. Esto último es de especial importancia. Parecería que si no se cuenta con una epistemología clara que dé cuenta del acceso a lo que la moral objetiva prescribe o brinde un procedimiento para dirimir los casos en que surjan desacuerdos respecto de lo que ella prescribe, postular como señala Waldron que existe "una respuesta correcta ahí afuera significa que un juez no se está volviendo loco cuando sale arduamente en su busca. Pero su mera existencia no conduce al juez a perseguirla, y ya no digamos a determinar que será capaz de alcanzarla"⁵².

En este contexto, en la práctica el juez o intérprete no puede sino hacer alguna de estas dos cosas: asignar significado a términos semejantes

⁵⁰ Moreso 2003: 148.

⁵¹ En el mismo sentido véase Barbarosch 2007:224.

⁵² Waldron 1999: 222.

de acuerdo con lo que *él cree* que la moral exige o hacerlo de acuerdo con *la creencia o comprensión común* que se tenga de lo que la moral exige. En ninguno de los dos casos la aceptación de la objetividad moral tiene, por sí sola, virtualidad alguna para evitar la discrecionalidad. Pero esto tampoco significa que las cláusulas que introducen estos términos sean necesariamente o siempre indeterminadas. Existirán muchos casos en los que tendremos convenciones más o menos firmes respecto de lo que ellas exigen. Ni su presencia implicara necesariamente indeterminación ni tampoco un menor grado de discrecionalidad que otros términos aun aceptando que ellos remiten a una moral objetiva⁵³. Por consiguiente, no hay nada en la tarea interpretativa que diferencie a este tipo de expresiones de otros términos con igual grado de indeterminación que se pueden encontrar en normas infraconstitucionales.

4. Repensando la objeción contramayoritaria

¿Debe asignarse a los jueces competencia para declarar inválidas las leyes creadas por el legislador democrático cuando consideran que ellas violan lo establecido en la constitución? Para muchos defensores de la democracia constitucional la respuesta sería afirmativa, en tanto el control judicial verse sobre las decisiones de la legislatura ordinaria y se ejercite para proteger los derechos básicos que fueran establecidos por el poder constituyente, que sería el órgano verdaderamente soberano.⁵⁴

⁵³ Una cuestión sobre la que ha de reflexionarse es la siguiente. El lenguaje en el que se expresan las normas jurídicas está poblado por un sinnúmero de términos con carga valorativa. En esto las normas constitucionales no parecen tener ninguna peculiaridad frente a los demás estratos normativos que justifique hablar de una especificidad de la interpretación constitucional. Pero además, siendo el derecho un dominio normativo, resulta un fenómeno natural la presencia de expresiones semejantes. Por ello, quienes sostienen que esos términos con carga valorativa deben ser entendidos como si expresaran "conceptos morales" tienen ante sí tres desafíos. En primer lugar, deben contar con un criterio claro para delimitar el dominio de la moral a fin de justificar que los conceptos expresados por tales expresiones son "conceptos morales" y no de otra índole, algo que no resulta sencillo. En segundo lugar, deben justificar la razón por la cual, pese a estar insertos en un dominio discursivo de carácter normativo (el derecho), ellos no obstante expresan conceptos que pertenecen a otro dominio normativo (la moral). Y, finalmente, deben justificar con argumentos independientes la existencia de una conexión necesaria entre el derecho y la moral, algo que obviamente está presupuesto en la tesis bajo análisis.

⁵⁴ Cf. Hamilton-Madison-Jay 1788: 332.

La tarea de los jueces consistiría en hacer cumplir las decisiones de la voluntad popular plasmadas en las cartas de derechos⁵⁵. Cuando un tribunal ejerce el control de constitucionalidad, protegería los derechos de los individuos y de las minorías frente a los derechos de las mayorías⁵⁶, constituyéndose así en guardián de la constitución. Según Dworkin, la democracia no exige *per se* que los jueces asuman el control de constitucionalidad, pero remarca que no es incompatible con él⁵⁷.

En cambio, desde el enfoque opuesto, si se asume como un elemento esencial de la democracia al autogobierno, cuya expresión sería la supremacía de la legislatura, cualquier tipo de limitación a lo que ella estableciera resultaría inadmisibile. En palabras de Bickel:

“La dificultad fundamental consiste en que el control judicial de constitucionalidad es una fuerza contramayoritaria en nuestro sistema [...] cuando la Corte Suprema declara inconstitucional un acto legislativo frustra la voluntad de los representantes de las personas aquí y ahora, ejerce el control, no en representación de la mayoría prevaleciente, sino en su contra. Eso, sin los matices místicos, es lo que realmente ocurre [...] es la razón por la que se puede acusar al control judicial de constitucionalidad como antidemocrático”⁵⁸.

Según Ely, los tribunales presentarían desde una perspectiva democrática un déficit de origen por no constituir un cuerpo electo ni responsable electoralmente. Además, su función también sería antidemocrática, pues al asignárseles competencia para declarar inválida una norma emitida por la legislatura, impondrían límites a lo que el pueblo a través de sus representantes puede decidir⁵⁹.

En la misma línea Waldron sostiene que, así como el establecer una carta de derechos atrincherada constituiría una limitación injustificada al legislador democrático, el permitir que los jueces tengan la última palabra acerca del contenido y alcances de los derechos implicaría privar

⁵⁵ Cf. Freeman 1990: 353-354.

⁵⁶ Hamilton-Madison-Jay 1788: 333. En un sentido similar, véase Dworkin 1986: 398.

⁵⁷ Cf. Dworkin 1996: 17 y 32.

⁵⁸ Bickel 1961: 16-17.

⁵⁹ Ely 1980: 23.

a los ciudadanos de la prerrogativa de reflexionar libremente sobre las cuestiones que más les afectan⁶⁰.

Uno de los argumentos centrales de esta objeción sostiene que la admisión del control judicial de constitucionalidad se apoyaría en una ilusión: que se puede determinar qué es lo que dijo esa “voz del pueblo” plasmada en la constitución⁶¹. Sería imposible sostener el argumento de que los jueces sólo intervienen cuando las decisiones de la legislatura son violatorias de los derechos, porque en sociedades que se caracterizan por el hecho del desacuerdo, éste podría recaer incluso sobre la cuestión de si una determinada norma viola algún derecho, esto es, sobre los alcances de ese derecho y lo que él requiere⁶². Los tribunales no tendrían qué defender, ya que siempre podría existir desacuerdo respecto de cuáles derechos incluir o qué derechos se encuentran realmente plasmados en la constitución. Por ello, los argumentos a favor del control judicial de constitucionalidad serían insostenibles porque “*se basan en la idea de que tenemos nociones firmes acerca de lo que significa, en cada caso, respetar los derechos de todos*”⁶³ y cuáles sean los mejores resultados para preferir un derecho a otro. Debido a que las declaraciones de derechos a menudo se plasman en principios de carácter abierto y mediante términos con resonancias morales, se abriría una “brecha interpretativa” entre el texto constitucional y las decisiones que lo aplican⁶⁴. A través de la interpretación, los jueces terminarían ocupando un lugar que correspondería a la voluntad popular, instaurando una “dictadura de los jueces”. La democracia constitucional sería “lo que decida la mayoría, siempre que no vulnere lo que los jueces constitucionales entiendan que constituye el contenido de los derechos básicos”⁶⁵.

El argumento de la dictadura de los jueces postula que el control judicial de constitucionalidad sería incompatible con los ideales democráticos porque a través de la tarea interpretativa serían los jueces los que establecerían el contenido y alcance de los derechos. Sin embargo, este

⁶⁰ Cf. Waldron 1999: 254.

⁶¹ Cf. Gargarella 1996: 60 2004: 72.

⁶² Cf. Waldron 1999: 351-353.

⁶³ Gargarella 2004: 76.

⁶⁴ Cf. Gargarella 1996: 59.

⁶⁵ Bayón 2000: 69.

argumento parece presuponer que los jueces deciden discrecionalmente si una norma es o no compatible con la Constitución, y que las normas constitucionales de tutela de derechos fundamentales, por su formulación en términos considerablemente vagos, abstractos y con fuerte carga valorativa, no establecen por sí ninguna respuesta clara respecto de la constitucionalidad de una norma o acto, sino que en todos los casos ello dependería de la decisión discrecional de los jueces. Ahora bien, esta afirmación parece comprometerse con la tesis de la indeterminación radical. Waldron, por ejemplo, sostiene que:

“...las palabras utilizadas en cada disposición de la carta de derechos tienden a cobrar vida por sí mismas, convirtiéndose en un obsesivo eslogan que sirve para expresar cualquier cosa que uno quiera decir sobre el derecho en cuestión”⁶⁶.

Si esto fuera así, las constituciones no atrincherarían más que textos que admitirían cualquier significado, cuya determinación quedaría al puro arbitrio del intérprete, esto es, el juez. Dado que asumiendo la tesis de la indeterminación radical no habría ningún caso claro de inconstitucionalidad —simplemente porque tampoco habría ningún caso claro de aplicación de ninguna norma—, los tribunales tomarían siempre una decisión discrecional, de modo que la estrategia de tutela constitucional de derechos básicos consistiría en realidad en ponerse en manos de los jueces para que resuelvan como les parezca. Los textos constitucionales no brindarían pauta alguna ya que la atribución de significado sería un acto de pura decisión.

Antes de examinar más detenidamente si realmente puede considerarse que la objeción contramayoritaria presupone la tesis de la indeterminación radical creo importante señalar que quienes objetan no sólo el control judicial de constitucionalidad sino también la propia idea de atrincherar derechos en la constitución, parecen con ello comprometerse con dos concepciones incompatibles de la interpretación⁶⁷. Waldron, por ejemplo, afirma que:

“Cuando una disposición queda atrincherada en un documento constitucional, los que poseen el derecho [que se establece] tienen ahora la

⁶⁶ Waldron 1999: 262. En el mismo sentido, Waldron 2006: 1381.

⁶⁷ Cf. Perot-Rodríguez 2005: 23.

ventaja adicional de que se hace difícil o imposible alterar su situación jurídica”⁶⁸.

Al sostener tal cosa se está reconociendo que la constitución es capaz a través de una carta de derechos de retirar ciertos temas de la agenda de discusión ordinaria y así limitar lo que el legislador puede decidir. Pero para ello debe aceptarse que la constitución tiene algún contenido desde el punto de vista semántico, “dice algo” de antemano que otorga esa ventaja de la que habla Waldron. Ahora bien, en contradicción con esto, el argumento de la dictadura de los jueces parece presuponer, como ya se advirtió, que la discrecionalidad judicial se sigue de la indeterminación de las normas constitucionales de tutela de derechos fundamentales, las que no ofrecerían ninguna respuesta clara y, por ende, tampoco podrían fijar límite alguno a los órganos infraconstitucionales.

No niego que sea posible articular conjuntamente estas dos objeciones, pero si se quiere evitar esta tensión es preciso construir un argumento más complejo que el que a menudo ofrecen las versiones más fuertes de la objeción contramayoritaria, que haga explícitos los compromisos que en materia interpretativa se están asumiendo. Esto muestra cómo la viabilidad de algunos de los argumentos sustantivos que se esgrimen en este dominio depende en gran medida de los alcances de la concepción de la interpretación que se asuma.

De todos modos, mi atención aquí se circunscribe al argumento de la dictadura de los jueces. Si se asume la tesis de la indeterminación radical, parecería que el argumento funciona, y además que lo hace de forma contundente: el establecimiento del control judicial de constitucionalidad implicaría designar a uno o más órganos para que decidan a su antojo sobre el significado de la constitución y el alcance de nuestros derechos. Sin embargo, desde esta concepción de la interpretación lo que no parece posible es restringir el alcance de la objeción al control judicial de constitucionalidad. Si el lenguaje en general, y las formulaciones normativas en particular, dependen siempre en cuanto a su significado de una decisión libre del intérprete, en nuestro caso el juez, entonces cualquier ejercicio de la función jurisdiccional en que se apliquen normas de cualquier jerarquía implicará en esta reconstrucción un ejercicio de discrecionalidad

⁶⁸ Waldron 1999: 263.

ya que quien decide el contenido de las normas serían los jueces y no las legislaturas. Pero entonces, si se asume la tesis de la indeterminación radical no hay modo de circunscribir los alcances de esta crítica al nivel de las normas de la constitución. Lo que de ella se seguiría, tal como lo han planteado algunos escépticos, es una crítica global a la manera en que entendemos ordinariamente cómo funciona el derecho.

Pero además, quien asume esta concepción de la interpretación y, a su vez, pretende justificar una democracia mayoritaria, debe enfrentar una seria dificultad para asignar un contenido al principio de la supremacía de la legislatura. Si se asume la tesis de la indeterminación radical en realidad la actividad legislativa no podría ir más allá de un acuerdo sobre ciertos textos, susceptibles luego de cualquier interpretación, desdibujándose así el carácter supremo que se les reserva en este modelo a las decisiones legislativas, pues ellas, al igual que la constitución, no podrían establecer límite alguno al aplicador. De manera que, aunque a primera vista es desde esta concepción de la interpretación que la objeción contramayoritaria cobraría su mayor fuerza de convicción, resulta en realidad que parece incoherente sostener la supremacía de la legislatura y la crítica al control judicial de constitucionalidad bajo este presupuesto hermenéutico.

Si se parte en cambio de alguna versión de la tesis de la única respuesta correcta, que considera que siempre es posible encontrar una respuesta objetiva a los problemas de interpretación que plantea cualquier texto normativo, la objeción de la dictadura de los jueces pierde gran parte de su fuerza de convicción ya que en tal caso la noción de brecha interpretativa, que involucra un componente creador en el intérprete, se volvería un sinsentido. El problema para la objeción contramayoritaria en este marco sería que si la constitución ofrece una respuesta correcta, los jueces no tendrían discrecionalidad sino que al ejercitar el control de constitucionalidad deberían identificar qué consecuencias se siguen de lo que establece la constitución. Así desde una versión realista como la de Michael Moore, el juez no puede asignarle cualquier significado a un término sino que debe hacerlo de acuerdo a la "verdadera naturaleza de la cosa" a la que se refiere la cláusula constitucional⁶⁹. De modo que

⁶⁹ Cf. Moore 1985: 331. De la misma manera, para Dworkin "los jueces no deberían leer sus propias convicciones en la constitución" (Dworkin 1996: 10). Cómo

la Constitución no sería lo que los tribunales dicen que es, sino lo que la Constitución permite a los tribunales decir qué es de manera unívoca⁷⁰.

Desde luego, como ya he observado antes al hacer referencia a la objetividad en el dominio moral, que haya una respuesta correcta no garantiza que se la vaya a encontrar. De manera que incluso asumiendo esta tesis se podría objetar dejar en manos de órganos no representativos tomar decisiones que conciernen a derechos fundamentales. Pero lo que se debería justificar ahora, para que la objeción funcione, son las razones por las que los jueces estarían en peores condiciones que los miembros de la legislatura para descubrir esa respuesta correcta. La objeción debería ir acompañada de un elaborado argumento que justifique la supremacía epistémica de la legislatura. Y ese argumento debe ser apto para contrarrestar el refuerzo adicional que gana bajo esta concepción de la interpretación el tradicional argumento a favor del constitucionalismo: si la constitución tiene un contenido determinado y, por ende, limita lo que la mayoría ordinaria puede decidir, ¿tiene sentido dejar en manos del órgano que se pretende limitar el papel de intérprete privilegiado de esos límites?

Pero el partidario de la crítica contramayoritaria no necesita comprometerse con ninguna de estas concepciones interpretativas: podría presuponer la tesis de la indeterminación parcial. La tarea interpretativa no sería puramente cognoscitiva ni tampoco exenta de límites. En los casos claros no existiría brecha interpretativa y los jueces sólo deberían controlar que se respeten los límites fijados por la constitución para ciertos derechos básicos. Pero en los casos problemáticos los jueces sí tendrían discrecionalidad. De manera que el alcance de la objeción contramayoritaria desde este presupuesto se circunscribiría básicamente a los supuestos en los que la constitución resulta indeterminada, que por cierto no son pocos. Ahora bien, aunque bajo esta concepción de la interpretación la objeción no parece sujeta a las dificultades que se

se recordará, para Dworkin la interpretación constitucional se encuentra determinada por la exigencia que denomina "integridad constitucional", según la cual ella debería ser consistente con la constitución como un todo y con las interpretaciones que le precedieron.

⁷⁰ En sentido similar, véase Rawls 1993: 273.

indicaron al examinar las dos concepciones alternativas extremas, sus alcances resultan ahora mucho más modestos de los que a primera vista puede parecer. Ello así puesto que dentro de este marco parece difícil considerar en abstracto la objeción sin tomar en cuenta las concretas configuraciones institucionales que asuma el control de constitucionalidad, ya que pueden pensarse estrategias de diseño que sean sensibles a la preocupación que motoriza a la objeción. Por ejemplo, imponer como pauta interpretativa la deferencia al legislador, o establecer para ciertas cuestiones una suerte de reenvío a la legislatura.

En síntesis, he intentado ofrecer algunas pautas de análisis que permitan comprender el problema que plantea la objeción contramayoritaria con mayor precisión, siendo conscientes de algunos presupuestos que están en juego en su discusión. Ello posibilita, a mi entender, contar con mejores herramientas para dar el siguiente paso, esto es, repensar la objeción en el marco de diseños institucionales concretos, cuestión que dejaré para otra ocasión.

Bibliografía

ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, (1983) "Deontic Truth and Values", en Kangas, U., (ed.) *Essays in Legal Theory in Honor of Kaarle Makkonen*, Helsinki, XIV Oikkeustiede Jurisprudentia, 1983. Citado por la traducción castellana de Eugenio Bulygin, "Verdad deónica y valores", en Alchourrón-Bulygin 1991, pp. 591-610.

(1991) *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

ALTMAN, Andrew, (1990) *Critical Legal Studies: A Liberal Critique*, Princeton, Princeton University Press.

BARBAROSCH, Eduardo, (2007) "Algunas reflexiones sobre los sentidos de positivismo jurídico y el colapso del positivismo jurídico incluyente en el derecho natural", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, N° 26, pp. 205-226.

BAYÓN, Juan Carlos, (2000) "Derechos, democracia y constitución", *Discusiones*, N° 1, Bahía Blanca, Universidad Nacional del Sur, pp. 65-94.

BICKEL, Alexander, (1962) *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianapolis, Bobs-Merrill. Citado por la 2da. edición, New Haven, Yale University Press, 1986.

BIX, Brian, (1993) *Law, Language and Legal Determinacy*, Oxford, Oxford University Press.

BRINK, David, (1988) "Legal Theory, Legal Interpretation, and Judicial Review", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 17 N° 2, pp. 105-148.

CÁCERES, Enrique; FLORES, Imer; SALDAÑA, Javier y VILLANUEVA, Enrique, (2005) (coords.) *Problemas Contemporáneos de la Filosofía del Derecho*, México, UNAM.

CELANO, Bruno, (2003) "Commenti a José Juan Moreso: El reino de los derechos y la objetividad de la moral", en Diciotti 2003, pp. 43-84.

(2004) "Diritti, principio e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione", en P. Comanducci y R. Guastini, *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica 2004*, Torino, Giappichelli Editore, pp. 53-74.

DICIOTTI, Enrico, (2003) (comp) *Diritti umani ed oggettività della morale*, Siena, Dipartimento di Scienze Storiche, Giuridiche, Politiche e Sociali.

DWORKIN, Ronald, (1977) *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth. Citado por la traducción castellana de Marta Guastavino, *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta Agostini, 1993.

(1986) *Law's Empire*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.

(1996) *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.

ELY, John Hart, (1980) *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press. Citado por la traducción castellana de John Hart Ely y Magdalena Olguín, *Democra-*

cia y Desconfianza, *Una teoría del control constitucional*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1997.

FREEMAN, Samuel, (1990) "Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review", *Law and Philosophy*, N° 9, pp. 327-370.

GALLIE, Walter Bryce, (1955) "Essentially Contested Concepts", *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 56, pp. 167-198.

GARGARELLA, Roberto, (1996) *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel.

(2004) *Crítica de la Constitución. Sus zonas oscuras*, Buenos Aires, Capital Intelectual.

GEORGE, Robert, (1992) (ed.) *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, Oxford, Clarendon Press.

GUASTINI, Riccardo, (1992) *Dalle fonti alle norme*, Torino, Giappichelli Editore.

(2006) "A sceptical view on interpretation", en P. Comanducci y R. Guastini, *Analisi e Diritto. Ricerche de Giurisprudenza Analitica 2005*, Torino, Giappichelli Editore, pp.139-144.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James y JAY, John, (1788) *The Federalist. A Commentary on the Constitution of the United States*, s/d. Citado por la traducción castellana de Gustavo Velazco, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000

HART, Herbert, (1961) *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press. Citado por la traducción castellana de Genaro Carrió, *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977.

(1977) "American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream", *Georgia Law Review*, vol. 11 N° 5. Citado por la versión publicada en Hart 1983, pp. 123-188.

(1983) *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press.

IGLESIAS VILA, Marisa, (1998) "Una crítica al positivismo hartiano: el problema del seguimiento de reglas", en P. Comanducci y R. Guastini, *Analisi e Diritto. Ricerche di Giurisprudenza Analitica 1998*, Torino, Giappichelli Editore, pp. 129-144.

(2000) "Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional", *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 23, pp. 77-104.

KENNEDY, Duncan, (2005) "A Left Phenomenological Critique of the Hart/Kelsen Theory of Legal Interpretation", en Cáceres-Flores-Saldaña-Villanueva 2005, pp.371-383.

KORSGAARD, Christine, (1996) *The Sources of Normativity*, Cambridge University Press, Cambridge.

KRIPKE, Saul, (1982) *Wittgenstein on Rules and Private Language*, Oxford, Basil Blackwell.

LEITER, Brian, (2002) "American Legal Realism", *University of Texas Law, Public Law Research Paper No. 42*, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=339562>.

MARMOR, Andrei, (1992) *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press.

MOORE, Michael, (1985) "A Natural Law Theory of Interpretation", *Southern California Law Review*, N° 58, pp. 279-398.

(1989) "The Interpretive Turn in Modern Theory. A turn for the worse?", *Stanford Law Review*, vol. 41 N° 4, pp. 871-957.

(1992) "Law as a Functional Kind" en George 1992, pp. 188-242.

(2000) *Educating Oneself in Public. Critical Essays in Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press.

MORESO, José, (1997) *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticas y Constitucionales.

(2000) "Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional", *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 23, pp. 105-118.

(2003b) "El reino de los derechos y la objetividad de la moral", *Análisis Filosófico*, vol. 23 N° 2, pp.117-150.

ORUNESU, Claudina; PEROT, Pablo y RODRÍGUEZ, Jorge, (2005) *Interpretación y dinámica de los sistemas constitucionales*, México, Fontamara.

PEROT, Pablo y RODRÍGUEZ, Jorge, (2005) "Dinámica e interpretación de los sistemas constitucionales", en Orunesu-Perot-Rodríguez 2005, pp. 13-29.

PUTNAM, Hilary, (1975a) *Mind Language and Reality*, *Philosophical Papers*, vol. 2, Cambridge, Cambridge University Press.

(1975b) "The Meaning of 'Meaning'", en Putnam 1975a, pp. 215-271.

RAWLS, John, (1971) *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.).

(1993) *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press. Citado por la traducción castellana de Antoni Doménech (1996) *El liberalismo político*, Crítica, Barcelona.

RAZ, Joseph, (1999) *Engaging Reason. On the Theory and Value of Action*, Oxford University Press, Oxford.

SINGER, Joseph, (1984) "The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory", *The Yale Law Journal*, vol. 94 N° 1, pp. 1-70.

STAVROPOULOS, Nicos, (1996) *Objectivity in Law*, Oxford, Clarendon Press.

TUSHNET, Mark, (1999) *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press.

UNGER, Roberto, (1983) *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.

WALDRON, Jeremy, (1999) *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press. Citado por la traducción castellana de Águeda Quiroga y

José Luis Martí Mármol, *Derecho y Desacuerdos*, Marcial Pons, Barcelona, 2004.

(2006) "The Core of the Case against Judicial Review", *The Yale Law Journal*, vol. 115, pp. 1348-1406.

WILLIAMS, Bernard, (1985) *Ethics and the limits of Philosophy*, Fontana Press, London.

UNA NUEVA VISITA A LA FILOSOFÍA DEL DERECHO ARGENTINA

Por Manuel Atienza

I

En el campo de la filosofía del Derecho es difícil poder hablar, en sentido estricto, de descubrimientos. Mario Losano escribió en una ocasión que en el Derecho y en las ciencias sociales todo se ha dicho ya, por lo menos una vez. A pesar de lo cual, creo poder presumir de ser el autor de un descubrimiento, hecho además muy al comienzo de mi carrera académica. En efecto, descubrí, hacia mediados de los años 70, la filosofía del Derecho argentina y lo hice, como ha ocurrido con muchos descubrimientos científicos o de otra índole, en buena medida, por casualidad.

Al terminar mi licenciatura en Derecho, en el año 1973, había comenzado a trabajar en una tesis de doctorado, bajo la dirección de Elías Díaz. El tema era: "La filosofía del Derecho de Herbert Hart". Ocurrió, sin embargo, que a los pocos meses de iniciar el trabajo, nos enteramos de que había otro profesor, en las Islas Canarias, que llevaba ya varios años elaborando una tesis —y bajo una dirección solvente: la de González Vicén— sobre ese mismo tema. Eran los últimos años del franquismo y estábamos dando el paso desde la escuela española de derecho natural y de gentes a la iusfilosofía del siglo XX; hasta poco antes, prácticamente todas las tesis de doctorado que se leían en España en los departamentos de "Derecho natural y filosofía del Derecho" versaban sobre alguno de los integrantes de la escuela mencionada. Mi director pensó, con toda razón, que era momento de evitar las redundancias y de ocuparse más bien de llenar las numerosas lagunas de conocimiento que entonces te-

níamos, y me sugirió que explorara el mundo latinoamericano en busca de un nuevo tema. Así lo hice, y en seguida me di cuenta de que en uno de aquellos distantes y entonces muy desconocidos países había todo un filón iusfilosófico. No me costó mucho convencerle para reducir el campo de estudio de mi tesis, de la filosofía del Derecho latinoamericana, en general, a la argentina, en particular. Empecé a leer con gran avidez lo que teníamos en nuestra biblioteca —en la Universidad de Oviedo— sobre autores argentinos —que no era mucho—, y en seguida entré en contacto con Antonio Martino que me proporcionó informaciones útiles que me permitieron acceder a materiales y autores que en España eran casi completamente desconocidos. En realidad, el único iusfilósofo argentino del que se tenía alguna noticia era Carlos Cossio, pero tampoco podría decirse que su nombre sonara mucho y, en todo caso, sonaba mal: todo el mundo lo pronunciaba como “Cossío”.

Al cabo de un tiempo, Martino me animó a viajar a la Argentina (entonces se decía el nombre del país anteponiéndole el artículo), y yo aproveché la circunstancia de que se me había prohibido la entrada al recinto universitario (de mi Universidad de Oviedo) y que estaba procesado por el Tribunal de Orden Público franquista, en ambos casos por haber hablado con demasiada libertad sobre la falta de libertad en España, para poner tierra —y mar— de por medio. Viajé ilegalmente a Buenos Aires (ilegalmente, porque un juez me había prohibido abandonar el país) en octubre de 1975 y allí me encontré con el equivalente, iusfilosóficamente hablando, de lo que había sido el oro, la plata y las especias para los descubridores de otros tiempos. Me encontré con los iusfilósofos argentinos que, desde entonces, han sido mis maestros y mis amigos: Genaro Carrió, Eugenio Bulygin, Carlos Alchourrón, Roberto Vernengo, Eduardo Rabossi o Enrique Mari; un poco después —pero ya no en la Argentina— conocí a Ernesto Garzón Valdés.

En su libro *Los descubridores*, Daniel Boorstein, refiriéndose a los viajes de los navegantes portugueses en el siglo XV, subraya la importancia que tuvo “la habilidad para regresar al suelo natal”. “Las aventuras marítimas, y hasta sus éxitos, han dejado escasas huellas en la historia cuando se trataba de un viaje en una sola dirección. Llegar a un lugar no era suficiente. Para que los pueblos de la tierra influyesen los unos sobre los otros y se enriqueciesen mutuamente, era necesario que pudiesen volver al hogar, que fuesen capaces de regresar al punto de partida del

viaje para transformar la vida de los que habían quedado allí con los objetos y el conocimiento que los viajeros habían hallado en otros lugares de la tierra" (Ed. Crítica, Barcelona, 1ª ed. 1986, pp. 162-3). Pues bien, cuando yo regresé a España (había pasado poco más de un mes pero, entre tanto, durante mi estancia en Buenos Aires, se había producido un acontecimiento de gran trascendencia: la muerte de Franco) y me incorporé a la universidad, me sentí en seguida en una posición de privilegio intelectual: los filósofos del Derecho argentinos me habían proporcionado herramientas para aproximarse al estudio de los problemas jurídicos y iusfilosóficos que eran más refinadas, más potentes, que las que entonces se manejaban en España. Recuerdo un seminario de profesores, a propósito de la —entonces— reciente reforma del título preliminar del código civil español (sobre fuentes, interpretación, etc.: los temas de la teoría general del Derecho), y la sensación de extraordinaria novedad e incluso de fascinación que produjo entre muchos de los asistentes lo que yo les refería a propósito de cómo entender las lagunas, las contradicciones, la interpretación, las normas... lo que había aprendido en Carrió, Alchourrón, Bulygin, Vernengo... Pero además —además de conocimientos, digamos, sustantivos— en Buenos Aires me encontré con la dialéctica en el sentido casi platónico de la expresión. En Buenos Aires se discutía de filosofía del Derecho con una intensidad y libertad que nunca había visto en mi país. No se me olvida una sesión en SADAF a la que tuve la suerte de asistir, y en la que se enfrentaban, a propósito de un problema de filosofía de la ciencia, Gregorio Klimowski, recientemente desaparecido, y el filósofo peruano Francisco Miró Quesada (que, dicho entre paréntesis, años después fue el autor del prólogo de mi libro sobre la filosofía del Derecho argentina). Ese estilo de practicar la filosofía me fascinó y lo consideré desde entonces como un modelo a seguir. Todavía hoy, por lo menos en el campo del Derecho, lo que predomina en España es un estilo de exposición y de "discusión" más bien solemne y en el que funciona una regla tácita, pero sumamente eficaz, destinada a impedir que los participantes puedan considerarse en un plano de estricta igualdad. Una de las pocas excepciones es lo que ocurre en algunos grupos de filósofos del Derecho. A quienes presencian nuestras discusiones (y más si son latinoamericanos —salvo que se trate de argentinos—) les cuesta entender que el tono desenfadado, con frecuencia irreverente y a veces brutal que se emplea no tenga consecuencias. O sea, que la crítica intelectual —en

ocasiones, como digo, ciertamente despiadada— se quede en el plano de las ideas y no afecte al de las relaciones personales.

Por lo demás, la situación en mi país a partir de entonces (coincidiendo prácticamente con la instauración de la Junta Militar en Argentina) comenzó a mejorar y no sólo en el terreno político. España pasó a ser un país atractivo, también para los iusfilósofos argentinos que en aquellos años, como tantos otros compatriotas, tuvieron que vivir tiempos difíciles. Yo creo haber jugado un papel activo en la recepción de la filosofía —y de los filósofos— del Derecho argentinos en España y, de esta manera, haber contribuido al desarrollo de la disciplina en mi país que, en las últimas décadas, ha sido considerable: no vivimos una época de oro, pero quizás sí de plata. Y a ese desarrollo ha contribuido considerablemente (si se quiere: ese desarrollo se refleja en) la revista *Doxa*, que se empezó a editar en 1984, en Alicante. En su Presentación se dice que, con ella, se trata de “contribuir a la formación en nuestro país de una comunidad de filósofos del Derecho cuyos intereses sean, en una amplia medida, “comunes” a los de quienes se mueven en otros ámbitos y áreas culturales. De manera muy especial, tratará de servir como vehículo de comunicación e intercambio entre los filósofos del Derecho latinoamericanos y los de Europa latina”. Pues bien, para darse cuenta de la importancia que en la empresa han tenido los iusfilósofos argentinos, basta con echar un vistazo a los comités de la revista o con repasar los índices de la misma, incluida la sección de entrevistas (y, lamentablemente, también la de notas necrológicas); algunas de esas entrevistas, por cierto (con Garzón Valdés, con Carrió, con Bulygin, con Vernengo, con Guibourg), constituyen fuentes muy importantes para entender la filosofía del Derecho argentina de nuestros días.

II

Cuando yo llegué a Buenos Aires en aquel octubre de 1975 (hace, por lo tanto, 34 años) estaban en activo dos o tres generaciones de filósofos del Derecho que se podían clasificar, más o menos cómodamente, en cuatro apartados: el iusnaturalismo tradicional; la fenomenología y el existencialismo; la filosofía analítica; y el marxismo, luego rebautizado como teoría crítica.

De la generación mayor, sólo conocí con cierta profundidad a Carlos Cossio. Se portó conmigo con gran amabilidad y tuve oportunidad de

hablar con él durante bastantes horas. Me pareció una persona de gran inteligencia y brillantez intelectual, un conversador infatigable y agudo, y un apasionado de la filosofía del Derecho y, muy en especial, de la que él había creado. Al poco de volver a España le envié una copia del capítulo que había redactado sobre la egología. Era, en términos generales, elogioso, pero contenía también algunas críticas alusivas a cierta obscuridad conceptual y a algún confusionismo ideológico que me pareció advertir aquí y allá en su obra. Me contestó con una larga carta señalándome todos mis errores y no volví a tener más relación con él. Todos o muchos de los que conocieron a Cossio piensan probablemente que tenía una personalidad excesiva. Pero nadie puede negar que sin él no podría explicarse el extraordinario florecimiento de la filosofía del Derecho argentina en la segunda mitad del siglo XX.

Gioja había muerto unos años antes, pero todavía quedaba —todavía queda— un recuerdo y un reconocimiento profundos por parte de todos sus discípulos. No se me olvida que alguien me llevó entonces a ver su casa, en un barrio elegante de Buenos Aires, y reprodujo para que la oyera una cinta magnetofónica en la que el filósofo hablaba en una de las sesiones de seminario de la Universidad. Sobre él existe una rara unanimidad: es considerado como un maestro socrático cuya obra escrita es relativamente poco importante, pero que logró transformar verdaderamente la manera de hacer y de entender la filosofía del Derecho. En la entrevista que Nino le hizo en Doxa a Genaro Carrió, este último dice de Gioja: “Lo que nos dejó tras su muerte, relativamente temprana, no fue una obra, sino un ejemplo: el de un pensador sumamente riguroso, apasionado por buscar fragmentos de la Verdad y exponer sus logros con la mayor claridad que pudiese alcanzar”. “Gioja dejó muy poca producción escrita, comparada con su incesante labor teórica. Para él la filosofía era una actividad principalmente oral. Lo oímos filosofar casi hasta el final de sus días y fue de él, en la medida de nuestras vocaciones y capacidades individuales, que aprendimos a hacerlo” (p. 344-5).

A los autores iusnaturalistas de esa generación no los conocí, con la excepción de Werner Goldschmidt, con el que llegué a tener un breve encuentro. Yo venía en cierto modo a Buenos Aires huyendo del iusnaturalismo, y lo que menos buscaba aquí era precisamente nuevas versiones del Derecho natural: tomistas, tridimensionalistas, o de cualquier otro tipo. Por eso, no incluí en mi tesis ningún capítulo sobre esa corriente.

La generación dominante entonces, y sobre la que versó fundamentalmente mi trabajo de tesis, era la formada por Genaro Carrió, Eugenio Bulygin, Carlos Alcourrón, Roberto Vernengo, Ernesto Garzón Valdés, Eduardo Rabossi y Enrique Marí. A todos los conocí entonces con la excepción, como antes decía, de Ernesto Garzón Valdés. Con él me encontré por primera vez, unos cuantos meses después, en el lugar probablemente más previsible, dado lo que ha sido y sigue siendo su vida: en un aeropuerto. En los años sucesivos mantuve un contacto frecuente con todos ellos, que me visitaron en España en alguna (o en varias) de las universidades de las que he sido profesor: Oviedo, Valencia, Madrid, Palma de Mallorca y Alicante. Sus obras las sigo frecuentando hasta el día de hoy.

Pero estaba también ya presente una nueva generación de iusfilósofos, de la que formaban parte Martín Farrell, Ricardo Guibourg, Carlos Nino o Carlos Cárcova. A diferencia de los anteriores, que habían publicado ya obras importantes en el momento en que concluí mi tesis, en 1976, la producción más significativa de estos últimos es de fecha posterior: Farrell no había empezado a escribir todavía sobre utilitarismo. Nino acababa de publicar sus "Notas de Introducción al Derecho", pero en ellas no existía lo que luego sería el capítulo VII de su "Introducción al Derecho": "La valoración moral del Derecho"; no resisto la tentación de decir aquí que en mi tesis yo le criticaba a Nino el que negara que sobre los "juicios morales básicos" pudiese haber una discusión racional. Martino había publicado un libro sobre las definiciones legislativas y Warat otro sobre el abuso del derecho, pero la carrera académica de ambos se desarrolló fundamentalmente después y fuera del país: en Italia y en Brasil, respectivamente. Y Guibourg y Cárcova sólo habían escrito por aquel entonces algunos trabajos breves que, por cierto, me habían interesado mucho.

Es innecesario añadir aquí que Cossio y Gioja fueron, en lo esencial, iusfilósofos de inspiración fenomenológica y existencial. Y que todos los otros mencionados pertenecen a la iusfilosofía analítica (de una u otra inspiración), con la excepción de Marí y Cárcova, que representan la teoría crítica.

III

En mi nueva visita a la filosofía del Derecho argentina (el país lo visité otras veces, después de 1975), el panorama se ha vuelto más com-

plejo, por diversas razones. Una es que a los anteriores autores, que además han seguido produciendo de manera considerable, hay que añadir muchos otros que se han ido incorporando desde entonces: siguiendo el criterio de Ortega, habría que hablar al menos de otras dos generaciones de iusfilósofos argentinos. Otra razón es que las fronteras entre las diversas concepciones de la filosofía del Derecho están hoy algo menos claras que entonces. Seguramente habría que seguir partiendo de la anterior clasificación de iusfilósofos en iusnaturalistas, analíticos y críticos (la fenomenología y el existencialismo han dejado de estar de moda). Pero el iusnaturalismo se ha remozado y los neo-iusnaturalistas de hoy no le hacen ascos al pensamiento de autores que, como Nino o Alexy, proceden de tradiciones muy distintas. No todos los iusfilósofos analíticos son ya positivistas y escépticos en materia de metaética. Un autor como Russo ha transitado desde la filosofía analítica al postmodernismo. Y "marxismo analítico" dejó hace unas décadas de ser un oxímoron. En fin, una tercera razón es que hoy resulta más difícil que entonces hablar de "filosofía del Derecho argentina", entendiendo la expresión en su sentido geográfico o de nacionalidad: Garzón Valdés ("a estas alturas del partido", como a él le gusta decir) ha producido ya la mayor parte de su obra fuera de Argentina y lo mismo puede decirse de muchos otros iusfilósofos argentinos (o nacidos en Argentina) que o bien son, de manera permanente, profesores en universidades del exterior (Jorge Malem, Cristina Redondo, Pablo Bonorino, Carlos Herrera, Gustavo Fondevila, María Inés Pazos o Silvina Álvarez), o bien su vida académica transcurre o ha transcurrido, en una buena medida, fuera de Argentina (de lo que hay muchos ejemplos); además, la irradiación de la filosofía del Derecho argentina hacia el exterior hace que uno pueda encontrar buliginianos, alchourrianos, garzonianos o nineanos en diversos lugares del mundo: hace poco leía en un trabajo de un autor italiano, Mauro Barberis, que el libro de Nino de Introducción al Derecho (la edición italiana) era el texto más usado en las facultades de Derecho de ese país.

En consecuencia, bien cabría decir que alguien que se propusiese hoy elaborar una tesis, o un trabajo, semejante al mío de entonces ("La filosofía del Derecho argentina actual" fue su título), tendría las cosas más difíciles. Quizás, simplemente, porque esa no es ya materia para una tesis de doctorado, sino para varias. De hecho, ya se han escrito al menos dos sobre la obra de Nino (una de ellas en el departamento de

filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante: la de Victoria Roca, que dirigimos Juan Ruiz Manero y yo), otra sobre la de Garzón Valdés (en la Universidad de Sevilla), y cabría pensar en algunas otras que podrían llevar títulos como: "Normative Systems y la filosofía del Derecho contemporánea", "La fortuna del positivismo jurídico en Argentina", "Teoría y práctica de los derechos humanos en Argentina", etc.

Pero si no cabe elaborar exactamente una tesis, lo que sí sería posible es dar cuenta, con un cierto orden, de todas las aportaciones que se han producido en estas últimas tres décadas y media. No lo voy a hacer aquí, de todas maneras, por razones obvias de tiempo, y me limitaré, simplemente, a señalar una serie de rasgos que me parecen particularmente significativos.

1) El más relevante, sin duda, es la extraordinaria riqueza que presenta hoy la filosofía del Derecho argentina. Existe un elevado número de cultivadores de la disciplina; la producción (publicada tanto dentro como en el exterior, en español o en otras lenguas: como el inglés) es enorme; una porción considerable de lo publicado es de alto, o altísimo nivel; y la variedad temática no puede ser mayor: va desde los trabajos más especializados de lógica deóntica hasta el Derecho y la literatura, pasando por la teoría de los derechos humanos, la teoría de las normas y de los sistemas normativos, la informática jurídica, la ética jurídica, la filosofía del Derecho penal, del Derecho internacional... Se sigue echando en falta, de todas formas, un mayor desarrollo de la sociología del Derecho y de la historia del pensamiento; que, por lo demás, no son campos del todo yermos.

2) En relación con lo que he llamado la generación de los maestros, lo que se ha publicado (lo que ellos han producido) desde el '76 hasta hoy es al menos tan importante como lo anterior a esa fecha. Pondré algunos ejemplos. Después de *Normative System*, Alchourrón y Bulygin han seguido produciendo obras importantes: sobre la noción de orden jurídico, sobre la de derogación, sobre las concepciones de las normas. Las contribuciones —fundamentales— de Alchourrón sobre el cambio de teorías y de creencias, sobre la lógica sin verdad o sobre la lógica de la derrotabilidad son bastante posteriores a esa fecha. También Vernengo ha publicado abundantemente en las últimas décadas: sobre teoría de la ciencia jurídica, sobre interpretación, sobre Derecho y lógica... Garzón

dio, más o menos a partir de mediados de los setenta, un giro en su obra, pasó a ocuparse fundamentalmente de filosofía moral y ha producido en ese campo una extensa obra. Y la mayor parte de las publicaciones de Marí son de los años 80 y 90.

3) El peso de la filosofía moral y política ha aumentado notoriamente. Si hasta 1976, la única obra de filosofía moral con influencia en la filosofía del Derecho fue la de Rabossi, ahora habría que añadir unos cuantos nombres más; aparte del de Garzón: el de Martín Farrell, Osvaldo Guariglia o Eduardo Rivera López. Pero a ello habría que añadir a quienes han trabajado preferentemente en el campo de la intersección entre la filosofía moral y política y alguna otra disciplina jurídica: como es el caso de Horacio Spector (su obra más relevante quizás sea "Autonomía y derechos: Los fundamentos morales del liberalismo"), Guido Pincione, Fernando Tesón (ambos han publicado recientemente una obra importante sobre elección racional y deliberación democrática) y otros profesores más jóvenes de la Universidad Torcuato di Tella (como Marcelo Ferrante, Martín Hevia y Ezequiel Spector); o el de Roberto Gargarella, que se ha ocupado sobre todo de filosofía política y Derecho constitucional. A este respecto, ha sido muy importante —yo diría que determinante— la influencia de Nino, que ha hecho que muchos iusfilósofos argentinos tengan hoy una concepción "no insular" del Derecho o, en todo caso, que consideren que los teóricos del Derecho pueden tener algo que decir sobre problemas de ética normativa. Sirva como ejemplo una reciente discusión (en la revista *Discusiones*), iniciada por un trabajo de Rosenkrantz, sobre si existe la obligación de obedecer al Derecho en situaciones de injusticia social y económica grave, y en la que han participado iusfilósofos de diversas orientaciones.

4) La concentración de la filosofía del Derecho en Buenos Aires, que sigue siendo un hecho manifiesto, tiene, sin embargo, una cierta compensación (mayor que en otros tiempos) por la existencia de centros influyentes en lugares como Córdoba, Rosario, Santa Fe o Mar del Plata; por otro lado, en la propia ciudad de Buenos Aires, además de la UBA, hay por lo menos otras dos universidades con grupos destacados de filósofos del Derecho: la Universidad Torcuato Di Tella y la de Palermo. En todos esos centros (a nivel institucional o individual) existen conexiones estrechas con universidades de Estados Unidos, de Latinoamérica y/o de Europa, de manera que muchísimos iusfilósofos argentinos han en-

señado o enseñan en universidades extranjeras y han publicado también —como antes decía— en el extranjero. Se puede hablar, en consecuencia, de un elevado grado de internacionalización de la filosofía del Derecho argentina actual.

5) En la filosofía analítica pueden advertirse fundamentalmente dos orientaciones, cuyos polos de referencia —y de atracción— son, respectivamente, la concepción de la filosofía del Derecho de Bulygin y de Nino. Los primeros son positivistas estrictos en teoría del Derecho y escépticos en materia de moral. Los segundos ponen el énfasis en la unidad de la razón práctica y defienden el objetivismo moral. No se trata, sin embargo, de adscripciones monolíticas y las actitudes de unos y de otros no son para nada dogmáticas. Hugo Zuleta estaría situado, básicamente, en el primer grupo, pero recientemente ha escrito un libro destinado fundamentalmente a criticar la tesis deductivista y la “concepción-puente” de la norma de Alchourrón y Bulygin. Y Jorge Rodríguez propuso alguna aparentemente sutil distinción a propósito de uno de los conceptos básicos de *Normative Systems*, el de “relevancia normativa” que, sin embargo, puede acarrear, en mi opinión, cambios en la teoría de cierta enjundia. La influencia de Carlos Nino (cuya prematura desaparición nunca lamentaremos lo suficiente: a la tragedia personal se une la inmensa pérdida que supuso en términos institucionales) está presente, de manera más o menos difusa, en todos los iusfilósofos argentinos. Y de manera muy especial, en autores como Carlos Rosenkratz, Roberto Gargarella, Martín Böhmer, Marcelo Alegre o Roberto Saba que han continuado, básicamente, su misma línea teórica.

6) Los derechos humanos (un tema prácticamente inédito hasta 1976) ha adquirido en los últimos años (a partir sobre todo de la obra de Nino) gran importancia. En realidad, casi no hay iusfilósofo que, de una u otra forma, no se haya ocupado de ese tema, que ha dado lugar a diversas discusiones de interés: por ejemplo, entre Nino y Rabossi (y en la que también medió Guariglia) sobre la forma de entender los derechos humanos (o el paradigma teórico desde el cual abordarlos); o a propósito de los derechos sociales, en donde cabe destacar el importante libro de Abramovich y Courtis y, más recientemente, un trabajo de Grosman, defendiendo una visión algo distinta a la de los dos anteriores (y a la de Nino).

7) De todas formas, el rasgo más llamativo de la filosofía del Derecho argentina contemporánea probablemente sea la fuerza que sigue teniendo el positivismo jurídico, en una versión en la que sigue siendo muy perceptible la huella kelseniana y, por tanto, la tesis de la separación estricta entre el Derecho y la moral y el escepticismo moral. Cabría decir que esas son las dos notas más características de lo que podría llamarse la corriente principal de la iusfilosofía argentina. Están presentes, desde luego, en la obra de Bulygin y en la de Vernengo. Pero también en la de Guibourg, que ha pasado, podríamos decir, al positivismo jurídico por la teoría de sistemas; Guibourg es, por otro lado, plenamente consciente de que en la cultura jurídica se está imponiendo una concepción "abiertamente antipositivista" —para él, iusnaturalista— y es sumamente crítico al respecto. En la de Ricardo Guarinoni o en la de Hugo Zuleta. Y, con alguna matización, en la de Farrell, que combina el utilitarismo moral (una concepción no escéptica de la moral) con el liberalismo de la neutralidad (que sí sería, tal y como él lo entiende, una concepción escéptica). También defienden tesis positivistas estrictas otros autores de la escuela de Buenos Aires, como Eduardo Barbarosch o Juan Pablo Alonso; el primero es autor de un libro reciente en el que, de todas formas, el escepticismo moral aparece bastante más mitigado que en los autores antes mencionados.

8) Algo parecido podría decirse de una buena parte de (no de todos) los integrantes de lo que cabría denominar "escuela cordobesa", en la que podrían distinguirse, al menos, dos generaciones. A la primera pertenecerían varios discípulos de Garzón Valdés, como Jorge Malem (que ha trabajado preferentemente temas de ética jurídica: como la desobediencia civil o la corrupción judicial), Carlos Ernst (autor de un interesante libro sobre los derechos implícitos), Ernesto Abril y Ricardo Caracciolo. Caracciolo ha sido el maestro de las generaciones más jóvenes y es autor de obras de gran rigor, la más importante de las cuales versa sobre los sistemas normativos. De la siguiente generación, han producido una obra importante Pablo Navarro y Cristina Redondo, a los que cabe adscribir, sin ninguna duda, a lo que he llamado "la corriente central"; aparte de lo que han escrito conjuntamente, el primero es autor de trabajos de gran impacto sobre la noción de eficacia o sobre la de aplicabilidad —en este último caso, con Jorge Rodríguez, Germán Súcar y Claudina Orunesu), y Cristina Redondo se ha ocupado, entre otras cosas, de la teoría de las razones para la acción. Otros miembros de la escuela son Hugo Seleme

(que se ha interesado sobre todo en Rawls), Guillermo Lariguet (autor de un libro sobre dilemas éticos) y Alberto Bovino.

9) Dejando a un lado el trialismo jurídico (que fue iusnaturalista, en el caso de su fundador, Goldschmidt, pero ya no lo es en el de Ciuro Caldani) los dos autores iusnaturalistas más influyentes parecen ser Carlos Massini y Rodolfo Vigo. Ambos se adscriben a una línea de iusnaturalismo realista clásico, vinculada sobre todo a la obra de John Finnis. Massini y Vigo defienden, por lo tanto, concepciones muy semejantes, pero en este último hay una postura de apertura al diálogo con otras corrientes iusfilosóficas, que es menos perceptible en el caso del primero. De hecho, Vigo se ha interesado mucho por la obra de Nino y de otros autores (como Dworkin o Alexy) que configuran lo que se suele llamar el paradigma (neo)constitucionalista.

10) La obra de Marí ha tenido muchas vertientes. Quienes continúan su legado en lo que se refiere a la epistemología de la ciencia y su aplicación al Derecho o, dicho de otra manera, los principales representantes de lo que se suele llamar teoría crítica del Derecho son Carlos Cárcova, Ricardo Entelman, Alicia Ruiz, Claudio Martyniuk y Christian Courtis. Cárcova ha trabajado de manera muy particular el concepto de ideología, continuando en cierto modo los estudios de Marí y, anteriormente, de Cossio; mantiene concepciones bastante escépticas en materia de epistemología; y considera que la teoría crítica es “un proyecto inconcluso y en desarrollo” que, además, no sería deseable que cristalizase teóricamente.

IV

Como decía, no he pretendido, ni mucho menos, ofrecer un cuadro completo de la filosofía del Derecho argentina en las últimas tres décadas y media; sería, por lo demás, imposible poder hacerlo en un corto espacio de tiempo. Pero me parece que los haces de luz que he proyectado aquí y allá sobre ese escenario son suficientes para darse cuenta de un hecho notable y del que soy el primero en congratularme: Argentina, Buenos Aires, fue y sigue siendo uno de los centros mundiales de la filosofía del Derecho. La acumulación de talento, vocación y logros intelectuales que uno encuentra —que sigue encontrando— en el país del Plata es algo admirable. ¿Debería uno también sorprenderse por ello?

Probablemente no. Cossio no surgió, por así decirlo, de la nada. Y el esplendor de la filosofía del Derecho en el país ha corrido paralelo con el que ha habido en muchos otros campos de la cultura. Mientras preparaba mi intervención en este acto se publicó en un periódico español un artículo de un escritor argentino, Álvaro Abós (egresado en Derecho por esta Universidad en los años sesenta, como pude ver en internet), en el que trazaba un paralelismo entre Brasil y Argentina que le llevaba a afirmar que, de alguna manera, con sus últimos éxitos internacionales, Brasil había terminado consiguiendo un papel al que también aspiró Argentina. A pesar de lo cual, a pesar de este pesimismo —digamos, endémico— que acompaña a tantos argentinos, hay un párrafo —esperanzador— hacia el final del artículo de Abós que me interesa traer aquí a colación: “Argentina podría complementar a su vecino poderoso, con sus aportes genuinos, aún muy apreciados en la América Latina y también, por cierto, en el propio Brasil. Argentina cuenta con unas extensas clases medias urbanas de alta calificación y con una ciudad como Buenos Aires, peligrosamente amenazada por los males de la concentración urbana, (...) pero aún insustituible como Atenas de Sudamérica”.

No sé si es la primera vez que se usa la metáfora. Probablemente no. Pero me parece afortunada y plenamente aplicable al caso de la filosofía del Derecho, la cual, por cierto, no jugó un papel precisamente secundario en la ilustración ateniense. Buenos Aires (uso esta expresión en lugar de “Argentina” para seguir con la metáfora) ha sido la Atenas del mundo iusfilosófico latinoamericano durante estas últimas décadas y, en mi opinión, debería, en el inmediato futuro, incrementar ese papel. Para ello, para llevar adelante una empresa de esas características, se necesita contar con una serie de factores institucionales, políticos, económicos, etc. favorables, cuyo control está ciertamente fuera del alcance de los iusfilósofos. Pero, con todo, hay algunas cosas que estos sí podrían hacer para facilitar el logro de ese proyecto. Por ejemplo, por decir algo obvio, no tendrían que suceder que el resto de los latinoamericanos se sintieran considerados como bárbaros (o sea, como no helenos), ni deberían tampoco los iusfilósofos argentinos verse a sí mismos como integrantes de una colonia periférica de otra Atenas distante y displicente. También deberían buscar alianzas con otros centros culturales del otro lado del Atlántico para configurar una nueva Hélade de países latinos: España e Italia podrían ser, por razones más o menos obvias, aliados útiles; recíprocamente útiles.

Pero pasemos de las metáforas a las propuestas prácticas. Hace dos años, en un debate que tuve precisamente con Eugenio Bulygin sobre el futuro del positivismo jurídico (en un congreso titulado “Derecho y justicia en una sociedad global”), me permití plantear una especie de Manifiesto a propósito de cómo debería construirse una teoría (o filosofía) del Derecho con la vista puesta —escribía— en los países latinos (de Europa y de América). Como no es muy largo (y tenía como uno de sus destinatarios principales a los iusfilósofos argentinos), me permito reproducirlo aquí. Tiene 10 puntos:

1. Si el Derecho —como alguna vez se ha escrito: son palabras de Nino— es “una gran acción colectiva que transcurre en el tiempo”, una práctica social, entonces la teoría del Derecho tiene, de alguna manera, que formar parte de esa práctica. Una consecuencia de ello es que el teórico del Derecho no puede ser ajeno a los valores de esa práctica, ni puede tampoco concebir su participación en la misma en términos puramente individuales. Lo que debería guiar nuestro trabajo, en definitiva, no es el afán de originalidad, sino de participar cooperativamente con otros en la mejora de esa práctica.

2. La elaboración de una teoría del Derecho completamente general, válida para cualquier sistema jurídico, es una empresa de valor limitado. Pero, además, no es nada obvio que la teoría jurídica al uso, el paradigma anglo-americano dominante (positivista o no), sea verdaderamente general. Por eso, ante el riesgo cierto de que la globalización en la teoría del Derecho responda más bien a lo que se ha llamado la “globalización de un localismo”, podría ser de interés desarrollar teorías del Derecho —digamos— “regionales”, de acuerdo con los diversos círculos de cultura hoy existentes. El multilateralismo parece una estrategia deseable, y no sólo en el ámbito de la política internacional.

3. Los países latinos, de Europa y de América, constituyen uno de esos círculos culturales. Aunque con niveles de desarrollo económico, político, científico, tecnológico, etc., diferentes, esos países son sumamente afines desde el punto de vista de sus sistemas jurídicos y de sus lenguas, poseen una rica tradición de pensamiento jurídico, y en todos ellos el Estado constitucional opera como un ideal regulativo para el desarrollo del Derecho y de la cultura jurídica. En muchos de esos países la filosofía del Derecho ocupa hoy un lugar académicamente destacado,

lo que explica que exista un buen número de cultivadores de la disciplina con un alto nivel de competencia "técnica". ¿Cómo explicar entonces que la producción iusfilosófica se limite en buena medida a comentar o discutir ideas y teorías surgidas en otros ámbitos culturales y destinadas también muchas veces a tratar con problemas característicos de esos otros ámbitos?

4. Lo anterior no es una invitación al localismo en la teoría del Derecho, sino a distinguir lo puro o fundamentalmente local y lo que tiene —o puede tener— un valor genuinamente general o universal (en relación, al menos, con el universo del Estado constitucional). Las teorías iusfilosóficas de ámbito regional podrían configurar una útil mediación ente lo local y lo universal y contribuir así a una globalización más equilibrada en la teoría del Derecho.

5. La filosofía del Derecho no es un género retórico, pero una forma equivocada de practicar la teoría jurídica consiste en desentenderse de quiénes son los destinatarios de los escritos iusfilosóficos y de quiénes pueden hacer uso de las ideas que se encuentran en ellos. Quizás no tenga sentido producir obras destinadas únicamente a otros filósofos del Derecho, y menos aún cuando sus destinatarios directos (los iusfilósofos anglosajones) parecerían ser intelectuales a los que todo lo que se genera fuera de su ámbito cultural les es ajeno.

6. Otro error, que frecuentemente va de la mano del anterior, es el olvidar que una teoría del Derecho sólo merece la pena si se ocupa de problemas relevantes y que esa relevancia viene fijada por los intereses de la comunidad jurídica ampliamente entendida. Además de algún otro factor de carácter exógeno, no es absurdo pensar que la falta de atención a los problemas y a los destinatarios pueden constituir la principal explicación de la insatisfactoria situación de la filosofía del Derecho en los países latinos: un (al menos en muchos casos) alto nivel de sofisticación técnica y una (en general) escasa influencia en la cultura jurídica y en la práctica del Derecho de sus respectivos países.

7. Un modelo de teoría del Derecho pragmáticamente útil y culturalmente viable en nuestros países bien podría consistir en combinar estos tres ingredientes: método analítico, objetivismo moral e implantación social. Cada uno de ellos está especialmente vinculado a una de las grandes concepciones del Derecho bajo las cuales se suele clasificar,

entre nosotros, a los filósofos del Derecho: el positivismo jurídico, el iusnaturalismo y la teoría crítica del Derecho.

8. Positivism jurídico y filosofía analítica no son, obviamente, términos sinónimos pero, dada la estrecha vinculación existente entre ambos, es razonable considerar que el método analítico es uno de los aspectos más valiosos que el positivismo jurídico puede dejar como herencia a la cultura jurídica. Ese método suele cifrarse en el uso y aceptación de ciertas distinciones (por ejemplo, entre enunciados descriptivos y prescriptivos, o entre explicar y justificar) que, por lo demás, no deberían entenderse en un sentido rígido: entre lo descriptivo y lo prescriptivo pueden existir "puentes" y explicar una decisión puede contribuir notablemente a su justificación.

9. Algo parecido puede decirse de la relación entre el iusnaturalismo y el objetivismo moral y la unidad de la razón práctica, si bien la manera más adecuada de sostener estas dos últimas tesis no consiste en recurrir al Derecho natural, sino a alguna forma de procedimentalismo o constructivismo moral. En todo caso, las dos principales razones para rechazar el no cognoscitivism ético (y el relativismo, pero obviamente no como posición de ética descriptiva) son: 1) no permite reconstruir aspectos importantes de la práctica jurídica (en particular, de la justificación de las decisiones judiciales); 2) es autofrustrante. La alternativa debería ser un objetivismo moral (mínimo) que, frente al relativismo, defienda la tesis de que los juicios morales incorporan una pretensión de corrección y, frente al absolutismo, la de que los juicios morales (como los de los tribunales de última instancia) incorporan razones últimas (en el razonamiento práctico), pero abiertas a la crítica y, por tanto, no infalibles.

10. Los aspectos más valiosos de las teorías críticas del Derecho giran en torno a la necesidad de insertar el Derecho (y la teoría del Derecho) en el medio social y plantearse su potencial de transformación social. Esa concepción (o una cierta manera de entenderla) muestra así la necesidad de que la teoría del Derecho incorpore ciertas categorías que generalmente quedan fuera del análisis (conflicto, trabajo, poder, necesidad social), asuma el carácter histórico del Derecho y de las categorías jurídicas y preste atención a los elementos desigualitarios e ideológicos del Derecho (también de los Derechos del Estado constitucional).

V

Quisiera ahora, en la última parte de mi exposición, hacer algunos comentarios sobre lo anterior y deshacer, de paso, algunos posibles malentendidos. No pretendo, naturalmente, con lo que acabo de decir, defender algún tipo de dirigismo cultural, cuyos catastróficos resultados (para la cultura, y no sólo para la cultura) son bien conocidos. Cada uno tiene sus inclinaciones, sus gustos y sus capacidades. Me parece obviamente bien que se escriban libros de inspiración tomista, trabajos con una nueva propuesta de lógica deóntica, o aproximaciones al Derecho en las que éste resulta ser simplemente una "ilusión" y no un objeto real. No es lo que yo escribiría, pero me parece sumamente positivo que concurren, por así decirlo, en el mercado de las ideas; y no sólo para que unas triunfen sobre las otras, sino también para que quienes no cultivan esas áreas de conocimiento o no tienen esas inclinaciones (no son ni tomistas, ni lógicos deónticos ni postmodernistas) puedan eventualmente tomar de ellas materiales que les pueden resultar de utilidad para su propia labor de construcción; sin descartar, naturalmente, que algunas de esas ideas puedan ser simplemente erróneas y perjudiciales, y lo que hay que hacer con ellas es criticarlas sin contemplaciones. Pero eso, como es lógico, no dice nada en contra de la ventaja que supone la proliferación y dispersión de ideas iusfilosóficas.

Tampoco, naturalmente, hay nada que oponer a que esas ideas se hayan fabricado en el país o bien sean, por así decirlo, productos de importación. Lo que debe preocuparnos es que sean de buena calidad y que satisfagan alguna necesidad de la gente. Uno de los puntos fuertes de la iusfilosofía argentina (que sería absurdo no aprovechar, especialmente en la era de la globalización) es su estrecha conexión con el pensamiento jurídico estadounidense y europeo. No hay en el mundo filósofos del Derecho menos provincianos que los argentinos (seguidos quizás por los italianos y los españoles), como se puede constatar fácilmente echando un vistazo a las referencias bibliográficas de sus escritos y también a sus temas de estudio.

Todo esto, como digo, está muy bien, pero tiene un riesgo. El riesgo, cabría decir, del cosmopolitismo individualista, atomista y abstracto. De que entre el trabajo individual y la filosofía del Derecho, sin más, no haya nada de por medio; no haya tejido institucional y cultural que

canalice las aportaciones personales (o de grupo), las dote de sentido y las potencie. Y el resultado puede ser la irrelevancia práctica de lo que se hace; la frustración. El oficio de filósofo del Derecho, en mi opinión, es un oficio estrictamente político, que requiere de los demás, esto es, de un compromiso social. El filósofo del Derecho tiene que sentirse parte de una empresa, de una tarea que le engloba y le trasciende; digamos, no es un individuo aislado de los demás, sino un ciudadano de la república de las ideas. He estado hace unos días en Turín, participando en los actos conmemorativos del centenario de Bobbio; alguien que cultivó, como sabemos, todos los campos de la filosofía del Derecho: desde la lógica hasta la historia. Era emocionante ver el reconocimiento hacia su obra intelectual y ciudadana, visible prácticamente en toda la ciudad. En una de sus calles más emblemáticas, uno podía pasear bajo sus pórticos, a lo largo de muchísimos metros, e ir contemplando numerosos carteles de gran tamaño, colgados de los techos, que contenían fotografías alusivas a la vida de Bobbio y frases extraídas de alguna de sus obras. ¡Todo un paseo iusfilosófico! Pues bien, lo que explica el éxito de Bobbio no es sólo, me parece a mí, la brillantez intelectual, el talento individual, sino su compromiso político y social, presente no sólo en las obras de carácter más explícitamente político, sino también en sus estudios históricos o en sus cursos sobre Kelsen; Bobbio introdujo a Kelsen en Italia por el valor intrínseco que le pareció encontrar en la teoría pura y porque pensaba que con ello estaba cumpliendo un deber cultural, cívico: proveer a los juristas italianos de instrumentos con los que pudiesen desarrollar mejor su función. Bobbio, en definitiva, se sentía parte de un proyecto que trascendía la vida y la obra de un individuo.

Su figura me sirve también para ilustrar otro aspecto de la cuestión que, creo, merece la pena destacar. Hart afirmó en alguna ocasión que Bobbio era el más importante filósofo del Derecho de la segunda mitad del XX... a pesar de lo cual, el piemontés no aparece nunca, o prácticamente nunca, citado en las obras del británico (mientras que Bobbio sí escribió muchas páginas sobre Hart). Carrió se anticipó al menos en una década al defender lo que luego se llamó "positivismo inclusivo" (y lo hizo tanto en español como en inglés), pero en la profusa discusión de los últimos tiempos a propósito del positivismo jurídico ni siquiera los autores de lengua española lo han tomado en consideración. Y, en fin, Nino ha sido uno de los más grandes filósofos del Derecho de las últimas décadas, su vinculación con Estados Unidos, con la Universidad de Yale,

fue estrecha... pero la obra de Nino no tiene una presencia significativa en la cultura iusfilosófica de ese país. ¿Cómo se explican esos hechos?

No se explican, naturalmente, por razones de egoísmo personal, desinterés por los otros, etc. (los iusfilósofos latinoamericanos —y, en especial, los argentinos— tienen una euda de agradecimiento con personas como Owen Fiss), sino por razones estrictamente institucionales. La filosofía del Derecho, el Derecho, son instituciones gobernadas por ciertas reglas que se imponen a los individuos. Y esas reglas que rigen esas instituciones pueden ser distintas a las que funcionan a propósito de campos como la matemática o la biología. En estos últimos, el trabajo de cada científico se integra, digamos, necesariamente con el de los demás, de manera que un descubrimiento, una aportación de conocimiento, hecha por cualquiera de ellos y que no sea recogida por los otros, es una pérdida, un límite para el trabajo de estos últimos que, por tanto, tratan de evitar; la universalidad es un valor fundamental de la comunidad de los científicos y, por eso, está organizada para que pueda realizarse ese valor, como en su momento señalaron Merton o Bunge. Pero en el caso del Derecho y de la filosofía del Derecho, las cosas no funcionan exactamente así. El trabajo del jurista (del jurista práctico y del dogmático) no está guiado fundamental o exclusivamente por intereses de conocimiento, sino por intereses prácticos (mejor: práctico-sociales); o sea, aquí estamos frente a una técnica, una tecnología o una práctica social —como quiera llamársela— estructurada en torno a valores distintos a (o no coincidentes del todo con) los estrictamente científicos y que, en sentido amplio, cabría calificar de pragmáticos: el jurista tiene que solucionar problemas —problemas prácticos—, que dependen, en buena medida, de circunstancias ligadas al contexto social, institucional, cultural. Y eso es algo que el filósofo del Derecho no puede desconocer... si no quiere abocarse a la irrelevancia o a la frustración.

Dicho de otra manera, necesitamos (nos conviene a todos) organizar una robusta comunidad iusfilosófica del mundo latino en la que las ideas de los iusfilósofos tengan la oportunidad de producir resultados en el mundo institucional y no sólo en el plano personal y en el círculo de los amigos; para expresarlo con algo de pedantería filosófica, dar el paso del espíritu subjetivo al espíritu objetivo. Lo cual no supone —permítaseme que insista en ello— renunciar a lo universal, aislarse de otros círculos culturales o renunciar a la globalización de la cultura, de la filosofía del

Derecho. Al contrario. Pero sin pragmatismo, sin cierto pragmatismo bien entendido, no hay filosofía del Derecho que merezca la pena. Para mí, esa sigue siendo la principal lección que cabe encontrar en la cultura jurídica —y no sólo jurídica— de los Estados Unidos y, en general, del mundo anglosajón. No implica dejar de interesarse por esa cultura (y por otras), sino relacionarse con ella(s) de manera precisamente pragmática: aprender —y aprehender— lo mucho de valioso que hay en ella(s) y usarlo como materiales que pueden resultar de utilidad en proyectos vinculados a otros contextos que, naturalmente, siempre tendrán una zona más o menos amplia de coincidencia con aquellos: no se trata de aislarse del contexto internacional, sino de insertarse en el mismo en mejores condiciones. En lo que no se debe caer, en mi opinión, es en lo que cabría llamar la falacia del cosmopolitismo cultural, o en una de sus modalidades: creer que, con tal de escribir en inglés (y, si se quiere, en revistas de prestigio), todo individuo tiene las mismas posibilidades que cualquier otro para ejercer influencia cultural en alguna comunidad jurídica universal que sencillamente, hoy por hoy, no existe. Llegar a aparecer citado alguna que otra vez en nota a pie de página en alguno de los trabajos de algún afamado —o menos que eso— profesor anglosajón no tendría que ser, me parece a mí, el objetivo de los iusfilósofos del mundo latino. Podemos aspirar a más.

Para lo cual, por cierto, convendría revisar algunas ideas —ideas sustantivas— características de ciertas comunidades iusfilosóficas y que podrían tener una responsabilidad considerable en la falta (o pérdida) de influencia de esa filosofía del Derecho en la cultura jurídica. Ese es el caso, en mi opinión, del escepticismo moral, al que ya he hecho referencia en varias ocasiones. Es un tema, naturalmente, complejo, que es imposible abordar aquí con un mínimo de detalle y sobre el que se han escrito cosas de gran valor, también por parte de filósofos (del Derecho o no) argentinos: me permito remitir a la parte de la obra de Nino dedicada a la fundamentación de los derechos humanos, y también a varios escritos de Ricardo Maliandi (uno de ellos en polémica con un filósofo del Derecho: Pablo Bonorino), que me han parecido particularmente iluminadores. No voy, como digo, a entrar en el fondo del asunto, pero me gustaría subrayar un hecho y sugerir una explicación del mismo. El hecho es que Argentina, Buenos Aires, es, casi con seguridad, el lugar del mundo en el que uno puede encontrar el mayor porcentaje de iusfilósofos (quizás también de juristas) que son escépticos en materia de

moral; le sigue probablemente Italia y, en particular, algunos centros iusfilosóficos italianos, como el de la Universidad de Génova. Y la explicación sugerida es que esos dos países tienen también probablemente el mayor porcentaje de ciudadanos escépticos en relación con las instituciones públicas; dicho de otra manera, la falta de confianza en el funcionamiento de las instituciones, lleva a tratar de prescindir de ellas y a centrarse en investigaciones cuyos logros no puedan verse amenazados por la dinámica social: el análisis lógico del Derecho o el estudio de la metaética son, en ese sentido, territorios más seguros que otros.

No trato de halagar los oídos de los oyentes. Aristóteles decía en su *Retórica* que es fácil (para un orador) hablar bien de los atenienses delante de los atenienses. Argentina tiene un potencial extraordinario en el campo de la filosofía del Derecho (y, naturalmente, en muchos otros ámbitos de la cultura) que debería saber utilizar con inteligencia y con determinación. Los juristas latinoamericanos son grandes demandantes de filosofía del Derecho (o sea, de pautas teóricas que puedan guiar su trabajo práctico, que permitan el desarrollo del Estado constitucional) y en Argentina, en Buenos Aires, podrían encontrar sus Academias y sus Liceos. Si los filósofos atenienses fueron los grandes educadores de la Hélade, los iusfilósofos argentinos podrían serlo de los juristas latinoamericanos; y no sólo de otros iusfilósofos. ¡He ahí una empresa con la grandeza suficiente como para justificar una vida dedicada a la filosofía del Derecho!

ESTADO DE DERECHO Y CERTEZA JURÍDICA

UNA DISCUSIÓN A PARTIR DE NEIL MACCORMICK

Por Guillermo Moro*

I. Introducción

Pocas ideas gozan de un consenso más difundido en nuestra comunidad jurídica y política que la idea de Estado de Derecho.

El "Estado de Derecho" —surgido con esa denominación (*Rechtsstaat*) en Alemania, en el siglo XIX¹, por oposición al *Machtsstaat* o "Estado de la fuerza"— tiene ya una larga trayectoria teórica, así como un creciente uso coloquial, y está sujeto por lo tanto a múltiples caracteriza-

* Quiero dedicar este trabajo al profesor Neil MacCormick (*in memoriam*), por la calidez y generosidad que supo demostrarme, incluso después de conocer el carácter terminal de la enfermedad que desgraciadamente lo aquejaba. Estoy muy agradecido con los integrantes de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho por haberme permitido presentar estas ideas durante las *XXIII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social*, celebradas en la Universidad de Buenos Aires, así como con los integrantes del jurado del Premio Joven Investigador, que me distinguieron con un reconocimiento que claramente no merezco. Durante las Jornadas, recibí agudos comentarios que han contribuido a mejorar y pulir el contenido de estas líneas, así como a evitar varios de sus errores (los que subsisten, se deben a mi obstinación y torpeza). También quiero expresar mi gratitud hacia Guillermo Munné y hacia los integrantes del grupo de investigación sobre Argumentación y Razonamiento Jurídico en la Universidad Nacional del Litoral (conducido por Graciela Barranco y Eloy Suarez), por las conversaciones sostenidas durante el período de elaboración de este trabajo, todas ellas muy instructivas para mí.

¹ Ver EICHENBERGER, Kurt, "El Estado de Derecho como sistema garante de los derechos humanos", en Josef Thiesing, *Estado de Derecho y Democracia*, p. 162 y ss.

ciones y desarrollos². Sin embargo, más allá de esta marcada polisemia del concepto, ninguna caracterización conocida del Estado de Derecho (así como de su versión anglosajona, “*rule of law*”) ha prescindido de su rasgo más distintivo, conocido como “principio de legalidad”³, ligado básicamente a la eliminación de la arbitrariedad en los actos de gobierno que repercuten sobre los ciudadanos⁴. Tal como destaca MacCormick,

² Tal como destaca Joseph Raz, al igual que “muchas otras doctrinas políticas (como, por ejemplo, la del gobierno democrático), el Estado de derecho puede tener distintos significados y justificaciones morales en distintos países, precisamente debido a que varía en cuanto a sus detalles, y a que prospera en una variedad de entornos políticos y culturales” (“La política en el Estado de derecho”, en del mismo autor, *La Ética en el Ámbito Público*, Gedisa, Barcelona, 2001, p. 395).

³ Hay quienes —como Joseph Raz— entienden este principio de legalidad o “imperio de la ley” de manera independiente del contenido de esas leyes, así como del contexto de su creación, en la medida en que se satisfagan las condiciones democráticas mínimas: proceso de discusión parlamentaria con voto unipersonal equivalente, y decisión por regla de la mayoría. Otros, por su parte, rechazan la anterior conclusión, considerando que el imperio de la ley exige una noción sustantivamente enriquecida de la idea de lo que es una ley. Así, por ejemplo, Elías Díaz sostiene que el imperio de la ley que caracteriza al Estado de Derecho debe entenderse a la luz del artículo sexto de la Declaración francesa de 1789, según el cual “la ley es la expresión de la voluntad general”. Así, se requiere que la ley sea “creada... con libre participación y representación de los integrantes del grupo social; o sea —según mi lectura de Rousseau— a través de la ‘voluntad de todos’”. Sin ello puede haber ley e, incluso, imperio de la ley (por ejemplo, de un Estado totalitario) pero no la ley ni el imperio de la ley exigidos por el prescriptivo Estado de Derecho” (“Razón de Estado y razones del Estado”, en Roberto Bergalli y Claudio Martyniuk, *Filosofía, Política, Derecho. Homenaje a Enrique Marí*, Prometeo, Buenos Aires, 2003, pp. 218-19).

⁴ Es importante tener presente esta omnipresencia del “principio de legalidad”, para desterrar una ligazón demasiado estrecha del mismo con una versión “liberal” o “clásica” o “formal” o “decimonónica” del Estado de Derecho, a menudo considerada tanto cronológicamente obsoleta como políticamente indeseable. Lo cierto es que cualquiera de las versiones alternativas del Estado de Derecho existente destaca como primer rasgo distintivo del concepto la sujeción del poder a la legalidad. Entre muchos otros ejemplos posibles, véase el ensayo de Luigi Ferrajoli “Estado Social y Estado de Derecho” (en del mismo autor, *El Garantismo y la Filosofía del Derecho*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2000, pp. 65-91), donde al modelo alemán clásico del término, opone uno “más significativo” (supuestamente propio del uso italiano y francés) caracterizado por tres principios, de los cuales el primero es “El principio de legalidad de toda actividad del Estado, es decir, de su subordinación a leyes generales y abstractas emanadas de órganos político-representativos” (en el mismo sentido, más adelante en el libro afirma Fe-

“*Rechtsstaat* y *rule of law* hoy son conceptos prototípicos como nombre genérico de un grupo de concepciones similares, las que expresan de diverso modo y con distinto énfasis *los esfuerzos por concretar el ideal de la legalidad en el Estado moderno*”⁵.

El núcleo de la idea de Estado de Derecho, entonces, consiste en una relocalización del poder en la legalidad, o sencillamente —como bien dice Pietro Costa— en la “legalización del poder”⁶. Es el gobierno de las leyes, y no de las personas⁷. Los gobernantes se hacen, así, servidores: “servidores de las leyes”, como ya expresaba Platón⁸.

rrajoli que “Podemos caracterizar al ‘Estado de derecho’ como un sistema político basado en la disciplina legal y el monopolio estatal del uso de la fuerza”; El Garantismo y la Filosofía del Derecho, p. 91. Énfasis agregado).

⁵ MacCORMICK, Neil, “Estado de Derecho y *rule of law*”, en Josef Thiesing, *Estado de Derecho y Democracia*, p. 104. Énfasis agregado. Allí MacCormick sostiene la tesis (aceptada por la mayoría de los estudiosos del tema) de la homología entre el concepto europeo continental de “Estado de Derecho” y su contraparte anglosajona “*rule of law*”. La discrepancia semántica, apreciable a simple vista (ambas expresiones incluyen al Derecho, pero sólo una al Estado), y originada, según el autor, en el hecho de que el Derecho británico nunca interpretó al concepto de Estado como un término jurídico, no obsta a la similitud sustancial que une a ambos conceptos. Esta tesis suele reflejarse a menudo también en el criterio de traducción escogido para la expresión, según aparezca en lengua inglesa o en algún idioma de la tradición continental, donde “*rule of law*” se traduce como “Estado de Derecho”, y viceversa. En contra de esta tesis (sosteniendo que la asimilación es errónea), ver el agudo ensayo de Ernesto Garzón Valdés, “What is wrong with the *rule of law*?”, en SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, pp. 61-83.

⁶ COSTA, Pietro, “The Rule of Law: A Historical Introduction”, en Pietro Costa y Danilo Zolo (eds.), *The Rule of Law: History, Theory and Criticism*, Springer, 2007, cap. 2, p. 134.

⁷ “El Estado de Derecho es aquel cuyo poder y actividad vienen regulados y controlados por la ley: un gobierno de las leyes que hace posible la seguridad y la certeza jurídicas” (VÁZQUEZ, Rodolfo. “El Estado de Derecho: una justificación”, en del mismo autor, *Liberalismo, Estado de Derecho y Minorías*, Paidós, México D. F., 2001, p. 85. Énfasis agregado).

⁸ PLATÓN, *Las Leyes*, Porrúa, México, 2008, 715d. Claro que la presente cita sólo pretende aprovechar la ilustrativa expresión de Platón, y no ligar su pensamiento político a las ideas comúnmente asociadas en la actualidad a la idea de Estado de Derecho, lo cual sería erróneo, considerando su marcado sesgo anti-democrático. Para un detallado intento de exhibir el carácter autoritario del Estado

Esta legalización del poder apunta centralmente a la neutralización de la arbitrariedad de quienes ejercen ese poder, en pos de resguardar la posibilidad de auto-determinación de los individuos. Dicho de otra manera, “tiene por objetivo fundamental limitar el poder político en beneficio de la libertad individual”⁹. La idea aquí se comprende si consideramos aquello que suele oponerse al *poder legal*, que es el *poder arbitrario o discrecional*: agentes que actúan con arreglo a sus propios deseos, intereses, caprichos, conveniencia, de un modo tal que toda previsibilidad y todo control o limitación sobre su autoridad se hace imposible. En ese marco, el ejercicio de la libertad individual se torna ilusorio, dado que las personas no saben a qué atenerse y se encuentran desprovistas de mecanismos distintos de la violencia que puedan oponer frente al abuso del poder. Frente a esto, el Estado de Derecho, como “gobierno de las leyes”, trae consigo la promesa de reglas claras, otorgadas por anticipado, cognoscibles por todos y aplicables a todos por igual (incluidos los gobernantes), una promesa que hace posible la libertad para desarrollar proyectos de vida diversos sin sujeción a los vaivenes imprevisibles de una autoridad incontrolada¹⁰. Esta promesa del Estado de Derecho vinculada con la certeza jurídica adquiere un cariz indudablemente noble en las sociedades contemporáneas, todavía manchadas por los más cruentos abusos del poder autoritario.

La idea del “gobierno de las leyes” como resguardo de la libertad individual resulta, sin embargo, incompleta, si no se la vincula con el proceso democrático. En su entendimiento más difundido, el “gobierno de las leyes” es legítimo y merece las recurrentes declaraciones de fe que recibe *en la medida* en que pueda decirse que esas leyes son las que las personas (“el pueblo”) se han dado a sí mismas para regirse¹¹.

ideal platónico, ver Karl Popper, *La Sociedad Abierta y sus Enemigos*, Paidós, España, 1996, Primera Parte, caps. 1 a 10.

⁹ THIESING, Josef, “Estado de Derecho y Democracia. Una introducción”, en Josef Thiesing (ed.), *Estado de Derecho y Democracia*, Konrad Adenauer Stiftung / CIEDLA, Buenos Aires, 1997, p.11.

¹⁰ “La ley hace saber a cada cual lo que puede querer: justamente en eso se realiza el beneficio que viene a ser posible por su certeza” (Flavio López de Oñate, *La Certeza del Derecho*, EJEA, Buenos Aires, 1953, p. 76. Énfasis agregado).

¹¹ La relación entre Estado de Derecho como “gobierno de las leyes” y democracia parece ser una de implicación mutua, en la que ninguno de los dos términos puede pensarse acabadamente en ausencia del otro. Así lo entiende Norberto

Claro que —como decía más arriba— el concepto de Estado de Derecho está sujeto a permanente y variada caracterización. Hay quienes consideran que la indisoluble vinculación entre principio de legalidad y democracia —puesta de resalto en el anterior párrafo— no está presupuesta en el concepto general, sino que requiere ser explicitada, constituyendo una especie del género: se habla de “Estado *democrático* de Derecho” (lo que supone aceptar que podríamos hablar de un Estado *autoritario* de Derecho). Otros plantean la transformación profunda del modelo generada por el fenómeno de la creciente centralidad adquirida por las Constituciones nacionales, proponiendo hablar de un “Estado *constitucional* de Derecho”¹². Otros plantean la transición del concepto, desde una referencia ligada al Estado liberal decimonónico, a una referencia ligada al Estado benefactor, garante no sólo de los derechos civiles y políticos sino también de los derechos sociales de los ciudadanos, proponiendo hablar de un “Estado *social* de Derecho”¹³. En general, tal como resaltaba al principio, la expresión “Estado de Derecho” suscita una adhesión mayúscula, y por ello es un objeto tentador para constantes intentos de moldear sus límites¹⁴ tratando de mostrar *qué es lo que verdaderamente* significa, actividad teórica que quienes tenemos simpatías contrarias al esencialismo conceptual nos equivocaríamos al menospre-

Bobbio: “El gobierno de las leyes celebra hoy su triunfo en la democracia. ¿Qué cosa es la democracia sino un conjunto de reglas (las llamadas reglas del juego) para solucionar los conflictos sin derramamiento de sangre? ¿En qué cosa consiste el buen gobierno democrático, si no, y sobre todo, en el respeto riguroso de estas reglas? Personalmente no tengo dudas sobre la respuesta a estas preguntas; y precisamente porque no tengo dudas, puedo concluir tranquilamente que la democracia es el gobierno de las leyes por excelencia. En el mismo momento en que un régimen democrático pierde de vista este principio inspirador que le es propio, cambia rápidamente en su contrario, en una de las tantas formas de gobierno autocrático, del que están llenas las narraciones de los historiadores y las reflexiones de los escritores políticos” (BOBBIO, Norberto, *El Futuro de la Democracia*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1993, p. 136).

¹² Ver en este sentido ZAGREBELSKY, Gustavo, *Il Diritto Mite*, Einaudi, Torino, 1992, especialmente cap. 2.

¹³ Ver el trabajo de FERRAJOLI citado supra, nota 4; también, BALDASARRE, Antonio, “I Diritti Sociali”, en *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1989, pp. 1-34.

¹⁴ Un ejemplo destacado en este sentido es el ensayo citado de Rodolfo Vázquez, quien se propone “estirar la noción hasta extraer sus consecuencias últimas” (Rodolfo Vázquez, “El Estado de Derecho: una justificación”, p. 87).

ciar, ya que en realidad no se trata de una pulcra indagación lingüística, sino fundamentalmente de una intervención política.

Uno de los desarrollos recientes que ha recibido la expresión corresponde a Neil MacCormick, en su libro *Rhetoric and the Rule of Law*¹⁵ (en adelante, *Rhetoric*), segunda entrega del cuarteto de tratados sobre “Derecho, Estado y Razón Práctica” previsto por el autor escocés. MacCormick trabaja agudamente alrededor de una tensión crucial que considera insita en el concepto de Estado de Derecho, entre la discusión interminable sobre el sentido de las leyes y la autoridad de las decisiones que imponen alguno de esos sentidos posibles sobre terceros: ¿es posible sostener el ideal del Estado de Derecho como valor positivo de las sociedades, en tanto gobierno de las leyes y no de las personas, a la luz del carácter no demostrativo (*id est*, siempre disputable) de las argumentaciones jurídicas desarrolladas al “aplicar” esas leyes a los casos concretos? O en otras palabras: ¿es posible conciliar la retórica con el Estado de Derecho?

En el presente trabajo ensayaré un análisis crítico de las ideas de MacCormick al respecto. Dicho análisis es, sin embargo, sólo una de las razones que me mueve a escribir en esta ocasión. La otra es la siguiente: MacCormick es en la actualidad —junto con Robert Alexy— el principal exponente de una escuela de pensamiento sobre el Derecho conocida como “Teoría de la Argumentación Jurídica”, que aflora como la referencia teórica más popular en el mundo de habla hispana, contando cada vez con más seguidores (en especial, provenientes del campo de los jueces y juezas con interés en la Filosofía del Derecho). A mi modo de ver, esta creciente popularidad no es enteramente feliz. Ello se debe a que —tal como intentaré sugerir someramente en la sección IV.c— considero que la Teoría de la Argumentación Jurídica, más allá del innegable valor de su aporte analítico, presenta un carácter a la vez implausible y conservador, que conduce a una “clausura” de la imaginación de alternativas una vez que se asume —en vez de negar o racionalizar— la dimensión valorativa e ideológica presente en el discurso jurídico. Pienso que una manera conveniente para contrarrestar el avance de dicha escuela es realizar estudios del modo en que sus sostenedores

¹⁵ MacCORMICK, Neil, *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford University Press, Great Britain, 2005.

abordan problemáticas concretas (por ejemplo, la relación entre Estado de Derecho y certeza jurídica), y al explorar sus falencias, conectarlas con las falencias propias del enfoque teórico más general que las guía. El presente trabajo es una imperfecta contribución en ese sentido.

El trabajo se organiza del siguiente modo. En la sección II, presento brevemente la tensión detectada por MacCormick al interior del concepto de Estado de Derecho. En la sección III, intento reconstruir su propuesta de solución, a partir de dos ejes centrales: la idea de *certeza derrotable*, y la idea del Estado de Derecho como *protección contra el accionar arbitrario del gobierno*. En la sección IV, ensayo tres críticas a esa propuesta. En la tercera de ellas (sección IV.c) es donde se explicita más claramente la conexión con la crítica de los postulados generales de la Teoría de la Argumentación Jurídica, pero ello no significa que la misma no esté presente en las dos primeras (secciones IV.a y IV.b).

II. La tensión entre dos “lugares comunes”

La argumentación a partir de lugares comunes (*topoi*) es usual en retórica, pero los lugares comunes del pensamiento cotidiano a veces parecen estar en frontal contradicción entre sí¹⁶. Ese es el caso, según

¹⁶ En relación con la idea de Estado de Derecho, esto puede apreciarse claramente, por ejemplo, en el discurso judicial, en una pluralidad de sentencias muy extensa de enumerar. A mero título ilustrativo pueden verse las siguientes. Un lugar común —importante, como se verá, para el presente estudio—, asociado a la idea de Estado de Derecho, es la garantía de certeza jurídica. En el último párrafo del voto del actual Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Ricardo Luis Lorenzetti, en el polémico caso Massa, Juan Agustín c. Poder Ejecutivo Nacional (en el que el titular de una caja de ahorro inició una acción de amparo a fin de que se declare la inconstitucionalidad del decreto 214/02, en virtud del cual los depósitos realizados en moneda extranjera debían convertirse a pesos argentinos), puede leerse que “un sistema estable de reglas y no su apartamiento por necesidades urgentes es lo que permite construir un Estado de Derecho”. En el mucho menos conocido T., M. E. s/suc., (también sobre conversión de depósitos bancarios a pesos argentinos, ahora en el marco más restringido de una sucesión), la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, dice cosas tales como que “Hoy la ley es poco creíble, primero porque la delegación efectuada por el legislativo en el ejecutivo es de tal tenor que excede con creces lo vivido a lo largo de las últimas tres décadas. Asimismo, ante las sentencias dictadas por los tribunales a fin de poner coto a tal estado de cosas, como contrapartida se dicta un nuevo dec. de necesidad

MacCormick, entre los siguientes *topoi*: aquel en que el Derecho es visto como lo que es discutible, y aquel en que el Estado de Derecho es visto como un ideal político valioso porque garantiza certeza y seguridad jurídica.

II. a. Primer lugar común: El Carácter Discutible del Derecho

Al momento de desarrollar este primer *tópico*, MacCormick enfoca al Derecho en tanto habilidad práctica. Siempre que estemos con-

y urgencia a fin de hacer imposible su cumplimiento, dejando al ciudadano en un estado de incertidumbre tal, rayana con el sentimiento de que ya no viven en un Estado de Derecho". También leemos allí que la idea de certeza jurídica, la seguridad jurídica "guarda estricta relación con el imperio del derecho (rule of law, según la expresión británica; *primauté du Droit* en la terminología francesa) al punto de poder decirse que traducen una misma idea", y finalmente, que "en un pretense Estado de Derecho, donde la emergencia es la regla, la inseguridad jurídica es casi una constante, y el poder se encuentra viciado por la ilegitimidad que ostenta, pese a lo cual sustituye en sus funciones al Congreso de la Nación, lo que verdaderamente se encuentra en Emergencia es el Estado de Derecho". En el caso *Picapau S.R.L.* (referido a la verificación de un crédito que reconocía su causa en una compraventa internacional de mercaderías), la Corte Suprema sostuvo "Que la seguridad jurídica es un valor fundamental para el Estado de Derecho y debe ser protegida por esta Corte a fin de promover el mandato constitucional de promover el bienestar general. El contrato y la propiedad son reglas de juego básicos del modelo constitucional que deben ser razonablemente tuteladas". En otra serie de fallos relevantes para la historia institucional de nuestro país (aunque no necesariamente felices en sus soluciones) encontramos impresiones similares. Por ejemplo, en *Godoy c. Universidad de La Plata* (sobre el principio de ilegitimidad de los actos de los gobernantes de facto), la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirma que convalidar ese principio "distaría mucho de satisfacer los más elementales requerimientos del estado de derecho, por cuanto ninguna doctrina judicial es defendible si, en vez de asegurar el orden público, crea el riesgo de un absoluto desorden". Este lugar común sobre la certeza y el Estado de Derecho que encontramos en el discurso judicial puede entrar en conflicto con otros lugares comunes sobre el Estado de Derecho, presentes a menudo en el mismo discurso, que ponen el énfasis en aspectos más sustantivos de la noción. Compárese sino el precitado caso *Godoy con Monner Sans, R. c. Estado Nacional*, donde en el considerando VI. leemos que "la consagración de la Justicia" es "pilar de todo Estado de Derecho". O con el caso *Astiz, Alfredo*, donde se dice que "La actuación de las instituciones públicas que implique el avasallamiento de los derechos fundamentales de las personas y del orden institucional son una señal, un signo, del peligro de disolución social y constituyen una violación del Estado de Derecho".

siderando una cuestión de Derecho, intentaremos buscar una solución o respuesta que parezca sostenible y sensata en términos jurídicos, o incluso, en el mejor de los casos, una respuesta que sea conclusiva. Ahora, para apreciar si es sostenible, o aún conclusiva, lo que hacemos es pensar los mejores argumentos posibles a favor de la respuesta o solución propuesta. Luego podemos poner a prueba los argumentos desarrollados construyendo todos los contra-argumentos que podamos imaginar; “si de este lado de la argumentación se dice esto, del otro lado se dirá aquello”. La fuerza de los argumentos de una de las partes se mide en el contraste con la fuerza de los mejores argumentos que se imaginan como posibles para la contraria. “Descubriendo el contracasos que tendrán que enfrentar y, de ser posible, derrotar —dice MacCormick—, es como los abogados ponen sus argumentos en la mejor forma posible”¹⁷.

La opinión sobre la fuerza de los propios argumentos puede depender: a- de una evaluación de la fuerza del rival, en cuanto al conjunto de argumentos en competencia; b- cuando hay una cuestión concerniente a la prueba o los hechos, de una opinión sobre la fuerza de la evidencia en relación a los hechos; c- de un juicio de probabilidad sobre si los hechos, así como han sido probados, encajarán bien en la argumentación jurídica que queremos hacer.

Por cierto, aclara MacCormick, “esto no es una ciencia exacta, pues no es en absoluto una ciencia sino una habilidad práctica”¹⁸. El manejo exitoso de la misma implica combinar un profundo conocimiento legislativo, doctrinario, jurisprudencial, conceptual, con un dominio de las estrategias de la argumentación forense.

Como sea, el proceso de evaluar la fuerza relativa de argumentos en competencia es siempre una cuestión de más o de menos, de grados, una cuestión de opinión, que requiere un juicio. Si los argumentos a menudo parecen tan parejos, ¿cómo podemos decir con certeza cuáles son los más fuertes? Para MacCormick, la respuesta es que difícilmente podemos decirlo con certeza alguna vez.

¹⁷ MacCORMICK, Neil, *Rhetoric*, p. 14.

¹⁸ *Ibidem*.

Ahora, ¿qué significa “con certeza” aquí? Se trata de que algo “es así”, más allá de que alguien lo crea o no. Por lo tanto, la certeza subjetiva no basta. Recuerdo aquí a Oliver Wendell Holmes: “la certidumbre no es el test de la certeza. Hemos estado arrogantemente seguros de muchas cosas que no eran tales”¹⁹. Una certeza de aquel tipo (que por oposición a ésta podemos llamar “objetiva”) sólo puede encontrarse en los argumentos demostrativos, donde la aceptación de las premisas como axiomáticas o empíricamente verdaderas nos permite derivar de ellas conclusiones que no se pueden cuestionar mientras no se cuestionen también las premisas. En Derecho, este tipo de argumentos no son posibles²⁰; a lo sumo, a veces, podemos alcanzar una certeza subjetiva al realizar aquel test de comparación de argumentos y contra-argumentos, o incluso puede existir una certeza más fuerte, cuando una comunidad de expertos comparte una cierta visión al punto de tratarla casi como axiomática, a la que podríamos llamar certeza inter-subjetiva. Pero en cualquier caso nunca se alcanza la certeza en el sentido de algo que sea de tal o cual manera independientemente de cuántos así lo crean.

Todo esto, según MacCormick, es un lugar común entre todos aquellos que tienen un interés en el Derecho, ya sea como objeto de estudio o como actividad práctica. Esa opinión ha estado en la base de posturas tales como que “el Derecho no es lógica”²¹, “la lógica no

¹⁹ WENDELL HOLMES, Oliver; “Derecho Natural”; Revista Jurídica Zeus; t. 101, N° 7956; p. 2; trad. de Guillermo Moro.

²⁰ Es importante tener en cuenta, sin embargo, que MacCormick hace un tratamiento del problema de la verdad en el Derecho cercano a estar en tensión con esta asumida y declarada imposibilidad de la certeza objetiva. Su apoyo teórico es la “teoría institucional del Derecho”. A mi modo de ver, una de las tensiones esenciales de *Rhetoric* (y uno podría decir, más ambiciosamente, de la teoría estándar de la argumentación jurídica) es la que existe entre asumir el carácter no demostrativo de los argumentos jurídicos, pero al mismo tiempo estirar lo más posible el rango de los argumentos persuasivos, hasta transformarlos en persuasivos en un sentido objetivo (vid. *Rhetoric*, p. 21) o genuinamente persuasivos, con lo que —aunque con otro nombre— pasan a funcionar como argumentos demostrativos, en el sentido de que cualquier participante racional en el proceso de argumentación jurídica está compelido a aceptarlos.

²¹ Célebre en este sentido es, otra vez, Oliver Wendell Holmes. Sobre todo, en *The Path of the Law*, donde ensaya algunas ácidas críticas de lo que llama “la falacia de la forma lógica”, diciendo cosas tales como que “El entrenamiento de los abogados es un entrenamiento en la lógica. Los procesos de analogía, discriminación y deducción son en los que se sienten más cómodos. El lenguaje de la decisión judicial

contribuye en nada a la argumentación jurídica”²², o que “el derecho no tiene nada que ver con la verdad, sino con aquello que puede ser probado de acuerdo a los procedimientos y estándares de prueba”. El teórico escocés cuestiona que estos sean corolarios necesarios de aquel punto de partida; de hecho, en distintos lugares de su libro reivindicará, por ejemplo, el papel limitado pero crucial que la lógica juega en el Derecho. Pero en cualquier caso, “el punto de partida mismo permanece como un elemento clave de lo que debe ser aprehendido por cualquiera que quiera entender la naturaleza y el carácter del Derecho como actividad práctica”²³.

La formulación, entonces, de ese primer lugar común sobre el Derecho sería: en tanto el Derecho es aquello que subyace a las demandas y defensas jurídicas, el Derecho es algo *discutible*, a veces, pero no siempre, conclusivamente, siempre por lo menos persuasivamente²⁴.

es principalmente el lenguaje de la lógica. Y la forma y el método lógico halagan ese deseo de certeza y de reposo que está presente en toda mente humana. Pero la certeza generalmente es una ilusión, y el reposo no es el destino del hombre. Detrás de la forma lógica yace un juicio sobre el relativo valor e importancia de fundamentos legislativos en competencia, a menudo un juicio inarticulado e inconsciente, es verdad, y sin embargo la raíz misma de todo el procedimiento. A cualquier conclusión se le puede dar una forma lógica” (O. W. HOLMES; “The Path of the Law”, en *The Essential Holmes*; University of Chicago Press; 1992; editado por Richard Posner; p. 167). En una orientación diferente (aunque acaso no tanto como cabría esperar), hay interesantes reflexiones respecto del papel de la lógica en el Derecho en los trabajos de Carlos Alchourrón, por ejemplo, “On Law and Logic” (*Ratio Juris*; Vol. 9, N° 4; Diciembre 1996; pp. 331-348), sobre el que volveré más adelante (sección III. a).

²² Por ejemplo, en el capítulo 4 de *Rhetoric*; MacCormick discute con aquellos (v. g., Jerome Bickenbach) que encuentran en el carácter esencialmente interpretativo del razonamiento jurídico, una negación de su posibilidad de ser deductivo, y de poder servirse en algún sentido significativo de la lógica. En la visión de MacCormick, una conclusión como esa es inaceptable. La interpretación está inerradicablemente presente en todo procedimiento de determinación de verdad (*truth-determining procedure*), no solamente en el Derecho. Y la lógica juega un papel fundamental en cuanto a la estructura de todo argumento que pretenda ser válido. Por lo tanto, “si la presencia de la interpretación fuera fatal para la confianza en la lógica en lo que concierne a la estructura de la argumentación, no es sólo la lógica jurídica la que sería desaprobada. Lo que se precluiría es la aplicación de la lógica a cualquier ámbito empírico o práctico” (*Rhetoric*; p. 68).

²³ MacCORMICK, Neil, *Rhetoric*, p. 15.

²⁴ *Ibidem*.

II. b. Segundo lugar común: *El Estado de Derecho*

Este segundo lugar común parecería antitético del primero. MacCormick hace una presentación clásica y estereotipada de la idea de Estado de Derecho (algo que no debemos anticiparnos a criticar, ya que está tratando de exponer un "lugar común" más que de teorizar con mayor rigor técnico). Dice: "Cuando en alguna estructura política hay un cuerpo de Derecho establecido y reconocido que se supone que gobierna las transacciones de todas las personas en esa estructura, una observancia estricta de todas esas leyes, especialmente su observancia estricta por parte de quienes tienen el poder gubernamental, es de un valor inestimable. Allí donde el Derecho es fielmente observado, impera el Estado de Derecho. Y las sociedades que viven bajo el Estado de Derecho disfrutan grandes beneficios en comparación con aquellas que no. El Estado de Derecho es una condición posible que puede ser lograda por los gobiernos humanos. Entre los valores que puede asegurar, ninguno es más importante que la certeza jurídica, excepto tal vez sus pares, seguridad en las expectativas jurídicas y resguardo a los ciudadanos de la interferencia arbitraria del gobierno y sus agentes. Es que una sociedad que alcanza la certeza jurídica y la seguridad jurídica le permite a sus ciudadanos vivir vidas autónomas en circunstancias de mutua confianza"²⁵.

Se trata de la "ideología²⁶ del Estado de Derecho": el Derecho debe estar dado de antemano; las consecuencias jurídicas de las acciones

²⁵ MacCORMICK, Neil, *Rhetoric*, pp. 15, 16.

²⁶ MacCORMICK deja bien en claro que su ocasional uso de la palabra "ideología" a lo largo del libro no está hecho, "por supuesto", en un sentido peyorativo. Por el contrario, debe entenderse en el sentido que daba al término el iusfilósofo polaco Jerzy Wróblewski (ver *Rhetoric*; p.25, nota 36). La noción de ideología ocupa un lugar muy relevante en la obra de Wróblewski, sobre todo en lo que respecta a su análisis de la aplicación judicial del Derecho y de la interpretación jurídica. Sin embargo, es necesario prestar atención al estudiar sus trabajos, toda vez que allí se emplea la noción de "ideología" de un modo bastante peculiar, sobre todo no cargada de las implicancias de cuño marxista con que suele aparecer (cuando aparece) en contextos de discusión sobre el Derecho. La ideología para Wróblewski concierne al conjunto de valoraciones (v. g., legalidad, certeza, objetividad, justicia, equidad, efectividad) que debe regir la práctica de los operadores jurídicos (por ejemplo, de los jueces al aplicar normas, o al interpretarlas), y a la formulación de directivas operativas como medios para la realización de aquellas valoraciones. La ideología puede ser más o menos completa. Si contiene

deben ser previsibles; para ello es vital que las personas sepan a qué atenerse, y ello no puede lograrse si el Derecho no tiene dispuestas soluciones de antemano, redactadas en términos generales, para las diversas situaciones que se estimen merecedoras de tutela.

un sistema de directivas con arreglo al cual pueda resolverse todo caso de aplicación o interpretación del Derecho, esa ideología puede ser reconstruida en términos de una "teoría normativa" (de la aplicación del Derecho, de la interpretación jurídica). A menudo, el autor subraya la extrema dificultad de hallar teorías que alcancen esa estatura; en otros casos, declara sencillamente que "no se encuentran en ninguna parte". El punto es que las ideologías existentes con las que trabaja no son completas: sólo formulan algunas directivas, su relación con sistemas jurídicos concretos está diferenciada, y formulan sus propias evaluaciones con distintos niveles de explicitud. Estas ideologías son reconstrucciones hechas a partir de opiniones presentes en una pluralidad de fuentes. Entre éstas se cuentan las propias directivas sobre la actividad que contiene cada ordenamiento jurídico (por ejemplo, en el caso argentino, los arts. 217 y 218 del Código de Comercio), las sentencias judiciales y las elaboraciones de la teoría del Derecho, entre otras. De esta reconstrucción resultan modelos que, en cuanto tales, son simplificaciones de la realidad. Algunos modelos ideológicos con los que trabaja Wróblewski son, por ejemplo, en el campo de la interpretación, la ideología estática y la ideología dinámica, o en el campo de la aplicación judicial del Derecho, la ideología de la decisión vinculada, la ideología de la libre decisión judicial y la ideología de la decisión legal y racional. Los análisis realizados sobre esta base por el autor polaco están llenos de buenas ideas, pero ya no puedo seguir extendiéndome aquí en su referencia. Para más detalle, pueden consultarse, específicamente, las pp. 266 a 314 de su libro *The Judicial Application of Law* (Kluwer Academic Publishers; Holanda; 1992) y los caps. III, VII, IX y XIV de su libro *Sentido y Hecho en el Derecho*; Servicio editorial de la Universidad del País Vasco; San Sebastián). Sí vale, por último, intentar ubicar este tipo de manejo del concepto de ideología que MacCormick y Wróblewski comparten dentro de la vasta discusión sobre ese concepto que se ha venido dando por mucho tiempo en la filosofía y en la sociología (un detallado recorrido por esta discusión, puede encontrarse en Carlos CÁRCOVA, *La opacidad del derecho*, Trotta, Madrid, 1998, pp. 121-64). Haciendo uso de una distinción entre concepciones descriptivas o neutras y concepciones negativas o críticas de ideología que, para organizar el debate, estipula Christian Courtis ("Detrás de la Ley. Lineamientos de análisis ideológico del Derecho"), es claro que la versión MacCormick / Wróblewski está muy cerca de una concepción descriptiva o neutra, entendiéndolo a ésta como constatación de la existencia de manifestaciones ideológicas —en general, de una pluralidad de maneras de ver, interpretar, valorar o producir significado sobre la realidad— y una pretensión de dar cuenta de su contenido (ver Christian Courtis (ed.); *Observar la Ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*; Trotta; Madrid; 2006; p. 350).

Esto —como mencionábamos al principio— tiene además un fundamento democrático. El esquema democrático clásico ubica el fundamento de la legitimidad del poder político en la voluntad popular. Es el pueblo quien se da a sí mismo las leyes que lo gobiernan. Por supuesto, en sociedades con habitantes que se cuentan por millones la posibilidad física de una democracia al estilo ateniense, donde todas las personas se reúnan en el *ágora*²⁷ a debatir para que de ese proceso surjan decisiones que sean fiel reflejo del querer popular no es posible. El pueblo, entonces, no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes²⁸ (art. 22 de la Constitución Nacional argentina). La soberanía popular conserva una manifestación directa en el acto del sufragio. Luego se supone que los representantes que resulten electos según la regla de la mayoría “representarán” lo que sus electores hubieran defendido de haber tenido la posibilidad de

²⁷ Esta referencia (“ágora”) al lugar de encuentro de la Asamblea ateniense no debe tomarse como una aceptación de la versión histórica ingenua según la cual la democracia ateniense fue la panacea del “gobierno de todos” y de la “verdadera democracia”, sino tan sólo como un aprovechamiento ilustrativo —ya que estamos— de ese “lugar común”. Como bien lo destaca Simon Hornblower, “la democracia ateniense fue una de las más participativas de todos los tiempos, si nos fijamos en los poderes y privilegios de aquellos que formaban parte de ella, pero el número total de los excluidos era muy grande” (“Creación y desarrollo de las instituciones democráticas en la antigua Grecia”, en John Dunn (dir.); *Democracia. El viaje inacabado (508 a. C. - 1993 d. C.)*; Tusquets; Barcelona; 1995; trad. de Jordi Fibla). El manejo de los asuntos públicos tenía un sesgo nítidamente patriarcal: de eso se ocupaban los varones—ciudadanos—mayores de edad. Quedaban fuera las mujeres. También los “metecos” (residentes que no eran “ciudadanos” por no descender de ciudadanos por línea paterna y materna, según se comenzó a exigir desde el año 451, y que por tanto estaban desprovistos del derecho al voto) y los esclavos (numerosísimos, en una proporción de 3 cada 2 ciudadanos libres en la Atenas de Pericles). Así, como lo dice expresivamente David Held, “la legendaria democracia estaba íntimamente unida a lo que podría denominarse la tiranía de los ciudadanos” (*Modelos de democracia*; Alianza; Madrid; trad. de Teresa Alberó; p. 39).

²⁸ Como ha dicho la Corte Suprema en el caso Ponce, Carlos A. c. Provincia de San Luis, “La soberanía popular es un principio de raigambre constitucional que en el sistema democrático se integra con el reconocimiento del pueblo como último titular del poder político pero, al mismo tiempo, y para cumplir con tal objetivo, pone su acento en los procedimientos habilitados para hacer explícita aquella voluntad, origen del principio de representación. Por ello, el Estado de Derecho y el imperio de la ley son esenciales para el logro de una Nación con instituciones maduras”.

participar del debate parlamentario, o bien lo que hubieran decidido de haber tenido potestades ejecutivas. La elaboración de las leyes es precedida de un debate. En este esquema tradicional que estoy reseñando, se pretende circunscribir la dimensión “política” de la ley a este debate. La arena legislativa (pero sólo ella) es el foro previsto para la contienda ideológica.

Ahora, una vez que la ley ha sido sancionada de acuerdo a los mecanismos constitucionalmente predispuestos, sólo se trata de *aplicarlas*. Ello corresponde al Poder Judicial. Este Poder, a diferencia de los llamados —sugestivamente— “Poderes *políticos*”, o sea el Legislativo y el Ejecutivo, no tiene un fundamento democrático directo para legitimar su autoridad: sus miembros no son elegidos por votación popular, no rinden cuentas de sus actos frente a la sociedad (*accountability*) más que sólo lateralmente, sus cargos suelen ser vitalicios, etc. Su legitimación provendría de su alta profesionalidad y capacidad técnica, la cual le permitiría manejar el complejo entramado de normas, seleccionar la legislación pertinente para cada caso concreto, y aplicar la previsión normativa general a los hechos operativos particulares. Sólo si se limita a esta labor, su función es compatible con el esquema democrático de gobierno, satisfaciendo una de las preocupaciones que condujo a Montesquieu a su célebre prescripción: “... [L]os jueces de la nación, como es sabido, no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza ni el rigor de la ley misma”²⁹. Según enfoques contemporáneos —que coinciden en rechazar abiertamente el modelo de Montesquieu para la decisión judicial, considerando entre otras cosas que no existen supuestos en los cuales el juez pueda “limitarse” a aplicar mecánicamente la ley— aquella pericia técnica les permitiría a los jueces “aplicar” el Derecho incluso en aquellos casos en los que las previsiones normativas no parecen

²⁹ MONTESQUIEU, *El Espíritu de las Leyes*, El Ateneo, Buenos Aires, 1951, Libro XI, Capítulo VI, p. 209. Esta afirmación es complementada por el autor por otra no tan conocida pero igual de contundente, referida a la fijeza que deben exhibir los juicios de los tribunales, “de tal suerte que no sean nunca otra cosa que un texto preciso de la ley. Si fueran nada más que una opinión particular del juez, se viviría en sociedad sin saberse exactamente cuáles son las obligaciones contraídas” (p. 204).

indicar inequívocamente una solución³⁰. Como se ve, a pesar del unánime rechazo que ha recibido la fenomenología de la decisión judicial de Montesquieu, su preocupación por neutralizar la subjetividad de los juzgadores y sólo justificar su poder si pueden mostrar que “aplican las leyes” (y no, digamos, sus preferencias personales) conserva toda su vigencia: el punto clave es que siempre sea “el Derecho” el que provea la decisión, y no la jueza o el juez, ya que “el Derecho” ha sido elaborado por el propio pueblo para sí (a través de sus representantes), y por lo tanto tiene fundamento popular, fundamento del que carece la judicatura, a la que sólo le corresponde aplicarlo³¹.

³⁰ Una típica instancia de esto se encuentra en el caso de la punibilidad aborto, al que que muchos autores coinciden en denominar “trágico” (en el sentido de un caso en el que encontrar una resolución que equilibre los intereses en conflicto sería aún más difícil que en los famosos “casos difíciles”; de hecho, tal resolución no sería ni siquiera posible; sobre los “casos trágicos” ver Manuel ATIENZA, *El Sentido del Derecho*, Ariel, Madrid, 2003, p. 267). Sin embargo, en fallos vinculados con la cuestión, podemos encontrar una afirmación categórica de los jueces intervinientes de que su resolución es “de acuerdo a Derecho”. Por ejemplo, el voto de un Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe en el caso “Insaurralde, Mirta —aborto provocado— sobre recurso de inconstitucionalidad”, impugna la sentencia recurrida por no ser una “derivación razonada del derecho vigente” (lo que indica, claramente, que el Ministro considera que su fallo, en cambio, sí lo es), y aún si reconoce la naturaleza esencialmente controvertida, emocional y dependiente de valoraciones personales que tiene la cuestión, considera (con apoyo en el voto del Juez Blackmun en *Roe vs. Wade*) que todo ello “no obsta” a la posibilidad de decidir “conforme a las pautas constitucionales, libres de emociones y preferencias, (...) honestamente” (Considerando 2. de la Segunda Cuestión tratada en el fallo).

³¹ En otro candente fallo sobre aborto, este de la provincia de Mendoza, en autos caratulados “Gazzoli, Ana Rosa por su hija C. C. A. p/Medidas tutelares”, se decidió considerar aplicable el art. 86 del Código Penal, el cual en su inc. 2 establece la impunidad del aborto practicado a una mujer demente por un embarazo proveniente de una violación, siendo que en el caso concreto ambos extremos (la violación y la demencia de la víctima) se encontraban suficientemente acreditados. En el Considerando X. (“Conclusiones finales”) del decisorio, el Magistrado interviniente dice lo siguiente: “He optado por respetar la ley vigente, porque ella representa, aunque más no sea simbólicamente, la voluntad de la mayoría del pueblo expresada a través de sus representantes políticos. Los jueces sólo aplicamos la ley, buscando darle el sentido más favorable a la protección de los derechos y la realización de la justicia. Son los legisladores los llamados a recoger la estimativa social imperante en cada época y lugar determinado, a fin de plasmarla en leyes que rijan la convivencia social” (énfasis agregado).

Desde una visión de este tipo, la certeza jurídica es un valor positivo en sí mismo tanto como un requisito de la democracia. Saber de antemano qué es lo que nos corresponde conforme a Derecho es muy importante para poder planificar racionalmente nuestro rumbo vital. Pero es también una exigencia de nuestro sistema institucional, donde la voluntad popular (mediada por diputados y senadores) se manifiesta en la conformación de leyes que no pueden luego ser desnaturalizadas por un órgano contramayoritario como el jurisdiccional³².

II. c. El problema

El problema es que muchas personas (y ciertamente, MacCormick entre ellas) simpatizan tanto con el lugar común como con el contralugar común antes presentados.

Dice MacCormick: “creo en la cualidad argumentativa del Derecho, y la encuentro admirable en una sociedad abierta. Deberíamos mirar todos los lados de toda cuestión importante, no caer sin más del lado del prejuicio y la certeza aparente. Debemos escuchar todo argumento³³,”

³² Sobre la “objección contramayoritaria” contra el poder judicial —problema teórico/político de proveniencia norteamericana, importado luego por ciertos teóricos hacia latitudes periféricas— ver Roberto GARGARELLA, *La Justicia frente al gobierno*, Ariel, Barcelona, 1996.

³³ Debe tenerse cuidado con la amplitud que se le pretenda dar a esto. MacCormick se apura a restringir el ámbito de lo discutible en el Derecho. Partiendo de la “tesis del caso especial” de Robert Robert Alexy (ver *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, pp. 205-80; “Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional”, en *Derecho y Razón Práctica*, Fontamara, México, pp. 23-35; “La tesis del caso especial”, *Isegoría*, N° 21, 1999, ps. 23-35; *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 529-54), en virtud de la cual el Derecho es visto como un discurso específico dentro del género del discurso práctico, lo que se considerará como “discutible” será sólo aquello que sea racionalmente discutible. Se trata de “distinguir entre el uso de las palabras como meras armas de coerción o engaño intelectual, y su uso como instrumentos de persuasión razonable, donde la coerción aparece sólo en el sentido de la fuerza irresistible de un argumento. Es ésta última, la argumentación como justificación racional, la que será tratada aquí. Y la cuestión será si puede haber Estado de Derecho, en tanto el Derecho sea aquello que puede ser discutible en este sentido” (*Rhetoric*, p. 17). Ahora bien, la cuestión de hasta dónde los operadores jurídicos reales (abogados, jueces) se ajustan en sus discusiones a “lo racionalmente discutible”, es una cuestión que tanto MacCormick

y celebrar, no deplorar, la cualidad discutible que parece intrínseca al Derecho”³⁴.

“Pero también creo en el Estado de Derecho, y creo que nuestra vida como seres humanos en comunidad con otros es grandemente enriquecida por el mismo. Sin él, no hay prospecto de realizar la dignidad de los seres humanos como independientes aunque interdependientes participantes en actividades públicas y privadas en una sociedad. Dignidad de ese tipo e independencia-en-interdependencia son según mi modo de pensar, fundamentales valores morales y humanos”³⁵.

Ahora bien, ¿cómo es posible creer en ambos lugares comunes al mismo tiempo? ¿Se tratará sólo de *wishful thinking*, de un pensamiento deseoso, una forma de auto-engaño? La búsqueda de MacCormick, entonces, va a estar orientada por la siguiente pregunta: ¿cómo es posible reconciliar el “Carácter Discutible del Derecho” con la “Ideología del Estado de Derecho”?

III. Hacia la reconciliación

En la búsqueda de la reconciliación entre sus dos lugares comunes, podemos apreciar —más allá de su poco cohesiva presentación³⁶— que

como el resto de los cultores de la teoría estándar de la argumentación jurídica explícitamente defieren a algún estudio empírico que quiera realizarse al respecto. Por supuesto, esta absoluta despreocupación por el trabajo de campo, incluso al mero nivel de referencias bibliográficas a estudios ya realizados (que no abundan, pero existen), no es de por sí criticable, pues no es necesario que una obra de teoría del Derecho se involucre en la constatación de campo de las temáticas que aborda. Sin embargo, resulta sintomática respecto de los puntos de partida teóricos preferidos por estos autores, y del alcance de sus teorías.

³⁴ MacCORMICK, Neil. *Rhetoric*, p. 16.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Digo esto porque MacCormick no acomete el objetivo directamente, sino que da un extenso rodeo panorámico por algunos de los desarrollos fundamentales de la teoría jurídica contemporánea, sin luego extraer de esas referencias elementos útiles para respaldar su posición. Presta especial atención, sucesivamente, a los aportes más difundidos de la obra de Theodor Viewheg (topoi), Josef Esser (pre-comprensiones), Chaim Perelman y Lucie Olbrechts-Tyteca (auditorio universal), Stephen Toulmin (garantías para moverse de las premisas a la conclusión en un razonamiento) y Jürgen Habermas (situación ideal de diálogo). Hay menciones para otros autores también, menos tradicionales en la línea de la teoría de la argumen-

el argumento central de MacCormick se construye en base a los dos puntos siguientes: a) atenuar la idea de certeza jurídica que parecería insita en el Estado de Derecho, sumándole la idea de “derrotabilidad”, en el sentido de que la *certeza* a la que podemos aspirar en el Derecho es siempre una *certeza derrotable*; b) destacar el aspecto dinámico de protección contra el accionar arbitrario del gobierno que estaría insito en la ideología del Estado de Derecho.

III. a. Argumentando derrotablemente

El tema de la derrotabilidad ha venido recibiendo una creciente atención, desde campos de saber tan variados como la lógica, la filosofía moral, la inteligencia artificial y el Derecho. Merecería de por sí un tratamiento *in extenso*, pero igualmente, dado que resulta clave para la intelección de este capítulo, me propongo intentar presentar los lineamientos básicos de la cuestión.

Antes que nada, debe quedar en claro que dentro de esa atención deferida a la derrotabilidad, pueden hallarse enfoques muy diversos, incluso al interior de un mismo campo de saber. Sería una torpeza presentar el tema sin advertir de entrada que la derrotabilidad no es un concepto uniforme dentro de la literatura especializada, y que su caracterización y tratamiento, así como las consecuencias que se pretende extraer del mismo, varían significativamente según a qué línea teórica atendamos³⁷.

tación jurídica, como por ejemplo Duncan Kennedy, de quien recupera la idea de que en la argumentación jurídica puede reconocerse una estructura semiótica de oposición: para cada posición relevante dentro de una rama específica del Derecho, puede abducirse una serie de “argument-bites” estandarizados en su apoyo, pero estos “argument-bites” encuentran simétricamente su par correlativo antitético. Una explicación plausible para este rodeo —acaso interesante para el lector lego pero poco fértil para la presente discusión— es que MacCormick intenta una “toma de posición” en el campo: ubicarse en la tradición de pensamiento jurídico que integran aquellos a quienes considera aliados de su empresa intelectual. (Será relevante tener presente esto en la sección IV.c).

³⁷ Según muestran Jorge Rodríguez y Germán Sucar, entre los sentidos en los que podría predicarse derrotabilidad con relación al Derecho, “no existe un núcleo común de significado (...), sino que responden a un conjunto muy diverso de problemas. En todo caso, sólo entre algunos de esos sentidos parece haber cierto parecido de familia” (Jorge Rodríguez y Germán Sucar, “Las trampas de la derrotabilidad”, en Juan Carlos Bayón y Jorge Rodríguez, *Relevancia normativa en la justificación*

El gran iusfilósofo británico H. L. A. Hart fue quien primero planteó la cuestión dentro del Derecho. Su artículo seminal al respecto es "The Ascription of Responsibility and Rights"³⁸. En un libro posterior, *Punishment and Responsibility*, Hart abandonó expresamente la estrategia de análisis de conceptos jurídicos propuesta en "The Ascription..." (fundada en la distinción entre uso adscriptivo y descriptivo de los conceptos jurídicos). Este abandono suele presentarse como una lisa y llana (auto)crítica de la noción de derrotabilidad por parte del precursor de la misma, a pesar de la cual habría que seguir trabajándola (acaso por aquello que decía Umberto Eco, que la obra, una vez que se abre hacia el público, ya no le pertenece a su autor...). Pero aquí no es necesaria una "apropiación hermenéutica": la idea central que justificó el recurso al concepto de derrotabilidad ("*defeseability*") siguió presente a todo lo largo de la obra de Hart, siendo parte nuclear, incluso, de su obra magna, *The Concept of Law*.

¿Cuál es esa idea central? Que ninguna regla puede determinar enteramente las condiciones necesarias y suficientes de su propia aplicación, y por eso, toda regla es "derrotable" o "abierta", en el sentido de que está sujeta a excepciones implícitas que no pueden ser enumeradas exhaustivamente de antemano³⁹.

de las decisiones judiciales, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 151.

³⁸ HART, H. L. A., "The Ascription of Responsibility and Rights", *Proceedings of the Aristotelian Society*; 49, 1948-49, pp. 171-194 (tomo estos datos bibliográficos de Juan Carlos Bayón; "Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico", en Juan Carlos Bayón y Rodríguez, Jorge Rodríguez, Relevancia normativa).

³⁹ Ver BAYÓN, Juan Carlos, "Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico", pp. 164-65. Este concepto de derrotabilidad tiene una vinculación muy clara con el de indeterminación del Derecho. En ese sentido, ver el trabajo de Ángeles Ródenas, "En la Penumbra: Indeterminación, Derrotabilidad y Aplicación Judicial de Normas", *DOXA*, N° 24, 2001, pp. 63-83. Una visión crítica respecto de tal vinculación (construida en base a una revisión de la Teoría del Significado, y a una distinción entre derrotabilidad de conceptos y derrotabilidad de enunciados – tales como las normas jurídicas –) puede encontrarse en María Inés Pazos, "Derrotabilidad sin Indeterminación", *DOXA*, N° 25, 2002, pp. 441-70.

En Hart, esto se deriva de una característica propia del lenguaje humano⁴⁰, conocida como “la textura abierta del lenguaje”. Para todo concepto genérico, habrá casos que sean claramente instancias del mismo y otros que claramente no lo sean. Pero siempre está presente la posibilidad de que surja un caso que no pueda ubicarse fácilmente en ninguna de estas zonas de claridad (esto es, que no sea claramente ni una instancia ni una no-instancia del supuesto de hecho genérico). La aplicación del término genérico se revela entonces *indeterminada*, siendo que para los casos ubicados en la “zona de penumbra” será necesario recurrir a una *elección* más o menos discrecional que no está resuelta *a priori*.

Dicho con un ejemplo: dado el término genérico “arma”, es claro que un revólver .45 Magnum es una instancia del mismo, y que una sábana no lo es. Ahora, un arma de juguete, ¿es una instancia del término genérico “arma”⁴¹?

En la aplicación de reglas, esto gravita considerablemente. Tomando un célebre ejemplo de Hart, si hay una regla que establece que “está prohibido ingresar con vehículos al parque”, habrá casos recurrentes que serán claras instancias del supuesto de hecho —ingresar al parque con un auto o con una motocicleta— y otros que serán claras no-instancias del mismo —ingresar con un sombrero. Pero pueden surgir casos donde la solución no sea tan clara. Así, ¿será una infracción de la regla ingresar con una bicicleta? ¿E ingresar con un camión de juguete con motor eléctrico?⁴².

⁴⁰ Ver HART, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford University Press, Great Britain, 1997, p. 128.

⁴¹ El art. 166, inc. 2 del Código Penal argentino se ha enfrentado a esta cuestión, indicando que el uso de “armas de utilería” en un robo funciona como agravante de la pena. La constitucionalidad de este artículo ha sido controvertida, en tanto extendería el concepto de “arma” a objetos que intrínsecamente no lo son. Los Tribunales, mayoritariamente, no han hecho lugar a esta objeción. Para ello, se apoyan en la teleología del artículo, atendiendo al poder intimidatorio del objeto en las circunstancias del robo, más que a su naturaleza “intrínseca”. Al respecto puede consultarse el fallo Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, en autos Villa, Alberto D. s/rec. de casación (año 2007), Considerando I del voto del juez Hornos.

⁴² Ver HART, H. L. A., *The Concept of Law*, pp. 128-29. La importancia de las consideraciones teleológicas respecto de las reglas en tanto vía de minimizar su indeterminación al momento de su aplicación, ha sido puesta de resalto por Frederick Schauer, en su libro *Las Reglas en Juego. Un exámen filosófico de la toma de*

El punto es que ningún legislador humano puede conocer todas las posibles combinaciones de circunstancias que puede presentar el futuro (tal como lo afirmaba Portalis en el "Discurso Preliminar" al Código Civil Francés de 1804). Se trata de una incapacidad de anticipación que trae consigo una relativa indeterminación de finalidad⁴³. No pueden enunciarse exhaustivamente de antemano todas las posibles excepciones de una regla, y por tanto, en todos los "casos difíciles" de aplicación de la misma, el intérprete ejercerá una parcial discreción⁴⁴.

¿Cómo deja esto la idea tradicional de las normas jurídicas como juicios condicionales, de la forma "si... entonces..."? Carlos Alchourrón ha afrontado esta cuestión, analizando lo que él llama "condicionales derrotables". Un condicional derrotable puede ser definido como aquel que tiene excepciones implícitas⁴⁵. La idea es que en el lenguaje ordinario, los condicionales de la forma "Si A entonces B" no son usados para afirmar que A es condición suficiente de la consecuencia B, sino más bien que A, *junto con todo un conjunto de asunciones aceptadas*

decisiones basada en reglas, Marcial Pons, Barcelona, 2004. Hay un intento interesante de superación de los términos de esta discusión a partir de la interdisciplina entre Derecho y psicología cognitiva, en el capítulo 8 ("How do rules work?") del ambicioso estudio de Steven Winter, *A Clearing in the Forest. Law, life, and mind*, University of Chicago Press, USA, 2001, ps.186-222.

⁴³ HART, H. L. A., *The Concept of Law*, p. 128.

⁴⁴ La escuela realista norteamericana ha enfatizado estos aspectos, coligiendo de ellos que las reglas son importantes en la medida en que ayudan a predecir el comportamiento de los jueces, y que por lo demás sólo son, como decía Karl Llewellyn, "lindos juguetes" ("The Bramble Bush"; Oceana: Boston; p. 9). La postura de Hart al respecto podría resumirse de la siguiente manera: la derrotabilidad de los conceptos jurídicos revela que el formalismo ("cielo de los conceptos jurídicos") es un ideal inalcanzable, pero la reacción realista frente esa revelación (el "escepticismo ante las reglas") es exagerada. Una regla derrotable sigue siendo una regla. "Prometemos visitar a un amigo mañana. Cuando llega el día resulta que cumplir la promesa implicaría abandonar a alguien peligrosamente enfermo. El hecho de que esto sea aceptado como una razón adecuada para no cumplir la promesa sin dudas no significa que no haya una regla que exija que las promesas se cumplan, sino sólo una cierta regularidad en su cumplimiento. No se sigue del hecho de que tales reglas tengan excepciones incapaces de ser enunciadas exhaustivamente, que en toda situación estamos librados a nuestra discreción y que nunca estamos obligados a cumplir una promesa. Una regla que termina con la expresión 'a menos que...' es todavía una regla" (H. L. A. HART, *The Concept of Law*, p. 139).

⁴⁵ ALCHOURRÓN, Carlos; *On Law and Logic*; p. 341.

en el contexto de habla, es suficiente para esa consecuencia. Cuando alguna de esas asunciones implícitas es falsa, la aserción condicional es derrotada.

Por eso, “la idea de derrotabilidad está conectada con la noción de normalidad. Hacemos nuestras aserciones para circunstancias normales, sabiendo que en algunas situaciones nuestras afirmaciones serán derrotadas. La noción de normalidad es relativa al conjunto de creencias del hablante y al contexto de habla. Lo que cuenta como normal para una persona en un cierto contexto puede ser anormal para otra persona o para la misma en un contexto diferente”⁴⁶. El dominio de esta varianza necesariamente contextual, e indeterminable de antemano, es el gran desafío que asumen quienes intentan desarrollar “lógicas no-monotónicas”, por ejemplo en el campo de la inteligencia artificial⁴⁷, y por supuesto, también, quienes intentan construir modelos del razonamiento jurídico.

De acuerdo con Neil MacCormick, la derrotabilidad debe enfocarse primordialmente desde la pragmática de los litigios adversariales. El punto central es que las aserciones sobre la manera en que el Derecho regula determinados supuestos de hecho, puede ser cuestionada en un litigio particular, y a raíz de ese cuestionamiento, perder su validez inicial, o incluso mostrar que nunca la ha tenido en absoluto. Nuestra certeza sobre lo que el Derecho dispone para determinados casos, puede, ante el acaecimiento de circunstancias anómalas, resultar problematizada, y eventualmente, ser derrotada. En el libro que siguió a *Rhetoric* en el cuarteto sobre “Derecho, Estado y Razón Práctica”, el autor escocés lo resume diciendo: “Lo que estaba establecido con toda la apariencia de validez puede a su tiempo ser cuestionado y encontrado derrotado”⁴⁸.

Cómo vimos más atrás, en principio se tiende a pensar que las normas jurídicas establecen en su formulación lingüística las condiciones necesarias y suficientes que deben ser instanciadas por un caso concreto

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Ver el estudio de CARNOTA, Raúl, “Lógica e inteligencia artificial”, en Carlos ALCHOURRÓN (ed.); *Lógica; Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*; Trotta; Madrid; 1995; pp. 143-83.

⁴⁸ MacCORMICK, Neil, *Institutions of Law*, Oxford University Press, Great Britain, 2007, p. 163.

para que aquella resulte aplicable. En cambio, desde el momento en que uno admite la derrotabilidad como una característica general del ordenamiento jurídico, ya no puede hablarse de condiciones necesarias y suficientes, sino — como dice MacCormick — de condiciones sólo “ordinariamente necesarias y presuntivamente suficientes”. Carlos Alchourrón y sus seguidores usan una terminología diversa para decir lo mismo. Hablan de “condicionales derrotables”, los cuales expresarían meramente condiciones *contribuyentes*, sólo suficientes en conjunción con una serie de presupuestos implícitos en el contexto.

MacCormick distingue entre derrotabilidad *explícita e implícita*⁴⁹. La derrotabilidad explícita tiene lugar cuando la disposición normativa dispone sus condiciones de aplicación (c1, c2, c3), pero también sus propias excepciones (e1, e2, e3). La dinámica entre condiciones y excepciones se resuelve, en Derecho, con la distribución de la carga de la prueba⁵⁰. A quien invoca una norma en su beneficio, le compete probar el acaecimiento de las condiciones previstas en su supuesto de hecho, pero sólo eso. Es decir: no es necesario que pruebe, además, el no-acaeamiento de las excepciones. La prueba de que alguna de éstas ha tenido lugar corresponde, en cambio, a quien se oponga a la pretensión.

Tomemos un ejemplo del Derecho argentino; digamos, la ley 17.418 o “Ley de Seguros”. Ocurrido un siniestro, el asegurado reclamante debe acreditar una serie de condiciones para obtener la prestación dineraria correspondiente⁵¹. Algunas de esas condiciones son: c1- la existencia

⁴⁹ Ver MacCORMICK, Neil, *Rhetoric*, pp. 240 y ss.

⁵⁰ El tema de la distribución de la carga de la prueba ha sido objeto de una inveterada discusión doctrinaria. A la fecha, en el Derecho positivo argentino, la balanza se ha inclinado hacia fijar el onus probandi sobre el supuesto de hecho de una norma a quien la invoque en su beneficio, postura célebremente sostenida por el profesor alemán Leo ROSENBERG, en su libro *La Carga de la Prueba* (editorial B de F; Buenos Aires; 2002; trad. de Ernesto Krotoschin). En esta línea, el art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial argentino establece que “Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción”.

⁵¹ Estas condiciones son generales; no agotan los requisitos específicos que incorporan los distintos tipos particulares de seguros (seguro de vida, seguro automotor, seguro de caución, etc.).

de un contrato de seguro con la aseguradora ante la que se reclama; c2- el acaecimiento del siniestro; c3- que el siniestro ocurrido estaba entre los previstos en el contrato; c4- poner a la aseguradora en conocimiento de lo sucedido dentro del plazo previsto; c5- haber pagado las primas correspondientes.

Ahora bien, el art. 5º de la ley 17.418 introduce el instituto de la "reticencia". Dice así:

Art. 5º. Toda declaración falsa o toda reticencia de circunstancias conocidas por el asegurado, aun hechas de buena fe, que a juicio de peritos hubiese impedido el contrato o modificado sus condiciones si el asegurador hubiese sido cerciorado del verdadero estado del riesgo, hace nulo el contrato.

Plazo para impugnar

El asegurador debe impugnar el contrato dentro de los tres meses de haber conocido la reticencia o falsedad.

De esta manera, la reticencia funciona como una excepción (e1) a la pretensión del asegurado, en virtud de la cual puede declararse la nulidad del contrato de seguro. Pero no es al asegurado a quien le corresponde probar que, en su caso, no se configura un supuesto de reticencia. Es, eventualmente, a la aseguradora a quien le corresponde probarlo en tiempo y forma. Si ésta así lo hiciera, la excepción derrotaría a la pretensión; si no lo hiciera, la pretensión sería "buena"⁵² y el asegurado tendría derecho a exigir la prestación debida (aún si, en "la realidad de los hechos", se hubiera configurado un supuesto de reticencia).

Pero la derrotabilidad explícita no agota las posibilidades del concepto de derrotabilidad. De hecho, ni siquiera capta sus aristas más ricas. Para eso debemos considerar la derrotabilidad implícita.

Como dice MacCormick, si es el caso que las formulaciones expresas de reglas jurídicas "son siempre adecuadamente consideradas como estableciendo condiciones sólo *ordinariamente necesarias y presuntivamente suficientes* para los arreglos que regulan, la derrotabilidad

⁵² Ver MacCORMICK, Neil, *Rhetoric*, p. 241.

implícita afecta a todas las instancias de instituciones jurídicas”⁵³. De hecho, aún en los casos de derrotabilidad explícita (como el que vimos más arriba) estará siempre presente la posibilidad de una derrotabilidad implícita “por sobre y por debajo de las condiciones explícitas de derrota”⁵⁴.

La derrotabilidad implícita es una consecuencia, según el autor escocés, de la gravitación de los principios y los valores propios del sistema jurídico, o bien, más específicamente, propios de alguna de sus ramas particulares⁵⁵. Incluso las reglas más cuidadosamente redactadas (esto incluye tanto normas jurídicas como precedentes) pueden verse sujetas a excepciones imposibles de enumerar totalmente con anticipación, cuando casos anómalos hacen entrar en juego principios generales del Derecho. Por eso, “la operación de principios de fondo puede ser vista como planteando la posibilidad de excepciones abiertas (*open-ended exceptions*) en casos de carácter excepcional o inusual”⁵⁶.

Un ejemplo paradigmático de derrotabilidad implícita en el ámbito de las normas jurídicas, lo da el caso “*Sejean, J. B. c. Zaks de Sejean, A. M.*”, fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los primeros años del retorno a la democracia (1986). En este caso, una pareja, que había obtenido la declaración judicial de su divorcio, solicitó que se declare la inconstitucionalidad del art. 64 de la ley 2393 o “Ley de Matrimonio Civil”, el cual estatúa la indisolubilidad del vínculo matrimonial, impidiéndoles a los ex-cónyuges readquirir su capacidad nupcial. A pesar de la expresa provisión normativa, la mayoría de los magistrados de la Corte Suprema (Fayt, Petracchi y Bacqué) consideró que el principio de dignidad humana (con recepción constitucional según la interpretación aceptada del art. 33 de la CN) tornaba inaceptable imposibilitar que dos personas que habían estado casadas y luego se habían divorciado, “anuden” sus “vínculos afectivos” futuros con el noble manto del

⁵³ MacCORMICK, Neil, *Rhetoric*, p. 241.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Sobre la influencia de los principios y valores subyacentes sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas, ver también RATTI, Giovanni Battista, “The Consequences of Defeasibility”, en *Analisi e Diritto* (a cura di Paolo Camanducci e Ricardo Guastini), 2007, pp. 261-78.

⁵⁶ MacCORMICK, Neil, *Rhetoric*, p. 244.

matrimonio, afectando no sólo a ellos sino también a la descendencia procreada en esas circunstancias (vid. *Considerando 7º* y ss.).

Un ejemplo paradigmático de derrotabilidad implícita en el ámbito de reglas judiciales⁵⁷ que han alcanzado el carácter de precedentes, lo da el caso "*Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transsexual (ALITT) c. Inspección General de Justicia*" (año 2006), también fallado por la CSJN. Desde el año 1991, en el caso "*Comunidad Homosexual Argentina c. Resolución Inspección General de Justicia*", el máximo tribunal había sentado una regla en virtud de la cual se juzgaba correcto denegar el otorgamiento de personería jurídica a asociaciones que representaran intereses de grupos practicantes de una sexualidad minoritaria. Esta regla se construyó en base a dos argumentos principales: 1- que este tipo de asociaciones no perseguían un fin de "bien común" (exigido como requisito por el art. 33, segunda parte, inc. 1º del Código Civil); 2- que la denegatoria de personería no afectaba, sin embargo, el derecho constitucional de "asociarse con fines útiles" (art. 14 CN), en tanto podían funcionar como "simples asociaciones", de acuerdo a lo dispuesto por el art. 46 del Código Civil. Esta regla fue pacíficamente aplicada por los tribunales inferiores⁵⁸ y la Inspección General de Justicia⁵⁹ durante casi 15 años.

Cuando la causa "*ALITT*" llega a la CSJN, ésta revierte drásticamente su doctrina anterior. La regla de no otorgamiento de la personería es juzgada ahora como inaceptable, a la luz del principio de igualdad ante la ley y de la esencia pluralista del bien común. Propender a la no discriminación, dice la Corte, no redundaría en un beneficio privativo de los miembros de la asociación que actúa con esa finalidad, sino que propósitos tales "hacen al interés del conjunto social como objetivo esencial y razón de ser del Estado de cimentar una sociedad democrática".

⁵⁷ Sobre la derrotabilidad enfocada específicamente en el contexto de la decisión judicial, ver GODDEN, David M. y WALTON, Dougals, "Defeasibility in Judicial Opinion: Logical or Procedural?", en *Informal Logic*, Vol. 28, N° 1, 2008, pp. 6-19.

⁵⁸ Ver por ejemplo el fallo de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en autos "*Asociación de Swingers c. Inspección General de Justicia*", o el fallo de la Sala K de la misma Cámara en autos "*Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transsexual c. Inspección General de Justicia*".

⁵⁹ Ver resoluciones N° 541/02 (firmada por Guillermo Enrique Ragazzi) y N° 1142/03 (firmada por Ricardo Augusto Nissen).

Ahora bien, este enfoque de la derrotabilidad parecería proyectar serios interrogantes sobre los derechos individuales. ¿Tenían derecho a divorciarse y recuperar su aptitud nupcial los/as argentinos/as antes de 1986? ¿Tenían derecho a asociarse para promover la no discriminación los travestis y transexuales antes de 2006? ¿Debemos colegir que los derechos pueden existir ahora, pero de repente dejar de existir dentro de un tiempo, de algún modo de acuerdo al slogan de aquella famosa propaganda de autos, “now you see it, now you don’t”⁶⁰ (“ahora lo ves, ahora no”)?

MacCormick opina que no son “los derechos” los que son derrotables y eventualmente derrotados, sino “las pretensiones” concretas que las partes hacen, dentro de un proceso jurídico, afirmando que están dadas las condiciones para gozar de un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico. “No hay un derecho que primero existe y luego es derrotado. Hay una pretensión que ha sido avanzada, la cual estaba ostensiblemente justificada por las provisiones explícitas del texto normativo. Como tal, bien podría haber tenido éxito si hubiera estado en servicio un relator distinto ese día. Ningún fraude estuvo implicado en esto. Sin embargo, la pretensión avanzada se apoyaba en lo que resultó ser (por lo menos, lo que subsecuentemente se resolvió que era) un entendimiento inadecuado o incompleto de las condiciones jurídicas para la adquisición y goce del derecho”⁶¹.

El punto más importante a tener en cuenta en toda esta versión escocesa del problema de la derrotabilidad, es el alcance que el autor pretende darle. La derrotabilidad no se presenta como una mera constatación de los — a veces asombrosos — movimientos pendulares del Poder Judicial. Por el contrario, la idea es que “puede haber *objetivamente* principios y valores de un sistema que, correctamente pesados y sopesados, intervengan de tal modo que derroten *genuinamente* una afirmación legislativa, judicial o doctrinal de condiciones para un derecho, o la pretensión de un individuo sobre un derecho en un caso dado”⁶².

⁶⁰ Ver MacCORMICK, Neil, *Institutions of Law*, pp. 164-66.

⁶¹ MacCORMICK, Neil, *Rhetoric*, p. 243. Ver también pp. 252-53.

⁶² MacCORMICK, Neil, *Rhetoric*, p. 248.

De esta manera, el inerradicable carácter discutible del Derecho encuentra una primera vía de compaginación con la garantía de certeza jurídica propia de la ideología del Estado de Derecho. Tendríamos un problema si la persistente potencialidad de cambio jurídico fuera un proceso incontrolable o incluso arbitrario. En cambio, con una herramienta teórica como la derrotabilidad *genuina*, podemos compatibilizar la discusión permanente con la certeza. Las pretensiones jurídicas de los individuos sobre sus derechos no están sujetas a ser o no derrotadas según la postura ideológica o política de los jueces y las juezas. Son los valores y los principios *del* Derecho los que, genuinamente, a veces, las derrotan.

III. b. La pragmática de los litigios. El Estado de Derecho como protector contra el accionar arbitrario del gobierno

MacCormick propone fijar la mirada en cómo se desenvuelven (más bien, en cómo se deberían desenvolver) los litigios en un Estado de Derecho.

Un aspecto central de la idea de gobierno libre (como opuesto a gobierno despótico) es que el ejercicio de la fuerza pública concentrada en el Estado se haga siempre con el soporte de una normativa jurídica dictada con anterioridad y promulgada en términos generales. Como bien observa MacCormick, los códigos y las leyes de la modernidad han sido “una respuesta institucional a la ideología del Estado de Derecho como condición de la libertad”⁶³. El Estado se ocupa de que los ciudadanos puedan conocer las consecuencias jurídicas de su accionar. Así, determinados hechos o acciones, a los que el autor escocés llama “hechos operativos” (en nuestra tradición más conocidos como “supuestos de hecho”, la *fattispecie* de los italianos) son ligados a determinadas “consecuencias jurídicas”.

Es importante que la formulación normativa sea en términos genéricos y abstractos. Luego, dado un caso concreto, si el mismo reúne las características o “extremos” previstos, se lo considera una “instancia” del supuesto de hecho, en que se lo “subsume”, adosándole la consecuencia jurídica respectiva.

⁶³ MacCORMICK, Neil. *Rhetoric*, p. 25.

Ahora, en la práctica, no es suficiente afirmar que los hechos operativos sucedieron. Es necesario además formular una demanda en términos claros y conforme con las exigencias procesales. Y es fundamental que esa demanda, a su vez, esté respaldada en todas y cada una de sus afirmaciones requeridas de prueba, por el material probatorio pertinente y suficiente.

Pero el proceso jurídico es una discusión abierta⁶⁴, y la demandada puede presentar contra-pruebas en apoyo de su propia versión de los hechos, tanto como cuestionar la pertinencia de las conclusiones jurídicas que la accionante ha pretendido derivar.

De esta manera, la estructura dialéctica del proceso otorga un marco propicio para el surgimiento de múltiples combates⁶⁵. Estos combates

⁶⁴ Este carácter "abierto" del proceso está presente en cualquiera de las múltiples definiciones que ha ensayado la doctrina, donde se enfatiza el carácter "dialógico" o "dialéctico" del proceso jurídico. El propio MacCormick avanza una especie de definición en la que predomina tal carácter: "Todos los procesos jurídicos adversariales y también (aunque de diferente manera) los procesos inquisitivos tienen un carácter dialógico, aserción versus negación, aserción versus contra-aserción, y así sucesivamente hasta un límite predeterminado en el número de iteraciones permitidas. A cargo de tal proceso, tiene que haber un juez imparcial, quien preside sobre el proceso dialéctico y quien al final realiza cualquier tipo de hallazgo de hechos requerido y forma y comunica una opinión respecto de la conclusión jurídicamente justificada sobre el punto o puntos en cuestión. Finalmente, el formula la decisión que está de acuerdo con esa conclusión" (Rhetoric; p. 239). Vale recordar también aquella visión, acaso demasiado idealista, que encontramos en el profesor italiano Francesco Carnelutti: "Llamamos proceso a un conjunto de actos dirigidos a la formación o a la aplicación de los mandatos jurídicos, cuyo carácter consiste en la colaboración a tal fin de personas interesadas (partes) con una o más personas desinteresadas (jueces)" (*Instituciones del Proceso Civil*; Librería El Foro; Buenos Aires; 1997; vol. I, pp. 21-2).

⁶⁵ Utilizo la expresión "combate" intencionalmente, para al menos aludir al actual debate procesal sobre los alcances de las potestades investigativas de los/as jueces/zas, con inmediata repercusión sobre la pertinencia del esquema de proceso adversarial que, siguiendo a MacCormick, venimos presentando. Quienes consideran al proceso como "colaboración" (sin ir más lejos, Carnelutti en la nota anterior) están inclinados a postular una exigencia de solidaridad entre las partes, y a abrazar posturas teóricas relativamente novedosas como la de las "cargas probatorias dinámicas". Quienes, por el contrario, consideran al proceso como un "combate", se oponen firmemente a que el juez o la jueza desnivele la actividad litigiosa de las partes en nombre de la justicia. Uno de los principales sostenedores de esta última

pueden ser reconstruidos en términos de una taxonomía de problemas, según MacCormick, exhaustiva⁶⁶: problemas de interpretación, problemas de relevancia, problemas de evaluación o clasificación, problemas de prueba.

Ahora bien, estos problemas —afirma MacCormick, y es clave—, no deben ser vistos como “algún tipo de excrescencia patológica en un sistema que de otra manera funcionaría tranquilamente”, sino más bien como “un elemento integral de un ordenamiento jurídico que trabaja de acuerdo al ideal del Estado de Derecho”⁶⁷. Y ello es así en tanto este ideal insiste en que el gobierno produzca un apropiado soporte de Derecho para todo lo que haga, *sumado* al derecho del individuo a cuestionar ese soporte producido por el gobierno.

Así las cosas, vamos viendo cual será la solución propuesta al dilema del que partimos: los procesos jurídicos se mueven a través de una cadena de certezas, pero esas certezas son certezas putativas, cuestionables en todos sus puntos.

Como hemos dicho, quien plantea una demanda debe apoyarla en disposiciones del Derecho vigente, así como probar las cuestiones fácticas relativas al supuesto de hecho previsto en esas normas que invoca en favor de su pretensión. Su caso será presentado en forma de un silogis-

postura es Adolfo Alvarado Velloso, quien ha publicado párrafos muy expresivos (se compartan o no) al respecto, como el siguiente: “... nadie comienza un pleito con alegría y despreocupación, como quien sale a pasear en día festivo. Por el contrario, se realizan previamente muchas conversaciones —e intimaciones— para tratar de evitarlo. Cuando ya el pretendiente —acreedor, por ejemplo— está seguro de que no logrará una autocomposición con el resistente —deudor, que en el ejemplo afirma que pagó— no tiene más remedio (recordar que es esta la última alternativa pacífica) que concurrir al proceso (para ello, debe pagar honorarios de abogados y carísimas tasas de justicia), donde el deudor, ahora demandado, vuelve a deducir la misma tenaz oposición de antes, afirmando haber hecho —por ejemplo— un pago que no existió en la realidad de la vida. Como puede aceptarse fácilmente a esta altura del relato, el actor piensa con visos de razonabilidad comprensible en destruir para siempre a su demandado y deudor impenitente. En tales condiciones, ¿cómo puede serle exigido que colabore solidariamente con su enemigo, y, que si no lo hace, se considere que ha caído en inconducta procesal?” (El Debido Proceso de la Garantía Constitucional; Zeus; Rosario; 2003; p. 196; énfasis agregado).

⁶⁶ MacCORMICK, Neil, *Rhetoric*, p. 51.

⁶⁷ MacCORMICK, Neil, *Rhetoric*, p. 27.

mo, en la versión clásica del *modus ponens*: “Siempre que HO entonces CJ / HO / entonces CJ”.

Pero la conclusión silogística es sólo tan fuerte como sus premisas. Y las premisas pueden ser problematizadas⁶⁸. La idea de Estado de Derecho sugerida por MacCormick “insiste en el derecho de la defensa a cuestionar y rebatir el caso presentado en su contra”. Esto es muy importante, porque —prosigue nuestro autor— “no hay seguridad contra el gobierno arbitrario a menos que tales cuestionamientos sean libremente permitidos, y sujetos a adjudicación por funcionarios separados y distanciados de los fiscales” (en los procesos penales) o sencillamente por jueces “visiblemente imparciales”⁶⁹ (en los procesos de Derecho privado).

Al fin y al cabo, MacCormick nos insta a revisar nuestra representación del Estado de Derecho como opuesto al Carácter Discutible del Derecho. Aquellos dos “lugares comunes” de los que partimos estaban en una contradicción sólo *aparente*.

Esa apariencia errónea se deriva de haber sobre-enfatizado el lugar de la certeza en el Derecho. “Ese no es el único valor de, o presente en, el Estado de Derecho”, afirma MacCormick, “aunque es un beneficio que la gente correctamente busca que los legisladores y jueces les con-

⁶⁸ Es importante explicar por qué se utiliza la locución “problematizadas” aquí. Esta noción es empleada por MacCormick para dar su propia versión mejorada de la célebre distinción entre “casos fáciles” y “casos difíciles”. Por un lado, propone un cambio terminológico. Así, la denominación “casos fáciles” debería abandonarse, en favor de una alternativa como “casos claros”, toda vez que la resolución de esos casos implica un conocimiento y manejo de vastos y complejos cuerpos de normas, jurisprudencia y doctrina actualizada, al punto que llamarlos “fáciles” es “casi insultante” (*Rhetoric*; p. 51). Y la denominación “casos difíciles” debería abandonarse también, a favor de una alternativa como “casos problemáticos”. Lo que nos lleva al otro punto importante que quiere hacer MacCormick en este tema: basar la distinción misma casos claros / casos problemáticos en criterios no ontológicos, sino pragmáticos. O sea, un caso no es ni deja de ser, en sí mismo, “problemático”: lo que lo transforma en tal es que, en la pragmática del litigio, una o ambas partes lo hayan problematizado, en el sentido de haber presentado alguna discusión (razonable) que pueda ser reconstruida como un problema de relevancia, de interpretación, de clasificación o de prueba.

⁶⁹ MacCORMICK, Neil, *Rhetoric*, p. 27.

fieran en cuanto sea posible”⁷⁰. Podrá ponerse (y es válido exigir que se ponga) el máximo cuidado y precisión en la elaboración de las leyes y de las sentencias, pero aún así, las formulaciones normativas resultantes van a ser siempre derrotables, y a veces efectivamente derrotadas por el cuestionamiento de la defensa. *La certeza del Derecho es una certeza derrotable.*

Que sea así, después de todo, “no es algo que contraste con el Carácter Discutible del Derecho, sino algo que comparte un fundamento subyacente con ello. Ese fundamento es una concepción de los derechos de la defensa insitos en la ideología del Estado de Derecho como protector contra el accionar arbitrario del gobierno”⁷¹.

IV. Discusión

Hasta aquí, las ideas de Neil MacCormick sobre el tema. A continuación, intentaré poner en discusión algunas de ellas.

IV. a. Lo aparente no es la contradicción, sino la reconciliación

Recordemos que todo este problema parte de reconocer dos tópicos o “lugares comunes” sobre el Derecho en contradicción entre sí. Por un lado, el ideal del Estado de Derecho como un ideal valioso, principalmente, porque allí donde impera asegura la *certeza*. Las personas saben de antemano a qué atenerse. Los actos de gobierno deben fundarse en normas jurídicas, y esas normas establecen previsiones generales para los conflictos particulares. Uno no puede apartarse de ellas. En un Estado de Derecho, la arbitrariedad no tiene lugar: las normas son como son, y resuelven los casos independientemente de lo que quienes las aplican (las juezas y jueces) puedan personalmente pretender.

Pero por el otro lado, el Derecho ha sido desde siempre visto como un *locus* propio de la retórica. El Derecho es siempre (racionalmente) discutible, y si es siempre (racionalmente) discutible, es porque no puede garantizar una *certeza* fuerte tal como aquella que supuestamente hacía tan valioso el ideal del Estado de Derecho.

⁷⁰ MacCORMICK, Neil, *Rhetoric*, p. 28.

⁷¹ MacCORMICK, Neil, *Rhetoric*, p. 28.

MacCormick dice “creer” en ambos lugares comunes, pero ¿cómo es posible creer en dos cosas en mutua contradicción?

Desde la intersección entre Derecho y psicología cognitiva, Dan Simon ha analizado la posibilidad de sostener simultáneamente creencias incompatibles, bajo la noción de *compartimentalización*⁷². En concreto, su estudio se centra en uno de los jueces más renombrados de la historia norteamericana, Benjamín Cardozo, quien en una serie de conferencias para la universidad de Yale en 1921 —reunidas luego en un célebre libro, *The Nature of the Judicial Process*— presentó un retrato introspectivo⁷³ del proceso de toma de decisiones judicial, según el cual éste involucraba múltiples momentos de incertidumbre, creatividad y elección basada en elementos intuitivos, personales, valorativos. Ese libro, presentado por el propio Cardozo como sus “confesiones”, tuvo una enorme repercusión en la comunidad jurídica, como si al fin alguien se atreviera a hablar de lo que todos sabían pero callaban. Ahora bien, lo curioso es que el mismo Cardozo, en su ejercicio de la magistratura, siguió redactando sentencias con el mismo lenguaje de inevitabilidad, objetividad y certeza que tradicionalmente han adoptado los jueces, sosteniendo la imagen de la decisión judicial como una expresión impersonal de “lo que el Derecho” exige para el caso concreto. Para explicar esta contradicción, Simon estipula tres posibilidades: el engaño deliberado a su audiencia (que rechaza por los abundantes testimonios sobre la integridad de Cardozo)⁷⁴, el auto-engaño (que rechaza por paradójico)⁷⁵ y la compartimentalización.

⁷² SIMON, Dan, “The Double-Consciousness of Judging: The Problematic Legacy of Cardozo”, 79 Oregon Law Review 1033.

⁷³ La pregunta central de la que parte Cardozo, sencilla y dramática, es la siguiente: “¿Qué es lo que hago cuando decido un caso?” (*The Nature of the Judicial Process*; Dover; New York; 2005; p. 6).

⁷⁴ SIMON, Dan, “The Double-Consciousness of Judging”, pp. 1041-2.

⁷⁵ SIMON, Dan, “The Double-Consciousness of Judging”, p. 1042. Esta variante encuentra su versión más representativa en el trabajo de Jean-Paul Sartre, quien a partir del fenómeno del sostenimiento de creencias mutuamente incompatibles, sumado a la intención de ocultarse a uno mismo esa contradicción construyó el concepto de mala fe. (Ver *El Ser y la Nada*; Ibero-Americana; Buenos Aires; 1948; t. I, pp. 100-131). Una muestra del rendimiento teórico de esta idea de mala fe para el análisis jurídico, puede encontrarse en algunos trabajos de Duncan Kennedy. Este autor recurre a la idea de mala fe para caracterizar la situación de negación en que

La compartimentalización mental es un concepto utilizado por la psicología cognitiva para referir a la convivencia dentro un mismo "yo" de distintas creencias y actitudes mutuamente contradictorias. El punto de partida es una visión complejizada del "yo", entendiéndolo como una realidad dinámica y multifacética, integrada por distintos aspectos o "roles" que se despliegan simultáneamente durante la vida. Un alto grado de compartimentalización indica un alto grado de aislamiento entre esos distintos aspectos del "yo". De ese modo, "la compartimentalización nos libera de la necesidad de coordinar, criticar o cambiar nuestras creencias meramente porque estas contradicen otras creencias que son más adecuadas para situaciones diferentes", al mismo tiempo que "tiene una función auxiliar de impedir que advirtamos la discrepancia"⁷⁶. La contradicción de Cardozo (así como la contradicción que vive cualquier otro juez) entre su estilo objetivo y neutral de decisión y su descripción del proceso atravesado hasta tomar esa decisión como abierto, creativo y marcado por la subjetividad, resulta un ejemplo claro de compartimentalización mental⁷⁷.

Por supuesto, esta no es una situación que MacCormick —posicionándose allí donde lo ha hecho en el campo jurídico-académico (ver *supra*, nota 36)— pueda aceptar abiertamente. No es aceptable "resignarnos" a la realidad de nuestra recurrente auto-contradicción, y even-

se encuentran los jueces, atrapados por un "conflicto de rol". El conflicto de rol se deriva de que el juez recibe órdenes mutuamente incompatibles sobre los objetivos de su función, de tal manera que cumplir con una de ellas implica incumplir la otra. Por un lado, la meta del juez es hacer "justicia de acuerdo al Derecho", y es difícil mostrar cómo sería posible siquiera empezar a hablar de justicia evitando el ingreso de preferencias ideológicas. Pero por el otro lado, se espera de los jueces que logren hacer una estricta exclusión de "lo personal" (en el sentido de lo ideológico) al momento de tomar decisiones. Los jueces que no están dispuestos a alegar que su rol tiene un conflicto interno y tiene que ser rediseñado, necesitan mediar esta contradicción, y el mecanismo de la "mala fe" sartreana resulta una caracterización posible de cómo lo hacen (ver específicamente "Strategizing Strategic Behaviour in Legal Interpretation", *Utah Law Review*, 1996, pp. 785-825 y *A Critique of Adjudication*, Harvard University Press, Massachusetts, 1997, cap. 8). Un intento por explicar de modo no paradójico muchos casos importantes de mala fe (trabajando a partir de una noción reinterpretada de autoengaño, como intento automodificación y como negativa a recabar pruebas disponibles) se encuentra en Jon Elster, *Ulises y las Sirenas*, Fondo de Cultura Económica, México D. F., pp. 285-97.

⁷⁶ SIMON, Dan, "The Double-Consciousness of Judging", pp. 1043-4.

⁷⁷ Ver SIMON, Dan, "The Double-Consciousness of Judging", p. 1048.

tualmente a buscar explicaciones posibles para el sostenimiento de esas contradicciones. Lo que nos corresponde, más bien, es *superar* la contradicción, reestablecer la armonía. Y una alternativa prolija en ese sentido es intentar mostrar que, en realidad, la contradicción no es tal, que es sólo una apariencia de contradicción, debiendo proceder a la reconciliación de los puntos supuestamente en conflicto⁷⁸. Esta alternativa es la que escoge el autor escocés.

Ya hemos presentado más arriba cómo la desarrolla (ver *supra*, sección III.). Lo que quiero destacar aquí es que, en realidad, la supuesta reconciliación que MacCormick propone *sólo es viable a costa de redefinir uno de los términos en contradicción, y que por lo tanto, no es una reconciliación en absoluto*. La contradicción se disuelve, sí, pero no por haber logrado, mediante mayor análisis, derrumbar una apariencia de oposición, sino mediante el menos loable recurso de alterar, subrepticamente, el alcance de uno de los términos en pugna, manteniendo el otro su primera presentación.

El término alterado es el correspondiente al lugar común del “Estado de Derecho”. Al presentar el dilema, MacCormick enfatiza —como él mismo lo dice hacia el final del capítulo II de *Rhetoric*⁷⁹— los “aspectos estáticos” de ese ideal (básicamente, la certeza jurídica), pero luego, a mediados de su argumentación, silbando bajo, da un giro y comienza a enfatizar los “aspectos dinámicos” del mismo ideal (básicamente, las ideas del debido proceso, del derecho de defensa, de la protección contra la arbitrariedad de los actos de gobierno).

Es obvio que en esta última formulación la oposición con el Carácter Discutible del Derecho desaparece. Y no sólo no hay contradicción, sino que hay complementariedad, por lo que MacCormick puede decir que, al fin y al cabo, “el carácter discutible del Derecho no es la antítesis del Estado de Derecho, sino uno de sus componentes”⁸⁰. Pero, repito, esto sólo es posible a costa de haber mutado uno de los dos términos.

⁷⁸ Esto recuerda al adagio escolástico evocado por William James: “Siempre que encuentres una contradicción, debes hacer una distinción” (ver William James, *Pragmatism*, Dover, USA, 1995, Lecture II).

⁷⁹ Ver MacCORMICK, Neil, *Rhetoric*, p. 31.

⁸⁰ MacCORMICK, Neil, *Rhetoric*, p. 31.

De esta manera, lo aparente no es, como pretende MacCormick, la contradicción inicial, sino que lo aparente es su supuesta reconciliación final. Se trata de una reconciliación falaz por redefinición de uno de los términos en conflicto.

Mientras tanto, la tensión entre discusión y certeza al interior del Estado de Derecho sigue tan en pie como al principio.

IV. b. Derrotabilidad genuina y legitimación

Si el Derecho es siempre discutible, ¿cómo podemos seguir hablando de certeza jurídica?

Según MacCormick, y buena parte de los teóricos del Derecho del momento, podemos hacerlo y muy bien. Y es que si la idea de certeza en sentido fuerte resulta ya insostenible, no es necesario, sin embargo, abandonar *toda* pretensión de certeza. También es posible una versión debilitada. Se trata de la *certeza derrotable* que antes analizamos.

Ahora bien, ante cualquier caso que pudiera contar como un ejemplo de derrotabilidad en el Derecho, uno puede hacerse por lo menos dos preguntas: 1- ¿para quién se produce la derrota?; y 2- ¿qué factor nos permite determinar que una pretensión ha sido o no ha sido derrotada?

Propongo que pensemos a partir de un caso concreto. Por ejemplo, el caso “Mazzeo”, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 13 de julio de 2007. Este caso es muy movilizador, desde que en él se ponen en juego algunas de las heridas más dolorosas que dejó la última dictadura militar que padeció nuestro país.

Todo comienza con una causa abierta contra Santiago Omar Riveros, en la que se lo investigaba por la comisión de delitos de lesa humanidad (homicidios, torturas, privaciones ilegítimas de la libertad, apremios, violaciones de domicilio). La investigación judicial que se estaba llevando adelante fue interrumpida por el dictado del decreto 1002/89, a través del cual el entonces presidente Carlos Menem indultaba, entre otros muchos, a Riveros.

En noviembre de 1989, la Cámara de Apelaciones de San Martín tuvo la oportunidad de decidir sobre la constitucionalidad o inconsti-

tucionalidad de dicho decreto, inclinándose por esta última opción, y dictando en consecuencia el sobreseimiento definitivo del implicado. Contra esa decisión, los damnificados particulares interpusieron recurso extraordinario para llegar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Tribunal que, a fecha 11 de diciembre de 1990, decidió no concederlo, poniéndole fin a la causa.

Casi catorce años después, un grupo de particulares y la Liga Argentina por los Derechos Humanos se presentan ante el Juzgado Federal N° 2 de San Martín, el cual acoge su pretensión declarando la inconstitucionalidad del decreto 1002/89 y privando de efectos a la totalidad de actos y resoluciones dictados como consecuencia del mismo. Ese decisorio es, a su vez, apelado por la defensa de Santiago Omar Riveros, arguyendo fundamentalmente que la excepción de cosa juzgada se encontraba firme. La Cámara Federal de San Martín le da la razón a la defensa, revocando entonces el pronunciamiento de primera instancia, reiterando para ello las razones expuestas más de una década atrás, cuando resolvió —como dijimos— fallar por la constitucionalidad del decreto de indulto y por el consiguiente sobreseimiento de Riveros.

Esta última decisión, a su vez, es recurrida por los querellantes, y su recurso prospera: la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal decide declarar la inconstitucionalidad del decreto 1002/89. Como última medida, los defensores de Riveros eligen recurrir por la vía extraordinaria a la CSJN, la cual concede el recurso y entra a juzgar sobre la cuestión de fondo.

En el fallo de la Corte, se decide por mayoría declarar inconstitucionales los indultos vehiculizados por el decreto 1002/89. El voto de la mayoría (integrada por los magistrados Ricardo L. Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco, Juan C. Maqueda y Eugenio R. Zaffaroni) intenta, primeramente, dejar a los crímenes de lesa humanidad por fuera del ámbito de aquellos delitos que pueden ser amnistiados⁸¹.

⁸¹ En el voto se lee que: “*Lo cierto es que los delitos que implican una violación de los más elementales principios de convivencia humana civilizada, quedan inmunizados de decisiones discrecionales de cualquiera de los poderes del Estado que diluyan los efectivos remedios de los que debe disponer el Estado para obtener el castigo.*

Por ello, tratándose el sub lite de la investigación de esa clase de delitos, cualquiera sea la amplitud que tenga el instituto del indulto, él resulta una potestad

Logrado ello, comienza a vérselas directamente con el principio de la cosa juzgada. La estrategia argumentativa consiste en presentarlo como una garantía orientada a alcanzar la plena efectividad del *ne bis in idem* o “prohibición de doble persecución penal”. Este *ne bis in idem* es un derecho humano (reconocido, por ejemplo, en el Pacto de San José de Costa Rica, art. 8º.4), pero, dicen los jueces, como cualquier otro derecho, no es absoluto. Para afirmar esto se apoyan en el art. 20 del Estatuto de la Corte Penal Internacional y en el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Almonacid”. En ambos lugares se excepciona la prohibición de doble persecución penal si se dan ciertas circunstancias, como por ejemplo, que no haya habido una intención real de someter al responsable a la acción de la justicia⁸².

En una de las disidencias —la que mayor atención, y en buena medida, aceptación pública concitó— la jueza Argibay se embandera en una defensa ineludible de la cosa juzgada. Sostiene que nuestra discrepancia valorativa o ideológica con una sentencia definitiva del pasado no es suficiente para hacer a un lado esa sentencia y volver a juzgar

inoponible para este tipo de proceso, pues para el supuesto que se indultara a procesados partícipes de cometer delitos de lesa humanidad, ello implicaría contravenir el deber internacional que tiene el Estado de investigar, y de establecer las responsabilidades y sanción; del mismo modo, si se trata de indultos a condenados, igualmente se contraviene el deber que tiene el Estado de aplicar sanciones adecuadas a la naturaleza de tales crímenes.

Por tal razón, resulta inocuo para la resolución del caso que hoy esta Corte entre a analizar si la facultad de indultar prevista en el art. 99 de la Constitución Nacional abarca a los procesados o no, o si tiene características similares a la amnistía o no, pues en definitiva dicha potestad del Poder Ejecutivo, así como las amnistías, quedan reservadas para delitos de distinta naturaleza que los que se investigan en el sub lite”.

⁸² En esa línea, la mayoría de la Corte termina diciendo que: “(...) los principios que, en el ámbito nacional, se utilizan habitualmente para justificar el instituto de la cosa juzgada y *ne bis in idem* no resultan aplicables respecto de este tipo de delitos contra la humanidad porque “los instrumentos internacionales que establecen esta categoría de delitos, así como el consiguiente deber para los Estados de individualizar y enjuiciar a los responsables, no contemplan, y por ende no admiten, que esta obligación cese por el transcurso del tiempo, amnistías o cualquier otro tipo de medidas que disuelvan la posibilidad de reproche...” (voto de la jueza Argibay in re: Simón”).

crímenes ya juzgados. De lo contrario, estaríamos poniendo en riesgo los pilares mismos que sustentan el Estado de Derecho⁸³.

A pesar de la riqueza e interés de este extenso fallo, no es este trabajo el lugar propicio para intentar un análisis detallado de su contenido, antecedentes e implicancias. Mucho más modestamente, trataré de mostrar a través de este fallo el problema que encuentro en la idea de derrotabilidad genuina que propone MacCormick. Para ello, propongo que avancemos a partir de las dos preguntas formuladas más arriba.

1- *¿Para quién se produce la derrota?* Es importante incorporar una distinción de perspectivas. Si efectivamente, como pretende el autor escocés, la derrotabilidad se juega en la dimensión pragmática de los litigios adversariales, hay por lo menos dos perspectivas: la correspondiente a cada una las partes en litigio. Esto no está presente en MacCormick, quien centra su análisis en la derrota o no de una determinada pretensión jurídica, sin tomar en consideración las implicancias de ello para la pretensión opuesta. Lo cual, veremos, no es irrelevante.

Desde la perspectiva de Santiago Omar Riveros, su pretensión de que tenía una posición jurídica firme y derechos adquiridos en virtud

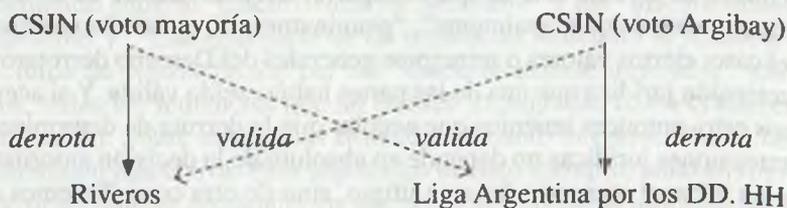
⁸³ De su voto, podemos extraer las consideraciones siguientes: (...) *ni esta Corte, ni ningún otro tribunal, puede eludir los efectos de una decisión judicial firme sin negarse a sí mismo, es decir, sin poner las condiciones para que nuestro propio fallo sea también revocado en el futuro con argumentos contrarios, esto es, alegando su error, injusticia, etcétera. Si el propio juicio sobre el desacierto de un fallo pasado o la diferente concepción de la equidad o la justicia que anima a los jueces actuales pudiese dar lugar a una revisión de las sentencias judiciales firmes, el carácter final de las decisiones que estamos tomando vendría a significar apenas más que nada, pues sólo sería respetado por los jueces futuros en la medida en que fueran compartidas por ellos.*

Ninguna concepción razonable del Poder Judicial como institución, mucho menos como institución básica del Estado de Derecho, es compatible con semejante consecuencia puesto que ese carácter supone que la opinión favorable (o desfavorable) de los jueces por venir no incide en su deber de respetar las soluciones judiciales pasadas, que cuentan con autoridad de cosa juzgada. Lo contrario torna trivial y contingente el principal cometido que tiene asignado el Poder Judicial de la Nación, a saber, dar el fallo final e irrevocable a las controversias sobre los derechos de las partes".

de que su caso ya había sido resuelto por indulto del decreto 1002/89 y el posterior control de constitucionalidad realizado positivamente sobre el mismo por la Cámara Federal y luego no revocado por la Corte Suprema, *ha sido derrotada*. Ello así en virtud de ciertas circunstancias excepcionantes del principio de la cosa juzgada y de la prohibición de doble juzgamiento que la mayoría entendió que se verificaban en este caso (ver *supra*, los fragmentos extractados del fallo). Por el contrario, desde la perspectiva de los particulares presentados conjuntamente y de la Liga Argentina por los Derechos Humanos, su pretensión de inconstitucionalidad del decreto 1002/89 *no ha sido derrotada*: por el contrario, ha sido receptada, y es válida, provisionalmente.

Ahora, ¿qué pasa si incorporamos, por ejemplo, el voto en disidencia de Carmen Argibay, y entrecruzamos las perspectivas?

Desde la perspectiva de Riveros, su pretensión ya no resulta derrotada sino que es declarada válida, en tanto que desde la perspectiva de los particulares y la Liga Argentina por los Derechos Humanos, su pretensión ha sido derrotada. Tal vez la siguiente figura permita visualizar más fácilmente la situación:



El punto es que la eventual derrota de una posición jurídica tiene siempre, está claro, su reverso en el “triunfo” (siempre provisional, siempre “derrotable”) de la posición contraria. Por lo tanto, si proponemos —como MacCormick— un acercamiento a la derrotabilidad desde la pragmática de los litigios adversariales, no podemos ignorar que en éstos hay, al menos, dos pretensiones encontradas, y que la derrota de una presupone el “triunfo” (o, al menos, la no-derrota) de la otra.

2- *¿Qué factor nos permite determinar que una pretensión ha sido o no ha sido derrotada?* Si la derrotabilidad es una propiedad que se

resuelve en una mera constatación institucional de cómo ha sido resuelta autoritativamente una cuestión de Derecho por el tribunal competente, la respuesta es bastante clara: en tanto no se trate de una sentencia arbitraria (o sea, en tanto estemos dentro de lo "discursivamente posible" o "racionalmente discutible"), será el pronunciamiento por unanimidad o por mayoría del superior tribunal de la causa el que establezca si una determinada pretensión jurídica es o no derrotada.

Pero este no es en absoluto el rendimiento teórico que sus sostenedores —MacCormick entre ellos— esperan de la noción de derrotabilidad. Lo que esperan no es una mera constatación de cuál es el Derecho vigente en la actualidad según los tribunales, sino una posibilidad de poder salvaguardar la idea de certeza en el Derecho a pesar de los recurrentes vaivenes de la jurisprudencia. Dicho de otra manera: no se trata de ver cuál ha sido efectivamente la elección de un Tribunal o de la mayoría de ellos respecto a un caso o tipo de casos. Se trata de que ciertas pretensiones jurídicas sobre las condiciones para ejercer un derecho pueden ser *genuinamente* derrotadas⁸⁴.

Aquí empieza la perplejidad. Pues, según la idea de derrotabilidad genuina, no se trata sólo de que el superior tribunal decidió de tal o cual manera, sino de que "realmente", "genuinamente", en las circunstancias del caso, ciertos valores o principios generales del Derecho derrotaron la pretensión jurídica que una de las partes había creído válida. Y si aceptamos esto, entonces tenemos que aceptar que la derrota de determinadas pretensiones jurídicas no depende en absoluto de la decisión autoritativa de un tribunal que pone fin a un litigio, sino de otra cosa. Tenemos que aceptar que la derrotabilidad depende de condiciones que exceden la decisión judicial.

Una visión de este tipo enfrenta varios problemas. Para empezar, no se ve cómo la derrotabilidad genuina puede compatibilizarse con la idea de que la derrotabilidad misma es un asunto que se juega en la pragmática de los litigios. Si la derrotabilidad es genuina, y no depende de una sentencia judicial, entonces la pragmática de los litigios se torna totalmente irrelevante. A lo sumo, podrá ser una confirmación de lo que ya de por sí era correcto: v. g., que el principio de la cosa juzgada es exceptuado

⁸⁴ MacCORMICK, Neil, *Rhetoric*, p. 248.

cuando los delitos de lesa humanidad no han sido juzgados como correspondía por los Estados nacionales, tal como sucede cuando los culpables son indultados (voto de la mayoría en *Mazzeo*). Mas si, en cambio, la mayoría hubiera resuelto en el sentido de Argibay, diciendo que, nos gusten o no, las decisiones autoritativas finales del pasado no pueden revisarse sin transgredir los principios básicos del Estado de Derecho, la mayoría estaría cometiendo un *error* jurídico, y la pretensión de Riveros sería igualmente derrotada, “de pleno derecho”, por decirlo de alguna manera.

Por lo tanto, en segundo lugar, exigiría que seamos capaces de establecer cómo es que los distintos principios y valores jurídicos juegan *correctamente* respecto de las circunstancias de cada supuesto concreto. Pero esta es una pretensión que MacCormick, y en general, el resto de los teóricos de la Argumentación Jurídica, han rechazado abiertamente, posicionándose como críticos de la doctrina de la “única respuesta correcta”⁸⁵ propugnado por Ronald Dworkin⁸⁶. El criterio de corrección que maneja MacCormick y la Teoría de la Argumentación Jurídica en general (ver *supra*, nota 33), inspirado en la teoría del discurso, no afirma la existencia de una sola respuesta posible, sino de un ámbito más o menos amplio delimitado por lo “discursivamente posible” (mediando entre lo “discursivamente necesario” y los “discursivamente imposible”)⁸⁷. Una gran parte de las sentencias judiciales se resiste a ser excluida de consideración por ser “discursivamente imposible” (diríamos, todas las sentencias que no pueden impugnarse como crasamente arbitrarias). Sobre todas ellas extiende su manto la corrección en tanto posibilidad discursiva. Para seguir con nuestro ejemplo, tanto el voto de mayoría como la disidencia en *Mazzeo* son respuestas jurídicas discursivamente posibles.

Por último, incluso si aceptáramos la posibilidad de establecer un mecanismo de razonamiento que nos permitiera realizar valoraciones

⁸⁵ Ver por todos Aulis AARNIO, “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”. en DOXA, N° 8, 1990, pp. 23-38, y Robert ALEXANDER, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, pp. 529 y ss.

⁸⁶ Ver entre otros trabajos del autor, DWORCKIN, Ronald “Hard Cases”, en *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Massachusetts, 2001, pp. 81-130.

⁸⁷ Ver ALEXANDER, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*, pp. 203-318; MACCORMICK, Neil, *Rhetoric*, pp. 276-80.

correctas, y así, desplazar la centralidad de las decisiones judiciales, esto terminaría volviendo la idea de derrotabilidad contra sí misma. Porque para poder mostrar que dadas determinadas circunstancias, ciertos valores y principios jurídicos derrotan *genuinamente* cierta pretensión, debemos ser capaces de ofrecer *parámetros* —que no sean decisiones judiciales— en virtud de los cuales esa derrota se produce. Y si somos capaces de ofrecer estos parámetros, nuestro trabajo jurídico consistirá en construir un sistema de soluciones jurídicas correctas *a priori* (el viejo anhelo del iusnaturalismo racionalista...). Ya no tendría sentido decir que las pretensiones jurídicas desestimadas en virtud de un sistema tal son derrotadas: sencillamente son *equivocadas*. El par “derrota —validez (provisional)” es reemplazado por el par “error— verdad (definitiva)”.

Ni MacCormick, ni el resto de los teóricos de la derrotabilidad, están dispuestos a sostener una posición “extrema” como la de Dworkin o la del anterior párrafo. ¿Pero se puede hablar de derrotabilidad genuina sin adoptar una posición así? ¿No carecería eso absolutamente de sentido? Mi respuesta, es que sí, efectivamente, carecería de sentido... *a menos que tomemos como parámetro de corrección lo que el superior tribunal de la causa ha decidido*. En ese caso, es posible seguir hablando de derrotabilidad genuina, sin necesidad de apelar a evanescentes criterios divinos, naturales o racionalistas de corrección. *Sólo hay que estar dispuesto a renunciar a cualquier posicionamiento crítico frente a la decisión judicial autoritativamente superior*.

Dicho de otra manera: si afirmamos, por un lado, que la derrotabilidad se juega en la pragmática de los litigios adversariales (siendo —y esto es importante— todos los ejemplos que damos casos en los que los tribunales han exceptuado alguna regla o precedente que *a priori* parecía aplicable), y por otro lado, afirmamos que la derrotabilidad no se resuelve en una mera constatación de decisiones judiciales autoritativas que pueden ser variables en su contenido, sino que es una derrotabilidad *genuina* (sin estar dispuestos a ofrecer parámetros objetivos extrajudiciales de corrección), la conclusión que hay que sacar es muy clara: son los tribunales los que derrotan las pretensiones jurídicas, y cuando lo hacen, lo hacen *genuinamente*, esto es, correctamente.

De esta manera, tras una apariencia de apertura a la evolución y al cambio, y si se quiere, en ese sentido, al progresismo, el concepto de de-

rotabilidad se revela como una herramienta teórica altamente conservadora. No hace sino *legitimar* el *status quo* de las decisiones judiciales⁸⁸, sean cuales sean.

Para hacer frente a esta crítica, MacCormick y *cía.* deberían, antes que nada, brindarnos un ejemplo de una pretensión jurídica genuinamente derrotada a pesar de haber sido acogida por el superior tribunal de la causa. Aún no lo han hecho.

IV.c. Sobre Ortodoxia y Herejía

Para finalizar, quisiera referirme brevemente al marco teórico general desde el que MacCormick construye su trabajo, haciendo referencia especialmente al problema de la decisión judicial en un Estado de Derecho.

En *Understanding and Explaining Adjudication*, William Lucy recorre y clasifica una vasta serie de teorías sobre la decisión judicial. En ese espectro, ubica a MacCormick (junto con Ronald Dworkin y Joseph Raz) como parte de la mencionada "ortodoxia". Las posturas que califican la visión ortodoxa según Lucy pueden descomponerse en cuatro: a- las leyes restringen a los decisores, b- debido a que son relativamente determinadas, c- y pueden ser aplicadas dentro de un marco de razones justificantes, d- que conduce a una razonable predictabilidad de los usos de la coerción estatal⁸⁹. Si esto es ortodoxia —dice MacCormick—, pues no tengo nada que objetar a que se me ubique allí⁹⁰.

Contra la ortodoxia, Lucy contrapone la "herejía", representada por los *Critical Legal Studies* (CLS). Éstos, supuestamente, afirman que la práctica jurídica y la decisión judicial están abiertas completamente a la discusión política. Los CLS estarían sosteniendo la tesis de la "indeterminación radical del Derecho", según la que ante un caso concreto siem-

⁸⁸ Siempre y cuando, aclaro una vez más, no sean manifiestamente arbitrarias (por no considerar material probatorio relevante, por desechar sin justificación normas aparentemente aplicables al caso, etc.). Pero para todo el espectro de decisiones diferentes que en un mismo caso pueden tomarse sin ser tachadas de arbitrarias, la derrotabilidad está siempre a disposición para cumplir su función de legitimación.

⁸⁹ Ver MacCORMICK, Neil, *Rhetoric*, p. 30.

⁹⁰ *Ibidem*.

pre es posible encontrar argumentos jurídicos tanto para una respuesta como para su opuesta, y por lo tanto, la decisión judicial sería un asunto meramente político, ideología disfrazada de Derecho⁹¹.

Si por “herejía” quiere hacerse referencia al carácter iconoclasta de las teorías críticas, supongo que los propios críticos podrían considerarlo menos como una ofensa que como un elogio. Por ejemplo, uno de los “padres fundadores” del movimiento CLS,

⁹¹ A mi modo de ver, esta caracterización de los CLS es apresurada y —respecto de algunos de los trabajos más representativos esa corriente— sencillamente incorrecta. Apresurada, porque cualquiera que haya frecuentado esa literatura no puede sino advertir que bajo el rótulo “CLS” se agrupan producciones jurídicas sumamente heterogéneas, que difícilmente pueden permitirnos hablar en términos generales de las ideas del grupo si pretendemos conservar un mínimo de precisión. Incorrecta, porque en trabajos muy representativos de los CLS se pueden encontrar ideas que no se ajustan en absoluto a las del párrafo anterior, y que hacen pensar que la caracterización de Lucy y MacCormick es menos una descripción que una caricatura de las teorías críticas. Claro que esta práctica de caricaturización no es, por cierto, un fenómeno exclusivo de la lectura anglosajona de las teorías críticas del Derecho. Por citar sólo un ejemplo destacado entre muchos posibles en la literatura jurídica de habla hispana, véase el libro de Manuel Atienza *El derecho como Argumentación. Concepciones de la argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006, especialmente pp. 50-2. Allí, en sucesivos párrafos, Atienza comete varios errores importantes en su caracterización de la posición de uno de los representantes principales de los CLS, Duncan Kennedy. Por ejemplo, Atienza atribuye a Kennedy la afirmación de que los jueces “ocultan deliberadamente” el sesgo ideológico de sus decisiones y que “mienten concientemente” al respecto. Esto es diametralmente opuesto a lo que Kennedy sostiene, en tanto él recurre a una explicación en términos de “mala fe” sartreana y de “semi-conciencia” (Anna Freud) y negación, todos conceptos pensados para trascender el esquema simplista de la “mentira deliberada” incorporando el juego del inconsciente y de los mecanismos de defensa psicológica (ver supra, nota 75, y la referencias bibliográficas hechas allí). Por otro lado afirma Atienza: “La tesis central de Kennedy parece ser ésta: frente a la retórica de la coherencia y de la neutralidad que él atribuye a la filosofía liberal estándar, lo que, en su opinión, la teoría crítica del Derecho debe poner en su lugar es la radical indeterminación del Derecho y el carácter político de la administración de Justicia” (énfasis en el original). De nuevo, esto está puesto exactamente al revés, o sea, es la tesis central de lo que Kennedy no quiere decir. De hecho, toda su obra sobre teoría de la decisión judicial puede conceptualizarse como un intento de complejizar las tesis de la “indeterminación radical” y de que “el Derecho es política”, en la medida se trata de simplificaciones tan ingenuas e inaceptables como su opuesta formalista (ver los trabajos del autor reunidos en “*Legal Reasoning: Collected Essays*”, The Davies Publisher Group, Aurora, 2008).

Roberto Mangabeira Unger, refiriéndose a la academia de teóricos y profesores de Derecho contra quienes se enfrentaban, cierra su libro *The Critical Legal Studies Movement* con las siguientes palabras: "Cuando nosotros llegamos, ellos eran como sacerdotes que habían perdido su fe pero conservaban su trabajo. Se erguían con tediosa vergüenza ante altares fríos. Pero nosotros nos apartamos de esos altares y encontramos la oportunidad de la mente en la venganza del corazón"⁹².

Ahora bien, si con "herejía" se quiere indicar que algo anda mal con la perspectiva crítica, que adoptar alguna de sus variantes es hacerle un flaco favor al ya debilitado Estado de Derecho, en tanto estaríamos traicionando ciertas conquistas sagradas de la humanidad, entonces el asunto cambia de color. Hacia el final de *Rhetoric*, MacCormick, tras resaltar la sensación de peligro para la forma de vida moderna que presentan el terrorismo y algunas de las respuestas frente al mismo, dice: "Cuando el modo de vida de las sociedades civilizadas está amenazado, es urgente que sus ciudadanos reflexionen sobre qué es lo más importante en ese modo de vida amenazado. La erosión del Estado de Derecho no sería una buena manera de protegerse frente a las amenazas a la civilización, sino una manera rendirse ante ellas. Tomar el razonamiento práctico y la argumentación jurídica en serio no debilita nuestro respeto por el Estado de Derecho; lo realza"⁹³.

La pregunta que debemos hacernos es si "tomar en serio la argumentación jurídica" es esto que MacCormick (y junto con él, Aarnio⁹⁴,

⁹² MANGABEIRA, Roberto, Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, Harvard University Press, Massachusetts, p. 119. MacCormick analiza críticamente este libro en "Reconstruction after Deconstruction: a response to CLS" (*Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 10, N° 4). En particular, reacciona severamente ante la frase recién citada de Unger, diciendo: "La exagerada novedad de las afirmaciones generales de los CLS, sumadas a su limitada aceptabilidad, hacen que uno se distancie con cierta vergüenza de un rechazo tan despectivo a una multitud de estudiosos no mencionados ni examinados" (p. 555).

⁹³ MACCORMICK, Neil, *Rhetoric*, p. 280.

⁹⁴ AARNIO, Aulis, *Lo Racional como Razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, trad. de Ernesto Garzón Valdés; *Reason and Authority*, Dartmouth, UK, 1997.

Alexy⁹⁵, Atienza⁹⁶, Peczenik⁹⁷, etc.) propone, o si más bien implica que aceptemos que:

- incluso valorando los notables esfuerzos teóricos por delimitar el ámbito de lo “discursivamente posible” o de lo “racionalmente discutible”, dentro de ese mismo ámbito restringido a menudo existirán varias posibilidades bien distintas de decidir un caso “con arreglo a Derecho”;
- que sobre esa diferencia gravitan —aunque no exclusivamente— las preferencias ideológicas y valorativas de quienes deben decidir (v. g., juezas y jueces)⁹⁸;
- que siempre es *posible* comportarse estratégicamente en la argumentación jurídica, trabajando con los materiales jurídicos con la intención de lograr una solución acorde al sentido de justicia del magistrado (o sea, trabajar para hacer “justicia a través del Derecho”);
- que las decisiones judiciales a menudo gravitan enormemente sobre la vida de las personas, diciéndoles qué es lo que tienen derecho a hacer y qué no, qué es lo que pueden reclamar de los otros y qué no, y que seguir aferrándonos a los rudimientos de la idea de certeza jurídica (a la “certeza derrotable”) implica

⁹⁵ Ver bibliografía citada en nota 33.

⁹⁶ ATIENZA, Manuel, *Las Razones del Derecho*, UNAM, México, 2003; *Derecho y argumentación*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá; 1997; *El Derecho como Argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.

⁹⁷ PECZENIK, Alexander, *On Law and Reason*, Kluwer, Holanda, 1989

⁹⁸ “La ausencia de reglas, metodologías y resultados que sea exigidos, correctos, es en parte una función de los límites del lenguaje y de las interpretaciones, que son subjetivas y cargadas de valoraciones. Más importante aún, la indeterminación deriva de la realidad de que el derecho usualmente acoge y legitima muchos o todos los valores e intereses en conflicto involucrados en cuestiones controversiales y un amplio y conflictivo espectro de argumentos y estrategias de argumentación ‘lógicas’ o ‘razonadas’, sin brindar ninguna jerarquía de valores o argumentos que sea jurídicamente exigida ni ningún método exigido para determinar cuál es más importante en un contexto particular. Los jueces entonces realizan elecciones, y esas elecciones son fundamentalmente valorativas o políticas” (David Kairys, “Introduction”, en David Kairys (ed.), *The Politics of Law. A Progressive Critique*, Basic Books, 1998, New York, p. 4).

seguir monopolizando el discurso de la corrección jurídica en un proceso de decisión judicial que oculta, tras una persistente "pseudo-objetividad", su inerradicable dimensión político-ideológica y valorativa, alejando así a los ciudadanos de lo que podría ser una instancia más para la discusión pública⁹⁹.

En fin, *fortalecer el Estado de Derecho no tiene porqué implicar aferrarnos a las ruinas de un ideal imposible*. Esa empresa tal vez tenga a su favor el aura de respetabilidad (o para algunos incluso de heroicidad) que se deriva de intentar respetar y sostener las tradiciones y creencias del pasado. Pero eso no es razón suficiente para rechazar por "heréticas" las observaciones críticas, salvo que adhiramos a algún tipo de fanatismo (iba a poner fetichismo) de lo tradicional.

¿Seguiremos invirtiendo nuestra imaginación jurídica en la construcción de complejísimos aparatos teóricos que puedan convencernos de que, a pesar de todo, los jueces pueden decidir (y de hecho deciden la mayor parte de las veces) de una manera "objetivamente persuasiva" o "racionalmente correcta"? ¿Seguiremos poniendo nuestra actividad académica al servicio de la "grandiosidad en la ruinas"¹⁰⁰? ¿Por qué no animarnos a ver en esas ruinas, en cambio, no tanto escombros desprolijos que insultan la supuesta belleza original del templo, sino la llamada hacia un modo más contextual y menos pretensioso de enfrentarnos al inerradicable conflicto de nuestra vida social?

Con este trabajo espero haber contribuido a mostrar (por así decirlo) "desde adentro" algunas de las razones por las que no funcionan ciertas explicaciones características de la Teoría de la Argumentación Jurídica (en este caso, de uno de sus representantes más conspicuos) en relación a temas fundamentales, tales como la relación entre certeza

⁹⁹ Generando así lo que Kayris llama "despolitización", esto es, "la remoción de la agenda pública de asuntos cruciales" (op. cit., p. 12). Sobre el fenómeno de la despolitización del Derecho, ver Carlos S. NINO, *Derecho, Moral y Política*, Ariel, Barcelona, 1993, cap. 1.

¹⁰⁰ Tomo la expresión de Duncan KENNEDY, en "Comment on Rudolf Wietholter's 'Materialization and Proceduralization in Modern Law,' and 'Proceduralization of the Category of Law,'" en C. Joerges y D. Trubek (eds.), *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1988.

jurídica y Estado de Derecho. El objetivo es generar un efecto de “des-familiarización”¹⁰¹ respecto de esta corriente tan popular en teoría del Derecho, para rehabilitar la urgencia de la imaginación de alternativas. Tal vez lo que el Estado de Derecho exige de sus defensores no sea seguir aferrándose al conservadurismo de lo existente, sino recuperar el compromiso con la imaginación de lo posible.

Este cambio de mirada puede ser provechoso incluso para quienes creen en el “diseño institucional” como herramienta para la gestión de la sociedad y el fortalecimiento de la democracia. Efectivamente, el hecho de que la decisión judicial tenga inevitablemente, entre otras, una dimensión ideológica y política, puede ser visto como una posibilidad de “robustecer la democracia”, para aprovechar la cual nos corresponde posicionarnos críticamente, perfeccionar los arreglos institucionales existentes e idear otros alternativos que permitan reincorporar y fortalecer la *deliberación* horizontal en las contiendas jurídicas en vez afanarnos por conservar la fuerza vertical de la *decisión* judicial¹⁰².

¹⁰¹ Sobre la “des-familiarización” como precondition para el trabajo de imaginación de alternativas, ver Boaventura de Sousa Santos, *Crítica de la Razón Indolente*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2003, p. 43.

¹⁰² Existen varias alternativas en este sentido. Una de ellas, en clave deliberativista, es intentar revestir la discusión en el marco de un proceso judicial de diseños que tomen en cuenta su carácter tan político como la discusión que sucede en otros ámbitos institucionales. Tal como lo dice Böhmer: “el ideal de la deliberación no tiene por qué limitarse a los órganos legislativos o a los administrativos. Existen otras instancias, otros escenarios para hacer política. Los tribunales son uno de ellos. En sus salas la gente discute el modo en que los acuerdos democráticos se aplican a sus problemas concretos y ciertos funcionarios, los jueces, asumen su papel como árbitros de esas disputas” (Martín BÖHMER, “Igualadores y Traductores. La ética del abogado en una democracia constitucional”, en Marta VILLARREAL y Christian COURTIS, *Educación clínica del derecho. Una alternativa a los métodos tradicionales de formación de abogados*, ITAM, México, 2007, p. 134). Para entender esto es necesario entender que la construcción de la legitimidad democrática de las normas jurídicas no se agota en su dimensión genética – en su proceso de “creación” legislativa – sino que también está presente en el momento de la “aplicación” judicial de las mismas (ver al respecto otro trabajo de Martín Böhmer, “Préstamos y Adquisiciones. La utilización del derecho extranjero como una estrategia de creación de autoridad democrática y constitucional”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 6, Número 1, 2005). Otra alternativa, en clave experimentalista, sería la de – al menos para cierto tipo de casos “estructurales” – un proceso horizontal y dinámico, de negociación continua entre los actores relevantes, propuesto por Charles Sabel y William Simon (“Destabilization Rights.

Por mi parte, tiendo a ser bastante escéptico respecto de las bondades del “diseño institucional”, sobre todo cuando se lo práctica de la manera habitual, como un molde abstracto en el que, mágicamente (perdón, racionalmente), todas las trayectorias vitales de las personas aludidas tenderían a encajar. Tengo la impresión de que esas “reconstrucciones” no son sino mutaciones incompletas con las que la academia tiende a neutralizar el potencial de la crítica, salvaguardando su espacio de poder y control intelectual sobre las “purezas” e “impurezas” de las prácticas sociales (que, mientras tanto, siguen fluyendo con ritmos y por cauces bastante indiferentes al coherente “diseño” de los teóricos).

Un ejemplo interesante al respecto lo provee la propia Teoría de la Argumentación Jurídica, con su metodología predilecta: la *reconstrucción racional*. A través de la misma, los teóricos de esta corriente de pensamiento pretendieron “encauzar” el asedio a la neutralidad jurídica ensayado por los realistas norteamericanos y escandinavos, y posteriormente por las distintas escuelas críticas del derecho, intentando mostrar que si bien el ideal formalista de la solución deductiva era insostenible (como si solamente ese espantapájaros hubiera sido el blanco de la crítica), no por ello debíamos resignarnos a deslegitimar la autoridad jurídica existente, la cual no era arbitraria, sino que estaba respaldada por principios cuya validez podía ser racionalmente fundamentada. La reconstrucción racional les permitió lograr eso gracias a la específica limitación que su punto de llegada imponía sobre su punto de partida. Y es que en la medida en que dicha metodología se impone como punto de llegada la exhibición de la racionalidad del sistema jurídico existente, aún si permitiéndose reformas superficiales en el camino, clausura desde la partida la consideración de la posibilidad de que el sistema jurídico existente no funcione en algún sentido radical del término. Por eso —como bien señala Unger— más que de una metodología de “reconstrucción racional”, hay aquí un *análisis jurídico racionalizador*¹⁰³. O

How Public Litigation Succeeds”, en Harvard Law Review, Vol 113:1, 1999, pp. 1-83), como opuesto al modelo tradicional de command-and-control del juez. No es este el espacio para decidir sobre la pertinencia de estas alternativas, o de otras que podamos elucubrar. El punto es solamente no “naturalizar” lo existente; recobrar su sentido de contingencia para estimular el pensamiento de marcos diferentes, más satisfactorios.

¹⁰³ Ver MANGABEIRA UNGER, Roberto, *What Should Legal Analysis Become?*, Verso, London, 1996, pp. 34-41 y 59-119.

dicho con otras palabras: un rechazo visceral a la asunción del *conflicto* como horizonte inevitable de la práctica jurídica, y al carácter *trágico* de las decisiones que tomamos en cada uno de esos contextos.

Acaso lo que sucede con los actuales “herejes” es que, al igual que muchos de sus antepasados que ardieron en la hoguera, no están dispuestos a trocar engaños por tranquilidad.

Bibliografía Citada

AARNIO, Aulis, “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, en *DOXA*, N° 8, 1990

— *Lo Racional como Razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, trad. de Ernesto Garzón Valdés.

— *Reason and Authority*, Dartmouth, UK, 1997.

ALCHOURRÓN, Carlos, “On Law and Logic”, en *Ratio Juris*, Vol. 9, N° 4, Diciembre 1996.

ALEXY, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979.

— “Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional”, en *Derecho y Razón Práctica*, Fontamara, México.

— “La tesis del caso especial”, *Isegoría*, N° 21, 1999.

— *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *El Debido Proceso de la Garantía Constitucional*; Zeus; Rosario; 2003.

ATIENZA, Manuel, *Derecho y argumentación*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá; 1997.

— *Las Razones del Derecho*, UNAM, México, 2003.

— *El Sentido del Derecho*, Ariel, Madrid, 2003.

— *El Derecho como Argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.

BALDASARRE, Antonio, "I Diritti Sociali", en *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1989

BAYÓN, Juan Carlos y RODRÍGUEZ, Jorge, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*, Universidad Externado de Colombia, 2003.

BOBBIO, Norberto, *El Futuro de la Democracia*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1993.

BÖHMER, Martín F., "Iguales y Traductores. La ética del abogado en una democracia constitucional", en Marta VILLARREAL y Christian COURTIS, *Educación clínica del derecho. Una alternativa a los métodos tradicionales de formación de abogados*, ITAM, México, 2007.

— "Préstamos y Adquisiciones. La utilización del derecho extranjero como una estrategia de creación de autoridad democrática y constitucional", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 6, Número 1, 2005

CÁRCOVA, Carlos, *La opacidad del derecho*, Trotta, Madrid, 1998.

CARDOZO, Benjamin N., *The Nature of the Judicial Process*; Dover; New York; 2005

CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones del Proceso Civil*; Librería El Foro; Buenos Aires; 1997.

CARNOTA, Raúl, "Lógica e inteligencia artificial", en Carlos ALCHOURRÓN (ed.); *Lógica*; Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía; Trotta; Madrid; 1995.

COSTA, Pietro, "The Rule of Law: A Historical Introduction", en Pietro COSTA y Danilo ZOLO (eds.), *The Rule of Law: History, Theory and Criticism*, Springer, 2007.

COURTIS, Christian, "Detrás de la Ley. Lineamientos de análisis ideológico del Derecho", en Christian COURTIS (ed.); *Observar la Ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*; Trotta; Madrid; 2006.

DÍAZ, Elías, "Razón de Estado y razones del Estado", en Roberto BERGALLI y Claudio MARTYNIUK, *Filosofía, Política, Derecho. Homenaje a Enrique Marí*, Prometeo, Buenos Aires, 2003.

DWORKIN, Ronald, "Hard Cases", en *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Massachusetts, 2001.

EICHENBERGER, Kurt, "El Estado de Derecho como sistema garante de los derechos humanos", en Josef THIESING (ed.), *Estado de Derecho y Democracia*.

ELSTER, Jon, *Ulises y las Sirenas*, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 2000.

FERRAJOLI, Luigi, "Estado Social y Estado de Derecho", en Luigi FERRAJOLI, *El Garantismo y la Filosofía del Derecho*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2000.

GARGARELLA, Roberto, *La Justicia frente al gobierno*, Ariel, Barcelona, 1996.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, "What is wrong with the rule of law?", en *Estado de Derecho y Democracia*, SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001.

GODDEN, David M. y WALTON, Douglas, "Defeasibility in Judicial Opinión: Logical or Procedural?", en *Informal Logic*, Vol. 28, Nº 1, 2008.

HART, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford University Press, Great Britain, 1997.

HELD, David, *Modelos de democracia*, Alianza, Madrid, 2001.

HOLMES, Oliver Wendell, *The Path of the Law*, en *The Essential Holmes*; University of Chicago Press; 1992; editado por Richard Posner.

— "Derecho Natural"; *Revista Jurídica Zeus*; t. 101, Nº 7956.

HORNBLOWER, Simon, "Creación y desarrollo de las instituciones democráticas en la antigua Grecia", en John DUNN (dir.); *Democracia. El viaje inacabado (508 a. C. - 1993 d. C.)*; TusQuets; Barcelona; 1995.

JAMES, William, *Pragmatism*, Dover, USA, 1995.

KAIRYS, David (ed.), *The Politics of Law. A Progressive Critique*, Basic Books, New York, 1998.

KENNEDY, Duncan, "Comment on Rudolf Wietholter's 'Materialization and Proceduralization in Modern Law,' and 'Proceduralization of the Category of Law,'" en C. JOERGES y D. TRUBEK (eds.), *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1988.

— "Strategizing Strategic Behaviour in Legal Interpretation", *Utah Law Review*, 1996, ps. 785-825.

— *A Critique of Adjudication*, Harvard University Press, Massachusetts, 1997.

— *Legal Reasoning: Collected Essays*, The Davies Publisher Group, Aurora, 2008.

LLEWELLYN, Karl, *The Bramble Bush*; Oceana; Boston, 1999.

LÓPEZ DE OÑATE, Flavio, *La Certeza del Derecho*, EJEA, Buenos Aires, 1953.

MacCORMICK, Neilm "Estado de Derecho y *rule of law*", en Josef THIESING, *Estado de Derecho y Democracia*.

— "Reconstruction after Deconstruction: a response to CLS" (*Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 10, N° 4).

— *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford University Press, Great Britain, 2005.

— *Institutions of Law*, Oxford University Press, Great Britain, 2007.

MANGABEIRA UNGER, Roberto, *The Critical Legal Studies Movement*, Harvard University Press, Massachusetts, 1986.

— *What Should Legal Analysis Become?*, Verso, London, 1996.

MONTESQUIEU, *El Espíritu de las Leyes*, El Ateneo, Buenos Aires, 1951.

NINO, Carlos S., *Derecho, Moral y Política*, Ariel, Barcelona, 1993.

PAZOS, María Inés, "Derrotabilidad sin Indeterminación", *DOXA*, N° 25, 2002.

PECZENIK, Alexander, *On Law and Reason*, Kluwer, Holanda, 1989.

PLATÓN, *Las Leyes*, Porrúa, México, 2008.

POPPER, Karl, *La Sociedad Abierta y sus Enemigos*, Paidós, España, 2006.

RATTI, Giovanni Battista, "The Consequences of Defeasibility", en *Analissi e Diritto* (a cura di Paolo CAMANDUCCI e Ricardo GUASTINI), 2007, ps. 261-77.

RAZ, Joseph, "La política en el Estado de derecho", en Joseph RAZ, *La Ética en el Ámbito Público*, Gedisa, Barcelona, 2001.

RÓDENAS, Ángeles, "En la Penumbra: Indeterminación, Derrotabilidad y Aplicación Judicial de Normas", *DOXA*, N° 24, 2001.

ROSENBERG, Leo, *La Carga de la Prueba*, Editorial B de F; Buenos Aires; 2002.

SABEL, Charles y WILLIAM, Simon, "Destabilization Rights. How Public Litigation Succeeds", en *Harvard Law Review*, Vol 113:1, 1999, ps. 1-83.

BOAVENTURA DE SOUSA, Santos, *Crítica de la Razón Indolente*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2003.

SARTRE, Jean-Paul, *El Ser y la Nada*, Ibero-Americana, Buenos Aires, 1948, t. I.

SCHAUER, Frederick, *Las Reglas en Juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas*, Marcial Pons, Barcelona, 2004.

SIMON, Dan, "The Double-Consciousness of Judging: The Problematic Legacy of Cardozo", 79 *Oregon Law Review* 1033.

THIESING, Josef (ed.), *Estado de Derecho y Democracia*, Konrad Adenauer Stiftung / CIEDLA, Buenos Aires, 1997.

VÁZQUEZ, Rodolfo "El Estado de Derecho: una justificación", en Rodolfo VÁZQUEZ, *Liberalismo, Estado de Derecho y Minorías*, Paidós, México D. F., 2001.

WINTER, Steven, *A Clearing in the Forest. Law, life, and mind*, University of Chicago Press, USA, 2001.

WRÓBLEWSKI, Jerzy, *The Judicial Application of Law*, Kluwer Academic Publishers, Holanda, 1992.

— *Sentido y Hecho en el Derecho*; Servicio editorial de la Universidad del País Vasco; San Sebastián.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *Il Diritto Mite*, Einaudi, Torino, 1992.