DOXA

10

CUADERNOS DE FILOSOFIA DEL DERECHO

Seminario de Filosofía
del Derecho de la
Universidad de
Alicante

Centro de Estudios Constitucionales

Alicante, 1991

Índice

- Presentación
- Derecho y razones para la acción
  - Juan Carlos Bayón - Razones y reglas: sobre el concepto de «razón excluyente» en Joseph Raz
  - Ricardo Caracciolo - El concepto de autoridad normativa. El modelo de las razones para la acción
  - María Cristina Redondo y Pablo E. Navarro - Normas y razonamiento práctico. Una crítica a Joseph Raz.
  - Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero - Sobre principios y reglas
- Artículos
  - Owen M. Fiss - ¿La muerte del Derecho?
  - Massimo La Torre - Mirando desde ningún lugar. Una breve introducción a la filosofía de Tomas Nagel
  - Antonio Serrano - Dogmática jurídica y análisis sociológico: el Derecho histórico de la doctrina legal
  - José Juan Moreso - Disposiciones de reforma constitucional
  - Josep Aguiló Regla - La derogación de normas en la obra de Hans Kelsen
- Notas
  - Carlos F. Rosenkrantz - La democracia: Una crítica a su justificación epistémica
  - Angeles Ródenas - Sobre la justificación de la democracia en la obra de Carlos S. Nino
  - Carlos S. Niño - La democracia epistémica puesta a prueba. Respuesta a Rosenkrantz y Ródenas
  - Javier de Lucas - Una nota sobre el concepto y la fundamentación de los derechos morales. (A propósito de la polémica sobre los derechos morales)
  - Enrique E. Marí - Ciencia y ética. El modelo de la ciencia martillo
  - Roberto Bergalli - Mas sobre la institucionalización de la sociología jurídica
- Entrevistas
  - Antonio Enrique Pérez Luño - Entrevista a Antonio Truyol y Serra

P R E S E N T A C I Ó N

La sección monográfica de este número de DOXA –segundo de 1991– que alcanza la cifra casi mágica de 10, está dedicada al tema «Derecho y razones para la acción» y contiene cuatro trabajos que se refieren –como en cierto modo resulta «inevitable»– a diversos aspectos de la obra de Joseph Raz. Dado que en el anterior número de la revista se publicó una amplia entrevista con Raz a cargo de Juan Ruiz Manero, el lector puede considerarla también como parte –una introducción o un colofón o, quizá, ambas cosas– de la sección que ahora nos ocupa.

En el primero de los trabajos aludidos (Razones y reglas: sobre el concepto de «razón excluyente» de Joseph Raz), *Juan Carlos Bayón se centra –como lo indica su título– en el concepto de «razón excluyente» con el que Raz «ha acertado a dar forma a una intuición que, de modo más o menos vago, estaba y está presente en la cultura filosófico-jurídica de la que es interlocutor». Bayón no se limita a analizar esta noción dentro de la obra de Raz y a mostrar el papel central que desempeña en relación con otros conceptos básicos, como los de autoridad, Derecho o razonamiento práctico, sino que su principal objetivo es formular una crítica –ciertamente aguda– del concepto de «razón excluyente», que se condensa en estos tres aspectos: «Raz hace un uso ambiguo de la noción; (...) un análisis satisfactorio de la estructura de los razonamientos prácticos, por complejos que éstos sean, puede prescindir de ella; y (...) la pretensión de que hay razones excluyentes válidas puede tener como resultado la irracionalidad desde el punto de vista práctico».*

En El concepto de autoridad normativa. El modelo de las razones para la acción, *Ricardo Caracciolo analiza la noción de autoridad jurídica en cuanto autoridad normativa. De acuerdo con la propuesta de Raz –ampliamente aceptada–, nociones como las de «autoridad» o «norma» deben caracterizarse en términos del concepto más primitivo de «razones para la acción».*

Ahora bien, un problema que plantea esta hipótesis metodológica es que de ella se hace derivar también la primacía conceptual de la «autoridad legítima» en tanto autoridad normativa lo que, a su vez, se funda en la idea de que los problemas conceptuales no son independientes de los problemas de justificación; en definitiva, se termina identificando autoridad normativa con autoridad moral. Caracciolo critica esta asimilación y sugiere adoptar un punto de partida neutral, de manera que la construcción de los conceptos de «norma» y de «autoridad» suministren sólo «criterios para reconstruir hechos, los que no clausuran la posible e independiente discusión sobre su evaluación moral».

María Cristina Redondo y Pablo Eugenio Navarro (Normas y razonamiento práctico. Una crítica a Joseph Raz) *llevan a cabo en su trabajo un análisis crítico de la tesis de Raz que considera las normas jurídicas como razones para la acción de un determinado tipo –esto es, como razones excluyentes. Los autores plantean básicamente la necesidad de revisar estos tres puntos del planteamiento de Raz: los criterios de distinción entre razones de primer y de segundo orden; las ventajas de la teoría de Raz respecto de la teoría de las normas como prácticas atribuida a Hart; y la naturaleza de las razones excluyentes. En su opinión, en la obra de Raz no resulta claro ni el concepto de razonamiento práctico ni el papel que las razones desempeñan en él: «La falta de precisión quita solidez al fundamento de la distinción entre los diferentes tipos de razones. Con ello, la explicación de las normas dada por Raz tiene que ser revisada, ya que se asienta sobre la posibilidad de distinguir los tipos de razones antes señalados (razones de primer orden y razones excluyentes)*».

Finalmente, en Sobre principios y reglas, *Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero tratan de ofrecer una respuesta a estas tres preguntas: ¿qué rasgos estructurales diferencian a los principios de las reglas?; ¿qué tipo de razones para la acción son los principios y en qué se diferencian de las reglas?; ¿qué aportan los principios a la explicación y justificación en el ámbito jurídico? En relación con el segundo de estos problemas –que es el que se conecta de manera más directa con el tema monográfico de la sección–, los autores sostienen que las* reglas *son razones para la acción perentorias e independientes del contenido; en este caso se utilizan categorías de Hart pero que, en realidad, vienen a ser una reelaboración de nociones razianas: una razón perentoria significa una razón de primer orden para realizar la acción exigida y una razón de segundo orden para excluir cualquier deliberación por parte de su destinatario; una razón independiente del contenido significa que la razón para considerarlas como razones perentorias es su*

origen en una determinada fuente, esto es, el haber sido dictadas o adoptadas por una autoridad normativa. Por el contrario, los principios explícitos *son razones para la acción independientes del contenido, pero no perentorias; y los* principios implícitos, *razones para la acción que no son perentorias ni independientes del contenido.*

La sección de artículos de tema libre se abre con un interesante trabajo de Owen M. Fiss (¿La muerte del Derecho?) *en el que se analizan críticamente dos movimientos iusfilosóficos surgidos en USA en la década de los 70: la escuela crítica del Derecho («critical legal studies») y el análisis económico del Derecho. Fiss no sólo muestra lo que diferencia desde el punto de vista teórico, ideológico, etc., a ambos movimientos, sino que se interesa también, y sobre todo, por lo que tienen en común: «Tanto el análisis económico del Derecho como la escuela crítica se unen en el rechazo a la noción de derecho como un ideal público. Una escuela proclama que el «derecho es eficiencia», la otra que el «derecho es política». Pero ninguna tiene la intención de abordar el derecho en sus propios términos, y aceptar que la aplicación del derecho es un arreglo institucional en el que funcionarios públicos buscan elaborar y proteger los valores que sostenemos en común».*

En Mirando desde ningún lugar. Una breve introducción a la filosofía de Thomas Nagel, *Massimo La Torre presenta las tesis principales de este importante filósofo de la moral estadounidense centrándose, sobre todo, en una de sus últimas obras:* What does it all mean? *(1987). En opinión de La Torre, la filosofía de Nagel es «una especie de "pensamiento débil", una filosofía privada de certeza absoluta, que se detiene en la orilla del relativismo y del escepticismo, y no rechaza los instrumentos racionalistas y analíticos». En relación con los problemas morales, Nagel considera que el filósofo no dispone de un criterio seguro y privilegiado para la decisión de las controversias morales, y entiende la filosofía moral «como actividad reflexiva que se ejercita eminentemente respecto a cuestiones concretas, ya que el interrogante sobre "lo que es justo hacer" o "lo que debo hacer" sólo tienen sentido si se refiere a una situación o a una conducta concreta. La filosofía moral no es entonces necesariamente privilegio de pocos (...), sino que puede ser práctica (...) común a todos aquellos que se interrogan sobre la "justicia"y el "deber ser" de las conductas humanas».*

Antonio Serrano, en Dogmática jurídica y análisis sociológico: el Derecho histórico de la doctrina legal, *se plantea el problema de cómo analizar históricamente la actividad judicial de los tribunales superiores consistente en la elaboración de categorías dogmáticas y reglas interpretativas. Para ello toma como ejemplo el*

concepto de «doctrina legal» en el ordenamiento jurídico español (es decir, el carácter vinculante atribuido a la jurisprudencia del Tribunal Supremo), que presenta cuatro rasgos que el autor juzga de interés: la institución no tiene equivalente en otros ordenamientos jurídicos; muestra las paradojas internas del sistema judicial, pues la jurisprudencia no se incluye en el catálogo explícito de las fuentes del Derecho; no es sólo un conjunto de decisiones judiciales, sino un tipo de producción de dogmática jurídica; está en un proceso de continua elaboración.

José Juan Moreso –en el siguiente artículo de la sección– trata de un problema bastante distinto, referido al otro confín del Derecho, el de la legislación. En efecto, en Disposiciones de reforma constitucional *aborda la cuestión de si es posible reformar válidamente las disposiciones que regulan la reforma constitucional, mediante el procedimiento previsto por esas mismas disposiciones. Moreso analiza el problema tanto en la teoría del Derecho como referido al caso de la constitución española de 1978 (título X) y llega a la misma conclusión escéptica a la que en su momento llegó Ross, pero a través de razones un tanto diferentes: «por una parte, las disposiciones de reforma constitucional, entendidas como* reservas de constitución, *desautorizan como inválidas las normas dictadas conforme a esa disposición que deleguen la competencia para reformar la constitución y, por otra parte, la disposición que derogara la disposición de reforma constitucional introduciría una situación indeseable en el Derecho semejante a la producida cuando nos hallamos ante disposiciones incompatibles (con el agravante de que carecemos de criterio alguno para resolver tal incompatibilidad)».*

Finalmente, en el artículo que cierra la sección (La derogación de normas en la obra de Hans Kelsen), *Josep Aguiló estudia el tratamiento kelseniano de la derogación, tanto en la segunda edición de la teoría pura, como en las obras posteriores a 1960. Para ello analiza cuáles son las respuestas dadas por Kelsen a estas tres preguntas: ¿qué es la derogación?; ¿qué tipos de normas son las normas derogatorias?; ¿qué relación hay entre derogación y conflicto de normas?, y llega a la conclusión de que, en realidad, no hay un cambio radical entre el «Kelsen del 60» y el «último Kelsen». Por lo demás, a Aguiló no le interesa únicamente «desentrañar el verdadero pensamiento de Kelsen» a propósito de este punto oscuro, sino que trata además de extraer de ahí un «esbozo del mapa de problemas que una teoría de la derogación debe afrontar» y que él presenta en la última parte de su trabajo.*

En la sección de Notas *pueden distinguirse dos partes. La primera de ellas consiste en una discusión a propósito de la teoría de la justificación de la democracia propuesta recientemente por*

Carlos Nino. La tesis central de Nino, tal y como la expone Carlos F. Rosenkrantz en el trabajo que abre la sección (La democracia: una crítica a su justificación epistémica), *viene a ser la siguiente: «el test que debe satisfacer una decisión para ser aprobada por el voto mayoritario es análogo al test que debe satisfacer una proposición para ser considerada moralmente verdadera. De esta analogía Nino deduce que toda decisión democrática debe tener un grado o presunción de validez moral». Rosenkrantz juzga esta postura equivocada y ello, básicamente, por estas dos razones: en primer lugar, porque «la democracia epistémica no se ocupa de la justificación de las democracias reales (...) si lo hiciese mostraría que muchas vecesla democracia epistémica es una justificación de gobiernos no democráticos»; y, en segundo lugar, porque «en realidad, ni la democracia ni la dinámica de la acción colectiva que ella impone nos acercan a la imparcialidad o a la verdad moral (...) dado que nada estructural en la democracia garantiza que la mayoría no votará basada en preferencias inmorales o en preferencias no oponibles a terceros». Por su parte, Ángeles Ródenas* (Sobre la justificación de la democracia en la obra de Carlos S. Nino) *muestra que la fundamentación de la democracia en Nino tiene lugar a partir de un modelo ideal de carácter procesal; concretamente, la democracia queda caracterizada –en el Nino posterior a la 1.ª ed. de* Ética y derechos humanos*– como un caso de «justicia procesal instrumental imperfecta». Este tipo de justificación, en opinión de Ródenas –y, especialmente, en relación con la anterior caracterización de Nino de la democracia como «justicia procesal* pura *imperfecta»– presenta, básicamente, estas tres limitaciones: tiene una fuerza justificatoria débil, pues lo que determina la justicia de las decisiones democráticas son criterios ajenos al procedimiento democrático; la propia justificación del procedimiento democrático se debilita, pues no se trata de «un procedimiento para* constituir *decisiones justas», sino de «un procedimiento para* conocer *decisiones justas»; la justificación de la democracia realmente existente, esto es, de la democracia representativa tiende a desdibujarse enormemente, ya que ésta aparece como un sucedáneo imperfecto de la democracia ideal que, a su vez, es un sucedáneo imperfecto del discurso moral.*

En su réplica (La democracia epistémica puesta a prueba. Respuesta a Rosenkrantz y a Ródenas), *Carlos Nino formula diversos argumentos dirigidos a probar –en relación con las tesis de Rosenkrantz–, por un lado, que la justificación epistémica de la democracia contiene exigencias que, proyectadas a la realidad, permiten jerarquizar los procesos políticos existentes según el*

grado de satisfacción de tales exigencias; y, por otro lado, que el procedimiento democrático contiene ciertos rasgos estructurales (publicidad del debate, participación de todos en el debate, exigencia de que las soluciones que se propugnen se justifiquen, etc.) que aunque no «garantizan *que los participantes harán un uso público de la razón, inducen a que lo hagan con mayor probabilidad que cualquier otro método de decisión». En relación con las observaciones de Ródenas sobre la capacidad del modelo para legitimar democracias reales, Nino da una respuesta semejante: «Si el modelo permite, como ella reconoce, derivar prescripciones para la introducción de democracias más perfeccionadas, debe permitir establecer qué cerca o qué lejos estarán las democracias reales de aquellas democracias más próximas al modelo ideal». Además, Nino señala que cuando se discute acerca de la legitimidad de una democracia real, lo que importa realmente es establecer si ésta tiene un grado de legitimidad suficiente para fundamentar nuestro deber moral de basar nuestras acciones o decisiones no en las conclusiones de nuestra reflexión individual, sino en las conclusiones del proceso colectivo de decisión y discusión. Y en la mayoría de los casos de democracias reales la respuesta debe ser afirmativa, ya que «por imperfectos que sean los procedimientos de discusión y decisión que en ellos se desarrollan, parecen ser más conducentes a orientarse, en general y a la larga, hacia soluciones que contemplen imparcialmente los intereses de los afectados, que la reflexión individual y aislada de cualquiera de nosotros». Y lo que el lector, llegado a este punto, podría preguntarse con razón es si –o de qué manera– esta opinión de Nino está emparentada con las «razones excluyentes» de Raz discutidas en la primera sección de este número.*

La segunda parte de la sección recoge trabajos de temática diversa. Javier de Lucas (Una nota sobre el concepto y la fundamentación de los derechos humanos. A propósito de la polémica sobre los derechos morales) *sostiene –a propósito de esta espinosa cuestión ya abordada anteriormente en otros números de DOXA– la tesis de que la teoría de los derechos morales tiene un alcance engañoso: inicialmente aparece como una solución monista (entendiendo por tal los planteamientos que consideran que debe darse una misma respuesta a las cuestiones de concepto y de fundamento de los derechos humanos), pero en casi todos sus representantes aparece formulada de hecho como una respuesta exclusivamente al problema conceptual (¿qué son los derechos humanos?, ¿qué significa tener derecho a X?). En opinión de Javier de Lucas –quien examina el problema centrándose en la polémica doctrinal habida en España sobre la cuestión– la teoría*

de los derechos morales «es tan sólo una teoría relativa al fundamento de los derechos y ni aún así constituye tal fundamento, pues se remite a otra instancia: las necesidades, los bienes básicos, los valores».

En el trabajo que le sigue (Ciencia y ética. El modelo de la ciencia martillo), *Enrique E Marí dirige su crítica contra una concepción de la ciencia que se basa en la distinción entre la ciencia como expresión de conocimiento y de la racionalidad del hombre, y su uso o mal uso por parte de instituciones, gobiernos y políticos. De acuerdo con ese modelo, los científicos no son responsables del uso que el poder pueda hacer de sus teorías: «la ciencia es como un martillo que a veces se usa para clavar un clavo y otras veces para aplastar la cabeza de una persona». Sin embargo –objeta Marí– este criterio de demarcación «silencia no sólo las peculiaridades del modo de producción de la ciencia y de la tecnología por el estado militar-industrial, sino un universo, no precisamente secundario, de teorías que son en sí mismas mortíferas». Como ejemplo de ello, Marí pone el caso de la producción de la bomba de neutrones e insiste en la necesidad de incluir las condiciones de aplicación de una teoría en la propia estructura conceptual de la misma: «la ciencia no se asemeja al procedimiento jurídico, donde cada etapa del proceso judicial se va cumpliendo sin prejuzgar y a la espera de una sentencia firme y definitiva que coronaría la litis. El juez científico se inmiscuye en cada uno de los tramos, dictamina de pleno derecho y no aguarda un bloque confirmatorio final».*

En la última Nota de la sección (Más sobre la institucionalización de la sociología jurídica), *Roberto Bergalli, a propósito de un reciente comentario efectuado por Realino Marra a un libro coordinado por el primero* (El Derecho y sus realidades. Investigación y enseñanza de la sociología jurídica, *Barcelona, 1989) efectúa, en primer lugar, diversas consideraciones sobre la producción del autor italiano y pasa, en segundo lugar, a discutir el cuestionamiento que Marra hace de la orientación de fondo de buena parte de las contribuciones recogidas en el volumen que se acaba de citar: por un lado, se pretende un reconocimiento de la sociología del Derecho como parte integrante de la ciencia jurídica y, por otra parte, parece manifestarse un acuerdo con el dualismo metodológico weberiano, esto es, con la separación entre ciencia del Derecho y sociología del Derecho. La problemática da ocasión a Bergalli para poner de manifiesto la falta de institucionalización académica de la sociología del Derecho en España, a la que la actual reforma de los planes de estudios no parece vaya a poner remedio: los científicos del Derecho siguen sin considerar la so-*

ciología del Derecho «como parte de su ciencia jurídica», lo que lleva a perpetuar «su condición de subalternidad».

En la amplia e interesante entrevista que Antonio Pérez Luño efectúa a Antonio Truyol y Serra, este último contesta a diversas preguntas concernientes a su biografía personal e intelectual y a su concepción del Derecho, en la que se conjugan elementos procedentes de su doble formación de iusfilósofo e internacionalista.

Finalmente, este número 10 de DOXA, al ser el último de 1991, se acompaña de un apéndice bibliográfico que recoge la producción iusfilosófica correspondiente a 1990 y que, en esta ocasión, han coordinado Daniel González Lagier, Ángeles Ródenas e Isabel Lifante.

DERECHO Y RAZONES PARA LA ACCIÓN

RAZONES Y REGLAS: SOBRE EL CONCEPTO DE "RAZÓN EXCLUYENTE" DE JOSEPH RAZ

En los quince años que median entre las fechas de publicación de la primera y la segunda de las ediciones de *Practical Reason and Norms*[1], Joseph Raz ha ido desarrollando, paso a paso, un vasto programa teórico cuyo objetivo central consiste en fundamentar una teoría del derecho dentro del marco de una ambiciosa teoría general de las razones para la acción. Bien puede decirse que el resultado de ese empeño cruza y diluye las fronteras convencionales entre teoría jurídica, filosofía política y teoría general del discurso práctico: la caracterización raziana del derecho no puede entenderse si no es a partir de su análisis de la idea de autoridad legítima; y ésta, a su vez, no es inteligible a menos que se tenga presente el peculiar aparato conceptual con el que Raz intenta reconstruir la estructura de los razonamientos prácticos, en el que la pieza más novedosa y al mismo tiempo más importante resulta ser la noción de «razón excluyente».

Del papel central de este último concepto dentro del proyecto raziano seguramente da idea el hecho de que la única novedad de la segunda edición de *PRN* sea precisamente un apéndice consagrado por entero a perfilarlo y defenderlo frente a posibles críticas y –lo que a Raz le parece que son– malentendidos. Pero, en cualquier caso, el interés de esta idea trasciende a mi juicio el marco de la obra de su autor. No me parece aventurado afirmar

[1] Vid. las referencias bibliográficas recogidas al final de este trabajo. La segunda edición de *Practical Reason and Norms* [en adelante, *PRN*] reproduce el texto de la primera con la única novedad de la inclusión de un apéndice, «Rethinking Exclusionary Reasons», pp. 178-199 (y de las notas correspondientes al mismo: pp. 211-217). Hasta el comienzo de dicho apéndice, la 2.ª ed. mantiene además la paginación de la primera. El texto común a ambas ediciones se cita en lo sucesivo como «*PRN,* 1975 / 1990»; el del nuevo apéndice, como «*PRN,* 1990».

que con su concepto de «razón excluyente» Raz ha acertado a dar forma a una intuición que, de modo más o menos vago, estaba y está presente en la cultura filosófico-jurídica de la que es interlocutor. Y eso explicaría su rápida y entusiasta acogida por parte de algunos de sus más sobresalientes representantes, y entre todos ellos, desde luego, por el mismo Hart, que ve ahora en la idea central de una «razón jurídica autoritativa» –de la que expresamente reconoce que es tributaria del concepto de «razón excluyente» de Raz– la clave para la intelección del fenómeno jurídico.[2]

El propósito de este trabajo no es otro que el de examinar críticamente la noción de razón excluyente[3]. Dividiré mi exposición en dos partes: en la primera, trataré de sintetizar las ideas fundamentales de Raz y de dar cuenta del modo en que se engarzan su análisis de la autoridad, su concepción del derecho y su análisis general de la estructura de los razonamientos prácticos, así como de la posición central que en todo ello desempeña la noción de razón excluyente. En la segunda, intentaré demostrar que Raz hace un uso ambiguo de dicha noción; que un análisis satisfactorio de la estructura de los razonamientos prácticos, por complejos que éstos sean, puede prescindir de ella; y que la pretensión de que hay razones excluyentes válidas puede tener como resultado la irracionalidad desde el punto de vista práctico.

1. El proyecto de Raz

1. 1. *Una concepción de la autoridad legítima*

Normalmente suele darse por sentado que aceptar la autoridad de otro como legítima implica reconocer su derecho a mandarme

---

[2] Cfr. Hart, 1982, cap. X, especialmente pp. 243-244 y 253 ss, Sobre la influencia de las tesis de Raz en la evolución del pensamiento hartiano, vid. Farrell, 1986. Véase además la acogida y el uso que del concepto de razón excluyente hacen Hacker, 1973, pp. 165-166; Finnis, 1980, pp. 234, 308 y 319; Jori, 1980, pp. 5-7 que acude al análisis de Raz en *PRN* para construir su análisis de las normas como instrumentos para realizar elecciones prácticas «al por mayor», y no caso por caso; Nardin, 1983, p. 11; o Atiyah y Summers, 1987, pp. 2 y 7-8, que reconocen el parentesco entre su noción de «razón formal» y la raziana de «razón excluyente», a pesar de apreciar entre ambas algunas diferencias.

[3] Desde la publicación de la 1.ª ed. de *PRN* no han faltado quienes, de manera más o menos extensa y articulada, han criticado expresamente este concepto raziano: cfr. Clarke, 1977; Flathman, 1980, pp. 111-113 y 258-259; Gans, 1981, cap. IV; Moore, 1989; y Perry, 1989. Por mi parte, he analizado el concepto de razón excluyente con mayor extensión de la que aquí resulta posible en Bayón, 1991, especialmente apartado 8.2.

y mi deber de obedecerle, entendiendo que dicho reconocimiento supondría no sólo la admisión de que debo hacer lo que la autoridad ordene a condición de que *coincida* con lo que de todos modos pienso que se ha de hacer, sino la aceptación de que debo hacer lo que ordene aunque no exista esa coincidencia, aunque con arreglo a mi propio juicio entienda que he de hacer algo diferente. Correlativamente, pretender que se tiene autoridad legítima sobre otro equivaldría a sostener que hay razones para que éste reconozca el deber de hacer lo que le ordenemos en los términos descritos.

Puede que este análisis de la idea de autoridad sea erróneo. Pero lo que no cabe ignorar es que quien lo dé por bueno tiene ante sí un arduo problema, –al que Raz no ha dudado en referirse como «la paradoja de la autoridad»[4]: si la aceptación de la autoridad de otro implica deponer y postergar el propio juicio acerca de lo que se ha de hacer, ¿cómo es posible que un sujeto racional acepte alguna «autoridad legítima» sobre sí? ¿cómo es posible que haya alguna autoridad que *verdaderamente sea* legítima (y no meramente autoridades que irracionalmente son tenidas por legítimas)? La suspensión o postergación del juicio propio tiene que ser racionalmente justificada si se quiere demostrar la mera posibilidad conceptual de que exista alguna autoridad auténticamente legítima: pero la dificultad estriba en aclarar de qué modo sería posible semejante justificación, dado que, al menos en apariencia, la racionalidad práctica consistiría por definición –desde el punto de vista de cada sujeto– en hacer justamente aquello que se entiende que hay razones concluyentes para hacer.

Esta paradoja de la autoridad puede ser examinada igualmente desde otra perspectiva. Aparentemente, si las prescripciones de la autoridad coinciden con lo que moralmente debe hacerse, ciertamente habrá razones para actuar del modo prescrito: pero que la autoridad lo haya ordenado *no será* una de esas razones (habría exactamente las mismas razones para hacerlo aunque dichas prescripciones no se hubieran dictado o fueran revocadas). Y si no coinciden, dado que siempre ha de hacerse lo moralmente correcto, habrá razones para transgredir aquellas prescripciones. Así que, cualquiera que sea el caso, las prescripciones de la autoridad siempre serían irrelevantes desde el punto de vista moral, esto es, del ejercicio de la autoridad no podría derivarse diferencia alguna respecto a lo que moralmente deben hacer los sometidos a ella[5].

---

[4] Cfr. Raz, 1982, pp. 17-18.

[5] Así plantea el problema Nino, refiriéndose a él como paradoja de la «irrelevancia moral del gobierno»: cfr. Nino, 1989a, p. 370; 1989b, p. 118. Nino

Me parece que la mayor virtud de la concepción raziana de la autoridad legítima radica en haber tomado en serio la fuerza de estas paradojas. O dicho de otro modo: en haber partido de la base de que ninguna concepción de la autoridad legítima puede considerarse satisfactoria a menos que consiga sortearlas con éxito. La vía a través de la cual intenta hacerlo él se asienta sobre esta idea matriz: que en ocasiones el intento de actuar según un cierto conjunto de razones resulta auto-frustrante, y que en esos casos lo que la racionalidad exige es el seguimiento de una *estrategia indirecta,* es decir, el abandono del intento de tomar la propia apreciación acerca de lo que exige aquel conjunto de razones como guía directa de la acción, teniendo sin embargo dicho abandono como resultado el mejor seguimiento de las mismas. Si fuese posible demostrar que, al menos en determinadas circunstancias, un individuo ajusta mejor su conducta al conjunto de razones para actuar que efectivamente tiene si, en vez de seguir su propia estimación acerca de qué es lo que aquellas razones exigirían en esa ocasión, hace lo que la autoridad le ordena que haga, habría quedado demostrado que suspender o postergar el propio juicio, lejos de suponer una abdicación de la racionalidad práctica, sería precisamente lo que haría un agente verdaderamente racional.

A juicio de Raz, hay efectivamente circunstancias en las que dicha demostración es posible. Y de ahí que denomine su propia tesis «concepción de la autoridad como servicio» [*service conception of authority*][6], puesto que la idea a defender consiste en que las autoridades son legítimas en la medida en que *nos sirvan* para actuar de conformidad con las razones que deben guiar nuestra acción de un modo mejor o más acertado que el que nos sería dado alcanzar sin ellas. Dicha concepción se resume en tres tesis, indisolublemente ligadas, en las que conviene detenerse brevemente.

Con arreglo a la primera de ellas –«tesis de la *dependencia*»[7]–, que es una tesis normativa acerca de cómo debe ejercerse la autoridad, si lo que justifica a ésta es el servir a quienes la aceptan para mejor actuar según las razones que efectivamente tienen, se sigue de ello que las directivas de la autoridad deben estar basadas

---

propone una original vía de salida para dicha paradoja, basada en lo que denomina el «valor epistemológico de la democracia» (vid. Nino, 1989a, pp. 387-400; 198b, pp. 129-133; y 1991), cuya plausibilidad no puede ser examinada dentro de los límites de este trabajo.

[6] Raz, 1986, p. 56.

[7] Raz, 1986, p. 47.

en dichas razones, es decir, en las «razones subyacentes»[8], en aquellas que, en ausencia de autoridades, el agente debería intentar seguir con arreglo a su propia apreciación de las mismas. Debe retenerse el dato de que entre las razones subyacentes que tiene el sometido a la autoridad se incluirían sus razones para modificar la situación o el contexto en el que actúa, de manera que en la situación resultante tenga razones para actuar que no tenía antes de llevarse a cabo dicha modificación (es lo que sucedería, según Raz, cuando el agente se encuentra inmerso en situaciones de interacción estratégica con la estructura del «dilema del prisionero» o de un problema de coordinación)[9]. Igualmente, la tesis de la dependencia autorizaría a la autoridad a basar sus directivas en razones «indirectamente subyacentes», es decir, en razones no estrictamente subyacentes cuyo seguimiento posibilita y maximiza sin embargo la conformidad global a las razones subyacentes: porque en ocasiones la mejor forma de lograr que la obediencia global a las directivas de la autoridad represente el seguimiento óptimo por parte de los sometidos a ella de las razones subyacentes pasa por la imposición de algunos deberes que en ausencia de autoridad éstos no tendrían, pero que son necesarios, por ejemplo, para la propia organización de la maquinaria a través de la cual se ejerce la autoridad[10].

Con arreglo a la segunda –«tesis de *la justificación normal*»[11]–, para que una autoridad pueda ser considerada legítima o justificada no basta con que en su actuación se atenga a la tesis de la dependencia: además ha de poderse demostrar que un agente que simplemente obedezca sus directivas cumpliría mejor con las «razones subyacentes» que si, en absoluta ausencia de autoridad, tratara directamente de determinar por sí mismo qué es lo que éstas exigen y actuara de acuerdo con el resultado de dicha deliberación. La concurrencia de ambos requisitos es imprescindi-

---

[8] *PRN,* 1990, p. 193. En Raz, 1986, p. 47, no se hablaba de «razones subyacentes» [*underlying reasons*], sino de «razones dependientes» [*dependent reasons*], lo que me parece menos atinado, puesto que se trata de las razones *de las que tiene que depender* el contenido de las directivas de la autoridad. Pero aunque la nueva terminología sea más afortunada, el concepto manejado por Raz en uno y otro caso es exactamente el mismo.

[9] Raz, 1986, pp. 48-51.

[10] Raz, 1986, p. 52.

[11] Raz, 1986, p. 53. Raz habla de «tesis de la justificación *normal*» porque a su juicio lo que *normalmente* justifica a la autoridad es la satisfacción de la misma. Entiende no obstante que existirían además algunas vías complementarias para hacerla legítima o justificada que tendrían que ver con las ideas de «consentimiento» o «respeto», a las que no voy a referirme aquí.

ble: si no se diera el segundo las directivas de la autoridad serían irrelevantes e inútiles desde el punto de vista práctico.

Por fin, la tercera tesis –«tesis del *reemplazo*»[12]– «no sería sino un corolario o complemento natural de las otras dos, y se referiría al modo en que las directivas de la autoridad legítima o justificada habrían de incidir o ser tomadas en cuenta en el razonamiento práctico de su destinatario. La «concepción de la autoridad como servicio» pretende captar lo que, según Raz, es la verdadera razón de ser de la autoridad, que consistiría en el desplazamiento (avalado por la razón) de la toma de decisiones de una persona a otra. Si –por hipótesis– dicho desplazamiento es racional cuando un sujeto no es capaz de determinar por sí mismo qué es lo que exige en cada caso el conjunto de razones subyacentes con el mismo acierto con el que consigue hacerlo la autoridad legítima, se sigue de ello que las directivas de ésta no habrán de ser consideradas por aquél como *una razón más* que se *añade* a las razones subyacentes preexistentes, sino justamente como una que las desplaza y ocupa su lugar, esto es, que las *reemplaza* en el razonamiento práctico del destinatario; y ello simplemente porque, satisfaciendo la autoridad la tesis de la justificación normal, el sujeto cumpliría mejor con lo que las razones subyacentes exigen si, en vez de guiarse por su propia apreciación al respecto, se limita a hacer lo que la autoridad justificada ordena. De hecho, dado que las directivas de una autoridad legítima habrían de reflejar el balance de todas las razones subyacentes relevantes para el caso, considerarlas como una nueva razón que se añade a las razones subyacentes preexistentes supondría *contar dos veces* las mismas razones.

Por supuesto, toda esta elegante construcción formal pende de la posibilidad de demostrar, mediante argumentos sustantivos, que efectivamente –como supone Raz– hay circunstancias en las que un agente que simplemente obedezca las directivas de la autoridad cumpliría mejor con las razones subyacentes que si tratara directamente de determinar por sí mismo qué es lo que éstas exigen. De la plausibilidad de esos argumentos sustantivos me ocuparé más adelante. Pero antes convendría insistir en dos ideas que se derivan del análisis expuesto.

---

[12] «Raz, 1986, p. 46. «Reemplazo» es una traducción no completamente fiel del término «*pre-emption*», que, tomado del vocabulario jurídico y del de las reglas de ciertos juegos, expresaría aproximadamente la idea de adelantarse a otro a la hora de hacer algo y ganar así cierto derecho de prioridad sobre él; o la de ocupar cierta posición impidiendo así que la ocupe otro o desplazándole de ella. No obstante, en el sentido en el que lo emplea Raz, creo que puede hacerse equivaler sin demasiada distorsión a las ideas de «sustitución» o «reemplazo».

En primer lugar, de ser globalmente sostenible, la concepción raziana de la autoridad legítima conseguiría la reconciliación de la idea de suspensión o postergación del propio juicio –que en cualquier caso se considera consustancial a la aceptación de autoridades– con la racionalidad práctica. Como el propio Raz señala, dicha idea no expresaría ya «el inmenso poder de las autoridades», sino, muy al contrario, «lo limitado de su papel»[13]: lejos de traer consigo cualquier connotación de «obediencia ciega» o radicalmente acrítica a las autoridades, lo que subrayaría, rectamente entendida, sería que la función de la autoridad *debe* contraerse a hacer posible el seguimiento óptimo por parte de los sometidos a ella de las razones subyacentes que éstos tienen previa e independientemente, dado que en determinadas condiciones se encuentra en una mejor posición para propiciar dicho fin (y, consecuentemente, que la aceptación de una autoridad como legítima sólo es racional en esas condiciones y con esos límites)[14].

Y, en segundo lugar, que la naturaleza misma de la autoridad legítima se nos escaparía irremisiblemente si permanecemos anclados en una visión empobrecida de la estructura de los razonamientos prácticos, dentro de la cual todo lo que tiene cabida es la simple comparación lineal entre razones para actuar situadas en un mismo plano *y nada más que eso*. Lo que el análisis de Raz trata de poner de manifiesto es que la complejidad estructural de determinados razonamientos prácticos va mucho más lejos, y exige dar entrada a ideas tales como las de estrategias indirectas para maximizar la conformidad con cierto conjunto de razones mediante el seguimiento directo de *otras* que en algún sentido desplazan y sustituyen a las primeras (y que consiguientemente no operarían en sentido estricto en el mismo plano que éstas, sino que vendrían a ser «razones para no actuar por dichas razones»). Va siendo hora, por tanto, de explorar con detenimiento el denso aparato conceptual a través del cual ha intentado Raz representar adecuadamente esos niveles potenciales de complejidad. Pero antes conviene aludir brevemente al modo en que Raz conecta su concepción de la autoridad con su análisis de la naturaleza del derecho (lo que demostraría, de paso, que las categorías que va a

---

[13] Raz, 1985, p. 300.

[14] Una concepción semejante de la autoridad legítima tiene entonces como consecuencia que no todos los individuos ni en todas las ocasiones tienen *las mismas razones* para postergar su propio juicio y hacer simplemente lo que la autoridad ordena; y, dado que las autoridades políticas existentes típicamente no suelen reconocer esa salvedad, que la autoridad que éstas reclaman para sí excede normalmente de la que habría que atribuirles a la luz de la tesis de la justificación normal (cfr. Raz, 1986, p. 80).

sacar a la luz ese análisis formal de los razonamientos prácticos no sólo serían imprescindibles para la fundamentación de ciertas tesis de filosofía política –como las relativas al concepto de autoridad legítima–, sino también para la de una teoría del derecho).

1.2. *Autoridad y derecho*

La tesis de la justificación normal define qué autoridades *son* legítimas. Pero por supuesto es posible que alguien considere legítima a una autoridad que realmente no lo es; o que alguien pretenda o reclame para sí una autoridad sobre otro sin que concurran las circunstancias que la harían legítima. Todo lo que cabe decir en tales casos es que aquel reconocimiento y esta pretensión serían irracionales (aunque los sujetos implicados piensen erróneamente lo contrario). La diferencia entre una autoridad que es legítima y una que es considerada como tal (o se pretende tal) permite en cualquier caso introducir el concepto de autoridad efectiva o *de facto,* es decir, de una autoridad que puede ser o no verdaderamente legítima, pero que en cualquier caso se pretende legítima y que en términos generales consigue ver cumplidas sus directivas por parte de aquellos sobre los que pretende tener autoridad (ya sea porque éstos reconocen efectivamente aquella pretensión, ya porque actúen guiados meramente por consideraciones de tipo prudencial, basadas en la posibilidad de que otros que probablemente sí la reconocen y que cuentan con la fuerza suficiente usen ésta en su contra).

Si un sistema jurídico existe habrá de poseer autoridad *de facto*. Lo que es tanto como decir –siempre a juicio de Raz– que *pretende* autoridad legítima[15]. Esta idea es verdaderamente central dentro del proyecto raziano: por un lado, permitiría captar la naturaleza misma del derecho como sistema normativo institucionalizado; por otro, ofrecería la base necesaria para preferir una tesis determinada entre las varias manejadas por la teoría jurídica acerca de la cuestión de la identificación de una norma como parte del derecho.

a) Es obvio que un sistema normativo desprovisto de institu-

[15] Cfr. Raz, 1982, cap. II; 1984, p. 131. Raz opina, no obstante, que todo derecho reclama para sí *más autoridad* de la que podría conferirle la tesis de la justificación normal: y de ahí su opinión de que no existe una obligación moral, ni siquiera *prima facie,* de obedecer el derecho.

ciones aplicadoras de sus normas difiere notablemente de los sistemas jurídicos nacionales modernos. Éstos son a su vez profundamente distintos de lo que Raz denomina «sistemas de absoluta discreción», es decir, sistemas de normas que meramente instituyen y regulan el funcionamiento de órganos llamados a resolver conflictos mediante la emisión de pronunciamientos a los que se considera revestidos de autoridad, pero que, en la medida en que consisten *sólo en eso,* no establecen ningún conjunto de normas especificadas de antemano como criterios que deberían guiar las decisiones de dichos órganos: de éstos se esperaría entonces, simplemente, que decidieran en cada caso sobre la base de lo que con arreglo a su propio criterio estimaran que era el balance de todas las razones en juego.

Lo característico entonces de los genuinos sistemas normativos institucionalizados –entre los cuales los más importantes serían los sistemas jurídicos– sería la presencia en ellos de lo que Raz denomina «órganos primarios»[16], entendiendo por tales un cierto tipo especial de instituciones definido por la concurrencia de dos requisitos (o, si se quiere, por el funcionamiento combinado de dos tipos de relaciones de autoridad). En primer lugar, dichos órganos resuelven conflictos con arreglo a criterios especificados de antemano y provenientes de una o más fuentes a las que consideran dotadas de autoridad, lo que es tanto como decir que aceptan una justificación para no basar sus decisiones directamente en su propio criterio acerca de las razones de orden general aplicables al caso, sino en las directivas emitidas por cierta(s) autoridad(es) legisladora(s)[17]. Y en segundo lugar, los órganos primarios son considerados a su vez como autoridades por otros órganos diferentes que imponen o ejecutan las decisiones de aqué-

[16] Cfr. *PRN,* 1975/1990, sec. 4.3; y Raz, 1982, cap. VI.

[17] Que alguien *acepte que hay* una justificación semejante por supuesto no implica que *realmente la haya.* Por otra parte, la actitud de los órganos primarios en relación con las directivas de las autoridades legisladoras plantea al menos dos problemas que aquí sólo voy a mencionar. El primero de ellos es el de si para la existencia del sistema normativo institucionalizado es condición necesaria que los órganos primarios –o quizá la mayoría de ellos– acepten realmente que existe aquella justificación o si, por el contrario, basta –la acepten o no– con que actúen *como si* la aceptaran; de esa cuestión me he ocupado en otro lugar, al que me permito remitir (vid. Bayón, 1991, apartado 9). El segundo, el de si dicha aceptación ha de tener o no necesariamente carácter moral: la respuesta negativa, como se sabe, ha sido tenazmente defendida por Hart, 1982, cap. X; para la defensa de la respuesta afirmativa –que me parece más convincente: cfr. Bayón, 1991, *loc. cit.,*–, vid. Raz, 1981, pp. 454-455 y 1984, pp. 130-131; Nino, 1984, 1985 caps. III y VII y 1986, pp. 49-53; y Ruiz Manero, 1990, pp. 172-179.

llos, aceptando por su parte una justificación para limitarse a ejecutarlas postergando su propio juicio no sólo acerca de lo que exigen las razones directamente aplicables al caso, sino también acerca de lo que exigirían en cada ocasión las directivas emitidas por las autoridades legisladoras y que los órganos primarios toman como base de sus decisiones (lo que es tanto como decir que los órganos ejecutores aceptan una justificación para un *doble reemplazo:* de las razones de orden general aplicables al caso por las directivas de las autoridades legisladoras; y de su juicio acerca de lo que exigen éstas por la decisión al respecto de los órganos primarios)[18].

Los pasos de la argumentación de Raz se concatenan por consiguiente de este modo: no es posible fijar los rasgos fundamentales de los sistemas jurídicos nacionales modernos si no se repara en su carácter de sistemas normativos institucionalizados[19]; la idea de un genuino sistema de esa clase exige la presencia del tipo peculiar de institución que son los órganos primarios; para comprender qué ha de entenderse por tal, hay que caer en la cuenta de una cierta estructuración compleja de relaciones de autoridad; y como la naturaleza misma de la noción de autoridad legítima se nos escaparía si no damos entrada a la idea de una estrategia indirecta para maximizar la conformidad con cierto conjunto de razones mediante el seguimiento directo de otras que en la deliberación práctica de un sujeto reemplazan a las primeras, este último concepto (i.e., el de una razón para no actuar por

[18] «Cfr. Raz, 1989, p. 1169. El analizar en estos términos la relación entre órganos ejecutores y órganos primarios seguramente proporciona la base para una caracterización metasistemática de éstos que evite un doble riesgo: por un lado, el círculo vicioso resultante de identificarlos con arreglo a las reglas secundarias del sistema y de identificar al mismo tiempo las reglas del sistema a partir de la práctica de reconocimiento de los propios órganos primarios; por otro, la tergiversación de la relación entre ambas clases de órganos que se produce al concebirla en términos meramente *fácticos,* de obediencia habitual, y no normativos. Sobre todo ello, véase el lúcido análisis de Ruiz Manero, 1990, pp. 124-134.

[19] «Para caracterizar satisfactoriamente los sistemas jurídicos haría falta además mostrar cuál sería su diferencia específica dentro del género más amplio de los sistemas normativos institucionalizados. Para Raz –cfr. *PRN,* 1975/1990, pp. 149-154–, dicha diferencia específica se encuentra en el tipo de relación entre el derecho y el resto de los sistemas de esa clase existentes en una sociedad (el derecho sería un sistema «comprensivo», que «pretende ser supremo» y «abierto»), y no tanto, como me parece a mí más decisivo, en el hecho de que sólo el derecho tenga tras de sí un aparato que (cuasi) monopoliza el uso de la fuerza (lo que, para Raz, sería un rasgo de todos los sistemas jurídicos conocidos, pero no una propiedad definitoria del concepto de «sistema jurídico»: cfr. *PRN,* 1975/1990, pp. 157-161).

otras razones) resultaría ser imprescindible para la comprensión del fenómeno jurídico.

b) Pero además, según Raz, que el derecho pretenda autoridad legítima (y no sea concebible ni inteligible sin esa pretensión) proporcionaría la base para un argumento en favor de lo que cabe denominar la «tesis de las fuentes sociales», esto es, en favor de la tesis según la cual qué es y qué no es derecho es siempre una cuestión de hechos sociales complejos, y por tanto en contra de tesis rivales de ésta tales como la que Raz denomina «tesis de la coherencia» y que no es sino la idea dworkiniana de que el derecho consiste en normas identificables por sus fuentes sociales *junto con* el conjunto de principios no derivados de fuentes sociales que integran la mejor justificación moral global de aquellas normas.

El argumento es el siguiente. Que el derecho reclame para sí autoridad legítima no quiere decir que realmente la tenga siempre. Pero hay dos tipos de motivos por los que puede carecer de ella. Puede no tenerla, en primer lugar, porque falten las *condiciones normativas* requeridas, es decir, porque no concurran las circunstancias que hacen que quede satisfecha la tesis de la justificación normal. Pero también puede carecer de ella, en segundo lugar, porque no se den las *condiciones no normativas* que han de concurrir para que exista la capacidad misma de ser autoridad: dado el análisis raziano de la idea de autoridad legítima, que ya conocemos, nadie es materialmente capaz de funcionar como autoridad si no puede *comunicar* sus directivas que pretendidamente reflejan el balance de razones subyacentes y si dichas directivas y su contenido no pueden ser reconocidas e *identificadas* por sus destinatarios sin volver a plantear directamente la cuestión de qué es lo que resulta de ese balance. Dicho con otras palabras: el beneficio de contar con autoridades legítimas se pierde si no es posible establecer la existencia y contenido de sus directivas sin suscitar la cuestión misma que la autoridad legítima aspira a dar resuelta. Pero entonces se sigue de ello que la pretensión del derecho de contar con autoridad legítima tendría que ser absurda por principio si careciera de la capacidad material de funcionar como autoridad; y puesto que realmente carecería de dicha capacidad material si la «tesis de la coherencia» fuese la respuesta correcta a la pregunta «¿qué cuenta como derecho?, de todo ello resultaría que esta última tesis choca frontalmente con la pretensión central del derecho y que, por consiguiente, debe ser descartada en favor de su rival, la tesis de las fuentes sociales[20].

---

[20] Vid. Raz, 1985, especialmente, pp. 300-305. El argumento ya aparecía esbozado –pero no plenamente desarrollado– en Raz, 1982, p. 72.

En suma, tanto el análisis raziano de la idea de autoridad legítima como los ejes o postulados básicos de su teoría del derecho –estrechamente ligados a los resultados de aquel análisis se asientan en último término sobre un mismo núcleo conceptual: la idea de una estrategia indirecta para maximizar la conformidad con cierto conjunto de razones mediante el seguimiento directo de otras que en la deliberación práctica de un sujeto reemplazan a las primeras. Para captar adecuadamente el sentido de esa noción fundamental, es preciso enmarcarla dentro del análisis general de la estructura de los razonamientos prácticos que Raz nos propone. De ello me ocupo a continuación.

1.3. *El análisis raziano de la estructura de los razonamientos prácticos y sus instrumentos conceptuales*

Al examinar la teoría de las razones para la acción que Raz nos ofrece, ha de tenerse en cuenta que su propósito fundamental no es otro que el de introducir la noción de «razón excluyente». Y aunque para alcanzar ese objetivo es preciso recorrer una serie de pasos previos, bien puede decirse que en cada uno de ellos el análisis de Raz se limita al mínimo estrictamente necesario para hacer posible, en su momento, la introducción de aquella idea clave. Esa forma de proceder tiene como consecuencia que algunos de los problemas más básicos o fundamentales que rodean a la idea misma de una «razón para actuar» sean despachados de forma excesivamente sumaria (o incluso francamente deficitaria)[21].

[21] Raz da por sentado, por ejemplo, que las razones para actuar son *«hechos»,* si bien entiende por tal «aquello en virtud de lo cual enunciados verdaderos o justificados son verdaderos o justificados», lo que supone hablar de «hechos» en un sentido peculiar que, entre otras cosas, *incluye* los «valores» (*PRN,* 1975/1990, pp. 17-18). Naturalmente, el hablar de los valores como «hechos» implica una toma de partido –no argumentada– en favor de la concepción general de las razones para actuar (cuando éstas se entienden como razones *justificativas,* y no como razones *explicativas* o motivos de la conducta de un agente determinado) como razones externas u objetivas, es decir, como razones que son válidas aunque nadie en el mundo las incluya en su conjunto de preferencias, porque su validez no es relativa a su aceptación por un agente (de manera que sería perfectamente posible evaluar las preferencias últimas o supremas de un individuo desde un punto de vista que no resulte ser meramente el conjunto de preferencias últimas *de otro,* sino una instancia independiente de ambos, exterior a ellos, *objetiva*).

Hay desde luego un modelo general alternativo que conecta conceptualmente la noción de razones para la acción a la idea de *preferencias* (de distintas clases o niveles). Para este segundo modelo todas las razones para actuar lo son *desde el punto de vista de alguien,* y todo lo que se diga al respecto se dice siempre

Pero aunque estas carencias hayan de consignarse en el pasivo del análisis raziano, el intento de colmarlas queda fuera de los límites de este trabajo. Sólo mencionaré –y muy brevemente– los pasos que nos conducen hasta el concepto de razón excluyente, en el que pretendo concentrar mi atención.

En primer lugar, Raz nos propone varias definiciones básicas cuyo sentido se aclara en relación con la idea de razonamiento o inferencia práctica. A su juicio las razones para actuar son *«hechos»*[22], y los enunciados que son descriptivos de «hechos» que constituyen razones para la realización de cierta acción por un determinado agente actúan como premisas de inferencias prácticas. El conjunto de «hechos» tomados en cuenta en una inferencia práctica válida cuyas premisas no sean redundantes constituye una *razón completa* para la acción a la que se refiere su conclusión. Ahora bien, entre todos esos «hechos» hay algunos respecto de los cuales creer en su existencia implica tener una actitud crítica práctica (no sería posible, por ejemplo, «creer en la existencia» de cierto valor sin aprobar *eo ipso* las acciones que lo promueven o materializan). Los «hechos» de este tipo constituyen razones *operativas.* Todos los demás hechos que, junto a las razones operativas, integran razones completas –y respecto de los cuales creer en su existencia es compatible con no tener ninguna actitud crítica práctica determinada–, constituyen razones *auxiliares.*[23] La función de unas y otras dentro de un razonamiento práctico puede resultar más clara si se piensa en las primeras como en su «premisa mayor» y en las segundas como su «premisa menor»: los enunciados

---

desde un punto de vista (es decir, la afirmación de que algo constituye una razón para actuar es adscriptiva, no descriptiva). Eso es tanto como decir que no existe un punto arquimédico en el que situarse para contemplar y evaluar desde fuera –esto es, sin situarse uno ya en un punto de vista particular– si «verdaderamente» *son* razones para actuar. La opción en favor de una de estas dos concepciones generales, lejos de ser sencilla o de poder darse por supuestas en uno u otro punto de vista se acepta como razones para actuar. La opción en favor de una de estas dos concepciones generales, lejos de ser sencilla o de poder darse por supuesta en uno u otro sentido, depende de la forma en que resolvamos algunas cuestiones centrales de la filosofía general del discurso práctico en cuyo examen Raz no se interna. Por mi parte, he tratado de analizar sistemáticamente esas cuestiones generales en Bayón, 1991, parte I, a donde me permito remitir.

[22] Véase la nota anterior acerca del peculiar sentido que Raz atribuye a esta afirmación y que, a mi juicio, justifica la cautela de hablar *entrecomilladamente* de «hechos».

[23] *PRN,* 1975/1990, pp. 22-25 y 33-35. Entre las razones operativas, Raz incluye –de manera un tanto imprecisa y asistemática- los deseos, intereses y valores (*ibi,* p. 34). No obstante ha de tenerse en cuenta, como se verá enseguida, que a su juicio también las *normas* son razones operativas, si bien de un tipo especial.

descriptivos de las razones auxiliares transferirían la actitud crítica práctica de la premisa mayor a la conclusión, señalando qué acción en concreto se tiene una razón para ejecutar habida cuenta de la validez de cierta razón operativa y de determinadas circunstancias contingentes que hacen que, en un caso dado, realizar aquella acción sea la forma de actuar de acuerdo con dicha razón operativa.

Las razones para actuar –operativas o completas– se relacionan entre sí por su *peso* o *fuerza* respectivos: si entran en conflicto, la razón de más peso prevalece sobre la de fuerza menor. Una razón es *concluyente* si, en una situación dada, ninguna otra prevalece por peso sobre ella; *absoluta,* si *nunca* es el caso que otra razón prevalece sobre ella; y meramente *prima facie* si no es ni absoluta ni concluyente[24]. Como además –siempre ajuicio de Raz– un enunciado del tipo «hay una razón para que *x* haga Ø» equivale a otro como «*x* debe hacer Ø»[25], las distinciones que se acaban de presentar permitirían entender con facilidad las nociones de deber *prima facie,* deber concluyente (o «habida cuenta de todos los factores relevantes») y, eventualmente, deber absoluto.

Tomando en cuenta esta dimensión de peso o fuerza, la imagen resultante de la deliberación práctica sería la de un balance global en el que se sopesan todas las razones a favor y en contra de la acción acerca de cuya realización se delibera. De ese modo, resultaría aparentemente indiscutible –por tautológico– un principio meramente formal de la racionalidad práctica en virtud del cual siempre se debe hacer lo que se tiene una razón concluyente para hacer, esto es, lo que resulte en cada ocasión del balance global de razones a favor y en contra sopesadas según su fuerza relativa. A este principio aparentemente indiscutible se refiere Raz como «P_1»[26]. Pero de lo que Raz va a intentar convencernos es de que, sean cuales fueren las apariencias, P_1 resulta excesivamente simplista como para hacer justicia a la verdadera complejidad potencial de la racionalidad práctica.

---

[24] *PRN,* 1975/1990, pp. 25-28.

[25] *PRN,* 1975/1990, p. 29. La afirmación, con todo, parece un tanto discutible: por un lado, no parece que esa equivalencia sea mantenible -a no ser en un sentido extraordinariamente lato de «deber», que no corresponde al uso ordinario- *sea cual sea* la naturaleza de la razón operativa que se afirma que concurre (y que puede ser, pongamos por caso, el mero interés del agente): por otro, no permite dar cuenta de la diferencia que mediaría entre un acto debido y uno supererogatorio (en favor de cuya realización, ciertamente, *tiene que haber alguna razón,* pero que no por ello se reputa debido).

[26] *PRN,* 1975/1990, p. 36.

A juicio de Raz –que en este punto sigue ideas de Warnock[27]– P_1 no permitiría entender el papel de las *reglas* en el razonamiento práctico. En su opinión no puede decirse con propiedad que alguien «acepta una regla» si reconsidera la totalidad de razones a favor y en contra de hacer lo que la regla establece en *cada una* de las ocasiones de aplicación de la misma, porque «tener una regla es como haber decidido de antemano qué hacer»[28]. En ese sentido, una regla no sería meramente una razón más para actuar, ni siquiera una que *generalmente* prevalece en cierta clase de situaciones (y por ello mismo diferiría sustancialmente de un juicio de deber ordinario, que, siempre según Raz, equivaldría como ya sabemos a la afirmación de que hay cierta razón para actuar). El papel genuino de una regla consistiría en retirar o desplazar de antemano del razonamiento práctico de un agente un conjunto de posibles razones de signo contrario para todas y cada una de las ocasiones en las que la regla sea aplicable, de manera que la elección del agente para cada una de esas ocasiones quede prefigurada por la regla sin que proceda la reconsideración global caso por caso de la totalidad de razones concurrentes a favor y en contra. El razonamiento práctico en el que entran en juego reglas, en definitiva, no encajaría en el molde formal de P_1.

Ahora bien, si aceptamos esa caracterización de la idea de regla, lo que no resulta tan claro es en qué sentido podría ser racional aceptar y seguir reglas; o lo que es lo mismo: en qué sentido podría sostenerse que apartarse de P_1 no es *necesariamente* irracional. A juicio de Raz aceptar y seguir reglas *puede ser* racional (aunque no siempre lo es). Y para entender en qué sentido puede serlo habría que introducir la noción de «razones de segundo orden», puesto que sería la existencia de razones de segundo orden válidas la que determinaría que la racionalidad práctica no siempre quede confinada dentro de los márgenes de P_1. Para entender este paso fundamental del análisis de Raz es preciso presentar toda una familia de conceptos nuevos.

Raz llama razones de primer orden a las razones para realizar o no realizar una acción. Las razones de segundo orden serían razones para actuar o no actuar por una razón de primer orden: en el primer caso se trataría de una «razón de segundo orden positiva»; en el segundo, de una «razón de segundo orden negativa» o *razón excluyente.* Una «razón protegida» sería aquella que es a la vez una razón de primer orden para Ø y una razón excluyente

[27] Cfr. Warnock, 1971, pp. 46-47.
[28] *PRN,* 1975/1990, p. 73.

para abstenerse de actuar por otras razones de primer orden en contra de Ø[29].

La distinción entre estas diversas clases de razones obligaría a trazar una tipología de los conflictos prácticos bastante más compleja que la que representa P_1 que sólo sería apto para reflejar el modo en que se desenvuelven los conflictos entre razones de primer orden. En el esquema de Raz, una razón puede ser superada en peso por otra del mismo orden o excluida por otra de orden superior; y en este último caso la razón excluyente prevalecería sobre las razones de primer orden que excluye no en virtud de su mayor peso –como si una y otras hubiesen de ser sopesadas dentro de un mismo balance–, sino en virtud de un principio general del razonamiento práctico a tenor del cual las razones para no actuar por otras razones prevalecerían siempre sobre éstas en el sentido de que las últimas quedarían retiradas o desplazadas de la consideración del agente por las primeras[30].

Dos datos suplementarios complican aún más la tipología de los conflictos prácticos. En primer lugar, nos advierte Raz, las razones excluyentes tienen un alcance [*scope*]: lo que eso significa es que una razón excluyente válida puede excluir sólo una parte, y no la totalidad, de las razones de primer orden relevantes, de manera que el alcance de una razón excluyente es el conjunto de razones de primer orden que excluye[31]. Si es además una «razón protegida», el conflicto entre ella en su dimensión de razón de primer orden y las razones de primer orden que no excluye –i.e., que quedan fuera de su alcance– se decide en términos de peso o fuerza con arreglo a P_1. Y en segundo lugar, también serían concebibles conflictos entre razones de segundo orden de signo contrario, que se decidirían en términos de peso o fuerza[32]. De cualquier razón no superada en peso por otra del mismo orden ni excluida por otra de orden superior podríamos decir que es una razón «no derrotada» [*undefeated*]. Y con todos estos elementos a la vista habríamos de concluir que la racionalidad práctica no queda definida necesariamente por P_1 dada la validez de un principio complementario –P_2– que cabría formular como «no se debe actuar según el balance de razones si las razones que lo deciden son excluidas por una razón excluyente no derrotada». Y si quisiéramos extraer un principio aplicable por igual a las situaciones en las que es válido P_1 y a aquéllas en las que es válido P_2,

[29] *PRN,* 1975/1990, p. 39; Raz, 1982, pp. 32-33.
[30] *PRN,* 1975/1990, pp. 40 y 45-47.
[31] *PRN,* 1975/1990, pp. 40 y 46.
[32] *PRN,* 1975/1990, p. 47.

obtendríamos P_3: «siempre es el caso que uno debe, habida cuenta de todos los factores relevantes, actuar por una razón no derrotada». La verdadera racionalidad práctica consistiría según Raz en actuar *siempre* de acuerdo con P_3, lo que sólo *algunas veces* –a saber: cuando no entraran en juego razones de segundo orden válidas– equivaldría a actuar según P_1[33].

Ahora ya es posible entender en qué sentido quien acepta una regla y consiguientemente se aparta de P_1, no sería necesariamente irracional. Para Raz las reglas son razones excluyentes (aunque no todas las razones excluyentes son reglas)[34], y sólo puede decirse que acepta una regla de aquel agente que la considera una razón excluyente. En su opinión, una regla –a diferencia de lo que sucedería con un juicio de deber ordinario– no expresa que *hay* una razón para realizar cierta acción, sino que *es ella misma* una razón de cierta clase especial (generalmente, aunque no siempre, una razón protegida[35]). Conviene de todos modos introducir dos tipos de precisiones respecto al sentido en el que Raz afirma que las reglas son razones para actuar (de esa clase especial).

En primer lugar, se ha de recordar que según Raz cabe distinguir entre lo que *verdaderamente es* y lo que *alguien cree que es* una razón para actuar, entre razones que *son* válidas y razones que alguien *considera* válidas (acertada o desacertadamente). Si una regla no es más que un tipo especial de razón, habrá reglas válidas (incluso si *nadie* las considera como tales) y reglas que no lo son (con independencia de que alguien –o muchos; o todos– las considere válidas)[36]. Eso es tanto como decir que no todo el que acepta una regla es racional al hacerlo: lo será si realmente la regla *es* una razón excluyente válida. Lo que Raz sostiene no es meramente que *de facto* haya sujetos que consideren válidas ciertas razones excluyentes: lo que sostiene es que *hay* razones excluyentes válidas (si la clase de las «razones excluyentes válidas» constituyera un conjunto vacío, el concepto carecería obviamente de interés), aunque ciertamente el conjunto de todas las que lo son

---

[33] *PRN,* 1975/1990, p. 40.

[34] *PRN,* 1975/1990, pp. 77-78; también lo serían, según Raz, las decisiones, órdenes, promesas...

[35] *PRN,* 1975/1990, p. 77.

[36] *PRN,* 1975/1990, pp. 80-81. Hablar en este contexto de reglas *válidas* equivale a hablar de razones (de un tipo especial) válidas, esto es, de reglas que es racional o está justificado aceptar. Por consiguiente no se habla aquí de «validez» en ningún sentido intrasistémico, como el empleado al decir que una norma *pertenece* a cierto sistema normativo, o que su emisión ha sido correcta de acuerdo con los criterios que el propio sistema estipula, o que puede afirmarse lo primero porque ha sucedido lo segundo.

no sea coextenso con el conjunto de todas las que son consideradas como tales. Por consiguiente el actuar de acuerdo con una razón excluyente válida diferiría radicalmente de la decisión irracional y arbitraria –esto es, no respaldada por una razón de segundo orden válida– de no actuar por una razón de primer orden válida.

Por otra parte, es preciso deslindar con cuidado los diversos significados posibles de un enunciado que afirma que «existe» tal o cual regla. Con ello se podría querer decir, en primer lugar, que esa regla es una razón –por lo general, protegida– válida (o si se quiere: que es *verdaderamente* una razón para actuar de ese tipo especial). En segundo lugar, que esa regla es efectivamente practicada, es decir, que se da el hecho social complejo de que la generalidad de los miembros de un grupo la considera válida (acertada o desacertadamente) y actúa normalmente de acuerdo con ella, Raz no pretende en absoluto que el *hecho* de que exista una regla social en este último sentido constituya una razón para actuar: se tendrá una razón para actuar sólo si la regla efectivamente practicada es válida. Ciertamente *en algunos casos* –como sucedería con las *convenciones* que resuelven problemas de coordinación– el hecho de que la regla sea practicada es relevante para su validez: pero cualquiera que sea el número de las reglas cuya validez dependa de que sean practicadas, habría reglas válidas aunque no sean practicadas y reglas practicadas que no por ello son válidas. Y el mismo tipo de reflexiones podría aplicarse cuando decimos que «existe» una regla queriendo decir que ha sido *prescrita* por alguien (una «autoridad normativa»), sea o no practicada por el grueso del grupo quien emite la norma pretendería que fuese considerada por sus destinatarios como una razón excluyente válida (y, correlativamente, se aceptaría la autoridad de alguien cuando se entendiera que hay una razón excluyente válida para hacer lo que ordena hacer). Pero, de nuevo, que alguien considere válida –o pretenda que otros consideren válida– una razón excluyente es una cosa, y otra muy distinta que verdaderamente sea válida; y por consiguiente para Raz las reglas emitidas por una autoridad no constituyen *necesariamente* razones –protegidas– válidas para la acción[37].

Una vez familiarizados con el aparato conceptual que maneja Raz, creo que resulta evidente la ligazón entre su análisis de la estructura de los razonamientos prácticos, su concepción de la autoridad legítima y su caracterización del derecho en tanto que sistema normativo de un tipo especial. Y también resulta obvio

[37] *PRN,* 1975/1990, pp. 80-84.

que el pilar sobre el que se asienta toda esa construcción no es otro que el concepto de razón excluyente. Me parece, sin embargo, que hay motivos fundados para poner en tela de juicio ese basamento.

2. Crítica del concepto de razón excluyente

2.1. *Dos sentidos de "razón excluyente"*

La idea de una «razón excluyente válida» tiene algo de desconcertante, dado que, si existen ciertas razones válidas para actuar, no es fácil comprender en qué sentido puede ser verdaderamente racional no actuar por dichas razones (o con otras palabras: en qué sentido, distinto del de ser meramente otra razón más del mismo tipo que prevalece sobre ellas por su peso o fuerza, podría haber una razón válida para no actuar por dichas razones). Consciente de ello y para disipar ese aire de paradoja –que no ha dejado de ser señalado y explotado por sus críticos–, Raz ha replanteado globalmente el sentido de la noción de razón excluyente en el apéndice a la segunda edición de *PRN*. Comenzaré examinando los términos de esta reciente reformulación, de la que a mi juicio emerge un concepto de razón excluyente mucho más claro y mejor perfilado –aunque está por ver si es o no aceptable– que el que cabía extraer de escritos anteriores (y especialmente de la primera edición de *PRN*). *A* continuación, no obstante, intentaré demostrar que, en contra de lo que pretende el propio Raz, a lo largo de su obra no siempre se ha manejado la idea de razón excluyente con ese preciso sentido.

a) En su reciente reformulación Raz parte de una distinción básica: si p es una razón para Ø, «se actúa *de acuerdo con* p» cuando se hace Ø, cualquiera que haya sido el motivo del agente para hacerlo, mientras que «se actúa *por* p» cuando no sólo se hace Ø, sino que además el agente lo ha hecho precisamente motivado por p. En el primer caso hay *«conformidad»* [*conformity*] con una razón para actuar; en el segundo, hay además *«cumplimiento»* [*compliance*] o seguimiento de la misma. Sentada esta distinción, que me parece razonablemente clara, Raz da un paso más y afirma que las razones para actuar son con carácter general razones para la conformidad, no para el seguimiento[38], lo que es tanto como decir que uno hace todo lo que tiene una razón para

[38] *PRN,* 1990, p. 180.

hacer –i.e., todo lo que es racional– si actúa «de acuerdo con» las razones aplicables al caso, aunque no actúe «por» ellas. Ésa es sin duda una afirmación controvertible (y que, referida al caso de las razones morales, ciertamente no podría ser compartida por un kantiano, como el propio Raz reconoce[39]); pero, sea como fuere, Raz va a hacer de ella la clave para la defensa de la idea de una «razón excluyente válida».

Porque en efecto, en lo que Raz insiste es en que hay ocasiones en las que el modo de hacer más probable la conformidad con un conjunto de razones radica justamente en no actuar por ellas, es decir, en la adopción de una estrategia indirecta que busca asegurar la conformidad con las mismas por una vía distinta de su seguimiento. Y ese sería en realidad el modo en el que habría que entender la relación entre una razón excluyente y el conjunto de razones excluidas por ella: la razón excluyente sería una razón «para no actuar *por*» las razones –subyacentes– excluidas (esto es, una razón para no actuar *motivado por ellas,* para no intentar hacer de nuestra apreciación de lo que exigen la guía directa de nuestra acción), sin que ello implique en modo alguno el que sea una razón «para no actuar *de conformidad con*» dichas razones. Todo lo contrario: las razones subyacentes excluidas son y seguirían siendo, en tanto que determinantes de la acción correcta, razones *válidas* y por consiguiente sería irracional no «actuar *de acuerdo con* ellas»; lo que ocurre es que, al mismo tiempo, también sería irracional «actuar por ellas» si verdaderamente cabe afirmar que el hacerlo es una estrategia peor para alcanzar en definitiva la conformidad con las mismas que el actuar por la razón excluyente (y precisamente por eso, y sólo por eso, es por lo que podría decirse que ésta es *válida*)[40]. En suma; el papel de las razones excluyentes válidas no sería otro que el de servir de vías indirectas para maximizar la conformidad con las razones subyacentes que excluyen, reemplazando a éstas como *motivaciones correctas* del agente (no como determinantes de la *acción correcta*).

Esta forma de entender la relación entre una razón excluyente y las razones excluidas por ella –que obviamente está modelada en los mismos términos que la concepción raziana de la autoridad legítima «como servicio»– imprime también un determinado signo a la noción más compleja de «razón protegida». Ha de recordarse que para Raz las directivas de una autoridad legítima no son sólo razones excluyentes, sino también al mismo tiempo razones de primer orden para realizar cierta acción (la acción ordenada),

---

[39] *PRN,* 1990, pp. 181-182.
[40] *PRN,* 1990, pp. 185, 190 y 194.

siendo precisamente esa combinación de razón excluyente y razón de primer orden la que constituye la «razón protegida»[41]. Ahora bien, cuando la idea de razón excluyente se entiende del modo descrito –esto es, como estrategia indirecta hacia la conformidad con un conjunto de razones subyacentes–, lo coherente es concebir esa razón de primer orden que es también la razón protegida como razón «dependiente» [*dependent*] y «sustitutiva» [*pre-emptory*], es decir, como una razón de primer orden que intenta *reflejar el resultado* del balance del conjunto de razones de primer orden excluidas (y que por eso es «dependiente» de éstas) y que ocupa su lugar en la deliberación del agente (las «sustituye»)[42]. De lo que se trata, en definitiva, es de actuar de acuerdo con las razones subyacentes excluidas y de hacerlo, como mejor estrategia posible, no actuando directamente por ellas –es decir, intentando el agente determinar por sí mismo qué resulta de su balance–, sino deponiendo o postergando el propio juicio y actuando simplemente por la razón protegida (entendiendo que la conformidad con ésta en tanto que razón de primer orden equivaldría a la conformidad con el resultado del balance de las razones subyacentes excluidas).

Decir de la directiva de una autoridad legítima que es, en tanto que razón de primer orden, una razón dependiente y sustitutiva es tanto como decir que la emisión de dicha directiva no modifica en absoluto el balance de razones de primer orden aplicables al caso, no «genera» ninguna razón nueva que se añade al conjunto de las ya existentes. O dicho con términos más técnicos cuyo significado ya conocemos: si la razón protegida es, en tanto que razón de primer orden, una razón dependiente y sustitutiva el resultado del balance de razones de primer orden anterior a la emisión de la directiva será *el mismo* que el del balance de razones «no derrotadas» con posterioridad a dicha emisión (puesto que la razón de primer orden dependiente y sustitutiva pretende reflejar el resultado del balance de razones de primer orden preexistentes, entenderla como una razón nueva que viene a añadirse a ese balance –y por tanto a alterarlo– supondría *contar dos veces* las razones que prevalecen en él).

En suma, la concepción de las razones excluyentes como vías indirectas para maximizar la conformidad con las razones subya-

[41] De hecho, Raz no destaca ningún caso típico o interesante de razón excluyente que no sea a la vez una razón protegida. En *PRN,* 1975/1990, p. 77, menciona –meramente de pasada– un ejemplo de esa posibilidad, construido por lo demás, según creo, en términos escasamente convincentes.

[42] Cfr. Raz, 1989, pp. 160-161; y Raz, 1986, pp. 57-62.

centes que excluyen, reemplazando a éstas como motivaciones del agente, es coherente con la concepción de las razones protegidas, en su dimensión de razones de primer orden, como razones dependientes y sustitutivas. Este esquema, sin embargo, no es fácilmente trasladable a todos los contextos en los que Raz recurre al concepto de razón excluyente, ni creo que casen con él algunas ideas que en ocasiones ha mantenido expresamente en relación con el mismo.

b) Pensemos, por ejemplo, en el caso de las promesas, que también son a juicio de Raz razones protegidas. Parece evidente que la prestación de una promesa genera una nueva razón para actuar que no existía previamente. De qué modo se «genera» exactamente esa nueva razón es algo que debería ser explicado con mayor detenimiento –y a lo que me referiré más adelante–, pero ahora lo que interesa es determinar cómo se relaciona la nueva razón creada con el resto de razones («de primer orden») preexistentes. Una primera posibilidad sería desde luego entender que se trata de otra razón más de primer orden que habrá de ser sopesada con el resto dentro de un balance global (en la terminología raziana, estaríamos entonces ante un conflicto que se desenvuelve en los términos de P_1). Ahora bien, si aceptamos, con Raz, que las promesas son «razones protegidas» –i.e., razones de primer orden que son a la vez razones excluyentes–, habría que entender que el «desplazamiento» de razones preexistentes por la nueva razón creada equivale a la exclusión de razones de primer orden por otra de segundo orden (para no actuar por ellas), no simplemente al hecho de que, entre razones del mismo tipo, la que ahora se añade al balance pueda eventualmente prevalecer por su peso o fuerza sobre las demás.

Obsérvese, sin embargo, que en este caso el concepto de «razón protegida» no tiene la misma estructura que se acaba de analizar hace un momento. En tanto que razón de primer orden, no cabe decir ahora de ella que es «dependiente y sustitutiva» (el resultado del balance de razones de primer orden con anterioridad a la prestación de la promesa no tiene ya por qué coincidir con el del balance de razones no derrotadas con posterioridad a la misma); y no parece que aquí encaje bien –o mejor: parece que no encaja en absoluto– la concepción de las razones excluyentes como vías indirectas para maximizar la conformidad con las razones subyacentes que excluyen, puesto que de hecho, en el caso que ahora nos ocupa, la razón excluyente no lo es sólo para no «actuar por» las razones que excluye, sino que perfectamente puede serlo también –y lo será en muchas ocasiones– para no «actuar de conformidad con» dichas razones excluidas (con otras

palabras: la conformidad con la razón protegida en tanto que razón de primer orden no tiene ya por qué equivaler a la conformidad con el resultado del balance de las razones excluidas; y por consiguiente poco sentido tendría afirmar que el seguimiento de la razón protegida constituye «la mejor estrategia» para asegurar la conformidad con aquéllas).

En definitiva, me parece que andan en juego dos formas distintas de entender la relación entre una razón excluyente y las razones excluidas por ella[43]. De hecho, puede detectarse en los textos de Raz una oscilación que, lejos de constituir un detalle trivial, me parece reveladora de la ambigüedad mencionada. En la más reciente reformulación raziana, una razón protegida se define como la combinación de una razón para realizar cierta acción y una razón excluyente para no actuar por ciertas razones *a favor* o *en contra* de aquella acción[44]; en ocasiones anteriores, sin embargo, la había definido como la combinación de una razón para realizar cierta acción y una razón excluyente para no actuar por ciertas razones *en contra* de dicha acción[45]. No creo que la diferencia entre ambas formulaciones sea meramente fruto del descuido. En efecto, cuando las razones excluyentes se conciben como estrategias indirectas para maximizar la conformidad con las razones subyacentes excluidas carecería de sentido decir que lo que excluyen son sólo las razones *en contra* de la acción para la que existe una razón protegida: puesto que se trata de razones para que el agente no intente hacer de su apreciación de lo que exige el balance de las razones subyacentes la guía directa de su acción, son éstas *en su conjunto* las que quedan excluidas –como motivaciones correctas del agente, no como determinantes de la acción correcta–, tanto si son a favor como si son en contra de la acción para la que existe la razón protegida.

Entender, por el contrario, que lo queda «excluido» es únicamente un cierto conjunto de razones *en contra* de la acción para la que existe la «razón protegida», supone no sólo manejar un sentido diferente de la idea de razón excluyente, sino uno, además, cuya necesidad teórica o conceptual no alcanza a verse con claridad. Que la concepción de las razones excluyentes como estrategias

---

[43] Esta ambigüedad ha sido señalada, en términos parecidos aunque no exactamente coincidentes con los que aquí se han expuesto, por Moore, 1989, p. 854: para Moore, un sentido de la idea de razón excluyente tendría que ver con la estrategia o procedimiento correcto que el agente ha de seguir para tomar una decisión; otro, con los elementos que hacen correcta su decisión y la eventual alteración de la estructura de esos elementos.

[44] *PRN,* 1990, p. 191.

[45] *PRN,* 1975/1990, pp. 58-59; Raz, 1982, pp. 32-33.

indirectas para maximizar la conformidad con las razones que excluyen sea o no aceptable dependerá de si se consigue o no demostrar, en primer lugar, que hay efectivamente circunstancias en las que el intento del agente de actuar con arreglo a su propio juicio acerca de lo que exigen las razones subyacentes resulta auto-frustrante; y en segundo lugar, que en esas circunstancias el actuar por lo que se nos presenta como «razones protegidas» supone verdaderamente una estrategia mejor para acabar actuando a la postre de conformidad con aquellas razones. Que ambos extremos sean o no demostrables es algo que está por ver. Pero al menos, entendidas de ese modo, se percibe con claridad en qué sentido las «razones excluyentes válidas» –caso de haberlas– representarían en el discurso práctico un fenómeno completamente distinto del de las razones de primer orden.

Por el contrarío, cuando las razones excluyentes se conciben en el segundo de los sentidos examinados, no me parece nada claro por qué hay que calificar como «exclusión» el «desplazamiento» de algunas de las razones preexistentes llevado a cabo por la nueva razón surgida; por qué hay que decir que ha sido creada una «razón protegida», y no meramente una nueva razón de primer orden con una determinada fuerza; qué necesidad teórica habría en esos casos de acudir a la idea de razón excluyente y cuál sería la diferencia real con una explicación en términos de P_1; en suma, qué diferencia se supone que hay entre una «razón excluyente» –en este segundo sentido– y una razón de primer orden con peso suficiente para superar exactamente las mismas razones que la presunta razón excluyente excluye[46] (habida cuenta,

[46] Como criterio general que presuntamente marcaría con claridad la diferencia entre una y otra Raz propone lo que denomina «test de las reacciones mixtas» (*PRN,* 1975/ 1990, pp. 41-45 y 74-75). Si estamos ante un conflicto entre razones de primer orden –nos dice–, nuestras reacciones son inequívocas: no dudarnos en censurar a quien actúa por una razón desbancada por otra de mayor peso ni en considerar correcta la acción realizada de conformidad con ésta. Por el contrario, una característica ambivalencia en nuestras reacciones críticas sería el indicio de la presencia de una razón excluyente. Y esa ambivalencia provendría, cuando interviene una razón de esta clase, de la separabilidad de dos planos de evaluación: cuando alguien desatiende una razón excluyente válida y hace lo que resulta del balance de razones de primer orden, aun criticándole por ello no dejamos de pensar que en cierto sentido parcial actuó bien, que había razones para hacer lo que hizo; y a la inversa, cuando alguien actúa de acuerdo con una razón excluyente válida y, precisamente por ello, deja de hacer lo que es correcto según el balance de razones de primer orden, nuestra aprobación arrastra consigo a pesar de todo la insatisfacción de que, también en cierto sentido parcial, se debería haber actuado de otro modo. En mi opinión, sin embargo, la presencia de «reacciones mixtas» ni tiene por qué ser pertinente en todos los casos en los que a juicio de Raz intervienen razones excluyentes ni es exclusiva

además, de que de toda razón que prevalece por su peso sobre otra parece que cabría decir, en algún sentido, que es una razón para no actuar por esta última).

Parece más bien que cuando se habla de razones excluyentes en este segundo sentido nos encontramos en realidad ante una *forma resumida de argumentar* en la deliberación práctica, es decir, ante formas abreviadas de presentación de conjuntos de razones de primer orden que típicamente concurren en ciertas clases de situaciones y que, como tales formas abreviadas, tienen naturalmente la misma fuerza que ese conjunto de razones cuya existencia expresan sintéticamente. Aunque demos en llamar «razones excluyentes» a esas formas sintéticas de presentación, el conjunto de razones adversas que «excluyan» –en términos razianos: su «alcance»– no podrá sino ser idéntico a aquél sobre el que prevalezca por peso el conjunto de razones cuya existencia expresan abreviadamente. Y en ese caso, naturalmente, el concepto de razón excluyente resulta ser perfectamente prescindible desde el punto de vista teórico.

En conclusión, creo que la noción de razón excluyente tiene su asiento natural en conexión con la idea de estrategia indirecta para la conformidad con las razones excluidas. Fuera de ese terreno se desdibuja, se antoja teóricamente superflua. Las dos concepciones examinadas aparecían entremezcladas en los primeros textos de Raz, que, por consiguiente, hacía a mi juicio un uso ambiguo del concepto al utilizarlo para dar cuenta de la estructura de contextos de deliberación práctica muy diferentes entre sí. En sus elaboraciones más recientes, por el contrario, el sentido del concepto se ha ido depurando hasta perfilarlo en la dirección que se ha señalado. Falta ahora por ver si realmente puede admitirse que hay «razones excluyentes válidas» como estrategias indirectas para la conformidad con las razones subyacentes que excluyen. Raz no articula realmente una explicación general al respecto, sino que se limita a aludir a dos contextos o conjuntos de circunstancias en los que entiende que dicha demostración es posible. Pero antes de analizarlos –y para contar, entre otras cosas, con los instrumentos conceptuales necesarios para enjuiciarlos–, me parece conveniente introducir dos nociones que representan otras tantas complicaciones o refinamientos dentro de una teoría de las razones para la acción, ninguna de las cuales, sin embargo, nos obliga a rebasar los términos de P_1, (es decir, ninguna de las cuales

---

de las mismas (piénsese, por ejemplo, en el caso de genuinos dilemas morales en los que no intervengan ninguno de los fenómenos que Raz califica como razones excluyentes).

supone dar entrada a la categoría de «razones de segundo orden»).

2.2. *Una reconstrucción conceptual alternativa: "reglas indicativas" y "razones independientes del contenido"*

a) Si se afirma que la decisión racional es en cada caso la que resulte de contrapesar todas las razones («de primer orden») a favor y en contra –es decir, que el proceso de toma de decisiones racionales se desenvuelve por definición con arreglo a P_1–, parece que se está dando por supuesto que la deliberación práctica se desarrolla en condiciones de *información completa* y de *ausencia de costes de decisión*. Pero naturalmente no siempre se dan esas condiciones. En ocasiones el agente *sabe* que su información no es completa o no es fiable (esto es, *sabe que no sabe* todo lo necesario para determinar sin error qué resulta del balance de razones); o, dado que la determinación del resultado del balance requiere tiempo y esfuerzo –o lo que es lo mismo: entraña un coste–, puede darse el caso de que los costes de decisión excedan del beneficio marginal que resulte de desarrollar una deliberación completa.

Suele afirmarse que lo que en esas circunstancias le recomienda la racionalidad práctica al agente –o incluso le impone, en la medida en que cualquier otro proceder resultaría subóptimo– es seguir una «regla de experiencia» [*rule of thumb*] en tanto que mecanismo de minimización de errores en condiciones de incertidumbre y de ahorro de tiempo y esfuerzo. El problema consiste en determinar con mayor precisión qué son y cómo operan exactamente esas «reglas de experiencia», de qué modo encajan dentro del panorama global de las razones para actuar. Lamentablemente, aunque la utilización del término es relativamente corriente su sentido dista mucho de estar claro, hasta el punto de que hay quien, como Hare, propone sin ambages que deje de utilizarse por parecerle «totalmente desorientador»[47]. No obstante, Donald Regan ha propuesto recientemente una cierta forma de entender las «reglas de experiencia» que me parece perfectamente aprovechable[48].

Para Regan, las «reglas de experiencia» funcionan en la deliberación práctica como «reglas indicativas» [*indicator rules*]. Las

---

[47] Hare, 1981, p. 38 [*«The term 'rules of thumb'... should be avoided as thoroughly misleading»*].

[48] Cfr. Regan, 1989, pp. 1004-1013.

reglas indicativas serían generalizaciones extraídas a partir de conjuntos de decisiones tomadas en condiciones de información completa, es decir, compendios o sumarios de decisiones de casos particulares, que permitirían afirmar, por ejemplo, que en los casos de la clase *p* la acción correcta *suele ser* Ø porque en ellos prevalece típicamente tal o cual razón. Cuando el agente sabe que no está en condiciones de determinar cuál es la conclusión correcta de sopesar todas las razones relevantes dentro de un balance global; sabe al menos con seguridad que el caso que le ocupa puede ser descrito como uno de la clase *p;* y es acertada la generalización según la cual lo correcto en esa clase de casos suele ser Ø, entonces sabe que su probabilidad de hacer lo correcto es mayor si realiza Ø que si ejecuta cualquier acción alternativa (esto es, la regla «en los casos de la clase *p* se debe hacer Ø» le indica cuál es con un mayor índice de probabilidad la acción correcta).

Por supuesto las reglas indicativas *son falibles: en* la medida en que indican lo que *suele ser* correcto en cierta clase de situaciones, no lo que *siempre* es correcto en ellas, nada garantiza que el caso acerca del cual se decide no resulte ser uno de aquellos en los que la acción correcta es otra distinta. Pero a pesar de todo hay un sentido en el que cabe decir con toda propiedad que son *vinculantes:* cuando el agente sabe que no sabe lo que resulta del balance de razones, la racionalidad práctica le exige adoptar aquel procedimiento de decisión que, aun falible, cuente con *las mayores probabilidades* de aproximarle a la decisión correcta, de manera que afirmar que las reglas indicativas son «vinculantes» es tanto como decir que seguir en esas circunstancias cualquier otro procedimiento de decisión subóptimo constituye un déficit de racionalidad. Las reglas indicativas son además *revisables* o *provisionales,* en tanto en cuanto el sentido en el que son «vinculantes» exige de ellas el que sean la mejor o más fina generalización de conjuntos de decisiones tomadas en condiciones de información completa de que dispone en cada caso el agente.

Pero sobre todo –subraya Regan– las reglas indicativas no son ni «absolutamente transparentes» ni «absolutamente opacas». Un individuo trata una regla como «absolutamente transparente» si considera que sólo es racional hacer lo que la regla establece cuando se tiene la plena certeza de que ésa es efectivamente la acción correcta para el caso según el balance global de razones. En esas condiciones la regla realmente no contribuye por sí misma en nada al proceso de toma de decisión: no pasa de ser un punto de partida para la deliberación, pero si el agente entiende que para guiar su acción necesita ver a través de la regla y más allá de ella cuál es verdaderamente la acción correcta según el balance

de razones está claro que, en caso de duda acerca de este extremo, no considerará a la regla misma como una guía práctica adecuada. Las reglas indicativas no son absolutamente transparentes: guían al agente «sin tener a la vista» en su integridad el balance de razones y su conclusión, proporcionándole la que es en esas condiciones la más racional (aunque no infalible) orientación para su acción.

En el extremo opuesto, un agente trata una regla como «absolutamente opaca» si considera que ha de hacer *en todo caso* lo que la regla establece con independencia de lo que resulte en cada situación del balance de razones y de su eventual conocimiento de ese resultado (es decir, el proceso de toma de decisión queda guiado exclusivamente por la regla, sin atender a las razones verdaderamente aplicables al caso que el agente pudiera tener a la vista y que, en ese sentido, resultarían «tapadas» por aquélla). Las reglas indicativas no son absolutamente opacas: guían al agente cuando éste no sabe con certeza cuál es la acción correcta según el balance de razones, pero no cuando tiene a la vista elementos de juicio que en un caso determinado le permiten darse cuenta con seguridad de que la acción correcta según el balance de razones no es la que la regla establece. En ese caso la regla indicativa ha de ser simplemente ignorada (i.e., las reglas indicativas carecen de cualquier valor en condiciones de información completa).

En mi opinión resulta claro que adoptar y seguir «reglas de experiencia» como reglas absolutamente transparentes sería *inútil* y que adoptarlas como reglas absolutamente opacas sería *irracional;* y por consiguiente que sólo pueden tener un encaje aceptable dentro del panorama global de las razones para actuar entendidas como reglas indicativas. Ahora bien, entendidas del modo descrito, creo que las reglas indicativas no son en sí mismas –y en sentido estricto– razones para actuar, sino *razones para creer:* en concreto, para creer en situaciones de incertidumbre que cierto curso de conducta es con la mayor probabilidad el que uno tiene razones para ejecutar. Se trata, eso sí, de una clase especial de razones para creer, con incidencia inmediata en la esfera práctica, porque, como sintéticamente dice Nino, «tenemos razones para hacer aquello que tenemos razones para creer que tenemos razones para hacer»[49]. Pero una estrategia racional para incrementar en situaciones de incertidumbre la probabilidad de hacer lo correcto según el balance de razones aplicables al caso no equivale en absoluto a una razón que compita con éstas, ni mucho menos a

[49] Nino, 1989 b, p. 133.

una que justifique no tomarlas en cuenta cuando el agente tenga conciencia clara de ellas como para colegir que lo que la regla establece no es en un caso determinado la acción correcta según el balance de razones.

Eso es tanto como decir que si las reglas indicativas no son en sentido estricto razones para actuar, menos aún son «razones para no actuar por otras razones», o «para no actuar según lo que resulta del propio juicio acerca de los méritos del caso». Lo que el agente puede tener son razones para no confiar en el acierto de su evaluación, es decir, *razones para creer* que sus elementos de juicio son incompletos o pueden ser erróneos: pero resultaría del todo inapropiado afirmar que la regla indicativa es «una razón para no actuar según el propio juicio acerca de los méritos del caso», porque en esa situación el juicio propio consiste precisamente en tener la certeza de que *no se sabe* –o, al menos, en *no tener* la certeza de que se sabe– qué resulta de los méritos del caso. Por el contrario, cuando el agente tiene razones suficientes para creer que su evaluación del balance de razones es correcta, resultaría *irracional* sostener que alguna regla indicativa a es a pesar de todo una razón para no actuar con arreglo a esa evaluación. En suma, aunque la toma en consideración del concepto de regla indicativa enriquezca la caracterización de la racionalidad práctica en términos de P_1, no creo que nos fuerce en modo alguno a aceptar como herramienta conceptual la noción de «razón excluyente».

b) En el caso central o paradigmático de razón para actuar, cuando decimos que hay una razón para ejecutar cierta acción Ø lo que estaríamos diciendo es que esa razón tiene que ver con el valor *intrínseco* del tipo de acción que es Ø. En ese supuesto podríamos hablar de razones «dependientes del contenido», puesto que, como dice Hart, «entre la razón y la acción existe una conexión de contenido»[50]. En otros casos, por el contrario, tendríamos cierto tipo de razones para realizar una acción que no tendrían nada que ver con «la naturaleza o carácter»[51] de la misma, que no estarían ligadas intrínsecamente a la clase de acción justificada. Según autores como Hart o Raz, cuando se ha prometido Ø, o cuando una autoridad ha ordenado Ø, tendríamos una razón para Ø *cualquiera que sea* –al menos, se supone, dentro de ciertos límites– la acción a la que estarnos llamando «Ø», esto es, una razón para actuar que no descansa en el valor intrínseco o directo de la clase de acción que sea Ø y que se ha generado simplemente en virtud de haberse ejecutado ciertos

[50] Cfr. Hart, 1982, p. 255.
[51] Hart, 1982, p. 254.

actos ilocucionarios (en el marco de determinadas prácticas o instituciones sociales) a los que se supone capaces de alterar la situación desde el punto de vista práctico. Y a esa clase de razón podríamos denominarla «independiente del contenido», ya que «no hay conexión directa entre la razón y la acción para la cual es una razón»[52]. Promesas o mandatos de autoridad serían por tanto casos típicos –aunque no exclusivos– de razones independientes del contenido, de razones para realizar (en principio) toda clase de acciones sin que éstas necesiten tener otro rasgo en común más que, justamente, el hecho de haber sido prometidas, ordenadas, etc.

Construida en estos términos, no obstante, la distinción entre ambas clases de razones tropieza a mi juicio con dos dificultades. En primer lugar, el haberse prestado una promesa o el haberse dictado una orden son *hechos,* cuyo acaecimiento, además, es compatible con «no tener ninguna actitud crítica práctica determinada» en relación con las acciones prometidas u ordenadas, es decir, hechos que sólo pueden ser tomados en cuenta en un razonamiento práctico como *razones auxiliares* y que por consiguiente para justificar acciones necesitan del concurso de alguna razón operativa que les dé relevancia práctica y que, junto con ellos, integre una razón completa. En suma, tal y como ambas nociones han sido presentadas, mientras las razones «dependientes del contenido» serían genuinas razones operativas, lo que se nos ha presentado como razones «independientes del contenido» –promesas, mandatos, etc.– serán en todo caso razones auxiliares, es decir, ingredientes de razonamientos prácticos necesariamente más complejos.

En cuanto a la segunda dificultad, no existe algo que pueda ser llamado «la» descripción «natural» de una acción: todo acto individual *(act-token)* es susceptible de diversas descripciones, es decir, puede ser presentado como caso de múltiples actos genéricos *(act-types),* de modo que todo lo que digamos acerca del «contenido», «naturaleza» o «carácter» de una acción es *relativo a una determinada descripción* de la misma. Ello crea la sospecha de que calificar una razón como dependiente o independiente del contenido, si estas nociones se interpretan del modo reseñado, puede ser una cuestión de punto de vista. Cuando consideramos valioso algún aspecto o propiedad predicable de un acto individual estamos considerando que hay una razón para realizarlo, lo que

[52] Raz, 1986, p. 35. Sobre la noción de «razón independiente del contenido», vid. además Hart, 1977, pp. 7 y 27; Raz, 1972, p. 95; Hacker, 1973, pp 166-67; y Sope, 1989, pp. 217-218.

implica que, presentado como caso del acto genérico o clase de actos de la que son miembros todos los actos individuales con esa misma propiedad, la razón en cuestión es por definición «dependiente del contenido» de aquél. Pero por supuesto es trivialmente verdadero que esa misma razón puede desconectarse o aparecer como «independiente del contenido» del acto cuando éste es presentado bajo otra descripción diferente, es decir, como caso de un acto genérico o clase de actos para pertenecer a la cual no es relevante la concurrencia de aquella propiedad que se reputaba valiosa.

Todo ello sugiere, a mi juicio, que la noción de «razón independiente del contenido» debe ser reinterpretada del siguiente modo. Quien entiende que es valioso (i.e., que hay una razón para) Ø –siendo Ø una acción o un estado de cosas– y constata que *dadas ciertas circunstancias contingentes* hacer Ø' es una forma de hacer o producir Ø, ha de concluir que, dadas dichas circunstancias, es valioso (i.e., que hay una razón para) Ø'. En un supuesto así, la existencia de ciertas circunstancias contingentes, como *razón auxiliar,* determina la aplicabilidad a un acto individual –que en ausencia de aquéllas podía ser descrito como Ø', pero no como Ø– de la razón operativa que, se den o no dichas circunstancias, se considera que existe para Ø (y que, en ausencia de las circunstancias mencionadas, no era específicamente una razón para el acto individual del que estamos hablando).

Obsérvese que cuando concurran las circunstancias contingentes antedichas la calificación de la razón para actuar existente como dependiente o independiente del contenido depende de la descripción que se adopte: descrita la acción como Ø', la razón para realizarla es independiente de su contenido (puesto que no tendría nada que ver con la «naturaleza o carácter» de Ø', es decir, con ninguna de las propiedades que han de concurrir en un acto individual para poder describirlo como Ø'); mientras que descrita como Ø –lo que, dada la existencia de esas circunstancias contingentes, es ahora igualmente posible–, sería dependiente de su contenido. De aquí se deduce, según creo, que cuando sostenemos que hay una razón para realizar una acción cualquiera, ello implica *siempre* –y no sólo algunas veces, como sugiere la explicación de Hart o Raz– que consideramos valioso algún aspecto o propiedad predicable de ella. Me parece, de todos modos, que la distinción entre razones dependientes e independientes del contenido puede ser conservada si utilizamos el segundo de estos conceptos para referirnos en particular a aquellos casos, merecedores sin duda de ser adecuadamente diferenciados, en que se trate de una propiedad predicable de la acción correspondiente

sólo en la medida en que existan determinadas circunstancias contingentes.

Si es precisamente la ejecución de ciertos actos ilocucionarios –en el marco de determinadas prácticas sociales– la que determina la aparición de esas circunstancias contingentes, cabe decir que dichos actos han «generado» nuevas razones para actuar en el sentido de que han sido la *causa* de una modificación del *contexto fáctico* que ha de ser tomado en cuenta en la deliberación práctica, de manera que la alteración producida atrae hacia cierta acción –la acción prometida, ordenada, etc.– razones preexistentes que hasta entonces no eran específicamente razones para *esa* acción (si bien, como todo ello depende de circunstancias *empíricas* –tales como la efectiva alteración de las expectativas y disposiciones de conducta de los agentes implicados–, no hay ninguna conexión conceptual o necesaria entre la ejecución de aquellos actos y la generación de las nuevas razones)[53].

En suma, un agente puede tener dos clases de razones para realizar una acción exigida por una regla social, prometida, ordenada por una autoridad, etc.: razones «dependientes del contenido», que tendría de todos modos si aquella regla social no existiera o si estos actos ilocucionarios no se hubieran realizado; y razones «independientes del contenido», que –eventualmente– tiene porque se han dado esas circunstancias contingentes y que, *ceteris paribus,* no tendría en caso contrario. Todo agente racional que delibera acerca de si ha de realizar o no una determinada acción ha de construir un balance global en el que integre y sopese *todas* las razones de una y otra clase que tenga en cada ocasión. Y ese balance global, como es obvio, puede adoptar muy diversas fisonomías: en particular, si hay razones de ambas clases y de distinto signo, nada garantiza *a priori* que las razones independientes del contenido tengan un peso mayor que las que son dependientes del mismo ni tampoco lo contrario; y cuando sean las primeras las que prevalezcan lo harán justamente por su mayor peso, no porque «excluyan» a las segundas o porque sean una clase especial de razones que por definición estén destinadas a prevalecer siempre sobre estas últimas.

Creo que la toma en consideración de las razones independientes del contenido que eventualmente pueden surgir a partir de

[53] Sobre cómo el ejercicio de poderes normativos o la efectividad de una regla pueden contribuir *causalmente* a la generación de razones para actuar –en la medida en que alteren el contexto fáctico de la situación–, véase Regan, 1986. Para una explicación pormenorizada del modo en que una promesa o la directiva de una autoridad pueden producir esas alteraciones, me permito remitir nuevamente a Bayón, 1991, apartados 8.4.1 y 8.4.2.

la realización de ciertos actos ilocucionarios (en el marco de determinadas prácticas sociales) permite dar un sentido aceptable a la idea tan extendida de que cuando se tiene una *obligación* concurre una cierta «fuerza normativa especial» ausente en aquellas situaciones en las que meramente se *debe hacer* algo. Esa fuerza normativa especial, de la que según Raz sólo cabe dar cuenta a través de la noción de razón excluyente[54], provendría simplemente de añadir al balance las razones independientes del contenido eventualmente generadas, adición de la que podría resultar que una acción previamente indiferente se torne debida, que una que ya lo era lo sea ahora con más fuerza o incluso que ahora se deba hacer lo que de otro modo se habría debido omitir. Ahora bien, una cosa es afirmar que la existencia de una regla social, o la formulación de una promesa, o de un mandato de autoridad, etc. pueden generar razones independientes del contenido capaces de *cambiar* el resultado del balance de razones a favor y en contra y otra, muy distinta, presuponer que generan –o incluso «son»– razones «para no actuar conforme al balance de razones». Por consiguiente, como han subrayado Gans o Flathman[55], el prescindir de la noción de razones de segundo orden no nos fuerza a incurrir en el error de afirmar que la deliberación acerca de si realizar o no las acciones exigidas por reglas sociales, prometidas, ordenadas, etc. ha de limitarse a tomar en cuenta los «méritos intrínsecos» de dichas acciones (i.e., las razones dependientes del contenido que de todos modos existirían en ausencia de la regla social, la promesa, el mandato...); y por lo tanto la adición al balance de razones de primer orden de las razones independientes del contenido eventualmente generadas constituiría la explicación más defendible de esa fuerza normativa especial de las obligaciones que Raz atribuye a su presunto carácter de razones excluyentes.

2.3. *Las estrategias indirectas hacia la conformidad: argumento pericial y argumento de la coordinación*

A mi juicio una teoría de las razones para actuar enriquecida con los conceptos de regla indicativa y razón independiente del contenido (ninguno de los cuales, como se ha visto, exige dar entrada a la idea de «razones de segundo orden») es suficiente para dar cuenta de la estructura de los contextos de deliberación práctica en los que Raz considera imprescindible recurrir a la noción de razón excluyente.

---

[54] Cfr. Raz, 1977, p. 223.
[55] Gans, 1981, pp. 200-202; Flathman, 1980, p. 113.

Para confirmar esta conclusión, no obstante, habría que desmontar aún dos argumentos esgrimidos por Raz en defensa de dicho concepto. Estos argumentos –el «argumento pericial»[56] y el «argumento de la coordinación»[57]– pretenden demostrar que, por lo menos en dos clases de circunstancias, la racionalidad práctica exige efectivamente dar entrada a la idea de razones excluyentes válidas entendidas como estrategias indirectas hacia la conformidad con las razones subyacentes que excluyen; y que, en rigor, lo que esas estrategias indirectas representan en el razonamiento práctico del agente no puede ser captado sin distorsión a menos que se las conciba precisamente como «razones para no actuar por otras razones», es decir, como razones de segundo orden negativas o excluyentes. En mi opinión, por el contrario, no sólo cabe analizar esas dos situaciones en términos distintos de los que propone Raz, sino que además éstos acaban conduciéndonos a la defensa de pretensiones irracionales.

a) Supongamos que un sujeto A desarrolla su deliberación práctica en condiciones de incertidumbre parcial, bien a causa de su ignorancia acerca de algunos de los hechos relevantes, bien porque es consciente de la existencia de costes de decisión que pueden hacer irracional desarrollarla íntegramente. Supongamos además que A sabe que otro sujeto –B– cuenta con un conocimiento superior al suyo en la esfera correspondiente (es «perito» o «experto» en dicha esfera) y por tanto tiene razones para creer que B está en mejores condiciones que él para determinar qué es en un caso dado lo que resulta del balance de razones que A acepta. En ese supuesto, si B le dice a A que debe hacer Ø –y A tiene razones para creer que lo que B le dice que haga es efectivamente lo que de buena fe ha concluido que se debe hacer con arreglo a las razones operativas aceptadas por A y su mejor conocimiento de las razones auxiliares relevantes–, parece que sería racional para A hacer Ø aunque él no alcance a ver por qué ésa, y no otra distinta, es la acción óptima en esas circunstancias.

A juicio de Raz esta clase de consideraciones pueden ser aplicables a algunas de las directivas que una autoridad dicte acerca de determinadas materias y ello justificaría –sólo en esos ámbitos o esferas y siempre en las circunstancias– el tratarlas como «razones protegidas». Me parece, sin embargo, que el modo en que un agente racional tomaría en cuenta el juicio

[56] Cfr. Raz, 1986, pp. 67-69, Raz, 1989, pp. 1194-1196; *PRN,* 1990, p. 195.
[57] Cfr. *PRN.* 1975/1990, p. 64; Raz, 1986, pp. 30, 49-50 y 56; *PRN,* 1990, p. 195.

de un experto como guía de su acción puede y debe ser explicado sin hacer uso de otro concepto que el de *regla indicativa.* Alguien que sabe que el juicio de otro acerca de qué es lo que resulta del balance de razones aplicables suele ser más fiable que el suyo propio hará bien en adoptar una regla indicativa a tenor de la cual, cuando tenga la certeza de que no sabe –o, al menos, no tenga la certeza de que sabe– qué es lo que resulta de ese balance y no disponga de ningún otro criterio mejor al respecto, deberá seguir el juicio de aquél. Pero conviene recordar que el que maneja reglas indicativas no «posterga su propio juicio» ni siquiera cuando las sigue, puesto que las circunstancias en las que encuentra racional seguirlas son precisamente aquéllas en las que no se considera capaz de sostener con seguridad como correcto *ningún* juicio propio. Y además, como ya sabemos, las reglas indicativas carecen por completo de valor cuando el agente pueda determinar con seguridad qué es lo que resulta en una ocasión del balance de razones –o, por lo menos, cuando sepa que no es lo que la regla indicativa le dice que haga–, lo que es tanto como decir que no puede ser racional «postergar el propio juicio» ante el de aquél cuyo juicio *suele* ser más fiable cuando se sabe que en una ocasión determinada no lo es, que *en esa ocasión* se ha equivocado.

En suma: un agente obraría irracionalmente si sólo siguiera el juicio de otro que suele ser más fiable que el suyo propio cuando pudiera estar seguro de que refleja *acertadamente* el balance de razones subyacentes (lo que equivaldría a manejar la regla indicativa como «absolutamente transparente»); y también si entendiera que debe seguirlo aunque esté seguro de que lo refleja *erróneamente* (lo que equivaldría a manejarla como «absolutamente opaca»). Y todo ello sugiere, a mi entender, que las directivas del experto o perito han de ser conceptuadas como *razones para creer,* en determinadas circunstancias, cuáles son con mayor probabilidad las razones para actuar aplicables al caso, no como razones para la acción en sí mismas y menos aún como «razones protegidas».

Raz, evidentemente, discrepa de esa conclusión. Y además conviene insistir en que, tal y como él lo plantea, el desacuerdo no sería meramente verbal, sino que conduciría a conclusiones distintas acerca de qué es realmente lo que exigiría la racionalidad práctica en las circunstancias descritas. Porque, en efecto, a su juicio la relevancia práctica de la directiva del experto no se agota en representar una razón para creer cuál es con la mayor probabilidad la acción requerida por el balance de razones aplicables al caso, sino que constituye una genuina razón para actuar, una razón protegida, lo que implicaría –a diferencia de lo que resultaba de un análisis en términos de reglas indicativas– que la racionalidad

práctica exige, como estrategia de minimización de errores, postergar el propio juicio acerca de los méritos del caso y actuar de acuerdo con ella *siempre,* incluso si en un supuesto dado el agente *sabe* que refleja erróneamente el balance de razones subyacentes[58].

A mi entender esta última conclusión es irracional y no puede ser aceptada. Y si, como pretende Raz, se desprende del análisis de la situación en términos de razones excluyentes, ello significa que no sólo se puede prescindir de esta noción en el análisis de los razonamientos prácticos, sino que se debe hacerlo. Raz, de todos modos, pretende justificar esa sorprendente tesis alegando que un individuo puede equivocarse no sólo cuando opina acerca de lo que resulta del balance de razones, sino también cuando opina acerca de la cuestión previa de si cuenta o no con elementos de juicio suficientes como para afirmar que está o no seguro de cuál es –o, al menos, de cuál no es– ese resultado. Dicho con otras palabras: cuando el juicio de otro, aun resultando a veces erróneo, es en conjunto más fiable que el propio no tendría sentido adoptar una estrategia consistente en separar los casos en los que uno tiene la certeza de que sabe lo que resulta del balance de razones de aquellos otros en los que no la tiene, de manera que sólo en los segundos se siga el juicio de aquél, porque nada garantiza que en la distinción entre los primeros y los segundos se cometan menos errores que en la determinación de lo que en estos últimos exige el balance de razones; y por consiguiente un agente verdaderamente racional trataría como razones protegidas *todas* las directivas del experto, incluso cuando crea estar seguro de que son erróneas[59].

Esta réplica de Raz descansa en la idea de que uno nunca puede distinguir realmente entre lo que *sabe* y lo que meramente *cree,* porque cuando decimos que sabemos algo lo único cierto es que creemos que lo sabemos. Pero me parece que este argumento escéptico acerca de la propia certidumbre se vuelve en contra del propio Raz, ya que desde luego él no nos dice que sea racional reemplazar nuestro propio juicio por el de *cualquiera,* ni por el de alguien que meramente *pretenda* que su juicio es más fiable, sino por el de aquél cuyo juicio *verdaderamente* lo sea. Y la pregunta obvia es *cómo* sabe uno eso. Me parece por tanto que Raz queda atrapado entre los cuernos del siguiente dilema: o bien uno nunca *sabe* realmente si el juicio de otro es más fiable que el propio, en cuyo caso ha socavado las bases de su propio argumento; o bien, a pesar de que evidentemente un sujeto que se considera seguro de algo puede a pesar de todo equivocarse, entendemos que lo que

[58] Raz, 1986, pp. 60-62; *PRN,* 1990, p. 197.
[59] Raz, 1989, p. 1195.

llamamos certidumbre racional equivale a la existencia de *razones suficientes para creer algo,* de manera que la misma clase de certeza que uno pueda tener acerca de la mayor fiabilidad en general del juicio de otro puede tenerla también acerca de la comisión de un error por parte de éste en una situación concreta. Y tan pronto como se acepte esto último, queda en mi opinión demostrado que el análisis correcto acerca de la estrategia de un agente verdaderamente racional que en cierto ámbito delibera usualmente en condiciones de incertidumbre parcial (o de existencia de costes de decisión) y que sabe que el juicio de otro sobre el particular es generalmente más fiable que el suyo propio, es el que se desenvuelve en términos de reglas indicativas y no de «razones protegidas».

b) Un problema de coordinación, como es bien sabido, es una situación de interacción estratégica de un tipo especial, en el que todos y cada uno de los agentes implicados entienden que tienen una razón para realizar una cualquiera entre un cierto conjunto de alternativas de conducta a condición de que todos los demás la realicen también. El problema, naturalmente, deriva de que al estar condicionada la elección de cada uno a la elección de los demás se genera una espiral de expectativas mutuas condicionadas que bloquea la elección de todos. Y sólo puede salirse del *impasse* si alguno de los «equilibrios de coordinación» posibles –i.e., alguna de las combinaciones de estrategias de acción de cada uno tales que si uno cualquiera hiciera algo distinto *todos* saldrían peor parados– adquiere ante los ojos de todos un carácter sobresaliente, es decir, si cada uno puede contar con la expectativa estable de que es hacia él, y no hacia otro de los posibles, hacia el que se encaminarán los demás[60]. Una solución de este tipo se alcanza frecuentemente de un modo espontáneo, generándose así una *convención*. Pero también puede conseguirse –y de una forma comparativamente mucho más eficaz– mediante la emisión de una directiva por parte de una autoridad que ordene ejecutar una acción cuya realización por parte de todos represente uno de los equilibrios de coordinación posibles, de manera que cabría decir entonces que todos los implicados tienen una razón para obedecer dicha directiva, puesto que obedeciéndola queda resuelto el problema en el que se hallan inmersos.

A juicio de Raz, un contexto de ese tipo proporcionaría un segundo argumento en favor del reconocimiento de razones excluyentes válidas: el intento de todos y cada uno de los agentes

[60] Véase al respecto Lewis, 1986, pp. 8-24; y Ullmann-Margalit, 1977, pp. 77-83.

implicados de actuar con arreglo a su propia estimación de las razones en juego resultaría colectivamente auto-frustrante; y la coordinación sólo se alcanzaría cuando cada individuo postergara su propio juicio al respecto y se limitara a actuar de acuerdo con la directiva de la autoridad, teniendo ello como resultado justamente la conformidad con las razones aplicables al caso (entre las que se contaban las razones de cada uno para modificar la situación de manera que el problema quedara superado). Todo ello demostraría que, en las circunstancias descritas, un agente racional aceptaría esas directivas de la autoridad como «razones protegidas» (es decir, como estrategias indirectas para lograr la conformidad con un conjunto de razones no actuando por esas razones); y, puesto que se habría justificado –por lo menos en ese caso– la existencia de «razones excluyentes válidas», demostraría también que ninguna teoría satisfactoria de las razones para actuar puede prescindir de este último concepto.

Pero me parece que las ideas de «razón excluyente» o de «suspensión o postergación del propio juicio» simplemente no encajan en la estructura de un problema de coordinación. Cuando se habla en esos términos se diría que se está pensando en una pluralidad de individuos cada uno de los cuales tiene un *juicio formado* acerca de qué hacer, pero que advierten que cuando cada uno sigue el suyo todos están peor, y que por consiguiente reparan en la racionalidad de no actuar de acuerdo con él, sino de acuerdo con la directiva de la autoridad. Pero lo característico de un problema de coordinación es precisamente que los individuos *no aciertan a formar un juicio* acerca de qué acción realizar: sí tienen un juicio formado acerca de qué resultados se ha de procurar conseguir, pero justamente no saben qué acción realizar para conseguirlos, porque carecen de una expectativa fiable acerca de qué acción es previsible que realicen los demás. Eso es tanto como decir que cada agente tiene razones para realizar aquella acción que previsiblemente realizarán también los demás –y la dificultad de todos consiste en identificarla– y *ninguna razón en absoluto* para realizar el resto de acciones posibles.

Si la directiva de una autoridad puede proporcionar la solución del problema, habrá de ser entonces porque su emisión consiga modificar las expectativas de los agentes implicados, canalizándolas precisamente hacia la acción prescrita. Si tras la emisión de la directiva cada agente tiene razones para creer que lo que los demás harán es lo que ésta ordena, entonces es sin duda *su propio juicio* el que le dice que tiene una razón para realizar el contenido de esa directiva. Y en ese caso la resolución del problema depende meramente de la *eficacia causal* de la directiva en cuando a la

modificación del contexto fáctico relevante (que no es otro que el entramado de expectativas de los agentes implicados). No hay entonces ninguna razón para actuar que la directiva de la autoridad «excluya», ni razón alguna para que el agente «suspenda» su propio juicio acerca de lo que, en las circunstancias contingentes eventualmente generadas por la directiva, resulta del balance de razones[61]: lo único que habrá, en su caso, será una modificación –sumamente relevante– de los *hechos* que, como razones auxiliares, condicionan la conclusión del razonamiento práctico del agente (o, si se quiere, una nueva razón de primer orden –*independiente del contenido*– que el agente tiene en virtud de las nuevas circunstancias eventualmente producidas por la emisión de la directiva y que, *ceteris paribus,* no tendría en caso contrario). Y si, por los motivos que sea, el agente tiene razones para creer que la directiva de la autoridad no ha sido causalmente eficaz para generar las expectativas requeridas, entonces sencillamente no tiene *ninguna razón* para realizar su contenido, ni para limitarse a obedecerla postergando su juicio de que no tiene ninguna razón para hacerlo. La pretensión contraria me parece inevitablemente irracional. Y no creo, por consiguiente, que el argumento de la coordinación demuestre la necesidad de reconocer «razones excluyentes válidas»[62].

---

[61] Es lo que, con gran claridad, ha mostrado Green, 1985, pp. 339-340.

[62] Raz ha planteado dos objeciones en contra de esta conclusión. La primera, que para que a un agente le sea posible concluir que tiene una razón para realizar el contenido de la directiva a partir de la previsión de que será cumplida por los demás resultaría indispensable que éstos no hayan desarrollado un razonamiento práctico similar al suyo, puesto que de ese modo se desembocaría en una explicación circular, teniendo que haberse limitado por tanto a aceptar la directiva en cuestión como una razón protegida (cfr. Raz, 1989, pp. 1188-1189). En Bayón, 1991, pp. 670-673 he intentado desarrollar una réplica a esta objeción –basada en la capacidad con que cuenta una autoridad de *facto* de imponer sanciones y en el conocimiento que todos tienen de esa circunstancia– que por razones de espacio no puede ser reproducida aquí.

En segundo lugar Raz ha alegado que no siempre los individuos tienen una conciencia clara de estar envueltos en un problema de coordinación, que su juicio acerca de si lo están o no es falible, y que si tienen razones para creer que la autoridad es capaz de determinarlo con mayor acierto que ellos mismos, entonces tienen razones para postergar su propio juicio al respecto y aceptar las directivas de la autoridad como razones protegidas (vid. Raz, 1989, p. 1192; *PRN,* 1990, p. 195). De este modo el argumento de la coordinación queda reconducido al ámbito del argumento pericial: pero, como expuse anteriormente, creo que la idea fracasa porque el argumento pericial sólo puede justificar la adopción de una regla indicativa, no la consideración de las directivas de la autoridad como razones protegidas.

2.4. *Conclusiones*

Como vimos anteriormente, si el concepto de «razón excluyente» poseyera algún sentido irreductible a un análisis que se desenvolviera meramente en términos de razones de primer orden, habría de ser el de constituir estrategias indirectas hacia la conformidad con las razones excluidas. Pero en ese caso la pertinencia del concepto quedaba pendiente de la demostración de que efectivamente existen razones excluyentes válidas en ese preciso sentido. Ninguno de los argumentos que Raz esgrime para demostrarlo respalda a mi juicio esa conclusión y entiendo por consiguiente que una teoría satisfactoria de las razones para actuar no precisa en modo alguno del concepto de razón excluyente.

Ello obliga a redefinir el papel de las reglas en los razonamientos prácticos, o, si se quiere, la relación existente entre reglas y razones para actuar. A mi entender la respuesta a esa cuestión pasa por distinguir los diferentes sentidos o contextos en los que hablamos de «reglas»: las reglas de la moral crítica o individual que un sujeto acepta, por ejemplo, no serían otra cosa que lo que Raz llama «juicios de deber ordinarios» (es decir, expresarían la existencia de razones –«de primer orden»– que habrían de ser contrapesadas en cada ocasión con el resto de las concurrentes); el sentido de las máximas o reglas de experiencia que comúnmente manejamos en muchos contextos no sería otro que el de constituir reglas indicativas; y *el hecho* de que exista una regla social o de que una autoridad haya dictado una directiva puede ser determinante, en ciertas condiciones, de las existencia de un conjunto de circunstancias contingentes en las que entra en juego una razón independiente del contenido (que, como ya sabemos, no es sino una razón más de primer orden).

El reto que queda pendiente en la agenda de la teoría del derecho y de la filosofía política, en ese caso, es el de articular análisis satisfactorios del concepto de autoridad legítima y del tipo de razonamiento práctico que está detrás de la aceptación por parte de los órganos aplicadores del sistema de su regla de reconocimiento en los que, a diferencia de lo que propone Raz y también últimamente Hart, se prescinda del concepto de razón excluyente y se haga uso simplemente de las categorías que se acaban de reseñar. Pero esas son cuestiones que, inevitablemente, han de quedar para otra ocasión.

BIBLIOGRAFÍA

Atyah, P. S., y Summers, Robert S., 1987: *Form and Substance in Anglo-American Law. A Comparative Study in Legal Reasoning, Legal Theory and Legal Institutions.* Oxford, Clarendon Press.

Bayón, Juan Carlos, 1991: *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción.* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Clarke, D. S., 1977: «Exclusionary Reasons», *Mind* 86: 252-255.

Farrell, Martín D., 1986: «Obligaciones jurídicas y razones para actuar: la evolución del pensamiento de Hart», *Revista de Ciencias Sociales* (Valparaíso) 28: 271-295.

Finnis, John, 1980: *Natural Law and Natural Rights.* Oxford, Clarendon Press.

Flathman, Richard E., 1980: *The Practice of Political Authority.* Chicago, University of Chicago Press.

Gans, Chaim, 1981: *The Concept of Duty.* Oxford University (tesis doctoral inédita).

Green, Leslie, 1985: «Authority and Convention», *Philosophical Quarterly* 35: 329-346.

Hacker, Peter M. S., 1973: «Sanction Theories of Duty», en A.W.B. Simpson (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence (Second Series).* Oxford, Clarendon Press; 131-170.

Hare, Richard Mervyn, 1981: *Moral Thinking. Its Levels, Method and Point.* Oxford, Clarendon Press.

Hart, Herbert L. A., 1977: *Obligación jurídica y obligación moral* (tr. cast. de J. Esquivel y J. A. Ortiz). México, Cuadernos de Crítica, n.º 3 [edición original: «Legal and Moral Obligation», en A. I. Melden (ed.), *Essays in Moral Philosophy.* Seattle, University of Washington Press, 1958; 82-107].

Hart, Herbert L. A., 1982: *Essays on Bentham. Siudies in Jurisprudence and Political Theory.* Oxford, Clarendon Press.

Jori, Mario, 1980: *Il Formalismo Giuridico.* Milán, Giuffrè.

Lewis, David K., 1986: *Convention. A Philosophical Study.* Oxford, Basil Blackwell [1ª edición: Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1969].

Moore, Michael S., 1989: «Authority, Law and Razian Reasons», *Southern California Law Review,* 62: 829-896.

Nardin, Terry, 1983: *Law, Morality and the Relations of States.* Princeton, NJ, Princeton University Press.

Nino, Carlos S., 1984: «Legal Norms and Reasons for Action», *Rechtstheorie,* 15: 489-502 [ahora, con algunas modificaciones, en Nino, 1985, pp. 125-143].

– 1985: *La validez del Derecho.* Buenos Aires, Astrea.

– 1986: «El concepto de Derecho de Hart», *Revista de Ciencias Sociales* (Valparaíso) 28: 33-54.

– 1989a: *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación* (2ª ed. revisada). Barcelona: Ariel [1ª edición: Buenos Aires, Paidós, 1984].

– 1989b: *El constructivismo ético.* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
– 1991: «The Epistemological Moral Relevance of Democracy», *Ratio Iuris,* 4: 36-51.
Perry, Stephen R., 1989: «Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory», *Southern California Law Review,* 62: 913-994.
Raz, Joseph, 1972: «Voluntary Obligations and Normative Powers - II», *Proceedings of the Aristotelian Society,* Supp. vol. 46: 79-102.
– 1975: *Practical Reasons and Norms* (1ª, ed.). Londres, Hutchinson.
– 1977: «Promises and Obligations», en P.M.S. y Hacker J. Raz (eds.), *Law, Morality and Society. Essays in honour of H. L. A. Hart.* Oxford, Clarendon Press; 210-228.
– 1981: «The Purity of the Pure Theory», *Revue Internationale de Philosophie,* 35: 441-459.
– 1982: *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral* (tr. cast. de R. Tamayo), México, UNAM [edición original: *The Authority of Law. Essays on Law and Morality.* Oxford, Clarendon Press, 1979].
– 1984: «Hart on Moral Rights and Legal Duties», *Oxford Journal of Legal Studies,* 4: 123-131.
– 1985: «Authority, Law and Morality», *The Monist,* 68: 295-324.
– 1986: *The Morality of Freedom.* Oxford, Clarendon Press.
– 1989: «Facing Up: A Reply», *Southern California Law Review,* 62; 1153-1235.
– 1990: *Practical Reason and Norms* (2ª ed., que incluye un nuevo apéndice: «Rethinking Exclusionary Reasons»). Princeton, NJ, Princeton University Press.
Regan, Donald H., 1986, «Law's Halo», *Social Philosophy & Policy,* 4: 15-30.
– 1989: «Authority and Value: Reflections on Raz's *Morality of Freedom» Southern California Law Review,* 62: 995-1095.
Ruiz Manero, Juan, 1990: *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del Derecho.* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
Soper, Philip, 1989: «Legal Theory and the Claim of Authority», *Philosophy & Public Affairs,* 18: 209-237.
Ullmann-Margalit, Edna, 1977: *The Emergence of Norms.* Oxford, Clarendon Press.
Warnock, G. J., 1971: *The Object of Morality.* Londres, Methuen.

EL CONCEPTO DE AUTORIDAD NORMATIVA. EL MODELO DE LAS RAZONES PARA LA ACCIÓN

1. Introducción

1.1. La expresión «autoridad normativa» es, sin duda, problemática. En primer lugar, porque es utilizada para mencionar nociones diferentes y no es seguro que todas tengan un núcleo significativo común. En segundo lugar, en la medida en que se encuentra asociada con determinadas clases de relaciones sociales, típicamente con relaciones de poder o dominio, se la usa de manera encomiástica o peyorativa para expresar actitudes de aprobación o rechazo. Ello dificulta la posibilidad de un acuerdo en el uso teórico o filosófico de esa expresión. De manera general, se admite que la «autoridad normativa» consiste en la habilidad o capacidad de ciertos individuos. Precisamente, la explicación de la naturaleza de esa habilidad constituye un problema central. Aunque el poder fáctico de imposición es presentado, en todo caso, como un ingrediente conceptual básico, no es habitualmente considerado suficiente para esa explicación. Parece, entonces, que lo que se requiere es dar cuenta, en términos a su vez normativos, del *título* o *derecho* de tales individuos para ejercitar el poder. (*Friedmann,* 1990).

En lo que sigue, me propongo limitar la discusión de esa cuestión al caso de la «autoridad jurídica», entendida como autoridad normativa. Es más, el interrogante apunta a las relaciones entre tres maneras de entender ese concepto y sus respectivas consecuencias para el recurrente problema de la «existencia» de las normas. Cada una de esas maneras, conduce a puntos de vista diferentes acerca de aquel problema central. Como las normas afectan el comportamiento de sus destinatarios, la autoridad normativa es un tipo de autoridad práctica. Lo que quiere decir, a tenor de la terminología propuesta por Joseph Raz, aceptada ampliamente en la discusión actual, que las autoridades normativas tienen que ver con las razones para la acción y no –prima facie– con la razones para la creencia de los individuos

afectados (*Raz,* 1990). De acuerdo a esta propuesta, las nociones de la filosofía práctica, verbigracia, las de «autoridad» y de «norma» tienen que ser construidas en términos del más primitivo concepto de «razones para la acción». Precisamente, me propongo analizar críticamente una de las postuladas derivaciones de esta hipótesis metodológica, a saber, la primacía conceptual de la «autoridad legítima», en tanto autoridad normativa. Primacía que se funda en la idea según la cual los problemas conceptuales no son independientes de los problemas de justificación. En verdad, el punto de controversia consiste en la identificación de toda autoridad normativa con la autoridad moral. En la literatura, se proponen argumentos alternativos en favor de esta asimilación. En este trabajo, la pregunta apunta al alcance del que puede denominarse el «argumento de la coordinación».

1.2. No obstante las divergencias posibles, existen ciertos rasgos estructurales que se pueden asociar con la noción de «autoridad jurídica». Se trata de un concepto relacional en más de un sentido. En primer lugar, el individuo x o el conjunto de individuos al que se califica de autoridad normativa, sólo lo es *en relación* a otro conjunto de individuos, que puede denominarse la clase C de los *sometidos* a x. Es un requisito plausible de adecuación que la clase C se considere idéntica a la clase de los eventuales *destinatarios* de las normas formuladas por x. En segundo lugar, los individuos que constituyen la autoridad lo son únicamente *en relación* a una acción o a una definida clase de acciones que los sometidos *pueden* realizar. Este carácter estructural determina que tenga que hablarse, más bien, de relaciones de autoridad (*Lagerspetz,* 1989). El uso no relativizado de «autoridad» supone una autoridad absoluta, resabio de un enfoque teológico según el cual cabe adjudicar a las autoridades empíricas propiedades semejantes a las que se atribuyen a Dios[1]. La índole de esa relación depende de las distintas maneras en que puede entenderse la autoridad normativa. Los «límites» de cada

[1] Raz sostiene que cualquier autoridad política (jurídica) pretende autoridad ilimitada sobre la clase de acciones, aun cuando de hecho, tenga en el tiempo t, límites constitucionales a su competencia porque, en cualquier caso, la constitución puede ser modificada. Esta constatación le sirve para argumentar que no es posible justificar la autoridad porque, entre otras cosas, no es posible justificar esa pretensión. Esto es, la autoridad vendría a pretender autoridad absoluta en la dimensión de las acciones. Pero tenga o no semejante pretensión, es claro que cualquier autoridad *actual* tiene límites *actuales,* los que podrán reducirse o ampliarse, pero no eliminarse. Lo que puede estar en cuestión es, precisamente, justificar la autoridad actual (confr, *Raz,* 1986, pp. 76 y ss.).

autoridad están, entonces, determinados por la estructura relacional del concepto.

1.3. Adicionalmente, las relaciones de autoridad tienen una dimensión temporal. Las autoridades comienzan a «existir» en un cierto tiempo t y dejan de existir en otro. En el lapso intermedio, su existencia se manifiesta en una serie de *actos autoritarios,* esto es, en los actos de creación o formulación de normas. Por consiguiente, salvo el caso atípico de una autoridad para «crear» sólo una norma, las autoridades son relativamente permanentes, y por lo tanto, se refieren a una clase de tales actos (*Raz,* 1978, p. 20). La cuestión es, entonces, determinar el alcance de expresiones del tipo «x tiene autoridad sobre la clase de individuos C, con respecto a la clase de acciones A en el tiempo t1-t2».

2. Autoridad y normas

2. 1. El derecho de una cierta sociedad constituye un conjunto de normas que se presenta lingüísticamente como un conjunto de prescripciones. Su existencia implica que el comportamiento de sus miembros se encuentra regulado, esto es, se torna no opcional: con respecto a algunas alternativas de acción, precisamente las previstas en el contenido de las normas, se tiene el *deber* de actuar o de no actuar[2]. Aunque posibles, tales alternativas están excluidas del control individual, con prescindencia de intenciones, intereses o preferencias subjetivas. La decisión en favor o en contra de su realización es, entonces, impuesta heterónomamente. Ello no significa una determinación causal *directa:* las normas pueden, de hecho y en todo caso, ser obedecidas o desobedecidas (sobre esta cuestión, *Von Wright,* 1980, pp. 42-44, 57). Más bien, una manera de expresar esa exclusión, y por consiguiente, el sentido del deber, al menos en lo que se refiere a las normas jurídicas, consiste en indicar que el control motivacional sobre esas determinadas categorías de acciones se produce o pretende producirse indirectamente vía la coacción física no consentida –a la que Nozick denomina «coacción fundamental»– asociada por las propias normas a los actos de desobediencia. Otra perspectiva, menos pesimista, aunque admite la asociación del derecho con la coacción, toma en

[2] Es obvio que las normas no sólo imponen deberes. También conceden facultades o permisos. No obstante, la exclusión de alternativas depende básicamente de las normas de obligación.

cuenta el punto de vista de los que *aceptan* el contenido de las normas, y sugiere que son estos los decisivos para comprender la función de su incidencia en la exclusión de alternativas. Tener un deber, es, para los aceptantes, lo mismo que tener una razón para actuar. Las razones para la acción son alteradas por las normas, es más, ellas mismas son tales razones. La amenaza de la coacción sólo cumple una función subsidiaria y, en todo caso, destinada a suministrar una motivación estratégica adicional para asegurar el cumplimiento. Los que cumplen las normas para evitar consecuencias negativas a sus intereses, no reproducen, a tenor de este enfoque, la forma típica en que los comportamientos son regulados normativamente. Esta dicotomía de puntos de vista sobre la naturaleza de las normas que, a partir de Hart, son denominados, «externo» e «interno» respectivamente, puede ser utilizada como hilo conductor, en la medida en que supone planteamientos divergentes para delimitar el problema de la noción de autoridad.

2.2. La suposición de que algunos individuos tienen que ser considerados autoridades normativas conduce a admitir que algunas de las normas son los resultados de actos autoritarios. Según esta manera de hablar, tales actos «crean» las normas, transforman el mundo previo. Esto es, imponen deberes y suministran razones para la acción. Como es claro, tal suposición depende de lo que se quiera decir al afirmar que una norma determinada existe. El término «norma» es también sistemáticamente ambiguo. Si se supone que el dato primario es un conjunto de prescripciones, la pregunta por la existencia apunta a una definida prescripción. Se tienen, al menos, tres respuestas relevantes (*Bulygin,* 1990, también *Raz,* 1990b, pp. 80 y ss.): a) una norma existe si la respectiva prescripción *pertenece* a un sistema de normas; b) una norma existe si la prescripción es *vigente* o *eficaz,* esto es, si es generalmente obedecida por sus destinatarios, si existe, de hecho, una práctica establecida de cumplimiento; c) una norma existe si la prescripción tiene *fuerza obligatoria,* si es vinculante. La existencia en este último caso es, con frecuencia, asimilada a la *validez* de las normas, aunque «validez» tampoco es un término unívoco. De acuerdo a la clásica versión kelseniana, aceptada explícitamente por Raz, por ejemplo, sólo existen normas válidas en este sentido (*Raz,* 1977). Esta primacía significa que la «obligatoriedad» requerida constituye un plus sobre cualquier dato empírico, impuesto por la propia naturaleza de las normas.

Ello se explica por la tentativa de dar cuenta del sentido de la exclusión de la opción individual. Las normas excluyen alternativas

imponiendo el *deber* de actuar o de no actuar. Pero últimamente, se sostiene, desde variadas perspectivas, que un genuino deber sólo vendría a existir si el requerimiento expresado en su contenido está finalmente justificado, o lo que es lo mismo, si impone un *deber moral (Nino,* 1985; *Raz,* 1984; *Finnis,* 1988). Si se acepta esta tesis, como así también la paralela equivalencia terminológica entre «validez» y «fuerza vinculante», entonces sólo son válidas, i.e. «existen», las normas morales y no hay distinción que hacer entre derecho y moral, si es que hay que admitir la existencia de normas jurídicas. Las tres nociones de «existencia» son independientes y, por lo tanto, no son recíprocamente excluyentes. Una prescripción puede existir como norma en cualquiera de los sentidos simultáneamente. No obstante, constituye un problema mostrar de qué manera pueden ser coextensivos, más allá de la mera coincidencia.

3. Nociones de autoridad normativa

3. 1. Ese problema puede ser discutido en relación a la idea de autoridad normativa. Ello, porque para cualquiera de las condiciones de existencia se tiene una noción correspondiente de «autoridad». Se puede aceptar de manera general, que cada acto de formulación de una norma, se manifiesta en el uso de un lenguaje prescriptivo (u otras formas simbólicas). El primer efecto es que cierta conducta o ciertos tipos de conducta pueden ser calificados como «obligatorios», «prohibidos» o «permitidos», conforme a ese acto lingüístico. Pero la comprobación empírica de que el acto ha tenido lugar, no es suficiente para establecer la existencia de una norma. Un requisito adicional exige que los individuos usuarios del lenguaje puedan ser considerados *competentes,* en relación a un sistema de normas Sn. Ello significa que, a su vez, Sn contiene normas que *autorizan* o *permiten,* bajo ciertas condiciones de procedimiento, la realización de actos de ese tipo, a ciertos individuos identificados por la satisfacción de definidas condiciones. Entonces, tales actos son interpretados como actos de creación o de promulgación de normas, y los individuos en cuestión son, consecuentemente, considerados *autoridad normativa,* en ambos casos, relativamente al sistema Sn.

El «título» para crear normas equivale aquí a *facultamiento* y la respectiva autoridad normativa puede denominarse *autoridad legal.* Sus límites, es decir, la clase de los destinatarios eventuales de las prescripciones, y la clase de actos que le está *permitido* regular están determinados por las normas de Sn que establecen

la competencia o facultamiento. Los actos de la autoridad legal son suficientes para establecer la existencia de unas normas en el primer sentido de pertenencia a un sistema normativo y, en verdad, suministran un criterio para reconstruir sistemáticamente un material normativo en términos de actos semejantes: una norma N pertenece a Sn («existe» en Sn) si ha sido promulgada por una autoridad x de Sn, de acuerdo a una norma de facultamiento N1 de Sn (confr. *Kelsen,* 1990, capítulo 26). Se trata aquí de una noción de autoridad que depende, meramente, de la descripción de una específica relación entre ciertos actos y el contenido de específicas formulaciones lingüísticas previamente identificadas como el sistema Sn. Esta descripción nada permite inferir acerca del valor moral de las normas de Sn ni de su grado vigencia o eficacia. Pero, en verdad, suministra el primer criterio usual para identificar autoridades jurídicas, para el que el carácter reglado de los actos autoritarios constituye una condición definitoria.

3.2. El paso del segundo sentido de «existencia» de normas, no es, en principio, demasiado problemático. Si lo que interesa es determinar cuáles son las normas efectivamente vigentes en una sociedad determinada, ello se logra imponiendo como condición necesaria la *eficacia* del sistema Sn al que pertenecen las normas de competencia. Lo que conduce a echar mano a una noción de autoridad explicable en términos de hechos adicionales a los actos de promulgación. Cuando las formulaciones prescriptivas de ciertos individuos son, entonces, obedecidas en forma general por los miembros de esa sociedad, tales individuos pueden calificarse como *autoridad efectiva* y sus prescripciones son normas «existentes» en el segundo sentido. Por lo pronto, en consecuencia, toda autoridad legal es también autoridad efectiva. Sin embargo, como se ha encargado de mostrar Hart (*Hart,* 1961), los hechos que constituyen la existencia de una norma en cuanto práctica, son mucho más complejos que la mera reiteración de actos de obediencia. Su descripción tiene que incluir, no sólo la constatación del control de los medios de coerción, sino también y principalmente, las actitudes y disposiciones de comportamiento en que consiste la práctica de aceptación de normas. Ciertos individuos, en condiciones de imponer sus prescripciones, *pretenden* autoridad, y aceptarlas equivale al *reconocimiento* de esa autoridad. Este complejo actitudinal recíproco es lo que los convierte en autoridad efectiva. Si, además, se admite la tesis de Hart, según la cual la disposición a actuar conforme a las prescripciones de la autoridad efectiva. Si, además, se admite la tesis de Hart, según la

cual la disposición a actuar conforme a las prescripciones de la autoridad así reconocida, equivale a la existencia de una regla social que determina los límites de su competencia, entonces también vale que toda autoridad efectiva es también una autoridad legal en *relación* a esa regla[3]. Pero como es claro, el reconocimiento tampoco suministra un criterio para pronunciarse sobre el valor moral de las normas, y por consiguiente no las convierte en normas válidas.

3.3. Una manera de interpretar ese reconocimiento por parte de los destinatarios de las normas de la pretensión de autoridad de ciertos individuos, es pensar que equivale a una creencia en su legitimidad. Lo que significa concederles lo que E. Garzón Valdés propone denominar *legitimación*. Los juicios sobre legitimación, aceptación o reconocimiento son empíricos porque se refieren a las efectivas actitudes compartidas en una sociedad con respecto a su sistema jurídico-político (*Garzón Valdés,* 1987). Aquello en lo que creen proporciona un indicador, según opina Raz, para una genuina elucidación de la noción de autoridad. Creen en que tales individuos constituyen una autoridad legítima. O lo que es lo mismo, creen en la existencia de razones que justifican el ejercicio del poder (*Raz,* 1983; *Raz,* 1990c). La pretensión de autoridad que caracteriza a la autoridad efectiva no sería otra cosa que la invocación –aun en última instancia– de un derecho a emitir prescripciones válidas, que no resulta, meramente, de las normas de competencia. Más bien, la pretensión apunta a un derecho moral a ordenar y a ser obedecido y, por consiguiente, los individuos que la constituyen también creen que sus actos autoritarios están justificados moralmente. El título, entonces, tiene carácter moral. Ello significa que toda autoridad normativa se presenta como autoridad moral (*Raz,* 1984; *Soper,* 1989; *Garzón Valdés,* 1990a) y el reconocimiento tiene el sentido de admitirla como autoridad moral. Existe una *autoridad legítima* cuando semejante creencia está justificada, cuando efectivamente esos individuos son autoridades morales, cuando verdaderamente tienen el derecho a imponer restricciones a los comportamientos de los sometidos. Sólo entonces los actos autoritarios crean

[3] Conf. *Hart,* 1982, pp. 258-259. Si esa regla se identifica con la regla de reconocimiento, ello equivale a concebirla ahora como una regla de cambio. Esta conclusión es discutible y se asocia con la necesidad de explicar por qué la autoridad «originaria» es también una autoridad, si en todo caso, se precisa normas de competencia para su definición. No voy a abordar en este trabajo este problema.

normas válidas, auténticas normas que, por lo tanto, deben ser obedecidas.

La primacía conceptual otorgada por Raz y otros a la «autoridad legítima», en el sentido de que comprender la noción de autoridad es lo mismo que mostrar el tipo de argumento que justifica la pretensión de autoridad, apunta a la construcción de un modelo ideal al que *deberían* adecuarse los comportamientos de los detentadores del poder de imposición (*Raz,* 1990c, pp. 125-126). Los juicios sobre la legitimidad son, por consiguiente, en cualquier caso normativos. Por un lado, sirven para formular requerimientos que las pretendidas autoridades tienen que cumplir. Por el otro, para sustentar exigencias de obediencia dirigidas a los sometidos o destinatarios. Ello, sumado a la tesis de que sólo existen las normas válidas, equivale a afirmar que las autoridades normativas sólo son posibles, de hecho, en la medida en que es posible la satisfacción de ese ideal. La cuestión es, ahora, si se sostiene esta verdadera vuelta de tuerca en el retorno al jusnaturalismo, mostrar de qué manera la misma no conduce a tornar irrelevantes las otras nociones de «autoridad», en tanto criterios eventuales para la identificación de normas jurídicas. La estrategia que voy a examinar consiste en convertir a la «autoridad efectiva» en condición necesaria de la autoridad legítima. Lo que supone que las descripciones de ciertos hechos integran necesariamente, al menos, un argumento de justificación de la autoridad, precisamente, el «argumento de la coordinación».

4. Puntos de vista sobre la autoridad

4. 1. Usualmente, el primer paso en favor de la primacía conceptual de la «autoridad legítima» consiste en conceder un privilegio al denominado punto de vista interno en tanto modo de aproximarse a la dimensión de las normas. Ello es claro, en la afirmación de Raz de que se puede percibir lo que es la autoridad «viendo lo que uno reconoce cuando reconoce que una persona tiene autoridad legítima» (*Raz,* 1983, p. 369).

No obstante, es claro que tanto el concepto de «autoridad legal» como el de «autoridad efectiva» pueden ser utilizados por el observador de un sistema jurídico, cuyo interés apunta eventualmente a formular una teoría *descriptiva* desde el punto de vista externo. Bajo la condición de eficacia del sistema puede constatar que las autoridades legales son también autoridades efectivas en una definida sociedad. Puede, además, comprobar, en un nivel superficial de observación que no sólo las prescripciones de esa

autoridad son habitualmente obedecidas, sino también que los actos de desobediencia son recurrentemente castigados. Adicionalmente, puede *explicar* tales comportamientos describiendo el hecho más complejo de que parte de los miembros de la sociedad, y en especial los que detentan el poder coactivo de imposición, aceptan las normas, las cumplen y las hacen cumplir voluntariamente.

El observador formula, entonces, lo que Hart denomina «enunciados externos» sobre el derecho, que no suponen ni implican ningún juicio evaluativo sobre la justificación moral de las autoridades, ni sobre el valor moral de las prescripciones practicadas. Se trata, por lo tanto, del uso de una noción *neutral* de autoridad, referida meramente a la comprobación de circunstancias empíricas. Comprobación que puede, asimismo, incluir la indicación de que las prácticas de promulgación y de obediencia producen un orden estable de coordinación, que algunos de los miembros –no necesariamente todos– de la sociedad consideran legítimo. De nuevo, ello no requiere abrir juicio sobre la cuestión de saber si esa creencia está o no justificada. Desde esta perspectiva, el alcance de las relaciones de autoridad, o lo que es lo mismo, la pertenencia a la clase C de sometidos, se determina por el alcance de la capacidad de imposición. De nuevo, como el sistema es, por hipótesis, eficaz, la clase C coincide con la de los destinatarios eventuales, determinada por las normas de competencia.

Como es notorio, el observador externo puede interesarse también en formular juicios evaluativos sobre el sistema en cuestión, desde la perspectiva de un modelo ideal. Pero se trata, en todo caso, de un paso distinto y adicional que no afecta el carácter descriptivo de formulaciones del tipo «x es autoridad sobre la clase C» o «N es una norma en el sistema jurídico S».

4.2. Sin embargo, una teoría de este tipo es considerada insuficiente en la medida en que no reproduce la manera en que se utilizan las normas en el juego interno del sistema. A tenor de una opción actualmente compartida, el punto de vista externo, que pretende reconstruir el positivismo neutral, no sirve para construir una *teoría participativa,* esto es, una teoría desde el punto de vista de los *aceptantes* de las normas, quienes en todo caso, se sirven de una noción *comprometida* de autoridad normativa (*Goldsworthy,* 1990; *Soper,* 1989). Según Hart, estos formulan *enunciados internos* del tipo «la norma N es válida» cuyos contenidos no pueden reducirse a enunciados puramente fácticos.

Desde el punto de vista interno, las cuestiones normativas son cuestiones prácticas. Tienen que ver con lo que uno debe o no debe hacer, y con las razones para justificar las decisiones. Por consiguiente, también los enunciados que manifiestan el reconocimiento de autoridad están destinados a resolver cuestiones de ese tipo: si x es una autoridad, entonces se debe actuar de acuerdo a las prescripciones de x. Es más, la conclusión normativa está implícita en la propia noción de autoridad, toda vez que no hay autoridad si no existe ese deber. Lo que significa que existe una *razón* para realizar la conducta prescripta por x, o lo que es lo mismo, que semejante conducta se justifica porque se justifica conducirse conforme a las prescripciones de x. Los enunciados externos no pueden captar esta dimensión. Es por ello que, según Raz, la noción de autoridad legal o autoridad en relación a un sistema S es insuficiente: el mero hecho de la promulgación de una prescripción por individuos autorizados, no basta para justificar en forma no relativizada que se tenga o no se tenga que realizar una determinada conducta. Hay que admitir, además, que tales individuos constituyen una autoridad legítima. (*Raz,* 1978, *Raz,* 1990c).

4.3. De manera que, entonces, la *pretensión* de autoridad de x equivale, desde este punto de vista, a pretender que sus pronunciamientos, esto es, sus prescripciones, constituyan razones *perentorias* o *excluyentes* para la acción de sus destinatarios, más allá de la probabilidad del castigo. Se *reconoce* la autoridad de x, cuando se acepta que sus prescripciones son tales razones. Son razones excluyentes, en el sentido según el cual, al mismo tiempo que requieren una definida conducta, eliminan de la consideración o balance de razones, cualquiera sea su peso, todas o algunas de las razones en contra de la realización de la acción. Se trata de la conocida propuesta de Raz, admitida últimamente por Hart como un modo de explicitar las actitudes normativas que definen la relación de autoridad (*Hart,* 1982, pp. 253 y ss.).

5. Autoridad y razones para la acción

5. 1. Pero, ¿qué significa precisamente esa propuesta de las normas como «razones para la acción»? Como es notorio, en la respuesta termina la coincidencia entre Hart y Raz. No es mi intención aquí someter a escrutinio la complicada teoría de Raz sobre el razonamiento práctico. Para la presente discusión, basta con indicar que hay dos maneras de pensar la «existencia» de razones (excluyentes o de otro tipo). En la versión de Hart, que

puede denominarse *subjetivista,* la prescripción P que impone la realización del acto p, es una razón para el individuo i si, y sólo si, a) si i es el destinatario de P, la prescripción es para i una *razón suficiente* para realizar el acto p. Ello significa que P excluye subjetivamente las razones para -p, y por consiguiente, que P *determina* su comportamiento (confr. *Von Wright,* 1980, pp. 28 y ss.); b) si i no es el destinatario de P, la prescripción es para i una *razón necesaria* para la justificación del acto p de los destinatarios de P, con independencia de las razones que efectivamente lo determinen. Lo que quiere decir que, para i, si la prescripción requiere la realización de p, la omisión de p es, en todo caso, una acción injustificada, cualesquiera sean las razones que los destinatarios invoquen en favor de -p. Una «razón» existe en este sentido, cuando al menos existe un individuo i. En este caso, i es un aceptante de P, la que, entonces, es para él una *norma válida.* Es admisible pensar que los individuos que pretenden autoridad pertenecen a la clase de los aceptantes de sus propias prescripciones, aun cuando no sean sus destinatarios. Pero, en todo caso, para que exista la relación de autoridad, es necesario que algunos de los destinatarios *también* pertenezcan a esa clase. Sólo entonces, las prescripciones de la autoridad x constituyen *para ellos,* normas válidas. Este enfoque es, por cierto, compatible con la constatación de la existencia subjetiva de razones ulteriores para el reconocimiento de x como autoridad normativa, porque no supone la irracionalidad de semejantes actitudes.

5.2. De cualquier modo, lo cierto es que conforme a esta versión subjetivista, los enunciados internos de autoridad no pueden ser enunciados sobre la existencia de razones, porque aquí semejante «existencia» es una cuestión empírica relativa a las creencias y actitudes que pueden ser *descriptas* en enunciados externos. La condición pragmática de que sólo los aceptantes están en condiciones de formular enunciados del tipo «N es válida» o «x es autoridad», muestra que no son juicios verdaderos o falsos sobre tales creencias. Son en cambio, genuinas recomendaciones normativas sobre lo que los destinatarios *deben hacer.* Por consiguiente, una teoría *desde el punto de vista interno* no constituye alternativa al punto de vista externo, simplemente porque los enunciados internos no están destinados a suministrar información[4].

---

[4] Esto es así para una concepción no cognoscitiva según la cual las normas, y otras formulaciones normativas, no son verdaderas ni falsas. Pienso que en este punto radica la principal diferencia filosófica entre Hart y Raz, que condiciona sus respectivas versiones del punto de vista interno.

No obstante, la postulada primacía del punto de vista interno puede tener otro sentido, para la versión subjetivista de las razones para actuar. Puede conducir a la elaboración de un concepto *externo* de autoridad normativa que es, en todo caso, problemático y no es seguro que haya que adjudicárselo a Hart. Se trata de una noción que asume a la adopción del punto de vista interno por parte de una subclase de los destinatarios, como criterio *externo* para determinar la clase C de los sometidos a la autoridad x. De manera que x tiene autoridad sobre un individuo i si, y sólo, si i *reconoce* la autoridad de x. O de otra manera, las prescripciones de x sólo son normas para i si las acepta. El reconocimiento del destinatario de las normas es, entonces, para el observador externo, una condición necesaria para afirmar que x es una autoridad a su respecto. Lo que significa que la clase C se restringe a los aceptantes, y por lo tanto, su delimitación no depende ahora de las normas de competencia ni del alcance de la capacidad de imposición. Esta manera de establecer el concepto de autoridad elimina de la relación a todos los no aceptantes –obedientes y desobedientes– que, precisamente, son aquellos para los que la exclusión de alternativas significa literalmente imposición y sometimiento. Por consiguiente, no constituye externamente una alternativa plausible, más allá de la mera elección de un lenguaje, porque en cualquier caso habrá que decir que se encuentran sometidos al *poder* de x. De nuevo, si no se admite esta restricción, la autoridad de x depende de su capacidad de imposición, sin perjuicio de admitir que, de hecho, semejante capacidad es funcional a la existencia de aceptantes.

5.3. La de Raz es, en cambio, una versión *objetivista* de las razones para actuar (confr. *Hart,* 1982, pp. 153-161). A pesar de que, a veces (*Raz,* 1990b, p. 75), utiliza la reconstrucción de una deliberación subjetiva para ilustrar la manera de operar de los tipos de razones que postula –en especial, las razones excluyentes– es claro que sostiene la tesis de que las razones existen como *hechos* independientes de las creencias, actitudes, disposiciones y comportamientos efectivos de los individuos para quienes, no obstante, son razones para la acción. Porque afirmar que existe una razón para el acto p significa que p *debe ser* realizado y no que alguien está dispuesto a realizar p, o que de hecho, p se ha realizado. En la terminología de Raz, las razones *se aplican* a esos individuos y éstos la cumplen cuando realizan el acto requerido aun cuando en el caso no lo hayan determinado subjetivamente (*Raz,* 1990b, postscrip, pp. 179 y ss.). Las razones excluyentes, por lo tanto, tampoco son dependientes de la conducta o la

actitud individual. Como las normas válidas pertenecen a la clase de las razones excluyentes, su existencia es también una cuestión objetiva, aun cuando no existan como prácticas de comportamiento (*Raz,* 1990b, p. 76). Inversamente, los que aceptan que ciertas prescripciones son normas válidas, tienen que creer que constituyen razones objetivas para actuar. Pero la validez es distinta que la creencia en la validez: «Solamente las normas válidas son válidas o buenas razones. Las normas practicadas o prescriptas pueden ser llamadas razones sólo en el sentido de la razón (subjetiva) por la que una persona realiza alguna acción... Pero puede ser una mala razón. De otra manera, *puede que no sea una razón finalmente,* pero algunas personas creen que lo es o intentan que otros la adopten como una razón» (*Raz,* 1990b, p. 84, también pp. 72-73, agregado y subrayado mío). De manera que, como cuestión objetiva, las normas válidas existen aunque nadie crea en su existencia y a pesar de las creencias erradas de los que practican normas inválidas.

Pero, entonces, la afirmación de que x es una autoridad normativa significa que sus pronunciamientos son objetivamente válidos, que son razones para actuar. Lo que, a su vez, quiere decir que existen razones para aceptar la autoridad de x. Hay que suponer –como cuestión de significado– que cada vez que un aceptante formula enunciados internos de autoridad afirma la existencia de razones excluyentes porque afirmar que N es válida implica que N impone un deber, que se debe actuar conforme a N. Sin embargo, sostiene Raz, como el deber supone restricciones al comportamiento de los destinatarios, las razones objetivas para justificar la autoridad, no pueden estar basadas en el autointerés de los individuos que la constituyen. De acuerdo al sentido supuestamente genuino de «validez» y «deber», semejantes razones tienen que ser razones morales, razones que se imponen más allá de los intereses y preferencias individuales (*Raz,* 1990c, p. 126; *Raz,* 1984). Los que pretenden sinceramente la autoridad y los que la reconocen *creen* que de hecho tal es la situación objetiva, que sus enunciados internos son verdaderos, que la autoridad es, por consiguiente, *legítima*.

5.4. La divergencia en el modo de entender el punto de vista interno es la consecuencia de una sustancial alteración del lenguaje de las razones para la acción. Hart no necesita postular que los aceptantes creen en semejantes razones, porque desde su perspectiva los enunciados internos no son enunciados sobre hechos, morales o de cualquier otro tipo. Lo único que se precisa aquí es afirmar que el reconocimiento de la autoridad y la

aceptación suponen, como condición mínima, el cumplimiento *voluntario* de las normas, que excluye como eventual razón subjetiva solamente el temor a la sanción. La idea de que, además, implica la creencia en su «corrección» lo puede conducir, inconsistentemente, al otro paradigma, como recientemente lo ha indicado Ernesto Garzón Valdés (*Garzón Valdés,* 1990a)[5].

En cambio, para la versión objetivista, la creencia en las razones morales *define* la condición de aceptante porque los enunciados internos *afirman* su existencia. Si se admite esta tesis, es coherente sostener que el punto de vista interno es una alternativa cognoscitiva al punto de vista externo: mientras los enunciados externos se refieren a conductas y actitudes subjetivas, los internos versan sobre razones objetivas. Ambos conjuntos de enunciados no pueden ser equivalentes. La primacía conceptual indica que es mejor una noción comprometida de autoridad para comprender lo que significa pretender y reconocer autoridad *(Raz,* 1986, p. 64). Pero, una vez que se arriba a este punto de la discusión, el resultado no puede ser otro que la perplejidad: ¿en qué sentido semejante comprensión suministra un criterio para identificar a ciertos individuos como la *autoridad legítima* y por lo tanto, para identificar sus prescripciones como normas válidas? ¿Por qué la dimensión interna se presenta como un punto de vista normativamente privilegiado para establecer cuando existe el deber moral de obediencia? El hecho de que en esa dimensión las prescripciones son asumidas como razones excluyentes para actuar, es notoriamente insuficiente, aun para mostrar la posibilidad de la autoridad legítima. El anarquista que niega esa posibilidad no necesita negar ese hecho. Le basta aducir que esas creencias son sistemáticamente falsas, y, en última instancia, irracionales (confr. *Wolff,* 1990).

Como respuesta se puede sostener que el reconocimiento de la autoridad es *constitutivo* de la autoridad legítima. Si ello fuera así, toda autoridad efectiva es ipso facto legítima y, por lo tanto, las correspondientes creencias se autoverifican. Como es notorio, sin embargo, Raz admite que las creencias en las razones objetivas pueden ser falsas. No obstante, los que adoptan el punto

[5] Como en su versión prescriptivista, los enunciados internos no tienen valores de verdad, su formulación por un individuo no está pragmáticamente destinada a expresar una creencia, sino, en todo caso una intención, lo que Kelsen denominaba el «sentido subjetivo». Es claro que esto no quiere decir que el individuo en cuestión carezca de cualquier creencia la que, en todo caso, precisa de otro tipo de lenguaje para expresarse. Por consiguiente, la afirmación de que los aceptantes siempre creen en el valor moral de las normas es una tesis adicional que no se sigue de esta noción de «enunciado interno».

de vista interno están inhabilitados, en la medida en que se los considera racionales, para determinar su falsedad, porque si creen que p, creen que p es verdadera y no creen que p es falsa donde p es igual a «x debe ser obedecido» (conf. *Puga, da Costa, Vernengo,* 1990; *Garzón Valdés,* 1990a; *Laporta,* 1990). Para establecer que la creencia en la autoridad legítima es falsa hay que comenzar con la duda admitiendo que *puede* ser falsa, y ello implica, por definición, el abandono del punto de vista interno. De manera que, finalmente, tanto la cuestión de saber si determinados individuos tienen que ser calificados como autoridad efectiva, como la de verificar su eventual legitimidad es un asunto del que pueden ocuparse los que no aceptan las normas, en el sentido fuerte definido por Raz. Es decir, por los que pueden cuestionar la *actual* existencia de razones objetivas para actuar, porque no creen en la verdad de los correspondientes enunciados.

6. Autoridad legítima y coordinación

6.1. Desplazar la cuestión de la legitimidad de la autoridad al punto de vista externo conduce a requerir a aquel que lo adopta, incluyendo al observador, que no se limite a la mera constatación de circunstancias fácticas, sino que, además, en la tarea de identificar normas recurra a un concepto comprometido de autoridad. Ahora, en el sentido de indicar, como cuestión objetiva sobre las razones existentes, cuáles son las prescripciones que los destinatarios *deben aceptar,* aun cuando de hecho no se las acepte, y cuáles *no deben aceptar,* no obstante sus actitudes subjetivas. Habida cuenta que las normas genuinas son razones excluyentes, directivas de ese tipo, indican en qué caso *deben* prescindir de sus preferencias e intereses en tanto determinantes de la acción. Como está en condiciones de establecer la falsedad de las creencias, también puede establecer las condiciones que las tornan verdaderas. En tanto cuestión de *teoría* acerca de las normas y de la autoridad jurídica, este requerimiento implica que el observador tiene que usar un criterio normativo en su tarea de elucidación conceptual. Tiene, en definitiva, que construir la clase de concepto que Raz denomina normativo-explicatorio (*Raz,* 1986, p. 63 y ss.). Como es obvio, ello supone que se acepta la discutible ontología de las razones objetivas y la correspondiente función que se asigna al discurso destinado a determinar la existencia de normas. La controversia metateórica puede dirimirse mediante la simple constatación final del uso de conceptos divergentes e irreductibles de «norma» y «autoridad normativa». Pero

los partidarios de la noción comprometida pueden insistir que su versión, a la vez que reproduce el *significado* de la pretensión de autoridad, que el positivismo no puede captar, no conduce necesariamente a desechar cualquier apelación a los hechos (*Soper,* 1989). Basta con sostener que la cuestión de saber si x tiene autoridad no depende *exclusivamente* de los hechos. En esta dirección se encuentra el tradicional argumento, rescatado bajo sofisticada forma por autores como Raz y Finnis, según el cual, la autoridad se justifica porque constituye un instrumento para resolver problemas de la coordinación necesaria para la obtención del «bien común» o del «interés general».

6.2. Para arribar a ese argumento, es preciso indicar que se tienen dos estrategias generales posibles para fundamentar la legitimidad del Estado, de un sistema jurídico político en particular o de las instituciones que conforman sus autoridades normativas. La primera, recurre a razones relativas al proceso de su constitución, a los hechos que originan una determinada autoridad. En este caso, la legitimidad es una propiedad *emergente* de ese proceso, de acuerdo a la terminología propuesta por D. Schmidtz (*Schmidtz,* 1990). Razones que tienen que ver con la forma en que ciertos individuos adquieren el monopolio de la coacción son de este tipo. Si son elegidos por la mayoría de los sometidos o eventuales destinatarios o si de alguna manera se apela a su consentimiento, la autoridad normativa adquiere *legitimidad democrática.* De la misma manera, sus prescripciones pueden considerarse justificadas si resultan de un procedimiento democrático de promulgación. En cualquier caso, la justificación es, a su vez, relativa a las razones para avalar la democracia como forma general de gobierno, las que por cierto, imponen límites que definen el proceso admisible. No es mi propósito discutir aquí alternativas de justificación emergente. Pero es claro que la satisfacción de un procedimiento de elección –cualquiera que sea– no puede asegurar ningún resultado, aunque tales límites puedan eliminar algunos resultados, en tanto restricciones a la competencia. En especial, no puede asegurar, en todo caso, la *calidad moral* de las normas emitidas por la autoridad así legitimada. Por consiguiente, la estrategia en cuestión no habilita ningún argumento para admitir que la autoridad legítima tenga que considerarse una autoridad moral, esto es, una autoridad con *derecho* moral para emitir normas que sus destinatarios *deben moralmente* obedecer, por el solo hecho de que son el resultado de actos autoritarios. Lo que, obviamente, no descarta lo que también el anarquista está dispuesto a admitir: que pueden existir, circunstancialmente, otras razones para realizar

los actos prescriptos (*Wolff,* 1990, p. 29-30). Identificar como «normas» las prescripciones de la autoridad legítima no es lo mismo, en consecuencia, que reconocer su validez. La insistencia de que, de cualquier modo, es una autoridad moral, obliga a postular como único indicador para determinar el valor moral de las normas, el hecho de su promulgación por semejante autoridad, con total prescindencia de su contenido. Es decir, de la naturaleza de los actos que las prescripciones ordenan practicar. En tal caso, conceder «legitimidad» vendría a ser lo mismo que otorgar competencia formal sobre asuntos morales. Pero esta tesis no se sigue solamente de *un* determinado argumento de justificación emergente de la autoridad normativa, ni tampoco de la estrategia global. Por consiguiente, puede ser consistentemente rechazado. Se trata, más bien, de un criterio *formal* e independiente para establecer la validez de las normas, para el cual el origen de la autoridad es indiferente. Ello porque, para cualquier supuesto de su constitución, el criterio indica que el contenido de las normas sigue siendo irrelevante.

6.3. Tanto Raz como Finnis rechazan los argumentos que apuntan a la justificación emergente, por considerarlos insuficientes, con razón, para asegurar la autoridad moral de la autoridad legítima. En especial, no admiten el clásico argumento del consentimiento de los afectados. (*Raz,* 1986, pp. 80 y ss. *Raz,* 1990a; *Finnis,* 1988, pp. 248-252). En principio recurren a la otra estrategia que, también de acuerdo con Schmidtz, puede denominarse *teleológica*. Aquí, se propone argumentos para justificar la autoridad normativa (o el Estado o cualquiera de sus instituciones) en términos del logro de propósitos o resultados considerados deseables. Para ello, la existencia de una autoridad es considerada condición necesaria para la obtención de un resultado colectivo valioso R. Si R se define por el cumplimiento de las razones morales objetivas que los destinatarios de las normas *deben cumplir,* ello presupone que los actos de obediencia a la autoridad x aseguran semejante resultado. Por lo tanto, se precisa aquí un criterio moral, *independiente* de los actos de promulgación, para saber cuáles son las prescripciones que constituyen normas válidas, esto es las que se deben obedecer. Porque es ese criterio –sin el cual no puede definirse el resultado– el que habilita la justificación teleológica de las autoridades normativas.

Pero en este caso, la prescripción P que ordena p no constituye una razón excluyente para realizar p, a menos que exista previamente una *razón moral* para realizar p, o lo que es lo mismo, que se deba objetivamente realizar p. Sólo entonces, las prescripciones

se transforman en normas jurídicas válidas, por su concordancia con un deber moral. Consecuentemente, para Raz, las normas jurídicas son *razones dependientes* para actuar, y esa dependencia es constitutiva de su validez. Las autoridades normativas tienen el deber de promulgar normas válidas. Si cumplen ese deber, entonces son autoridades *legítimas,* en relación al resultado considerado deseable (*Raz,* 1990c, pp. 122-129; *Raz,* 1986, pp. 42 y ss.). Esto es, solo y en la medida en que sus normas son razones dependientes.

No voy aquí a discutir esta línea argumental que, claramente conduce a concebir a la «autoridad normativa» como una especie de autoridad teórica sobre asuntos morales que ejerce una suerte de paternalismo solamente sobre quienes son, para utilizar los términos de Ernesto Garzón Valdés, incompetentes morales (*Garzón Valdés,* 1990b, confr. para Raz, también *Farrell,* 1991). Es preciso, no obstante, indicar que en este caso el juicio de legitimidad es siempre ex post facto porque depende de que efectivamente se haya obtenido el resultado valioso. De este hecho nada se puede inferir acerca de lo que *deben* moralmente hacer en el futuro los destinatarios de las normas después del tiempo t en el que se formula ese juicio sobre el pasado. Sin embargo, Raz recurre, sorprendentemente, a otro argumento –formalmente independiente y hasta incompatible con el otro– para diseñar el concepto de autoridad legítima, que lo conduce al criterio formal para justificar la validez de las normas. Ello explica que explícitamente afirme que sólo son razones válidas para actuar, las normas promulgadas por la autoridad legítima (*Raz,* 1986, p. 46). La promulgación es, entonces, un criterio de validez. Para mantener la consistencia con la tesis según la cual son razones dependientes, ello tiene que entenderse en el sentido de que la norma N que ordena p es una razón necesaria pero no suficiente para realizar p. ¿Pero, por qué hay que admitir que es una razón necesaria? La respuesta es que hay casos centrales en los que la autoridad normativa es realmente una autoridad práctica y no teórica. Lo que significa que *antes* de la promulgación de N no existe una razón necesaria para realizar p, porque otras acciones son igualmente suficientes para satisfacer un objetivo moralmente valioso (*Raz,* 1990c, 126-128).

6.4. Esta constatación es la que permite el paso para asociar los tres conceptos de autoridad. A tenor de Raz, las normas jurídicas son sistemáticamente válidas, porque una condición necesaria de validez es su *pertenencia* a un sistema Sn. Lo que, al menos, quiere decir que su promulgación por una autoridad legal conforme a Sn es parte de la razón para realizar el acto prescripto.

(*Raz,* 1990, pp. 127-128; *Raz,* Validity). Ello podría entenderse en el sentido de que una vez constatada la legitimidad del sistema –esto es, la legitimidad de sus autoridades–, entonces las normas son sistemáticamente válidas. Por tanto, antes de determinar que la autoridad legal x debe ser obedecida, habría que saber si x es legítima. No obstante, esta afirmación ya es, prima facie, incompatible con el otro argumento de la dependencia de las normas. Porque si la validez depende del contenido no pueden ser sistemáticamente válidas (conf. *Galsworthy,* 1991, pp. 460-462). Este paso de Raz indica, entonces, que no hay cuestión sobre el contenido de una norma, a menos que *antes* se establezca su pertenencia a un sistema. Sin embargo, de nuevo, para que las normas de la autoridad legal deban ser obedecidas, es preciso que el sistema sea eficaz; esto es, los sistemas sólo son «sistemáticamente válidos» si existen como prácticas sociales (*Raz,* 1990b, p. 128). De manera que toda autoridad legítima es también una autoridad efectiva y el hecho de la obediencia habitual es un paso necesario en su justificación. Por lo tanto, la legalidad de los actos autoritarios de ciertos individuos, conforme a las normas de un sistema eficaz, es un requisito de identificación de la autoridad legítima, y no a la inversa (en el mismo sentido, *Laporta,* 1990).

Ello se sustenta en el hecho de que *solamente* una autoridad *efectiva* puede resolver problemas de convivencia. La resolución de estos problemas constituye la razón principal para su justificación (*Raz,* 1990a; *Raz,* 1986, p. 76; *Finnis,* 1988, pp. 231-233, 249; *Lagerpetz,* 1989, pp. 65 y ss.). En consecuencia, la autoridad no se justifica teleológicamente, ahora, por lo que hace, sino por lo que *puede* hacer. Los problemas de convivencia pueden ser pensados como conjuntos de problemas de coordinación PC. Pero se tienen dos versiones de problemas PC. En primer lugar, existe un problema PC *subjetivo* para un conjunto de individuos I, si todos tienen una razón subjetiva para lograr un resultado R que depende de las acciones conjuntas de los individuos de I y: a) existen estrategias alternativas de acción conjunta, cada una de las cuales es suficiente para obtener R; b) R se logra si, y sólo si, *todos* coinciden en elegir una determinada estrategia. Por lo tanto, para cada individuo, es preciso saber cuál será la acción que los otros van a elegir. Los actos autoritarios resuelven el PC, si *ordenan* adoptar un tipo de acción que todos deben seguir y todos obedecen. El clásico ejemplo de la dirección del tránsito vehicular es un problema subjetivo en este sentido.

Existen varios argumentos –que no serán revisados aquí– para mostrar que la autoridad no es necesaria para resolver problemas subjetivos de coordinación (confr. *Green,* 1985), o

para sostener que actuar conforme a las prescripciones no implica reconocer la «autoridad» de los individuos que las emiten (*Regan,* 1989, pp. 1027-1029). Por ello, consecuentemente, Raz indica que lo que interesa son los PC que pueden denominarse *objetivos,* esto es aquellos en los que el resultado deseable R no depende de las razones subjetivas, porque no depende de las preferencias e intereses de aquellos cuya acción es necesaria para R. Ello sucede cuando R se identifica con el «bien común» o el «interés general», *para cuyo logro todos tienen una razón objetiva para actuar* (*Raz,* 1990, pp. 6-11; *Finnis,* 1988, p. 232), con independencia de sus evaluaciones subjetivas. La autoridad normativa, es decir, jurídica, cumple entonces dos funciones: a) define el resultado deseable; b) impone autoritariamente el curso de acción considerado causalmente necesario. De otra manera, sin el esfuerzo coordinado, algunos bienes deseables se pierden o se logran imponiendo cargas excesivas sobre los que cooperan voluntariamente. En consecuencia, solamente la autoridad efectiva, la que es habitualmente obedecida, puede resolver problemas objetivos de coordinación, y sus prescripciones son condiciones necesarias para elegir los actos que deben ser realizados.

6.5. Pero como cuestión empírica no puede descartarse que las normas son, en primer lugar, una herramienta para obtener los estados de cosas que satisfacen los intereses de los individuos que constituyen una autoridad normativa, o para resolver conflictos en beneficio de una clase, o más débilmente, para lo que consideran resultados deseables (*Von Wright,* 1980, p. 44; *Soper,* 1989, pp. 222 y ss.). De manera que, para que las normas tengan que considerarse razones suficientes para actuar es preciso saber si se justifica el resultado propuesto en *cada* problema objetivo de coordinación. Consecuentemente, si sólo deben obedecer si x actúa legítimamente, esto es, si el resultado es objetivamente valioso, entonces los individuos sometidos tienen una razón para la crítica permanente, y *no deben* asumir las normas como razones excluyentes para actuar.

Pero ello implica, paradójicamente, no reconocer a x autoridad alguna, porque admitir que x tiene autoridad es «considerar sus órdenes... como instrucciones autoritarias, y en consecuencia, como razones excluyentes» (*Raz,* 1990b, p. 63; *Finnis,* 1988, 233-234). Sin embargo, los resultados colectivos valiosos sólo son posibles si existe una autoridad efectiva que asegure la coordinación, esto es, «si los individuos concernidos [los destinatarios de las normas], difieren su propio juicio y no actúan sobre el balance de razones, sino sobre las instrucciones de la autoridad» (*Raz,*

1990b, p. 64). De manera que la legitimidad no puede consistir en el acierto moral en la forma de resolver PC objetivos, sino en la razón ulterior para aceptar que existan autoridades efectivas: a saber, que sólo ellas pueden resolver tales problemas, porque sólo ellas pueden resolver cualquier problema de coordinación.

El razonamiento puede reconstruirse así: si todos tienen una razón objetiva para lograr resultados valiosos y la existencia de una autoridad normativa efectiva es necesaria, todos tienen una razón para que exista una autoridad normativa efectiva. Pero para que exista una autoridad semejante es necesario que sus normas se asuman como razones excluyentes, de manera que todos tienen una razón para asumir las normas como razones excluyentes. Finalmente, cuando una acción (o clase de acciones) es admitida como necesaria para el logro R y se debe lograr R, entonces R es una razón suficiente para la acción[6]. Lo que significa que si los actos de obediencia son medios necesarios para el resultado final, para cualquier clase de actos p, la norma que ordena p suministra una razón objetiva *suficiente* y no meramente necesaria para p. De manera que todos *deben* obedecer a la autoridad efectiva, si tienen razones para el resultado valioso R, con independencia del contenido de las normas. Por consiguiente, la promulgación de N por la autoridad legal de un sistema efectivo, tendría que ser considerada suficiente para la *validez* de N. Esto es, toda autoridad efectiva es, prima facie, legítima si por ello se entiende que sus normas deben ser obedecidas. La clase C se determina nuevamente por la capacidad de imposición.

6.6. Se trata, por cierto, de una conclusión que el propio Raz estaría dispuesto a negar, toda vez que explícitamente niega ahora que existe una obligación *general* de obedecer al derecho (*Raz,* 1986, pp. 99 y ss.). No obstante, hay que indicar que: a) su rechazo a la obligación general, se sustenta en la otra estrategia de justificación que conduce a definir la autoridad normativa como autoridad teórica en asuntos morales; b) la obligación general de obediencia aparece, en cambio, como una *consecuencia* directa, de la hipótesis que concibe a la autoridad como instrumento necesario para la resolución de problemas PC, en conjunción con la tesis según la cual no hay autoridad si sus normas no son admitidas como razones excluyentes; c) esta consecuencia no equivale a afirmar que se trata de una obligación *absoluta*. Basta

[6] Confr. *Von Wrigth,* 1980, pp. 28 y ss. Von Wrigth se refiere al resultado intencionalmente «querido» por el agente. Pero lo mismo vale para el resultado que el agente «debe» querer.

admitir que los deberes morales son, en cualquier caso, prima facie. En especial, ello significa que la razón objetiva para obtener resultados colectivos deseables puede ser superada, en un caso particular, por otras razones. Por lo tanto, se tienen dos versiones de la autoridad jurídica como autoridad moral, que son recíprocamente inconsistentes.

Lo que explica que Raz mantenga que las normas deben ser obedecidas, es decir, que son razones objetivas excluyentes *a pesar* de los desaciertos cometidos por los individuos que constituyen la autoridad. Por lo tanto, existen normas que son válidas, no obstante que su contenido pueda ser calificado de inmoral, según cualquier otro criterio (*Raz,* 1990c, pp. 135-136; *Raz,* 1986, p. 78-79). Son válidas porque pertenecen a un sistema legítimo. Pero cualquier sistema eficaz instaura autoridades legítimas si la legitimidad se funda en la capacidad técnica para resolver problemas de coordinación. En cambio, en esta misma dirección, Finnis sostiene coherentemente que el hecho de que la autoridad efectiva será probablemente obedecida, tiene consecuencias normativas para lo que los afectados deben hacer. Esas consecuencias se derivan del principio normativo según el cual la «autoridad es un bien (porque es requerida para la realización del bien común) cuando ese principio se asume en conjunción con el hecho de que una persona en particular, un cuerpo o configuración de personas, para una determinada comunidad y en un tiempo definido, *pueden hacer lo* que la autoridad *tiene que hacer* (es decir, asegurar y promover el bien común)» (*Finnis,* 1988, p. 246, subrayados míos). Lo que quiere decir que esta conjunción es una razón suficiente, aunque sea presuntivamente [prima facie], para justificar la pretensión y el *reconocimiento* de la autoridad (*Finnis,* 1988, p. 246). Como la manera en que las autoridades efectivas adquieren el monopolio del poder y comienzan a ejercitar el dominio es aquí irrelevante, ello le permite a Finnis concluir que los habitantes de un país ocupado militarmente, con independencia de la moralidad o la inmoralidad de la ocupación, *deben* obedecer a la autoridad militar efectiva, o que después de todo, la conquista constituye un *título* bien fundado o razonable para justificar el dominio de la corona británica en sus colonias (*Finnis,* 1988, nota al párrafo IX. 4 p. 258; nota a pie n.º 15, p. 252).

Como criterio externo para evaluar sistemas normativos efectivos, no existe razón para aceptar los argumentos morales de Finnis, que personalmente considero inadmisibles. Pero la cuestión importante es que la vía elegida para construir un concepto comprometido de autoridad normativa conduce irremediablemente a que, externamente, haya que postular que las autoridades efec-

tivas, como derivación de ese «compromiso» aparentemente conceptual, *deben ser objetivamente obedecidas.* Tesis que, a pesar de su venerable tradición, no es otra cosa que un genuino postulado ideológico acerca del derecho y del poder. El positivista cuyo propósito es el conocimiento no necesita adoptar, por definición, tan fuerte compromiso. Sus conceptos de «norma» y «autoridad» sólo suministran criterios para reconstruir hechos, los que no clausuran la posible e independiente discusión sobre su evaluación moral. Puede ser, entonces, que también para esta controversia, el punto de partida neutral constituya todavía la mejor alternativa.

BIBLIOGRAFÍA

Bulygin, Eugenio (1990): «An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law», en *Ratio Juris,* vol. 3, n.º 1, 1990.

Farrell, Martin (1991): «Autonomy and Paternalism: the Political Philosophy of Joseph Raz», en *Ratio Juris,* vol. 4, n.º 1, march 1991.

Finnis, John (1988): *Natural Law and Natural Rights,* Oxford University Press, New York, 1988.

Friedman, R. B. (1990): «On the Concept of Authority in Political Philosophy», ahora incluido en Joseph Raz (ed.) *Authority,* Basil Blackwell, Oxford, 1990.

Garzón Valdés, Ernesto (1987): *El Concepto de Estabilidad de los Sistemas Políticos,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

Garzón Valdés, Ernesto (1990a): «Algo más acerca de la Relación entre Derecho y Moral», en *Doxa,* n.º 8, 1990.

Garzón Valdés, Ernesto (1990b): «On Justifying Legal Paternalism», en *Ratio Juris,* vol. 3, n.º 2, 1990.

Go1dsworthy, Jeffrey D. (1990): «The Self-Destruction of Legal Positivism», en *Oxford Journal of Legal Studies,* vol. 10, n.º 4 1990.

Green, Leslei (1985): «Authority and Convention», en *The Philosophical Quarterly,* vol. 35, n.º 141, 1985.

Hart, Herbert (1961): *The Concept of Law,* Oxford University Press, Oxford, 1961.

Hart, Herbert (1982): *Essays on Bentham,* Oxford University Press, New York, 1991.

Kelsen, Hans (1991): *General Theory of Norms,* Oxford University Press, New York, 1991.

Lagerspetz, Eerik (1989): *A Conventionalist Theory of Institutions,* Acta Philosophica Fennica, Helsinki, 1989.

Laporta, Francisco (1990): «Derecho y Moral: Vindicación del Observador Crítico y Aporía del Iusnaturalista», en *Doxa,* n.º 8, 1990.

Nino, Carlos (1985): *La Validez del Derecho,* Astrea, Buenos Aires, 1985.

Puga, Leila; da Costa Newton; Vernengo, Roberto (1990): «Derecho, Moral y Preferencias Valorativas», en *Theoria,* año V, n.º 12-13, 1990.
Raz, Joseph (1977): «Legal Validity», en *Archiv für Rechts und Sozial Philosopie,* LXIII/3, 1977.
Raz, Joseph (1978): «On Legitimate Authority», en Richard Bronaugh (ed.): *Philosophical Law,* Greenwood Press, Wesport, 1978.
Raz, Joseph (1983): «Autoridad y Consentimiento», en E. Bulygin; M. Farrell; C. Nino y E. Rabossi (eds.) *El Lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro Carrió,* Abeledo, Buenos Aires, 1983.
Raz, Joseph (1984): «Hart on Moral Rights and Legal Duties», en *Oxford Journal of Legal Studies,* vol. 4, n.º 1, 1984.
Raz, Joseph (1986): *The Morality of Freedom,* Oxford University Press, New York, 1986.
Raz, Joseph (1990a): «Introduction», en Joseph Raz (ed.) *Authority;* Basil Blackwell, Oxford, 1990.
Raz, Joseph (1990b): *Practical Reasons and Norms* (2.ª edic.), Princeton University Press, Princeton, 1990.
Raz, Joseph (1990c): «Authority and Justification», ahora incluido en Joseph Raz (ed.): *Authority,* Basil Blackwell, Oxford, 1990.
Regan, Donald (1989): «Authority and Value: Reflection on Raz's Morality of Freedom», en *Southern California Law Review,* vol. 62, 1989.
Schmidtz, David (1990): «Justifyng the State», en *Ethics,* 101, october, 1990.
Soper, Philip (1989): «Legal Theory and the Claim of Authority», en *Philosophy & Public Affairs,* vol. 18, n.º 3, 1989.
Von Wright, Georg H. (1980): *Freedom and Determination,* Acta Philosophica Fennica, Amsterdam, 1980.
Wolff, Robert P. (1990): «The Conflict between Authority and Autonomy», ahora incluido en Joseph Raz (ed.) *Authority,* Basil Blackwell, Oxford, 1990.

NORMAS Y RAZONAMIENTO PRÁCTICO. UNA CRÍTICA A JOSEPH RAZ

(I)

Los teóricos del derecho han reflexionado persistentemente sobre la normatividad y naturaleza de los sistemas jurídicos[1]; temas que pueden ser considerados de principal importancia para una teoría general del derecho. Una manera de abordar estos problemas es establecer el significado de los enunciados jurídicos y esclarecer las razones de los sujetos para emplear un lenguaje normativo[2]. Respecto a esto, las teorías positivistas pueden clasificarse en:

(i) Teorías reduccionistas[3]: sin perjuicio de las importantes variantes en esta postura, sostienen la posibilidad de traducir los enunciados jurídicos a meros enunciados de hecho, vgr.: enunciados de probabilidad de sufrir un daño.

---

[1] Raz, Joseph: «The Problem About The Nature Of Law» en *Contemporary Philosophy. A New Survey,* vol. 3, pp, 107-125, 1982, M. Nijhoff Publishers, Boston, Londres.

[2] Raz, Joseph: «La Pureza de la Teoría Pura» en *Análisis Filosófico,* vol. 1, n.º1, pp. 71-88, 1981.

Raz, Joseph: «La Teoría de Kelsen de la Norma Fundamental» en *La Autoridad del Derecho,* pp. 157-187, 1982, UNAM, trad. por R. Tamayo, México.

Para una versión alternativa, cfr.:

Bulygin, Eugenio: «Norms, Normative Propositions, and Legal Statements» en *Contemporary Philosophy. A New Survey,* vol. 3, pp. 127-152, 1982, M. Nijhoffs Publishers, Boston, Londres.

Bulygin, Eugenio: «Enunciados Jurídicos y Positivismo Jurídico. Respuesta a Raz» en *Análisis Filosófico,* vol. 1, n.º 2, pp. 49-59, 1981.

[3] Hart, Herbert: «Scandinavian Realism» en *Essays in Jurisprudence and Philosophy,* pp. 161-170, 1988, Clarendon Press, Oxford.

Hart, Herbert: «Legal Duty and Obligation» en *Essays on Bentham,* pp. 144, 1982, Clarendon Press, Oxford.

MacCormick, Neil: «On Analytical Jurisprudence» en *An Institucional Theory of Law,* pp. 103 y ss., 1986, Reidel PC, Dordrecht, Boston.

Ross, Alf «Sobre el Derecho y la Justicia», cap. 2, 1963, EUDEBA, trad. por G. Carrió, Buenos Aires.

(ii) Teorías no-reduccionistas[4]: niegan que el significado de los enunciados jurídicos se agote al especificar sus condiciones de verdad. Al igual que en las teorías reduccionistas, las discrepancias entre las diferentes teorías no-reduccionistas son frecuentes[5].

En este trabajo consideraremos solamente una discusión pertinente a las teorías no-reduccionistas. Para ello analizaremos la teoría de Joseph Raz: las normas jurídicas como razones para actuar. Según esta teoría, la normatividad del derecho tiene que explicarse de tal manera que posibilite: a) afirmar que los enunciados jurídicos implican enunciados de razones para actuar; y b) señalar el tipo específico de razón que constituyen las normas jurídicas[6].

Considerando de manera principal al libro «Practical Reason and Norms»[7], reflexionaremos acerca de algunos temas centrales de la teoría de Raz, e intentaremos mostrar la necesidad de revisar los siguientes puntos:

– los criterios de distinción entre razones de primer y segundo orden;
– las ventajas de la teoría de Raz respecto de la teoría práctica de las normas atribuida a Hart[8];
– la naturaleza de las razones excluyentes.

---

[4] Kliemt, Hartmut: «Instituciones Morales», pp. 186 y ss., 1986, Alfa, trad. por J. M. Seña, Barcelona.

Raz, Joseph: «La Validez Jurídica» en *La Autoridad del Derecho* (cit. nota 2), pp. 187-203.

Backer, G.: «Defeasibility and Meaning» en *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart,* pp. 26-57, Raz y Haecker (eds.), 1977, Clarendon Press, Oxford.

[5] Hart, Herbert: «Kelsen Visited» en *Essays in Jusrisprudence and Philosophy* (cit. nota 3), pp. 286-308.

[6] Raz, Joseph: «Reasons for Action, Decisions and Norms» en *Mind* (1975), pp. 481-500.

Nino, Carlos: «Normas Jurídicas y Razones para la Acción» en *La Validez del Derecho,* pp. 126-143, 1985, Astrea, Buenos Aires.

[7] Raz, Joseph: «Practical Reason and Norms», segunda edición, 1990, Hutchinson of London, Londres (en adelante, PRN).

[8] Hart ha propuesto un análisis acerca de las normas como razones autoritativas y ha criticado la teoría de Raz en «Commands an authoritative Reasons» en *Essays on Bentham,* ob. cit., pp. 243-268- Cf- «Sovereignity and Legally Limited Goverment» en *Essays on Bentham,* ob cit., p. 239.

(II)

La clasificación de las razones propuesta por Raz constituye la base de sus dos modelos de racionalidad. El *Modelo 1* se configura cuando el agente obra de acuerdo con el balance de razones de primer orden (en adelante «RPO»), cuyo resultado constituye una razón concluyente. El *Modelo 2* se configura cuando el agente actúa con fundamento en una razón excluyente (en adelante «RET»). La posibilidad de identificar ambos modelos depende de la distinción entre las RPO y las RET. Esa distinción es relativa al papel que desempeñan en el razonamiento práctico. Por lo tanto, es necesario analizar la estructura de este tipo de razonamiento.

Según Raz, todo hecho descripto en una inferencia práctica, cuyas premisas no sean redundantes, es considerado una razón para la acción descripta en la conclusión. Debe distinguirse dentro de esta inferencia, la descripción de aquellos hechos respecto de los cuales creer en su existencia implica que el agente tiene una actitud crítico práctica. Son ellos los únicos que pueden figurar como premisa mayor del argumento, constituyendo la razón operativa para la acción. Las razones auxiliares constituyen la clase complementaria de las razones operativas y su función es transferir la actitud práctica desde la premisa mayor a la conclusión[9]. La inferencia práctica, descripta por Raz, tiene por conclusión un enunciado deóntico; y si bien él admite que hay por lo menos dos tipos básicos de inferencias prácticas, sólo da elementos para reconstruir una de ellas. Esto es, aquel argumento que responde a qué acción tenemos una razón (prima facie) para realizar[10]; donde la premisa mayor describe o bien un valor, un interés, un deseo, o una norma; la premisa menor describe la acción que el agente considera suficiente para satisfacer lo expresado por la premisa mayor, y la conclusión enuncia que se debe realizar la acción señalada. En palabras equivalentes para Raz, la conclusión enuncia que hay razones para realizar tal acción.

El diferente papel que las razones juegan en el razonamiento se apoya, en el caso de las RPO, en que ellas se relacionan en virtud de su fuerza o peso. El mayor o menor peso de estas razones está determinado por los valores a los que ellas sirven[11] y

---

[9] Raz, Joseph, PRN, p. 33.

[10] Raz, Joseph: «Introducción», en *Razonamiento Práctico,* pp. 14-21, Fondo de Cultura Económica, trad. por J. Utrilla, 1986, México.

[11] Raz, Joseph, PRN, p. 77.

el balance entre ellas define el modelo 1 de racionalidad. Respecto de las RET, Raz no menciona ninguna propiedad que las defina y en base a la cual se explique su diferente funcionamiento. Ellas se caracterizan por operar de hecho en las consideraciones del agente, excluyendo el modelo 1 de racionalidad y justificando la acción en forma independiente de éste. Es necesario precisar el concepto de balance de razones ya que las RET no excluyen *todo* balance de razones, sino aquel que define el modelo 1 de racionalidad. La aceptación de una razón excluyente no elimina:

a) al balance de razones de segundo orden
b) al balance entre RET y RPO no vencidas

En estos últimos dos casos, no es verdad sostener que una RET excluye el balance de razones[12]. En adelante siempre nos referiremos al balance de razones en relación al modelo 1 de racionalidad que resulta excluido por una RET.

Nuestro interés se centra principalmente en la teoría de las normas que sostiene Raz[13], y dado que ellas constituyen RET, reflexionaremos acerca de algunas afirmaciones de este autor que nos permitan esclarecer el concepto de RET. De manera especial hay que tener en cuenta que, según Raz, las RET implican una manera independiente de justificar la acción[14], característica de los casos en que los sujetos siguen normas; de allí infiere Raz que las normas son RET[15].

(III)

Al explicar las normas como RET, Raz advierte que no cualquier exclusión del balance de razones da lugar a una acción racional del agente. Dice: «Pero no debemos confundir una decisión arbitraria de no considerar razones y no actuar en base a ellas con una *razón* para excluir razones y no actuar en base a ellas»[16]. Inmediatamente, explica que sólo si la razón (que excluye) es válida o si la regla es justificada, la acción del agente es racional y puede decirse que obró en base a una RET. Debe advertirse que, a diferencia de las RPO, las RET son –por

[12] Raz, Joseph, PRN, pp. 46, 47.
[13] Nino, Carlos: «El Concepto de Validez Jurídica en la Teoría de Kelsen» en *La Validez del Derecho* (cit. nota 6), p. 26.
[14] Raz, Joseph, PRN, pp. 40-45.
[15] Raz, Joseph, PRN, p. 194.
[16] Raz, Joseph, PRN, pp. 61, 62.

definición– válidas. Por lo tanto, aunque de hecho se excluya el balance de razones, la acción de un agente sólo será considerada racional cuando la exclusión (de razones válidas)[17] se base en una razón válida[18]. De este modo, un proceder con fundamento en una RET se distingue de un proceder arbitrario si el agente está justificado en excluir el balance de razones[19].

El problema que nos interesa destacar es que Raz no explicita un criterio general que permita distinguir las exclusiones justificadas de las injustificadas; en otras palabras, no proporciona un criterio general para distinguir acciones arbitrarias de aquellas basadas en una RET. La metodología de Raz para estos casos consiste en presentar ejemplos en los cuales, según su opinión, está justificada la exclusión del balance de razones[20] (ahorro de tiempo, de trabajo y coordinación de actividades). Juzgar si está justificada la exclusión supone la existencia de patrones de evaluación que permitan clasificar ciertas acciones y/o estados de cosas como justificados o correctos, a pesar de lo que indica el balance de razones. Esta discriminación entre razones que justifican y razones que no justifican la exclusión implica cotejar razones. Si este cotejo es o no un «balance de razones» en el sentido en que Raz emplea este término depende, nuevamente, de la aplicación de un criterio general de identificación de los dos tipos de razones. En todo caso, es claro que detrás de la exclusión justificada de un balance –esto es, detrás del modelo 2 de racionalidad– existe otro balance que clasifica ciertas razones como RET, es decir como razones buenas o válidas. Esto indica que el modelo 2 de racionalidad, que se supone independiente del modelo 1, es una forma reducida de argumentar. Una vez desarrollada muestra claramente el balance o cotejo de razones que la sustenta, y en

---

[17] «Es crucial recordar que las razones excluyentes excluyen razones válidas. No es necesario una razón especial para excluir malas razones», Raz, Joseph, PRN, p. 212, note 12.

[18] «... Recuérdese que una razón excluyente tiene éxito en excluir solamente si es válida». Raz, Joseph, PRN, p. 215, note 24.

[19] MacCormick, Neil: «Limits of Rationality in Legal Reasoning» en *An Institutional Theory of Law,* (cit. nota 3), p. 191.

MacCormick, Neil: «Hart», p. 61 y ss., 1981, Arnold Publishers, Londres.

Hart, Herbert: «Command and Authoritative Legal Reason» en *Essays on Bentham* (cit. nota 3), p. 256.

[20] Raz trata de justificar estas instituciones en «Rethinking exclusionary reasons. Postscriptum to the second edition», PRN, pp. 186 and 196; y en «Facing up», *Southern California Law Review,* vol. 62, n.º 3-4, pp. 1164, 1165, 1989.

Véase también, Moore, Michael «Authority, Law and Razian Reasons», *Southern California Law Review,* vol. 62, n.º 3-4. p. 850, 1989.

virtud del cual la acción es considerada racional. Adviértase que la independencia entre los dos modelos de racionalidad es uno de los test que propone Raz para identificar una acción basada en una RET[21].

(IV)

Raz sostiene que la naturaleza de las normas consiste en ser, a la vez, una RET y una RPO para la acción que exigen[22]. La no advertencia de este rasgo, junto a la imposibilidad de explicar las normas independientemente de su práctica, es una de las críticas que Raz formula a la teoría práctica de las normas de H. Hart.

Raz sostiene que las RET son aquellas razones que funcionan excluyendo el balance de razones[23], y si las normas funcionan de este modo sólo cuando el agente las acepta y las sigue, entonces Raz debe admitir que una norma es una RET sólo cuando es aceptada y seguida por el agente. Por lo tanto, es la aceptación y no la existencia de la norma, lo que constituye la RET para la acción[24]. Sostener que la RET es el hecho de que la norma exista, con independencia de su aceptación, exige señalar una propiedad que permita identificar ese tipo de razones[25]. De no ser así, Raz debe admitir, o bien que la aceptación es lo que constituye la RET, o que la *existencia* de las normas consiste en que ellas son aceptadas y seguidas. En ambos casos queda expuesto a la misma crítica que le formulara a Hart: no poder explicar las normas con independencia de su práctica. Podría argumentarse que aceptar una regla no implica seguirla. En este sentido, Raz habla de reglas

---

[21] Raz, Joseph, PRN, pp. 43, 44.

[22] Raz, Joseph, PRN, pp. 58 y 59.

Raz, Joseph: «Promises and Obligations» en *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart* (cit. nota 4), p. 221 y ss.

[23] Raz, Joseph, PRN, p. 190.

[24] Von Wright, Georg: «Explanation and Understanding of Action en *Practical Reason,* p. 54, 1983, Cornell UP., Ithaca, New York.

Von Wright, Georg: «Determinism and the Study of Man» en *Practical Reason,* ob. cit., pp. 35-72.

Von Wright, Georg: «An essay on door-knocking», *Rechtstheorie,* vol. 19, p. 281, 1988.

Alchourrón, Carlos: «Razones y Prescripciones. Discusión» en *Análisis Filosófico,* vol. I, n.º 1, 1981, pp. 49 y 50.

Hart, Herbert: «Command and Authoritative Legal Reason» in *Essays on Bentham* (cit. nota 3), p. 258.

Raz, Joseph: «Hart on moral rights and legal duties», *Oxford Journal of Legal Studies,* vol. 4, p. 123, 1984.

[25] Moore, Michael, «Authority, Law and Razian Reasons», (cit. nota 20), p. 841.

individuales a las que el agente no sigue por falta de voluntad, tiempo, etc. Sin embargo, dado que el funcionamiento en la práctica es el único criterio ofrecido por Raz para identificar una RET, en el caso de reglas aceptadas pero que no se siguen, ellas no son razones excluyentes. Esto prueba que no todas las reglas lo son y que, sin otros argumentos, la insistencia en el carácter excluyente de las normas es una petición de principio. Si asumimos (como Raz lo hace) que todas las reglas son, por definición, RET entonces no pueden existir reglas que no se sigan, es decir, que no funciones como RET. Por consiguiente, Raz queda nuevamente expuesto a su propia crítica a la teoría práctica de las normas. Con vistas a mantener la distinción entre la existencia de la norma y su aceptación, asumiremos que es esta última la que constituye la RET para la acción. Aceptar una norma es creer que hay razones para seguirla, es tener una razón operativa para hacerlo. Según Raz, seguir una regla implica su aceptación como una razón excluyente para no actuar sobre razones conflictivas aun cuando estas últimas puedan inclinar el balance de razones[26]. De acuerdo a ello podemos concluir que seguir una norma consiste en hacer la acción específica que la norma indica sin considerar las razones de primer orden a favor o en contra de esta última acción. Quien actúa de esta forma, obra en base de una RET: la aceptación de la norma.

(V)

Sostendremos aquí que, en virtud de la noción de razonamiento práctico delineado por Raz, si existen diferencias entre las RPO y las RET, éstas no se encuentran en el desarrollo de ese razonamiento. Las razones operativas, dentro de la inferencia práctica, cumplen idéntico papel, sean prima facie, concluyentes o excluyentes. En consecuencia, el papel que desempeñan no puede ser el fundamento de la clasificación.

Consideremos un ejemplo expuesto por Raz[27]:

El comandante ha ordenado a Jeremías sustraer, para uso militar, la camioneta de un civil. Jeremías acepta las órdenes del comandante y, por lo tanto, esta aceptación es su razón para seguir sus mandatos y en este caso en particular ello significa que debe apropiarse de la camioneta dejando de lado cualquier otra razón en pro o en contra de esta acción. Supongamos, además,

[26] Raz, Joseph, PRN, p. 61.
[27] Raz, Joseph, PRN, p. 41.

que Jeremías consiente en que tomar la camioneta es una acción que, conforme al balance de razones, también debería ejecutarse. Él considera que no debe existir diferencia entre propiedad propia y ajena; y que en cualquier circunstancia es bueno poder disponer de todos los bienes que tenemos a nuestro alcance. Él ha sopesado diversos intereses, deseos y valores y ha concluido que tiene una razón concluyente a favor de la acción. En ambos casos, a partir del momento en que Jeremías considera que tiene una razón válida para una determinada acción (sea esta razón la aceptación de un mandato o cualquier otra razón), su razonamiento práctico se desenvuelve de la misma manera: Jeremías debe (tiene razones para) realizar todo aquello que sea suficiente para consumar la acción respectiva.

Siguiendo a Raz, en el primer caso, si Jeremías tiene una razón para seguir las órdenes de su comandante, eso implica que tiene una razón excluyente para sustraer la camioneta, ya que esta última acción es necesaria para seguir la orden del comandante. En el segundo caso, si considera que lo mejor es no hacer distinciones entre bienes propios y ajenos, ésta es una razón concluyente para disponer de cualquier bien; ello implica que, en esta oportunidad, hay una razón para tomar la camioneta.

Cuando Raz propone como test para saber si un agente actúa en base a una RET o una RPO que atendamos a la forma en que éste desarrolla su razonamiento, sin duda se refiere a un modelo de razonamiento distinto al previamente explicado (véase, punto II). La inferencia a la que ahora se refiere consiste en una evaluación previa de las razones en conflicto y cuya resolución (que según Raz depende de un mecanismo lógico) nos dará la premisa mayor de la inferencia práctica anteriormente explicada.

Raz admite expresamente que hay dos puntos de vista desde los cuales pueden ser evaluadas las razones para resolver el conflicto[28]:

Estos puntos de vista provienen de considerar: PV1) El peso o fuerza de las razones (Modelo 1 de Racionalidad. PV2) Un principio específico de razonamiento práctico que establece que las RET siempre prevalecen sobre las RPO (Modelo 2 de racionalidad).

Es preciso advertir que Raz también denomina razonamiento práctico al proceso de resolución de un conflicto de razones y el papel que en él desempeñan las razones es el criterio de distinción entre una RET y una RPO. Raz no analiza la estructura de este tipo de razonamiento. Con respecto al punto de vista 2 de

[28] Raz, Joseph, PRN, p. 40.

evaluación (PV2), su aplicación presupone la posibilidad de identificar previamente las RET en base a alguna propiedad distintiva, que Raz en ningún momento señala. Debido a ello, estamos en condiciones de afirmar las siguientes alternativas:

(a) Un razonamiento cuya conclusión se fundamenta en una RET, es decir la resolución de un conflicto de razones con fundamento en una RET no es independiente ni distinto del balance de razones (modelo 1 de racionalidad). Esto puede afirmarse en base a lo anteriormente expuesto: el punto de vista 2 (PV2) de evaluación se presenta sólo de manera abreviada. El desarrollo del argumento muestra que esta perspectiva también reposa en un balance de razones, y este balance no es diferente del balance de razones conforme al peso o fuerza, que constituye el punto de vista 1 (PV1) de evaluación.

(b) La resolución de un conflicto de razones con fundamento en una RET es distinto e independiente del balance de razones sólo si se admite la existencia de patrones evaluativos distintos e independientes de la fuerza o peso en virtud de los cuales es posible clasificar las razones. Según esta interpretación, las razones que se consideran excluyentes no son, en sí mismas, diferentes de las RPO: la misma razón podría constituir alternativamente una RET o una RPO, según sea el punto de vista de evaluación aplicado.

c) La resolución de un conflicto de razones con fundamento en una RET es distinto del balance de razones porque de hecho éste es excluido. En otras palabras, cualquier razón podría ser vista como una RET siempre que en la evaluación del agente funcione de manera excluyente.

Conforme a estas tres interpretaciones posibles, si una norma es una RET, es factible afirmar alguna de las siguientes alternativas:

(a') Una norma es una razón de la misma naturaleza que las RPO, pero su peso es tal que vence excluyendo razones[29].

(b') Una norma es una razón distinta de una RPO sólo porque a ella se aplica un criterio evaluativo diferente al que da lugar al modelo 1. Su carácter excluyente radica en la atribución de mayor jerarquía a este criterio evaluativo respecto del que identifica las RPO.

(c') Una norma es una razón distinta de una RPO porque de

[29] Perry, Stephen, «Secon-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory», *Southern California Law Review,* vol. 62, n.º 3-4, p. 932, 1989.

hecho siempre excluye razones. Si las normas son RET, entonces siempre que existe una norma el agente debe seguirla; ya que el punto de vista 2 (PV2) de evaluación establece que ellas siempre prevalecen.

(VI)

Lo expuesto hasta aquí demuestra que la clasificación y el significado de los distintos tipos de razones es ajeno al concepto y a la estructura del razonamiento práctico explicado en el punto II y expuesto por Raz en «Practical Reason and Norms». La ambigüedad de esta expresión, que en un sentido amplio puede referirse a cualquier procedimiento por el cual se resuelve un problema práctico, hace plausible las afirmaciones de Raz sobre los supuestos diferentes roles que las razones desempeñan en él.

Los conceptos de razón concluyente y de RET no constituyen una respuesta a la pregunta por qué se debe hacer, sino más bien parecen ser conclusiones acerca de conflictos sobre cuál es la mejor razón. Sin duda Raz incluiría a este punto dentro de los principales temas de una teoría ética y no de una teoría normativa. Que el conflicto planteado sea ético no significa que la estructura de la inferencia práctica y los principios lógicos que la rigen sean problemas que deba resolver la ética. Bien señala Raz que una teoría del razonamiento práctico se ocupa de éste independientemente del contenido ético, político o jurídico de sus premisas. Lo que señalamos aquí es que Raz explica un tipo de razonamiento práctico diferente al involucrado en la resolución del conflicto de razones.

Si hay un tipo de razonamiento que resuelva ese conflicto de razones y cuya conclusión establece cuál es la razón vencedora, ya sea en base a su peso moral o estratégico o en base a cualquier otro patrón, Raz no se detiene en él. Debemos admitir, entonces, que si no está claro el concepto de razonamiento práctico, tampoco es claro hablar del papel que las razones desempeñan en él. La falta de precisión quita solidez al fundamento de la distinción entre los diferentes tipos de razones. Con ello, la explicación de las normas dada por Raz tiene que ser revisada, ya que se asienta sobre la posibilidad de distinguir los tipos de razones antes señalados.

Por último, queda en pie la cuestión de la plausibilidad de denominar «racional» a la acción de un agente porque resuelve el conflicto de razones desde una determinada dimensión evaluativa[30]. Más aun cuando no se proporciona, explícitamente, un fundamento suficiente para otorgar primacía a una dimensión sobre otra.

---

[30] Moore, Michael, «Authority, Law and Consent» (cit. nota 20), p. 883 y ss.

SOBRE PRINCIPIOS Y REGLAS

1. Introducción

Uno de los temas más profusamente discutidos en la teoría del Derecho de las dos últimas décadas es, sin ninguna duda, el de los principios. El debate –como todo el mundo sabe– se inicia con un trabajo de Dworkin de 1967 (Dworkin, 1978), si bien los "principios jurídicos" (o los "principios generales del Derecho") son viejos conocidos (aunque quizá nada más que *conocidos*) de los juristas. De *principios generales del Derecho* hablaba ya el código civil austriaco de 1811, y siguieron hablando luego –entre muchos otros textos legislativos– el código civil italiano de 1865, el español de 1889 y el art. 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia de la Haya; en los trabajos de dogmática jurídica y en las decisiones jurisprudenciales, la referencia a los principios es, puede decirse, un lugar común; y la reflexión sobre los mismos no ha estado tampoco ausente de la teoría o filosofía del Derecho anterior a Dworkin (cfr., por ejemplo, Del Vecchio, 1958; Esser, 1956; Bobbio, 1966). Si, a pesar de esto último, el planteamiento de Dworkin ha sido considerado en general como innovador, ello parece deberse (dejando a un lado los méritos intrínsecos de su obra) a su propósito de oponerse a la concepción dominante en la teoría del Derecho del momento y que él identifica correctamente con la obra de H. L. A. Hart.

Nosotros consideramos, por cierto, que en una buena medida el ataque de Dworkin yerra en el blanco, por la sencilla razón de que caracteriza mal la concepción de Hart y la del positivismo jurídico en general (cfr. Carrió, 1986). Nos parece igualmente que quien sostiene una concepción del Derecho como la de Hart no tiene por qué verse abocado a negar que el Derecho está integrado, además de por reglas, por pautas del tipo que Dworkin llama principios (o, al menos, no tendría mayor inconveniente en afirmar que muchas de esas pautas sí que forman parte, de

acuerdo con los criterios hartianos, del Derecho). Pero no podemos dejar de reconocer también que los principios del Derecho –lo que quiera que sean– han sido cuando menos postergados en el análisis llevado a cabo por Hart, a pesar de ser de una enorme importancia para entender la estructura y el funcionamiento del Derecho.

Por otro lado, lo que vale para Hart se aplica también –y en mayor medida– a autores como Kelsen y Alchourrón y Bulygin, cuyas obras, en nuestra opinión, constituyen los hitos fundamentales de la teoría del Derecho inmediatamente anterior y posterior a *El concepto de Derecho*. En el caso de Alchourrón y Bulygin, parece que por "principios jurídicos" tan sólo podría entenderse una de estas dos cosas: O bien se trataría de normas no coactivas (esto es, enunciados que ordenan, prohíben o permiten conductas en determinados casos genéricos sin establecer sanciones), que se caracterizarían porque la descripción de las propiedades relevantes del caso genérico correspondiente presentaría un alto grado de generalidad y/o de indeterminación semántica; y en tal caso serían normas (enunciados que correlacionan casos con soluciones) indistinguibles de las reglas[1]. O bien podría tratarse de enunciados que ni serían normas ni tendrían influencia alguna sobre las consecuencias normativas del sistema (un ejemplo de ello, para estos autores, lo constituye los «enunciados que presentan teorías políticas» [Alchourrón y Bulygin, 1974, p. 107] y que, en realidad, no suscitan ningún problema de interés: «si tales enunciados son considerados parte integrante del sistema jurídico o no, no es una cuestión tan importante; Kelsen se inclina a eliminarlos del todo, lo cual parece ser bastante razonable» [*ibid.*]. Por lo que luego se verá, ninguna de estas dos alternativas –los principios, o son reglas o son irrelevantes– parece aceptable.

Nuestro propósito en este trabajo no es el de presentar una versión mejorada de alguna de las anteriores concepciones del Derecho para así dar cuenta cabal de los principios. Tampoco pretendemos propiamente intervenir en una polémica que en muchos aspectos se ha vuelto ciertamente espesa. Lo que nos proponemos –eso sí, utilizando con libertad elementos surgidos en el anterior debate– es más bien tratar de dar una respuesta –o el comienzo de una respuesta– a algunas de las preguntas fundamentales que suscitan los principios en el Derecho: en primer lugar, qué rasgos estructurales diferencian a los principios de las reglas; en segundo lugar, qué tipo de razones para la acción son

[1] Utilizamos los términos «regla» y «principio» como especies del género «norma».

los principios y en qué se diferencian a este respecto de las reglas; en tercer lugar, qué aportan los principios a la explicación y justificación en el ámbito jurídico.

2. Tipos de principios

2.1. *Diversos sentidos de "principio jurídico"*

Por empezar por lo obvio, es bien sabido que los juristas utilizan la expresión "principios jurídicos", "principios generales del Derecho" u otras semejantes con significados diversos, y no parece que tenga mucho sentido afirmar que uno de ellos es el *esencial,* el *verdadero,* o cosa por el estilo. De todas formas, las acepciones más significativas que se encuentran en contextos jurídicos parecen ser las siguientes (tomamos en cuenta, fundamentalmente, los análisis de Carrió, 1986 y Guastini, 1990):

a) "Principio" en el sentido de norma muy general, entendiendo por tal –como antes se apuntó– las que regulan un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales. Por ejemplo, el art. 1091 del código civil español, cuando establece que «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos». Ni que decir tiene que la propiedad de que una norma sea general es cuestión relativa y graduable: la anterior norma –o principio– es más general que las que se aplican exclusivamente a los contratos de arrendamiento (por ejemplo, el art. 1545: «los bienes fungibles que se consumen con el uso no pueden ser materia de este contrato», y menos general que las que se aplican a los contratos y otros actos jurídicos (por ejemplo, el art. 11,1: «las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la Ley del país en que se otorguen»). La generalidad de una norma no es, en el sentido en que aquí empleamos la expresión, una cualidad que tenga que ver con la amplitud mayor o menor de la clase de los destinatarios de la misma, sino con la mayor o menor generalidad (o "genericidad", si se quiere) de las propiedades relevantes del caso que regula.

b) "Principio" en el sentido de norma redactada en términos particularmente vagos, como el art. 7, ap. 2 del código civil español: «la Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo». Por supuesto, hay muchas normas que son vagas en el sentido de que en la descripción del caso genérico aparecen términos que tienen una periferia de textura abierta: el

grueso de los casos ordinarios caen claramente dentro o fuera de la norma, pero existen también supuestos (excepcionales) en los que es dudoso si se les aplica o no la norma. Sin embargo, el ejemplo de norma (o de principio) indicado alude a otro tipo de vaguedad que se produce cuando se utilizan lo que los juristas llaman *conceptos jurídicos indeterminados,* esto es, términos (por ejemplo, "abuso del derecho") que son *centralmente vagos* y que no tienen sólo una periferia de textura abierta: también aquí pueden encontrarse casos claramente cubiertos o claramente fuera del alcance de la norma, pero la inmensa mayoría de los casos reales exige una tarea de concreción, esto es, una ponderación de factores relevantes cuya identidad y posibles combinaciones no resultan anticipables.

c) "Principio" en el sentido de norma programática o directriz, esto es, de norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines. Por ejemplo, el art. 51 de la Constitución española: «los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos».

d) "Principio" en el sentido de norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico (y que son el reflejo de una determinada forma de vida), de un sector del mismo, de una institución, etc. Por ejemplo, el art. 14 de la Constitución española: «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

e) "Principio" en el sentido de norma especialmente importante, aunque su grado de generalidad pueda ser relativamente bajo. Por ejemplo, el art. 56 ap. 3 de la Constitución española: «la persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad».

f) "Principio" en el sentido de norma de elevada jerarquía. Según este significado, todas las normas constitucionales serían principios, incluyendo las que no parecen ser ni muy generales ni muy importantes. Por ejemplo, el art. 160 de la Constitución española: «el Presidente del Tribunal Constitucional será nombrado entre sus miembros por el Rey, a propuesta del mismo Tribunal en pleno y por un período de tres años».

g) "Principio" en el sentido de norma dirigida a los órganos de aplicación jurídicos y que señala, con carácter general, cómo se debe seleccionar la norma aplicable, interpretarla, etc. Por ejemplo, el art. 4, ap. 2 del código civil: «las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a su-

puestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas».

h) "Principio" en el sentido de *regula iuris,* esto es, de enunciado o máxima de la ciencia jurídica de un considerable grado de generalidad y que permite la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo. Tales principios pueden o no estar incorporados al Derecho positivo. Ejemplo de lo primero es (al menos en el Derecho español) el principio de jerarquía normativa (en el art. 9,3 de la Constitución). De lo segundo, el principio del legislador racional que, aún sin estar formulado explícitamente en nuestro Derecho, es utilizado en numerosas ocasiones por los juristas teóricos o prácticos, por ejemplo, para defender que una norma debe interpretarse de una determinada manera (pues sólo así podría sostenerse que el legislador persiguió algún propósito racional al dictarla).

2.2. *Una propuesta de clasificación*

Esta lista de significados no tiene carácter exhaustivo (Carrió distingue –sin pretensiones de agotar los sentidos en que los juristas hablan de "principios"– once acepciones), y no es tampoco excluyente: los anteriores significados se solapan entre sí y hay ocasiones en que una misma norma (por ejemplo, el ya mencionado art. 51 de la Constitución española) podría servir como ejemplo de principio prácticamente en todas las acepciones indicadas. Para evitar, por lo menos en parte, las imprecisiones a que inevitablemente lleva el manejo de un término tan ambiguo, partiremos de esta triple clasificación de los principios.

2.2.1. Por un lado, se puede distinguir entre *principios en sentido estricto* ("principios" en la acepción indicada en d» y *directrices o normas programáticas* ("principios" en la aceptación indicada en c)). Esta distinción tiene, a nuestro juicio, carácter exhaustivo y excluyente. El que sea exhaustiva no implica, por cierto, prescindir de las otras acepciones de "principio" que se acaban de indicar, sino proceder a una redefinición, en el siguiente sentido: las características indicadas en a), b), e) y f) acompañan normalmente a los principios en sentido estricto y a las directrices, pero ninguna de ellas, ni el conjunto de todas ellas, por sí solas, permite calificar a una determinada pauta como principio; los principios en la acepción g) y h) son, si cumplen además las características a), b), e) y f), reconducibles a principios en sentido estricto o a directrices. Por otro lado, la distinción es

excluyente pues, aunque es posible que un mismo enunciado pueda considerarse en ciertos contextos argumentativos como principio y en otros como directriz (y hasta podría decirse que ello constituye una ambigüedad característica de muchos principios), un mismo jurista no puede utilizarlo, en un mismo contexto argumentativo, como ambas cosas a la vez.

2.2.2. La segunda distinción que nos parece importante es la que puede trazarse (utilizando libremente terminología de Alchourrón y Bulygin con un alcance algo distinto del que tiene en estos autores) entre *principios en el contexto del sistema primario o sistema del súbdito y principios en el contexto del sistema secundario o sistema del juez (y, en general, de los órganos jurídicos);* esto es, entre los principios (pautas de comportamiento formulables como principios en sentido estricto o como normas programáticas) en cuanto dirigidos a guiar la conducta de la gente que no consiste en el ejercicio de poderes normativos (conducta no normativa, diremos en adelante para simplificar) y los principios en cuanto dirigidos a guiar el ejercicio de poderes normativos (la creación o aplicación de normas) de los órganos de producción jurídica. Esta distinción es exhaustiva, pero no excluyente. Hay, sin duda, principios cuya virtualidad se limita a guiar el ejercicio de poderes normativos, pero no principios que guíen sólo conductas no normativas: todos los principios de los que puede predicarse que guían la conducta no normativa de los destinatarios de las normas jurídicas en general, guían también la conducta normativa de, al menos, los órganos de aplicación.

2.2.3. Finalmente, la última distinción que nos interesa es la que media entre *principios explícitos,* esto es, principios formulados expresamente en el ordenamiento jurídico, y *principios implícitos,* esto es, principios extraídos a partir de enunciados presentes en el ordenamiento jurídico (por ejemplo, el principio de que las normas han de interpretarse como si las hubiera dictado un legislador racional). Esta distinción, obviamente, es exhaustiva y excluyente.

3. Principios y reglas

Además de estas distinciones de carácter *interno,* los principios deben distinguirse hacia afuera *(externamente)* de otras pautas de comportamiento que integran un Derecho. Aquí partiremos de la idea de que los Derechos están formados por normas (y por otras

entidades de las que aquí no nos ocuparemos, como las definiciones) y que las normas pueden, a su vez, ser *reglas* o *principios.*

El problema, por tanto, puede plantearse en estos términos: ¿cómo se pueden distinguir los principios de las reglas y, simultáneamente, cuál es el alcance que tienen las anteriores clasificaciones de los principios? Nuestra estrategia para contestar a esta pregunta consistirá en partir de dos enfoques característicos que suelen adoptarse en relación con las normas y que nosotros proyectaremos al problema que nos ocupa. Al primero de estos enfoques podría llamársele estructural, pues consiste en ver las normas como entidades organizadas de una cierta forma. Un ejemplo de ello es la concepción de las normas que encontramos en *Normative Systems,* esto es, como correlaciones entre casos genéricos (conjuntos de propiedades) y soluciones (esto es, la calificación normativa de una determinada conducta). La otra forma característica de entender las normas podría llamarse funcional, pues se centra en el papel o la función que las mismas cumplen en el razonamiento práctico de sus destinatarios. Un ejemplo de este enfoque, en la teoría del Derecho contemporánea, lo ofrece de forma muy destacada la obra de Raz. En dicha obra, como se sabe, las normas son vistas como razones para la acción; lo que interesa básicamente, desde esta perspectiva, es mostrar qué tipo de razones son las normas, y cómo operan en el razonamiento práctico. La cuestión de cómo distinguir los principios de las reglas o, entre sí, los diversos tipos de principios antes señalados, podría adquirir tonos diferentes, según que se consideren las normas desde una u otra perspectiva.

3.1. *Un enfoque estructural de la distinción*

Desde el primero de los enfoques, el problema parece ser éste: aceptado que las reglas pueden formularse siempre recurriendo a un esquema condicional, esto es, de correlación caso/solución (lo que no significa aceptar –ni negar– que las normas sean entidades lingüísticas, sino tan sólo que pueden expresarse en un lenguaje) ¿puede decirse lo mismo de los principios? En realidad, antes de contestar a esta pregunta es preciso plantearse otra de carácter previo, esto es, la de cuáles de las anteriores clasificaciones de los principios son relevantes a los efectos que ahora nos interesan. Parece claro que no lo es ni la distinción entre principios explícitos e implícitos (por lo que se acaba de decir), ni entre principios en el contexto del sistema primario y principios

en el contexto del sistema secundario (si existiera alguna diferencia estructural por el hecho de que el caso regulado por una norma consista o haga referencia a su vez a normas, es lógico pensar que esto se aplicaría tanto a los principios como a las reglas). Así pues, lo que se trata de ver es si los principios en sentido estricto y las normas programáticas tienen o no una estructura condicional (esto es, correlacionan un caso con una solución normativa) y/o si los operadores deónticos que rigen para las reglas son los mismos que los de los principios.

3.1.1. En nuestra opinión, los principios en sentido estricto pueden formularse siempre como enunciados que correlacionan casos con soluciones, pero eso no quiere decir que, desde esta perspectiva, no exista ninguna diferencia entre reglas y principios. La diferencia estriba en que los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada. Con ello queremos decir que mientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas: no se trata sólo de que las propiedades que constituyen las condiciones de aplicación tengan una periferia mayor o menor de vaguedad, sino de que tales condiciones no se encuentran siquiera genéricamente determinadas. El tipo de indeterminación que aqueja a los principios es, pues, más radical que el de las reglas (aunque, desde luego, entre uno y otro tipo de indeterminación puede haber casos de penumbra).

Robert Alexy, desarrollando, por lo demás, algo que ya estaba presente en Dworkin, ha escrito que «el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, *mandatos de optimización* que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario. En cambio, las *reglas* son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esta medida, pueden siempre ser sólo cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos» (Alexy, 1988, pp. 143-4). A nuestro juicio, que los principios puedan ser cumplidos en diversos grados es verdadero por lo que se refiere a las directrices o normas programáticas, pero no lo es en el caso de los principios

en sentido estricto. Veámoslo mediante algunos ejemplos.

Un principio como el formulado en el art. 14 de la Constitución española, visto como principio secundario, puede, nos parece, presentarse en forma de un enunciado condicional como el siguiente: «si un órgano jurídico ha de dictar una norma, aplicarla, etc., y no se dan circunstancias normativas o fácticas que exijan otra cosa (esto es, que desplacen al principio), a dicho órgano le está prohibido establecer o hacer que prevalezca discriminación alguna por razón de raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». La indeterminación característica de los principios la encontramos aquí únicamente en la configuración abierta de las condiciones de aplicación, pero no en la descripción de la conducta prohibida: discriminar. Puede, desde luego, entenderse que "discriminación" es un término vago en ciertos contextos, pero este tipo de vaguedad se da también en las pautas a las que llamamos "reglas". La regla de que la mujer trabajadora debe recibir igual salario que el hombre se diferencia del principio anterior únicamente en que sus condiciones de aplicación se configuran de forma cerrada (así, el art. 28 del Estatuto de los Trabajadores establece que «el empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo igual el mismo salario, tanto por salario base como por los complementos salariales, sin discriminación alguna por razón de sexo»), pero también aquí puede haber problemas de vaguedad a la hora de establecer tanto si sus condiciones de aplicación se dan en un determinado caso individual (pueden existir dudas sobre si una determinada actividad debe considerarse o no como "trabajo"), o sobre el alcance de la descripción de la conducta prohibida (un complemento salarial para vestuario diferente por razón del sexo ¿debe considerarse prohibido por dicho artículo 28?). Estructuralmente, la única diferencia entre el art. 14 CE y el art. 28 ET reside en que, en el último caso, las condiciones de aplicación de la norma constituyen un conjunto cerrado, aunque su formulación pueda presentar problemas de indeterminación semántica (e insistimos en que las indeterminaciones semánticas no afectan al carácter de *regla,* a no ser que alcance un grado extremo que no permita que se hable ya de *determinación* de un modelo de conducta). Pero en cuanto a la descripción del modelo de conducta calificado deónticamente, ambas normas presentan un grado de determinación semejante. Dicho de otra forma: si se ha determinado que el principio de igualdad consagrado en el art. 14 prevalece, en la combinación de factores relevantes que presenta un determinado caso individual, frente a principios o reglas que jueguen en sentido contrario, este principio exige un cumplimiento

pleno: o se cumple o no se cumple, pero no caben modalidades graduables de cumplimiento.

3.1.2. Si de los principios en sentido estricto pasamos a las directrices o normas programáticas, las cosas parecen ser algo distintas. Una norma como, por ejemplo, el art. 51 de la Constitución antes recordado puede también expresarse siempre en forma de un enunciado condicional: «si x es un poder público y no se dan circunstancias normativas o fácticas que lo impidan, entonces x debe utilizar los procedimientos eficaces tendentes a proteger la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios». Pero si ahora nos planteamos la cuestión de en qué se diferencian estructuralmente el art. 51 y el art. 14 CE, resulta obvio que mientras el último de ellos sólo configura de forma abierta sus condiciones de aplicación, pero no el modelo de conducta calificado deónticamente, el primero configura de forma abierta tanto las condiciones de aplicación como el modelo de conducta prescrito. La diferencia, pues, entre un principio en sentido estricto y una directriz, desde la perspectiva desde la que estamos ahora contemplando las normas, parece ser la siguiente: de los principios en sentido estricto cabe decir que son mandatos de optimización únicamente en el sentido de que, al estar configuradas de forma abierta sus condiciones de aplicación, la determinación de su prevalencia o no en un caso individual determinado exige su ponderación, en relación con los factores relevantes que el caso presente, con principios y reglas que jueguen en sentido contrario; pero una vez determinado que en ese caso prevalece el principio, éste exige un cumplimiento pleno. Las directrices, por el contrario, al estipular la obligatoriedad de utilizar medios idóneos para perseguir un determinado fin, dejan también abierto el modelo de conducta prescrito: las directrices sí pueden, en efecto, ser cumplidas en diversos grados. Esto es lo que explica que, por ejemplo, el art. 14 de la Constitución cambiaría de sentido si se estableciera como una norma programática («los poderes públicos promoverán la igualdad de los españoles ante la ley, para que no pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza...»).

3.2. *Principios y reglas como razones para la acción*

La otra forma de entender las normas –como razones para la acción– es probablemente más iluminadora que la anterior, referida al tema de los principios. Para facilitar el análisis, empezaremos

por considerar únicamente los principios en cuanto pautas dirigidas a las autoridades normativas y, más en concreto, a los órganos jurisdiccionales entendidos en sentido amplio (lo que Raz llama "órganos primarios"): aquellos órganos a quienes el propio Derecho confiere el *poder normativo* para resolver *autoritativamente* las disputas y les impone el deber de hacerlo *jurídicamente* (fundamentando sus resoluciones en las pautas identificadas como jurídicas). Nos olvidamos también por el momento de la distinción entre principios en sentido estricto y directrices.

3.2.1. Pues bien, en este contexto, la distinción –y las relaciones– entre reglas, principios explícitos y principios implícitos aparecen estrechamente asociada a la distinción –y a las relaciones– entre obediencia a las autoridades normativas y propia deliberación en la conducta jurídicamente guiada de los órganos jurisdiccionales.

3.2.1.1. Tomando como punto de partida una conocida caracterización del último Hart (1982), cabe considerar a las *reglas jurídicas* de mandato[2] como razones para la acción perentorias e independientes del contenido. "Razones perentorias" quiere decir lo mismo que "razones protegidas" (en la terminología de Raz), a saber, que constituyen una razón de primer orden para realizar la acción exigida –en el contexto que nos interesa, para dictar una resolución cuyo contenido corresponda al de la regla– y una razón de segundo orden para «excluir o suprimir cualquier deliberación independiente por parte de su destinatario sobre los argumentos en pro y en contra de realizar la acción» –en el mismo contexto, para excluir que el contenido de la resolución se fundamente en la apreciación por parte del órgano jurisdiccional de cuál fuera, atendiendo a los méritos del caso, la mejor resolución a dictar. Las reglas están destinadas, pues, a que, cuando se dan sus condiciones de aplicación, los órganos jurisdiccionales excluyan, en cuanto base de su resolución, su propio juicio acerca del balance de razones aplicables y adopten como tal base el contenido de la regla. El carácter independiente del contenido afecta al por qué los órganos jurisdiccionales deben obedecer las reglas, esto es, a las razones por las que deben considerarlas como razones "perentorias" o "protegidas". Y en este sentido, se supone que los órganos jurisdiccionales deben

[2] Las reglas permisivas quedan fuera de la cuestión porque no pueden constituir razones operativas.

considerarlas así por razón de su fuente (esto es, de la autoridad normativa que las ha dictado o adoptado): su origen en dicha fuente es condición suficiente para que los órganos jurisdiccionales deban considerarlas como razones perentorias.

3.2.1.2. De los *principios explícitos* cabe decir que son razones para la acción independientes del contenido, pero no perentorias. Son independientes del contenido porque la razón por la que son razones para la acción de los órganos jurisdiccionales, esto es, la razón por la que deben entrar a formar parte del razonamiento justificatorio de las decisiones de los órganos jurisdiccionales es la misma que en el caso de las reglas: a saber, su origen en una determinada fuente. No son, sin embargo, razones perentorias porque no están destinadas a excluir la deliberación por parte del órgano jurisdiccional acerca del contenido de la resolución a dictar, sino que constituyen meramente razones de primer orden para resolver en un determinado sentido, cuya fuerza respecto de otras razones (otros principios) –que puedan constituir, a su vez, razones para resolver en otro sentido– ha de ser ponderada por el propio órgano jurisdiccional.

3.2.1.3. Los *principios implícitos,* a su vez, son razones para la acción que no son perentorias ni independientes del contenido. No son perentorias por la misma razón por la que no lo son los principios explícitos, y no son independientes del contenido porque si deben entrar a formar parte del razonamiento de los órganos jurisdiccionales no es por virtud de su origen en fuente alguna, sino por cierta cualidad de su contenido. En nuestra opinión, dicha cualidad no es su justicia intrínseca (esto es, los principios no se extraen sin más de la moral social, como a veces parece dar a entender Dworkin [1978 y 1986], ni son simplemente pautas que gozan de arraigo social, como sostienen algunos civilistas ilustres como Diez Picazo), sino su adecuación o coherencia en relación con las reglas y principios basados en fuentes.

Puede decirse, pues, que las reglas son razones autoritativas tanto en cuanto al por qué operan como al cómo operan en el razonamiento justificatorio de los órganos jurisdiccionales; que los principios explícitos son razones autoritativas en cuanto al por qué de su presencia en dicho razonamiento pero no en cuanto al cómo operan en él; y que los principios implícitos, en fin, no son autoritativos en cuanto a su forma de operar en el razonamiento

y, en cuanto al por qué de su presencia en él, lo son, en todo caso, sólo indirectamente, en tanto que tal presencia se fundamenta en su adecuación a las reglas y principios explícitos.

3.2.2. Si de los principios secundarios pasamos ahora a los principios primarios, esto es, a los principios en cuanto pautas dirigidas a la gente en general, el análisis no tendría por qué variar mucho con respecto al anterior. La diferencia parece estribar más bien en que, a diferencia de los órganos jurisdiccionales, la gente –salvo en casos excepcionales– no tiene por qué justificar su comportamiento en relación con las normas jurídicas. Pero, por lo demás, las reglas –para quien las sigue– operan como razones perentorias o protegidas, mientras que los principios lo hacen como razones de primer orden que deben ser ponderadas con otras razones.

3.2.3. Por lo que se refiere a la contraposición entre principios en sentido estricto y directrices, consideramos que tal distinción, en términos de razones para la acción, podría trazarse como sigue. Las directrices generan razones para la acción de tipo instrumental o estratégico: el que la consecución de un fin F sea deseable hace que exista, en principio, una razón en favor de todo aquello que conduzca al fin; la razón no es excluyente, pues puede haber razones en sentido contrario y que tengan una mayor fuerza. Por el contrario, las razones para la acción que derivan de principios en sentido estricto son razones de corrección: al igual que las anteriores, no son tampoco excluyentes, pero, en la deliberación del sujeto, las razones de corrección operan como razones últimas (no son razones *finalistas,* sino razones *finales*). Por eso, las razones estratégicas que derivan de directrices pueden y deben ser evaluadas –y, en su caso, superadas– por razones de principio, mientras que lo contrario no puede ocurrir: si se tiene una razón de principio para hacer X, entonces el no hacer X sólo puede justificarse apelando a otras razones de corrección –basadas en principios– que tengan un mayor peso, pero no a razones finalistas –basadas en directrices– que muestren que la consecución de un cierto fin es incompatible con la acción X.

4. Dimensiones explicativa y justificatoria de los principios

Pasemos ahora a considerar el tercero de los problemas indicados al comienzo. El punto de partida en este caso lo va a constituir la distinción entre las dos funciones básicas que, en

nuestra opinión, desempeñan los principios en el Derecho: una función de explicación y otra de justificación.

4.1. *Los principios en la explicación del Derecho*

Plantearse el problema de hasta qué punto los principios permiten *explicar* lo que es el Derecho en general, un ordenamiento jurídico en particular o un sector del mismo, podría pensarse que significa tanto como situar el problema en el contexto de la ciencia del Derecho (con sus diversos niveles de abstracción). Los principios se verían, pues, como piezas o instrumentos que permiten dar cuenta de una determinada realidad (el Derecho visto desde diferentes ángulos o niveles de abstracción).

Pues bien, los principios cumplen con esta función explicativa al menos en estos dos sentidos. En primer lugar, por su capacidad para sintetizar una gran cantidad de información: la referencia a unos pocos principios nos permite entender cómo funciona una institución jurídica en el conjunto del ordenamiento jurídico, y en relación con el sistema social. Los principios son –como las leyes científicas– enunciados que hacen posible una descripción económica de una determinada realidad (en este caso, el Derecho), y cumplen por tanto una función didáctica –en sentido amplio– de una gran importancia. Pero, en segundo lugar –y esto es aún más importante– los principios nos permiten también entender el Derecho –o los diferentes Derechos– no como un simple conjunto de pautas, sino como un conjunto ordenado, esto es, como un conjunto dotado de sentido. Por ello, conocer los principios de una institución o de un determinado Derecho permite incluso, hasta un cierto punto, predecir cuáles son las soluciones a los problemas jurídicos fijadas en disposiciones específicas. Esta doble capacidad de los principios para presentar de una manera breve y ordenada un sector de (o todo) un ordenamiento jurídico no es ni más ni menos que lo que suele llamarse sistematización del Derecho. Y como ésta es la función principal que, se supone, ha de realizar la ciencia jurídica, queda claro que los principios juegan aquí un papel fundamental.

Sin pretender, por supuesto, negar esto, nos parece importante poner el énfasis en que la ciencia jurídica –o, más exactamente, lo que suele llamarse "dogmática jurídica"– es una disciplina normativa, pero no únicamente en el sentido obvio en que su objeto son normas, sino también en otros dos sentidos (probablemente igual de obvios, aunque no siempre se haya entendido así), a saber: en cuanto que utiliza un método normativo (el punto de

vista de la dogmática no es el punto de vista externo en relación con las normas) y en cuanto cumple una función que podría llamarse "normativa", puesto que el dogmático no se limita a describir las normas vigentes, sino que propone o sugiere criterios para la resolución de problemas jurídicos. Para la dogmática, en nuestra opinión, la sistematización de un cierto material normativo es una tarea central, pero que no constituye un fin en sí misma, sino un medio para realizar lo que constituye su función social más relevante: suministrar criterios para la aplicación, interpretación y modificación del Derecho. En definitiva, lo que caracteriza a la dogmática no es tanto –o, al menos, no es sólo– su función explicativa, sino su función de justificación.

4.2. *Los principios en el razonamiento jurídico*

Pasemos, pues, a ocuparnos de la dimensión justificatoria de los principios jurídicos o, dicho de otra manera, del papel que los mismos juegan en el razonamiento jurídico.

4.2.l. El razonamiento jurídico, en cuanto tipo especial de razonamiento práctico, es, por supuesto, una actividad compleja y que puede envolver elementos de muy diverso género. Ciñéndonos a su aspecto *normativo,* puede decirse que el papel de los principios contrasta con el de las reglas en cuanto que, desde una cierta perspectiva, su contribución a la argumentación es más modesta, mientras que, vistas las cosas desde otro punto de vista, cabría decir que los principios superan a las reglas.

Los principios son *menos* que las reglas en estos dos sentidos. Por un lado, no presentan las ventajas de las reglas, pues no permiten ahorrar tiempo a la hora de decidir un curso de acción. Si una regla es aceptada, entonces se evita tener que entrar en un proceso de ponderación de razones en pro y en contra; la regla opera, por tanto, como un elemento que reduce la complejidad de los procesos de argumentación. Sin embargo, los principios –como se ha visto– no eximen de la tarea de efectuar esa ponderación. Por otro lado, los principios, en cuanto premisas a utilizar en los argumentos prácticos, tienen menos fuerza (son menos concluyentes) que las reglas. Si alguien acepta como premisa de su razonamiento la regla "si se da X, entonces se debe hacer Y" y acepta también que "X ha tenido lugar", de ahí tiene que inferir necesariamente "se debe hacer Y". Sin embargo, de la premisa "F es un fin a alcanzar" y "G (aun cuando se trate de un comportamiento no prohibido por el ordenamiento jurídico) conduce a F"

no puede pasarse a la conclusión "se debe hacer G", sino simplemente a la de "existe una razón para efectuar G"; lo mismo cabe decir en relación con las premisas "C es un tipo de comportamiento valioso" y "c es una acción del tipo C" que no permiten ir más allá de la conclusión "hay una razón para efectuar c".

Pero los principios son también *más* que las reglas, y en otros dos sentidos. Por un lado, porque al estar enunciados –o poder enunciarse– en términos más generales, entran también en juego en un mayor número de situaciones; esto es, al tener un mayor poder explicativo que las reglas, tienen también un mayor alcance justificatorio. Por otro lado, la menor fuerza de los principios en cuanto premisas del razonamiento práctico va aparejada a una mayor fuerza expansiva. Así, por ejemplo, a partir de las premisas "todos los varones físicamente aptos deberán hacer el servicio militar" y "si te intervienen quirúrgicamente pasarás a ser considerado físicamente apto" no se concluye "debes intervenirte quirúrgicamente" y ni siquiera "existe una razón para que te intervengan quirúrgicamente" (pues es posible que uno no desee hacer el servicio militar, de manera que, para él, ello no cuenta como razón). En cambio, a partir del principio de que "los españoles tienen derecho a una vivienda digna" junto con el enunciado "abaratar los créditos para viviendas facilita que un mayor número de personas acceda a una vivienda digna" sí que se concluye, cuando menos, que "hay una razón para que el Estado abarate los créditos para la compra de viviendas".

4.2.2. Las diferencias que se acaban de establecer entre la diversa forma de operar en el razonamiento jurídico reglas y principios parecen valer para los principios en general, esto es, no toman en consideración todavía la triple clasificación de los principios con que habíamos operado hasta ahora. Conviene, pues, analizar si esas distinciones son también relevantes –y en qué sentido lo son– desde el punto de vista del razonamiento jurídico. Veámoslo.

4.2.2.1 En primer lugar, parece que tiene que haber una diferencia entre principios secundarios y primarios, en la medida en que la distinción se entienda como referida a la utilización de los principios por parte de la gente en general o por parte de los órganos jurisdiccionales (el supuesto de utilización de los principios por parte de abogados, dogmáticos, etc., podría asimilarse –a estos efectos– a la argumentación jurisdiccional). Y la diferencia –como ya antes se apuntó– es que para los primeros los principios no constituyen generalmente más que

guías para la acción, mientras que para los órganos jurisdiccionales (y para los abogados y dogmáticos) los principios –como el resto de las pautas del ordenamiento jurídico– deben servirles no solamente para resolver el problema de qué hacer, sino también el de cómo justificar lo que se ha hecho o se va a hacer, esto es, la toma de decisiones jurídicas.

A veces se supone que los principios sólo entran en juego en el razonamiento justificatorio de los órganos jurisdiccionales cuando éstos tienen que hacer frente a *casos difíciles,* pues en los *casos fáciles* las reglas son elementos necesarios y suficientes para justificar la decisión. Esta forma de ver las cosas no nos parece, sin embargo, aceptable, por lo siguiente. Un caso es fácil precisamente cuando la subsunción de unos determinados hechos bajo una determinada regla no resulta controvertible *a la luz del sistema de principios* que dotan de sentido a la institución o sector normativo de que se trate. Y "que dotan de sentido" puede tener, a su vez –como ya se ha indicado–, un doble sentido: puede tratarse de los *valores* cuya realización viene asegurada por el cumplimiento de la regla, o bien de los *objetivos sociales* para cuya consecución el cumplimiento de la regla aparece como medio. Pero, en uno u otro de los sentidos de "dotar de sentido", es a la luz de los principios explícitos o implícitos del sector normativo de que se trata como cabe determinar si un caso es fácil o difícil.

Lo anterior tiene importantes consecuencias, porque invalida una imagen muy extendida acerca de la manera como el Derecho guía la conducta de los órganos jurisdiccionales. Dicha imagen podría resumirse así: el Derecho guía primaria y centralmente tal conducta mediante reglas, esto es, mediante razones perentorias (razones –repetimos– para dictar una resolución cuyo contenido esté basado en el de la regla y para excluir que opere ninguna otra razón como base del contenido de la resolución) y sólo requiere de la deliberación de los órganos jurisdiccionales en zonas periféricas: zonas periféricas originadas, bien por los déficits del lenguaje ordinario (casos que caen dentro del área de penumbra del significado de los términos empleados en la formulación de la regla), bien en el relativo desconocimiento de los hechos futuros y la relativa indeterminación de propósitos del legislador (supuestos de lagunas y antinomias normativas y también de atribución a los órganos jurisdiccionales de potestades discrecionales en la resolución de determinados casos). En esta concepción, lo central de la conducta jurídicamente guiada de los órganos jurisdiccionales es la *obediencia* a razones perentorias; la *deliberación* acerca de razones no perentorias es periférica o marginal.

Ahora bien, si la consideración de un caso como *fácil,* esto es,

como subsumible en una determinada regla a adoptar como razón perentoria para la resolución del mismo, sólo puede hacerse teniendo en cuenta principios, entonces la dimensión de *obediencia* a razones perentorias ya no puede aparecer como primaria: la *obediencia* a tales razones exige la previa *deliberación* y sólo tiene lugar en el territorio acotado por ésta. Naturalmente, el Derecho no reconoce a cualquier razón válida como un integrante legítimo de tal deliberación: salvo que el Derecho faculte en algún caso al órgano jurisdiccional para atender a razones distintas de las que él mismo contiene, ha de tratarse de razones contenidas en el propio Derecho, esto es, de principios explícitos o implícitos. Puede hablarse así de una *deliberación normativamente guiada* que, si se quiere, constituye también una forma de "obediencia", pero –y esto es lo importante– sustancialmente diferente de la obediencia que consiste en el seguimiento de una razón perentoria.

Quizá todo lo anterior pueda resumirse diciendo que el Derecho constituye, para los órganos jurisdiccionales, un *sistema excluyente* en un doble nivel y en un doble sentido. En un primer sentido –y en un primer nivel– por cuanto que impone a tales órganos jurisdiccionales el deber de componer un balance de razones integrado únicamente por las constituidas por las pautas jurídicas, siendo admisible la toma en consideración de otras razones únicamente en la medida en que las propias pautas jurídicas lo permitan. En un segundo sentido –y en un segundo nivel– por cuanto que tal balance de razones remite, no en todos los casos pero sí en la mayoría, a adoptar como base de la resolución una regla jurídica, esto es, una razón perentoria. Cabría así dividir a los casos en dos grupos: aquellos cuya resolución se fundamenta en el balance de razones jurídicas que se integran en la deliberación del órgano jurisdiccional, y aquellos otros en los que tal balance de razones exige el abandono de la deliberación y la adopción como base de la resolución de una razón perentoria.

4.2.2.2. Por lo que se refiere a la distinción entre el uso argumentativo de principios en sentido estricto, y de directrices, lo fundamental ya ha quedado dicho con anterioridad, cuando contrapusimos las razones de corrección a las razones de carácter instrumental o estratégico. Ahora podemos añadir nuestro acuerdo con la afirmación de Summers (1978) de que las *rightness reasons* y las *goal reasons* constituyen los principales tipos de razones substantivas (que él contrapone a las razones autoritativas), las cuales, a su vez, vienen a ser el núcleo de la argumentación jurídica en los casos difíciles.

4.2.2.3. Finalmente, en lo que concierne a la distinción entre principios explícitos e implícitos, no cabe duda de que los segundos suponen una mayor complejidad que los primeros, pues en relación con ellos no se plantea únicamente el problema de cómo deben ser usados en cuanto premisas de una argumentación jurídica, sino también el de cómo se justifica adoptarlos como tales premisas. En este sentido, nos parece que afirmar que "X es un principio implícito" de una determinada institución, sector normativo, o sistema jurídico es lo mismo que afirmar que las reglas y principios explícitos correspondientes son coherentes con X y que a tales reglas y principios explícitos, entendidos como formulaciones lingüísticas, debe adscribírseles un contenido proposicional que resulte coherente con X. Pero el requisito de "coherencia" con el material normativo, como es sabido, puede en muchas ocasiones ser satisfecho tanto por el principio X como por otros principios. En este sentido, el problema de la identificación de principios jurídicos implícitos viene a coincidir con el problema general de la interpretación jurídica. Y ello queda ya fuera de los límites de este trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales.* Astrea, Buenos Aires, 1974. Edición inglesa, *Normative Systems,* Springer Verlag, Wien-New York, 1971.

Alexy, Robert: «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 5, 1988.

Bobbio, Norberto: «Principi generali di diritto», en *Novissimo Digesto Italiano,* XIII, Torino, 1966.

Carrió, Genaro R.: «Principios jurídicos y positivismo jurídico», en *Notas sobre Derecho y lenguaje,* Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986 (3.ª edición).

Del Vecchio, Giorgio: «Sui principi generali del diritto», en *Studi sul diritto,* vol. I, Milano, 1958.

Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio: *Sistema de Derecho civil,* vol. I, 7.ª ed. Tecnos, Madrid, 1989.

Dworkin, Ronald: *Taking Rights Seriously.* Duckworth, London, 1978. Dworkin, Ronald: *Law's Empire.* Fontana Press, London, 1986.

Esser, Joseph: *Grundsatz und Norm in der richterlichen Forbildung des Privatrechts.* J. C. B. Mohr, Ubingen, 1956.

Guastini, Riccardo: «Principi del diritto», en *Dalle fonti alle norme,* Giappichelli, torino, 1990.

Hart, Herbert L. A.: *The Concept of Law,* Oxford University Press, 1961.

Hart, Herbert L. A.: «Commands and Authoritative Legal Reasons», en *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory,* Clarendon Press, Oxford, 1982.
Raz, Joseph: *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y moral,* trad. de Rolando Tamayo, UNAM, México, 1982.
Raz, Joseph: *Practical Reason and Norms.* Princeton University Press, 1990 (2.ª ed.).
Summers, Robert S.: «Two Types of Substantive Reasons», en *Cornell Law Review,* n.º 63, 1978.

A R T Í C U L O S

¿LA MUERTE DEL DERECHO?[1]

Los años setenta fueron un excitante e inusual período para la educación jurídica en América. El período estuvo signado por la aparición de dos movimientos ius-filosóficos que llenaron las aulas y las revistas jurídicas con un espíritu y una energía destacables. Hoy todos están hablando sobre teoría. La intención de este artículo, sin embargo, no será celebrar esos desarrollos, sino criticarlos. Quiero observar esos dos movimientos ius-filosóficos con algún detalle, e intentar explicarles, si puedo, por qué y cómo esos movimientos pusieron en peligro las más orgullosas y notables ambiciones del derecho. Mi posición es que a pesar de que los movimientos ius-filosóficos de los setenta electrizaron a la academia, también distorsionaron los objetivos del derecho y pusieron en peligro su propia existencia.

Haciendo esta acusación, no les sorprenderá que uno de los movimientos a los que me refiero sea la escuela crítica del derecho. Me he referido a este movimiento en otras ocasiones, y se ha convertido en el tema de artículos en una amplia variedad de revistas populares[2].

En los años ochenta todos parecen estar inmersos en la escuela crítica del derecho en un marco cultural e intelectual más extenso

---

[1] Owen M. Fiss es profesor Alexander M. Bickel de Derecho Público de la Universidad de Yale. Este ensayo se basa en la conferencia «Robert S. Stevens Lecture» dictada en la escuela de derecho de la Cornell University, el 9 de abril de 1986. Estoy especialmente agradecido a Anthony Kronman y a los seminarios que dimos juntos, incluyendo el que dio forma a muchas de estas ideas y del que tomé el título de esta conferencia y ensayo. Este fue publicado por primera vez en 72 Cornell Law Review 1 (1986). Traducido por Gabriel Bouzat. Centro de Estudios Institucionales, Buenos Aires, Argentina.

[2] Menand, *Radicalism for Yuppies,* New Republic, Mar. 17, 1986, p. 20; Frug, Henry James, *Lee Marvin and the Law,* N.Y. Times, Feb. 16, 1986, 7 (Book Review), en la col. 1; Lacayo, *Critical Legal Times at Harvard,* Time, Nov. 18, 1985; Trillin, *A Reporter at Large: Harvard Law,* New Yorker, Mar. 26, 1984, p. 53.

e intentaré relacionarlo con otro movimiento ius-filosófico que surgió contemporáneamente con ella, el análisis económico del derecho. El éxito de este movimiento no es de la clase que genera artículos en las revistas populares, pero es importante tener en cuenta que surge bruscamente al mismo tiempo que la escuela crítica y hoy está más firmemente atrincherado dentro de la academia jurídica. Difícilmente existe hoy una escuela de derecho importante que no tenga un economista de tiempo completo entre sus miembros; Yale tiene dos, y cinco o seis juristas que han tenido una considerable preparación en economía y que se definen a sí mismos como miembros de la escuela del análisis económico del derecho. A pesar de mi preocupación (no me agradan las purgas de Carrington), la escuela crítica del derecho está virtualmente sin representación entre los profesores de Yale. Muchos de los principales miembros del análisis económico del derecho –Richard Posner, Frank Easterbrook, Ralph Winter, y Robert Bork– han sido designados por el presidente Reagan en la justicia federal, y por consiguiente obtuvieron una cuota de poder que los ubica lejos, mucho más allá de lo alcanzado por cualquier miembro de la escuela crítica del derecho.

Los miembros de la escuela del análisis económico del derecho tienden a tener un mejor comportamiento; su misión concuerda con la tradición académica más que la de los miembros de la escuela crítica. La política de los movimientos tiende también a ser diferente. El análisis económico del derecho es un movimiento de derecha, mientras que la escuela crítica es un movimiento de izquierda. Sin embargo, a pesar de estas diferencias, y de otras que voy a intentar desarrollar, lo que me impacta como más importante es todo lo que tienen en común. Ambos movimientos pueden ser entendidos como una reacción a una filosofía jurídica, explícitamente aceptada por jueces y abogados en los años sesenta, que veía la aplicación del derecho como un proceso tendiente a la interpretación y el fomento de la moral pública. Tanto el análisis económico del derecho como la escuela crítica se unen en el rechazo a la noción de derecho como un ideal público. Una escuela proclama que el «derecho es eficiencia», la otra que el «derecho es política». Pero ninguna tiene la intención de abordar el derecho en sus propios términos, y aceptar que la aplicación del derecho es un arreglo institucional en el que funcionarios públicos buscan elaborar y proteger los valores que sostenemos en común.

I

El análisis económico del derecho tiene una dimensión descriptiva y como tal debe ser entendido como una continuación de la tradición científico-social en el derecho que se inició con Roscoe Pound y los realistas. Dicho análisis ofrece un modelo descriptivo del caso jurídico. La hipótesis más importante generada por dicho enfoque sostiene que el derecho es eficiencia, o más específicamente, que en la definición y especificación de los derechos, los jueces deben tender a crear reglas que maximicen la satisfacción total de preferencias. La carrera académica de Richard Posner se desarrolló de un ámbito de decisiones a otro –responsabilidad civil, contratos, derecho de propiedad, etc.– en un esfuerzo por mostrar cómo cada uno de ellos debe ser entendido en esos términos instrumentales[3]. Para Posner el derecho es en términos generales eficiente.

La hipótesis de la eficiencia siempre parece débil. La evidencia ofrecida no ha sido del todo convincente[4]; las excepciones parecen casi tan importantes como lo que se propone como una generalización, y aunque el argumento pueda presentarse de forma tal que una regla particular –ej. la regla del compañero de trabajo– sirva a la eficiencia[5], también parece posible argumentar lo mismo de la regla contraria. Todavía más importante, ninguna explicación ha sido dada sobre cómo el derecho puede funcionar en la maravillosa forma que plantea Posner[6]. ¿Por qué el derecho va a producir siempre, o generalmente, un resultado eficiente? Un mecanismo explicativo fue necesario para hacer la hipótesis plausible (y así para compensar la insuficiencia del trabajo empírico). Fue necesario también otorgarle a la hipótesis cierta fuerza predictiva y así completar la alta aspiración científica de esta escuela. Posner y sus colegas afirman no sólo que el derecho fue eficiente, sino que lo será.

En una ocasión, en una reunión de trabajo en Yale en los años setenta, Posner fue apremiado en este punto. Se le preguntó cómo

---

[3] R. Posner: *Economic Analysis of Law* (1972). Una segunda edición fue publicada en 1977 y una tercera en 1986.

[4] En un análisis completo, la hipótesis «el derecho es eficiente» no puede mantenerse ni en aquel ámbito en la que parece plausible. Ver, M. Trebilcock: *The Commom Law of Restraint to Trade: A Legal and Economic Analysis* (1986).

[5] Posner: *A Theory of Negligence,* 1 J. Legal Stud; 29 (1972).

[6] Priest: *The New Scientism in Legal Scholarship: A Comment on Clark and Posner,* 90 Yale L.J. 1284, 1291-92 (1981).

un cuerpo de decisiones puede ser entendido como un instrumento para maximizar la satisfacción total de preferencias cuando los jueces responsables de esas decisiones no estaban entrenados en economía, no justificaban sus fallos en esos términos, y no daban mayor evidencia de que siquiera pensaran acerca de esas cuestiones. De hecho, parecía que los jueces pensaran acerca de todo menos de maximización. Posner respondió describiendo el trabajo de un colega que intentó explicar la conducta de las ratas en términos de maximizar sus satisfacciones. Lo que era indicativo, insistía Posner, era que las ratas se comportaban «como si» la maximización de sus satisfacciones fuera su objetivo, y no era importante para la validez de tal explicación que las ratas efectivamente pensaran acerca de dicha maximización, economía, o cualquier otra cosa que reproduzca esos efectos.

La analogía no sólo le pareció a muchos tirada de los pelos, sino llanamente insultante, pero el punto teórico general sostenido por Posner fue aceptado. Las explicaciones «como si» pueden tener validez predictiva y no requieren auto-conciencia ni ninguna clase de conciencia. Es posible sostener que los jueces están actuando «como si» estuvieran tratando de maximizar la satisfacción de preferencias, aunque pueda ser cierto que nunca pensaron en esos términos. Las explicaciones «como si» requieren, sin embargo, la identificación de alguna dinámica (por ejemplo, una estructura de incentivos) que pueda explicar la conducta en cuestión y hacer plausibles las hipótesis empíricas, o al menos creíbles. En el caso de las ratas estaba el queso; para los jueces no había explicación de por qué debían comportarse «como si» estuvieran maximizando la satisfacción total de preferencias. Ninguna razón fue dada acerca de por qué no debemos creer en la justificación que los jueces ofrecen de su conducta.

Posteriormente, Posner se desvía de las explicaciones «como si», hacia lo que pueden ser llamadas «explicaciones razonables»: de acuerdo a su teoría, el diseño de reglas para la maximización de la satisfacción de preferencias es la única cosa razonable que pueden hacer los jueces. Posner propone dos clases de normas –aquellas que maximizan y aquellas que distribuyen– y después agrega que los tribunales no pueden redistribuir correctamente, cosa que sí pueden hacer las legislaturas. Bajo estas circunstancias, lo único razonable que un tribunal puede hacer es promulgar reglas que maximicen la satisfacción total de preferencias, y para esta tarea sí son eficientes. Como afirma Posner, «los tribunales pueden hacer muy poco para modificar la distribución de la riqueza en una sociedad, entonces puede ser razonable que se concentren en lo que pueden hacer, que es establecer reglas que

maximicen el tamaño de la torta económica, y dejar que el problema de su partición sea manejado por la legislatura con sus más grandes poderes de imposición y gasto»[7]. Este párrafo proviene de un artículo escrito por Posner después de ser designado juez, y en ese sentido tiene un cierto valor auto-biográfico. En un trabajo anterior, ofreció una teoría similar para explicar la conducta de los litigantes. Es probable que ellos luchen por reglas eficientes en los tribunales, afirma Posner, porque eso es lo único razonable que pueden hacer: haciendo eso incrementan la riqueza de la sociedad; obtendrán una parte de ese incremento de riqueza; y no hay norma alternativa que pueda redituar una ventaja mayor»[8].

Todos y cada uno de los pasos de este razonamiento son refutables –la división en dos clases de las reglas hecha por los jueces (y sólo dos), la distribución de competencias entre varias instituciones, la presunción de que todos hacemos lo que es «razonable», etc–. En una de sus apreciaciones minimizadoras más notables de su larga y distinguida carrera, Posner dijo, acerca de su propio esfuerzo para proveer la explicación requerida, que «algunos de los eslabones de la cadena permanecen oscuros»[9]. Para nuestro propósito, sin embargo, lo que debe ser recalcado es que la teoría de las «explicaciones razonables» nunca será suficiente para un cuidadoso positivista, especialmente un economista. Las teorías científicas no se construyen sobre afirmaciones acerca de lo que es «razonable» o «racional» que alguien haga, sino que requieren una identificación o descripción de aquellos datos observables del ámbito en cuestión que sistemáticamente guían a la gente a comportarse de la manera en que lo hacen (a pesar de lo que dicen acerca de sus creencias o cualquier otra cosa). Ello, Posner y sus colegas nunca lo proveyeron.

La teoría de las «explicaciones razonables» falla en suplantar los movimientos explicativos necesarios para darle a la hipótesis de que el «derecho es eficiente» validez predictiva, o aún credibilidad descriptiva. En ese sentido, no nos lleva más lejos que lo que hizo la explicación de Posner acerca de la conducta de las ratas y las explicaciones «como si». La teoría de las «explicaciones razonables», sin embargo, mejora nuestra comprensión del análisis económico del derecho en general, porque hace muy claro que la hipótesis de la eficiencia se apoya ampliamente en

---

[7] Posner: *Wealth Maximization and Judicial Decision-Making,* 4 Int'L Rev. L & Econ. 131, 132 (1984).

[8] Posner: *The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication,* 8 Hofstra L. Rev. 487, 505 (1980).

[9] *Id.*

presupuestos normativos –esta es la manera como los jueces deben discutir los casos–. Tales presupuestos normativos no pueden, por supuesto, salvar la empresa que se propone ser descriptiva y predictiva –la pretensión de cientificismo debe ser abandonada–, pero estos presupuestos pueden sostenerse por sí solos y, en verdad, han dado nacimiento a lo que puede ser considerado como una segunda rama del análisis económico del derecho, una rama normativa, que de hecho se ha convertido en la predominante.

El objetivo de esta segunda rama, o rama normativa, del análisis económico del derecho no es describir o explicar cómo las decisiones fueron de hecho realizadas ni predecir cómo van a ser hechas, sino, en cambio, servir de guía a esas decisiones. Ella considera los conceptos normativos usados por los jueces –por ej. igualdad o razonabilidad– como un irremediable embrollo de intuiciones y ofrece una estructura analítica para ordenar dichas intuiciones y darles contenido. Esta estructura es el mercado. De acuerdo a esta rama del análisis económico del derecho, los conceptos normativos del derecho deben ser construidos y aplicados de manera tal de hacer al poder Judicial un instrumento para perfeccionar el mercado.

La rama normativa del análisis económico del derecho se apoya en última instancia en una relativización de esos valores. Todos los valores son reducidos a preferencias y se presume que todas las preferencias tienen un igual título para su satisfacción. El conflicto entre vecinos en las típicas cuestiones por molestias (para tomar un ejemplo que es central al análisis económico del derecho y el más simpático para éste) no es un conflicto entre la paz y la recreación, entendidos como valores públicos que deben ser armonizados y ordenados, sino un conflicto entre aquellos que prefieren usar el espacio para la recreación y aquellos que prefieren paz y quietud. No hay manera, por otra parte, de juzgar una preferencia como más valiosa que la otra, así como no hay manera de juzgar la preferencia por un gusto de helado como mejor que otra. Cualquier elección será «arbitraria», o para usar la jerga de esta escuela, una cuestión de «distribución» (lo que significa que las elecciones no dependen de ningún criterio universal aceptado, sino que equivalen a favorecer los intereses de un grupo por sobre los de otro grupo).

Habiendo reducido todos los valores a preferencias, y habiendo establecido que la elección de preferencias es arbitraria, se sigue que las instituciones sociales deben tener un solo propósito y sólo uno, éste es el de maximizar la satisfacción total de preferencias. En las situaciones comunes, la negociación y el

intercambio son presuntamente el mejor medio para lograr tal fin. Los individuos conocen mejor que nadie cuáles son sus preferencias y cuánto valen ellas, y por eso ellos deben ser libres de negociar entre unos y otros para obtener los medios (o las condiciones) para satisfacerlos. Dinero por helado. El intercambio va a tener lugar sólo cuando la situación de las dos partes vaya a mejorar. De esta manera, el libre intercambio entre los individuos los mantiene en la senda del objetivo de maximizar la satisfacción de preferencias.

En las transacciones comerciales comunes, digamos entre un minorista y un cliente, la contribución del intercambio del mercado a la satisfacción de preferencias parece clara y obvia. Lo que el nuevo movimiento de análisis económico del derecho hizo, bajo el liderazgo de Ronald Coase[10], fue percibir un rol del mercado hasta en contextos no comerciales, como en los casos de molestias entre vecinos. Los deseos de las partes no podían ser totalmente satisfechos porque había un conflicto, o introduciendo algo de la jerga, una «interacción costosa» entre los dos, pero un intercambio debe maximizar el valor total realizable; tanto los clubs deportivos pueden desplazar por compra a los propietarios colindantes (que dejará a ambas partes en mejor situación –uno con el campo, el otro con el dinero–) o la negociación puede darse a la inversa si el valor monetario del propietario de permanecer es mayor que el costo de mudar el club deportivo.

Bajo esta circunstancia, el derecho aparece teniendo dos objetivos. Uno de proveer las condiciones necesarias para una transacción efectiva (delimitando los derechos de propiedad, asegurando el cumplimiento de los contratos, previniendo el fraude, etc.). El derecho es un punto de apoyo indispensable para el mercado. Una segunda misión del derecho surge sólo cuando la negociación se rompe o no es posible, como cuando existe mucha gente involucrada. En esos casos, generalmente descriptos como aquellos en los que hay «costos de transacción», el derecho toma un rol más activo, sirviendo de suplemento más que de punto de apoyo del mercado. El derecho corrige las fallas del mercado. El objetivo del derecho y de su aplicación judicial en particular es remover los obstáculos del intercambio y, si ello no es posible, reproducir los resultados del mercado. El resultado justo es uno que o acerque a las partes para negociar o les dé aproximadamente lo que hubiesen recibido si hubiesen podido negociar.

Para algunos teóricos, mayormente de Chicago, es mejor el rol del derecho como una institución que suplementa y perfecciona

[10] Coase: *The Problem of Social Cost,* 3 J.L. & Econ. 1 (1960).

el mercado en esa segunda forma, porque ellos asumen que las fallas del mercado (en razón de los altos costos de transacción) son esporádicas y excepcionales. El análisis económico del derecho se convierte meramente en el asistente del laissez faire, aunque tal vez con una peculiaridad especial. El derecho no es sólo innecesario, sino que, como enfatizaron Demsetz[11] y otros que han seguido el enfoque esencial de Coase, es también redundante: no importa cómo el caso es decidido, siempre y cuando se mantenga la posibilidad de negociar, y el intercambio entre las partes después del juicio maximice la satisfacción de preferencias y nos lleve más cerca de una eficiente asignación de recursos. En contraste con la escuela de Chicago, hay ciertos teóricos del análisis económico del derecho (originalmente situados en New Haven) que contemplan un papel más grande para el estado y la aplicación judicial del derecho. Ellos ven fallas del mercado casi en todo lugar. Reconocen el poder del paradigma del mercado, en el que todos los valores son relativizados y la máxima satisfacción de preferencias es el fin de todas las instituciones sociales, pero no obstante insisten que la necesidad de instituciones suplementarias es siempre influyente. A través de muy ingeniosos argumentos pueden apoyar tanto el mercado como el estado activista.

La escuela de New Haven está, a mi juicio, más cerca de la verdad que la de Chicago, especialmente si el enfoque cambia de los casos de molestias entre vecinos a los más importantes casos de derecho público de nuestro tiempo. Los «costos de transacción» en los típicos casos de desegregación racial son impresionantes. Me parece, sin embargo, que el problema es más profundo y que todos los miembros del análisis económico del derecho –ya sean de New Haven o Chicago– están mal encarrilados. El asunto no es cuantitativo sino cualitativo: no es que el derecho asuma un papel más grande, sino que dicho papel debe ser entendido en términos cualitativamente diferentes. El papel del derecho no es perfeccionar ni suplantar el mercado, sino hacer aquellos juicios que los adherentes al análisis económico del derecho afirman que son «arbitrarios», por ejemplo, una mera cuestión de distribución. El deber del juez no es servir al mercado, sino determinar si éste debe prevalecer.

Esta explicación sobre el derecho refleja las prácticas actuales y la manera de pensar y hablar sobre el derecho. También refleja la propia concepción de los jueces. Los jueces no se ven a sí mismos como instrumentos para la eficiencia, sino más bien como

[11] Demsetz: *When Does the Rule of Liability Matter?* 1 J. Legal Stud. 13 (1972).

comprometidos en un proceso tendiente a entender y proteger los valores encarnados en el derecho. Pero recuerden, en este caso la propuesta del análisis económico del derecho es normativa, no descriptiva: como una proposición sobre cual debe ser el propósito del derecho, el principio de la eficiencia no es anulado por la simple (y bien llevada) objeción de que al describir al derecho en términos crudamente instrumentales (como medio para satisfacer preferencias) contradice las actuales prácticas sociales o la propia concepción de los jueces. La propuesta normativa del análisis económico del derecho puede ser anulada sólo desafiando su primera premisa, a saber, aquella que relativiza todos los valores, y no sorprenderá a nadie que me alegra hacer esto también. No creo que todos los valores sean reducibles a preferencias y que todos tengan un igual título a ser satisfechos. Los valores son valores.

Los que propician el análisis económico del derecho nos hacen creer que el típico caso de molestia entre vecinos, o por la misma cuestión un caso como Brown v. Board of Education[12], son simplemente un conflicto sobre preferencias, y que surgen porque las preferencias de todos los involucrados no pueden ser satisfechas completamente. Le asignan al juez la tarea de intentar diseñar un esquema para maximizar la satisfacción de estas preferencias en conflicto. Me parece, sin embargo, que el conflicto que enfrentan los tribunales es de un carácter diferente en todo sentido –no un conflicto que surge de una divergencia de preferencias o gustos, sino un conflicto entre los distintos compromisos morales implícitos en el cuerpo de entendimientos compartidos conocidos como el derecho. Y desde esta perspectiva, la tarea asignada a los jueces no debe ser la de diseñar esquemas para la maximización de preferencias, sino, más bien, darle un sentido y una expresión concreta a los valores a los que el derecho da autoridad. Los jueces deben ordenar, interpretar y establecer un régimen de poder estatal para proteger esos valores[13]. El derecho de la judicatura de dar sentido a nuestros valores públicos no se basa en la experiencia moral de las personas que ocupan las oficinas judiciales, sino en las normas procesales que simultáneamente restringen y liberan a quienes ejercitan el poder judicial

---

[12] 347 U.S. 483 (1954); 349 U.S. 294 (1955). Brown v. Board of Education (Estado de Kansas) fue una decisión histórica de la Corte Suprema por la cual se dejó de lado la doctrina de «separados pero iguales» («separate but equal») en materia educativa. Estableció un standard que apuntaba a la integración de los negros y blancos en las escuelas.

[13] Para su mayor elaboración, ver Fiss: *The Supreme Court,* 1978 Term-Foreword: The Forms of Justice, 93 Harv. L. Rev. 1 (1979).

–los jueces son aislados del proceso político y se les requiere que se embarquen en una clase especial de diálogo sobre el significado de dichos valores. Este diálogo es arduo y costoso, algunas veces va casi más allá de las posibilidades de cualquiera, pero es una parte esencial del proceso a través del cual la moral evoluciona y mantiene su carácter público.

II

A semejanza del análisis económico del derecho, la escuela crítica del derecho comienza enfatizando la apertura de los conceptos normativos usados por los jueces. El propósito aquí, sin embargo, no es afirmativo, sino negativo. Los estudiosos de la escuela crítica no intentan superar la incertidumbre –ellos gozan de ella–. Antes que imponer una estructura intelectual sobre todas las intuiciones en conflicto entremezcladas dentro de esos conceptos normativos, los estudiosos de la escuela crítica aceptan como algo dado dicha apertura o (para usar su término favorito) la «indeterminación». Consecuentemente ellos argumentan que no pueden existir criterios para constreñir a los jueces o para determinar cuándo una decisión es correcta como una cuestión de derecho. Para volver al ejemplo del análisis económico del derecho, no existe ninguna base para afirmar que un tipo de uso del espacio sea más razonable que otro; o trasladándonos a los casos de derecho público que son más centrales a la escuela crítica, no existen criterios para afirmar que una interpretación judicial de las cláusulas de igualdad ante la ley o del debido proceso sea más verdadera que otra. El propósito de este ejercicio es negar la pretensión distintiva del derecho como una forma de racionalidad[14]. El derecho no es lo que parece –objetivo y capaz de producir «respuestas correctas»– sino más bien simples políticas con otra apariencia. Los jueces hablan de la manera que lo hacen porque esa es la convención de su profesión y es necesaria para mantener su poder, pero su retórica es toda una farsa.

Los realistas de los años veinte y treinta tenían también el propósito de desmitificar el derecho, e insistían que la pretensión del derecho de ser determinado y objetivo era una farsa, pero su

[14] Unger: *The Critical Legal Studies Movement,* 96 Harv. L. Rev. 561 (1983). Para dos colecciones generales de materiales sobre la escuela crítica del derecho ver, The Politics of Law: A Progressive Critique (D. Kairys ed. 1982); Critical Legal Studies Symposium, 36 Stad. L. Rev. 1 (1984).

crítica perseguía liberar al derecho del pasado (en particular, de su compromiso con el laissez faire). Su crítica fue un preludio para permitir al derecho convertirse en un instrumento efectivo de una buena «política pública». Hoy existe un esfuerzo del feminismo que también busca desenmascarar el derecho –para mostrar cómo la posición privilegiada del hombre en la profesión jurídica ha tendido a distorsionar el derecho, y cómo los conceptos y principios que suenan neutrales han habitualmente servido como manto del patriarcado. Ellas, como los realistas, están movidas por una visión positiva –si no la libertad, entonces una verdadera y substantiva igualdad– y ellas aprecian cómo el derecho puede ser usado para fomentar dicha visión. Pero esto no es escuela crítica del derecho[15]. Los estudiosos de la escuela crítica se distinguen (casi en todo) de las feministas y de los realistas de una generación más temprana por la pureza de su negativismo. Cuando los estudiosos de la escuela crítica insisten en que «el derecho es política», ellos quieren decir algo muy diferente y más nihilista que los realistas o las feministas. Los estudiosos de la escuela crítica quieren desenmascarar el derecho, pero no para hacerlo un instrumento efectivo para una buena política pública o para la igualdad. El objetivo de su crítica es la crítica. Los estudiosos de la escuela crítica entienden que cualquier estructura normativa creada para suplantar al derecho va a ser susceptible de la misma crítica que usan para atacar al derecho.

Unos pocos han tratado de ir más allá. Ellos intentaron construir un programa afirmativo y explicar en qué se convertiría el derecho una vez que es desenmascarado, pero en cada instante el programa afirmativo ofrecido es más bien vacío y poco atractivo. En verdad, se convierte en otra forma de negativismo. Uno de esos programas ha sido presentado por Duncan Kennedy[16], generalmente considerado como el Abbie Hoffman del movimiento[17]. El programa de Kennedy contempla una forma particularizada de aplicación del derecho, en la que los jueces observan la totalidad de las circunstancias y simplemente deciden sin la orientación de las reglas y principios (que, por supuesto, van a ser vulnerables a la crítica), pero con un completo entendimiento de su situación histórica y con la voluntad de la

[15] En verdad, el profesor Frug se refiere al feminismo como una «fuente» de la escuela crítica. Frug, idem nota 1, en 1, col. 2.

[16] Kennedy: *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, Whit Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power,* 41 Md. L. Rev. 563, 646-49 (1982).

[17] Granetz: *Duncan the Doughnut,* New Republic, Mar. 17, 1986, p. 22.

responsabilidad total por sus decisiones. Otro así llamado programa afirmativo ha sido ofrecido por Roberto Unger, cuyos trabajos me parecen la verdadera inspiración del movimiento[18]. Él nos urge a usar el Poder Judicial como un instrumento de desestabilización –de destrucción de cualquier estructura que exista en ese momento–, no como un medio que nos conduzca más cerca del nirvana (que, dadas las distorsiones de las estructuras sociales existentes, no pueden ser especificadas), sino como una manera de revelar nuestra capacidad para trascender el contexto particular en el que nos encontramos.

La crítica sin una visión de lo que puede reemplazar lo que es destruido me impresiona como algo políticamente no apetecible e irresponsable. Algunos sugieren que estos temores son infundados, afirmando que la aplicación del derecho tiene un lugar en estos así llamados programas afirmativos, y que por primera vez se convertirá en «responsable», «inteligible» y «democrática». Pero esto es sólo un juego de palabras. Yo debería aceptar, por supuesto, la crítica y vivir con las consecuencias políticas de esta crítica, no obstante lo desagradable que pueda ser, si yo pienso, por un momento, que la crítica fue intelectualmente comprometedora. Pero de hecho no lo es. La libertad del juez que es postulada por la escuela crítica del derecho y sirve como su premisa central simplemente no existe. Los conceptos del derecho pueden ser abiertos, en el sentido que uno no puede alcanzar un juicio por simple proceso de deducción, pero eso no es lo que el derecho o la objetividad requiere o, aunque sea, aspire. Lo que es requerido es que los jueces estén limitados en sus juicios, y ciertamente lo están.

Cuando leo un caso como Brown v. Board of Education, por ejemplo, lo que veo no es el poder discrecional de los jueces para dar expresión a sus deseos e intereses, sino más bien veo a oficiales públicos cumpliendo con su profesión, limitados en todo momento por las normas y convenciones que definen y constituyen dicha profesión. Hay más para juzgar que simplemente confrontar las meras palabras de la enmienda XIV «ningún Estado deberá... negar a cualquier persona dentro de su jurisdicción la protección igual de la ley». Los jueces comienzan con la historia legislativa de la enmienda y con un cuerpo de fallos que han pugnado por darle sentido al compromiso de la enmienda con la igualdad racial. Guiados por años de entrenamiento y experiencia, leen los fallos anteriores y el sentido en el que el derecho se está moviendo. Ellos consideran el rol del Estado, y el lugar de la educación pública en

[18] Unger, idem nota 14.

particular, en la vida de la nación y evalúan el impacto de la evidencia desarrollada en el juicio en las prácticas segregativas. También conocen lo que constituye una buena razón para distinguir Plessy v. Fergusson[19] o para decidir el caso de una u otra manera. En síntesis, los jueces están disciplinados en el ejercicio de sus poderes. Están atrapados en una red de las llamadas «reglas disciplinarias» que, como una gramática, definen y constituyen la práctica de juzgar y son consideradas obligatorias por la comunidad interpretativa de la que los jueces son parte[20]. Estas reglas disciplinarias proveen estándares para determinar cuándo una decisión es correcta (o incorrecta) y para justificarla (o rechazarla). Ellas limitan, no determinan, el acto de juzgar. Por supuesto, todavía hay lugar para el desacuerdo, como hubo durante toda la historia. Pero el desacuerdo –al menos en modestas proporciones– no es destructivo del derecho. Más bien, es generador del derecho: el desacuerdo es en verdad una parte esencial de cualquier empresa moral cooperativa dentro de una sociedad en cambio.

En este enfoque acerca de la aplicación del derecho reconozco que estoy haciendo una presunción empírica acerca de la riqueza del sistema jurídico en un país como los Estados Unidos. Estoy asumiendo que nuestra cultura jurídica está suficientemente desarrollada y es tan rica como para producir un cuerpo de reglas disciplinarias que limiten a los jueces y provean los estándares para evaluar su trabajo. Esta presunción está, por supuesto, abierta a un desafío fáctico, como cualquier pretensión empírica puede estarlo. En verdad, propuse esta teoría hace unos pocos años, y ahora deseo saber si estoy equivocado en hacer estas presunciones y si estoy orientado más por un deber de ver lo mejor en la vida que por una estricta evaluación de los hechos. Los miembros de la escuela crítica del derecho no están, sin embargo, preparados para disentir conmigo en estos términos (mundanos). Porque su pretensión no es que, como una cuestión fáctica, en algún sistema jurídico en particular, o en algún momento histórico, los jueces no están limitados por el derecho, sino más bien que el derecho, por su naturaleza, nunca puede proveer los límites necesarios para lograr la objetividad. Sus ideas no son que no hay respuestas correctas, sino más bien que nunca puede haber una respuesta

---

[19] 163 U.S. 537 (1986). El fallo Plessy v. Fergusson estableció la doctrina, posteriormente rechazada, de «separados pero iguales», como producto de las enmiendas constitucionales posteriores a la Guerra Civil.

[20] Esta idea la trato en mis anteriores trabajos, *Objectivity and Interpretation,* 34 Stan. L. Rev. 739 (1982) y C*onventionalism,* 58 S. Cal. L, Rev. 177 (1985).

correcta. Para sostener una pretensión tan ambiciosa y extravagante, muchos apelan a la teoría de la «contradicción fundamental» de Duncan Kennedy[21] (aunque algunos, como Flug[22], y Levinson[23] creen –muy falsamente– que la pista puede ser encontrada en Derrida, Fish, Miller, y otros teóricos de la literatura de la corriente deconstructivista).

De acuerdo a la teoría de Kennedy acerca de la «contradicción fundamental» todos los conceptos normativos están afectados por un conflicto irresoluble. Ellos deconstruyen en dos (o más) fuerzas, impulsos, o deseos, antitéticos y competitivos, como el deseo por otros y el temor por otros. Así afectado por contradicciones, un concepto normativo (o cualquier regla, principio, o estándar generado fuera de él) no puede actuar como un límite frente al juez, porque siempre le proporciona una opción. Éste puede favorecer una antípoda frente a la otra y sin embargo se puede afirmar que está aplicando (honestamente) la regla en cuestión. La «contradicción fundamental» genera una libertad, una opción, y así interpreta todo lo normativo como indeterminado, esto es, incapaz tanto para limitar al juez como para proveer estándares de evaluación. Y crea esta libertad casi como una cuestión de necesidad lógica. No hay nada contingente, limitado, o empírico acerca de la «contradicción fundamental». No es meramente una tensión».

No hay prueba, ni siquiera un argumento, en apoyo de la «contradicción fundamental». Su existencia es simplemente afirmada por el profesor Kennedy en medio de un excesivamente largo análisis del cuadro de contenidos de los «Comentarios» de Blackstone. No estoy ni siquiera seguro si la existencia o validez de la «contradicción fundamental» puede ser probada o demostrada, dado su alcance universal. Funcionando más como un axioma moral, se apoya últimamente en una apelación a la experiencia común. En respuesta, uno siempre puede apelar a diferentes explicaciones de esa misma experiencia y afirmar con igual fervor que las estructuras normativas del derecho no están envueltas en «contradicciones fundamentales». Estoy preparado para hacer justo eso. Más aun, puedo señalar que la apuesta es

---

[21] Kennedy: *The Structure of Blackstone's Commentaries,* 28 Buffalo L. Rev. 205, 211 (1979). Para sus «pensamientos» subsecuentes a esa idea, ver Gabel & Kennedy, Roll Over Beethoven, 36 Stand. L. Rev. 1 (1984).

[22] Frug, idem nota 1, p. 28, col. 1.

[23] Levinson: *Law as Literature,* 60 Tex. L. Rev. 373 (1982). Para una respuesta ver, Fish: *Interpretation and the Pluralist Vision,* 60 Tex. L. Rev. 495 (1982). Ver también Weisberg: *Text into Theory: A Literary Approarch to the Constitution,* 20 Ga. L. Rev. (1986).

mayor de lo que parecía al principio. Lo que está en juego cuando uno empieza a desandar el camino de la «contradicción fundamental» no es simplemente el derecho, sino también la moral, o por la misma cuestión, cualquier práctica, disciplina, o institución que apoya o incorpora estructuras normativas. No existe manera de confinar la «contradicción fundamental» sólo al derecho. Todo lo normativo debe incluirse. No puede haber nunca una respuesta correcta en la moral, con la misma certeza como no puede haber nunca una respuesta correcta en el derecho.

Algunos han pretendido lo contrario, y una vez el profesor Michelman –que no es miembro del movimiento, pero obviamente atraído por él– insistió que mientras no debería haber nunca una respuesta correcta en el derecho, podría haber (en verdad debe haber) respuestas correctas en la moral[24]. Esta visión falla en dar cuenta del pleno alcance de la «contradicción fundamental». También parece estar en disputa con las intuiciones comunes. Dado el aparato institucional del derecho, y el entendimiento compartido que liga y anima la profesión, pienso que es mucho más probable que existan respuestas correctas en el derecho antes que en la moral. Por supuesto, la moral no requiere «la compulsión de una regla trascendente», por usar la expresión de Michelman[25], pero tampoco la requiere el derecho. Sólo requiere un juicio limitado. Una insistencia a favor de lo opuesto, y un intento de describir el derecho en otros términos, como «trascendente», «mecánico», o «unitario», me parece un desesperado pero transparente intento de restringir la crítica de la escuela crítica al derecho e interpretar como creíble una filosofía del derecho que se apoye no en una teoría fantasiosa acerca de la «contradicción fundamental» o cualquier otra cosa, sino en un especial esfuerzo utópico, uno que correctamente aspire a una verdadera y substancial igualdad, pero que falla en acordarle un lugar adecuado a los arreglos institucionales necesarios para convertir ese ideal en realidad.

---

[24] Esto ocurrió en el curso de una discusión de su artículo, *Justification (and Justifiability) of Law in a Contradictory World,* en 28 Nomos: Justification 71 (J. Pennock & J. Chapman editores 1986).

[25] Michelman: *New Ways of Thinking About Law* –Miller v. Jackson– en Critique, en Canadian Institute for Advanced Legal Studies, The Cambridge Lectures, 1985 (por publicarse en 1987).

III

La escuela crítica del derecho y el análisis económico del derecho difieren en muchos aspectos importantes –sus políticas, la trama de sus argumentos, la definición de su misión educativa, y por supuesto, sus travesuras. Postular que el «derecho es eficiente» es muy diferente a decir que «el derecho es política». Creo, sin embargo, que estos movimientos tienen algo en común, y que lo que comparten es tan importante como sus diferencias. He tratado de mostrar que ambos comienzan por un rechazo del derecho como encarnación de una moral pública y así tienen una línea de base común. La escuela crítica niega que exista tal moral (o, por dicha cuestión, cualquier clase de moral) cuando argumenta que todas nuestras estructuras normativas conllevan una contradicción irresoluble. El análisis económico del derecho acomete también contra la noción de derecho como moral pública, pero no a través de la «contradicción fundamental». Hace esto por medio de la relativización de todos los valores y reclamando para sí lo que Bork, en un gesto que trivializa la iusfilosofía de los años sesenta, llama la «Cláusula de la Igual Gratificación»[26]. Bajo el análisis económico del derecho, la idea de una moral pública una vez más se convierte en insostenible porque los valores son transformados en preferencias y se presume que cada preferencia tiene una pretensión igual para ser satisfecha.

Desde esta perspectiva, no nos sorprende que tanto el análisis económico del derecho como la escuela crítica logren su ascendencia en América dentro del mismo período histórico. Ni es tampoco sorprendente que ese período haya sido los años setenta, un tiempo de diferencia y desacuerdo, en el que el énfasis no estaba puesto en lo que compartimos, nuestros valores e ideales públicos, sino en cómo nos diferenciábamos y qué nos dividía. Aunque en los años sesenta encaramos la Segunda Reconstrucción e intentamos construir la Gran Sociedad, y fuimos atraídos al derecho como un ideal público, en las décadas posteriores nos refugiamos en la política del egoísmo. Todas las cuestiones normativas se convirtieron en subjetivas. La perspectiva de la comprensión y el cuidado de una moral común pareció inútil.

Situar estos dos movimientos ius-filosóficos dentro de un contexto histórico específico nos puede también ayudar a

[26] Bork: *Neutral Principles and Some First Amendment Problems,* 47 Ind, L. J. 1, 10 (197l).

entender lo que debe ser hecho. El derecho ha sido amenazado por la desintegración de los valores públicos en la gran sociedad, y su futuro sólo puede ser asegurado por la revisión de esos procesos sociales. Para salvar el derecho, debemos ver más allá del derecho. Nunca vamos a poder ser capaces de responder plenamente al negativismo de la escuela crítica o al crudo instrumentalismo del análisis económico del derecho hasta que un proceso regenerativo tenga lugar, hasta que el amplio proceso social que alimenta y apaña estos movimientos sea revertido. Los argumentos analíticos por completo internos al derecho no nos van a aproximar el objetivo buscado. Debe haber algo más –una creencia en los valores públicos y la voluntad de actuar sobre ellos–.

¿De dónde surgirá dicha creencia? Hablando de una moral pública y de la responsabilidad judicial de darle sentido y expresión a esos valores, me apoyo en una visión histórica recordando los sesenta, y el rol que el derecho jugó en la lucha por la igualdad racial. Pero para la generación nacida después de Brown v. Board of Education, después de Ole Miss, después de Birmingham, después de Freedom Summer, y puede ser que hasta después de Selma, esta visión no sirve. No es combatida sino sólo tolerada como un curioso y hasta conmovedor recuerdo de un tiempo pasado. En verdad, una nueva causa está cobrando vigor, y parece haber logrado (al menos en New Haven) el ímpetu que una vez obtuvo el movimiento de los derechos humanos. Me estoy refiriendo al movimiento de las mujeres, que parece estar en el umbral de movilizar a una generación entera de estudiantes de derecho. Él demanda un re-examen de los arreglos sociales existentes y ha liberado una notable energía para dicha empresa. Pero para que el feminismo se convierta, como el movimiento de los derechos humanos antes que él, en el instrumento de la regeneración social que el derecho aguarda, nosotros –tanto los mensajeros de la causa como la comunidad criticada– debemos dejar de ver las cuestiones de género como una cuestión de interés individual o grupal, y reconocer la pretensión de igualdad sexual como una expresión de los ideales y valores que tenemos en común.

Más allá de esto, es difícil saber cómo una creencia en los valores públicos puede ser regenerada. Tal proceso de regeneración social depende de circunstancias que están más allá de nuestro control y que son hasta difíciles de imaginar. Me parece, sin embargo, que el derecho por sí solo puede tener un importante rol que jugar en este proceso, porque el derecho aparece como generador de valores públicos tanto como dependiente de ellos.

La Corte del Juez Warren y el proceso transformador que precipitó en la sociedad americana no solamente propuso una creencia en la existencia de valores públicos sino que fue también responsable de ello. Brown v. Board of Education asumió que la Constitución incorporó un compromiso con la igualdad racial, y que este valor era tan real y tan importante como para justificar (casi) mover montañas. También generó y alimentó un compromiso que trascendió por mucho al derecho.

Una visión del derecho como fuerza generativa de nuestra vida pública no hace la tarea que enfrentamos más fácil. En verdad, forma parte de la complejidad y magnitud de nuestro dilema, porque sugiere que estamos atrapados en un círculo: el derecho es, lamentablemente, tanto un agente como un objeto. Sin embargo, una comprensión de la fuerza generativa del derecho nos puede hacer claramente conscientes de los peligros implicados por el análisis económico del derecho y por la escuela crítica, y así, fortalecer nuestra decisión de resistirlos. Necesitamos la moral pública para tener derecho, verdad, pero más aún, necesitamos del derecho para tener una moral pública. Por supuesto, el derecho existirá a pesar de que los dos movimientos de los que estuve hablando resulten victoriosos, en el sentido limitado de que habrá gente que use togas negras y falle los casos, pero será una clase muy diferente de derecho. Para (el juez) Kennedy, la aplicación de la ley va a ser enteramente particularizada; para el juez Posner totalmente instrumental. En ningún caso será capaz de sostener o generar una moral pública. Será derecho sin inspiración. Esto va a significar la muerte del derecho, como lo hemos conocido a lo largo de la historia, y como lo comenzamos a admirar.

MIRANDO DESDE NINGÚN LUGAR. UNA BREVE INTRODUCCIÓN A LA FILOSOFÍA DE THOMAS NAGEL*

1. Premisa

Thomas Nagel enseña «Philosophy and Law» en la Universidad de New York y es conocido como uno de los más brillantes filósofos morales de Estados Unidos. Recordemos sus dos bellos libros, *Mortal Questions* (1979) y *The View from Nowhere* (1988). En su libro más reciente, *What Does It All Mean? A Very Short Introduction to Philosophy* (1987), el estudioso americano afronta de forma ágil algunas de las más importantes cuestiones tradicionalmente objeto de la reflexión filosófica y ofrece al lector un aprovechable compendio de su pensamiento. En las páginas que siguen intento recorrer las tesis principales desarrolladas por Nagel en este último libro haciendo referencia también a los argumentos e ideas de su obra precedente. Espero así poder ofrecer un cuadro bastante completo, en tanto que sintético, de la elaboración teórica de este autor, con particular atención a sus tesis éticas y metaéticas.

2. Conocimiento y mente

En *What Does It All Mean?* la primera pregunta que Nagel se plantea es: ¿cómo conocemos? Se atribuye así, en cierto sentido, a la teoría del conocimiento la responsabilidad de suministrar el esqueleto del cuerpo de la reflexión filosófica.

---

* «Desafortunadamente, para la redacción de este trabajo no he podido tomar en cuenta el último libro de Thomas Nagel que acaba de ser publicado por Oxford University Press: *Equality and Partiality*. Sin embargo, este libro no modifica las teorías éticas y metaéticas del estudioso norteamericano; más bien desarrolla la vertiente filosófico-política de su pensamiento».

El estudioso americano afronta en primer lugar la hipótesis según la cual, a fin de cuentas, la única realidad existente es el yo. En efecto, ¿cómo puedo, saber que lo que yo concibo como existente existe verdaderamente y no es sólo una ilusión de los sentidos, un profundo sueño sin fin? Para superar este *impasse* podría sostener que ya que mis sentidos registran algo, son estimulados por algo, debe existir un algo que pueda ser registrado por, o que pueda estimular, mis sentidos. Esto no es, sin embargo, más que un argumento circular: para probar la fiabilidad de mis sensaciones apelo a su fiabilidad. O bien debería dar por supuesto la realidad de un mundo externo a mi yo, la cual sigue sin poder ser afirmada sobre la base de mis únicas sensaciones. El problema de la existencia de una realidad externa se proyectaría después en el problema relativo a las llamadas «other minds»: ¿existen otros seres más allá de mí?

La conclusión solipsista –señala Nagel– es desalentadora, y también injustificada. ¿Cómo puedo, partiendo de mis sensaciones, excluir que exista un mundo externo a las sensaciones mismas? Una conclusión más aceptable que la de la tesis solipsista sería entonces la de suspender el juicio sobre la realidad[1], y asumir una posición escéptica moderada.

Podría tal vez rebatirse la posición del escéptico extremo con una observación de Wingenstein que reconoce la posibilidad y el sentido de la duda en un determinado juego lingüístico. «La pregunta del idealista –escribe el filósofo vienés– podría ser ésta: «¿Con qué derecho no dudo de la existencia de mis manos? (Y la respuesta no puede ser: «sé que existen»). Pero quien plantea esta pregunta olvida el hecho de que la duda acerca de una existencia funciona sólo en un juego lingüístico. Y que, por tanto, primero se debería preguntar: ¿qué aspecto tendría una duda así? Y esto no se comprende fácilmente»[2].

Esta observación de Wittgenstein repropone, aunque en términos superados respecto al primer neopositivismo lógico, el vínculo indisoluble entre condiciones de verdad o veracidad y condiciones de significado. Mientras que para Schlick, Carnap y el «primer» Wingenstein tiene sentido, es significativo, sólo lo que puede ser verdadero o falso, parece que para el «último»

---

[1] Esta es, por ejemplo, la recomendación del señor Montaigne. Vid. M. de Montaigne, *Essais,* livre 1, chapitre 27 ed. Flamarion, vol. 1. París 1969, p. 228. [Hay trad. cast. de C. Romá y Salmero, *Ensayos,* París, Garnier Hermanos 1912. N. del T.].

[2] L. Wittgenstein: *Über Gewissheit,* in ID., *Werkansgabe,* Bd &, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1990, p. 124. Traducción del propio autor. [Hay trad. cast., *Sobre la certidumbre,* Buenos Aires, ed. Tiempo Nuevo 1972. N. del T.].

Wittgenstein lo que es verdadero puede serlo sólo en la medida en que tiene sentido para una cierta comunidad lingüística. A esta concepción se puede replicar –como hace Nagel– que el lenguaje humano, sea cual sea la comunidad de la cual es expresión, «nos permite sobrepasar las respuestas para hablar del mundo mismo»[3]. Existen en cada lenguaje natural conceptos que transcienden la comunidad de la cual ese lenguaje es expresión y reenvían a la idea de objetividad, sobre la cual se funda el habla reflexiva sobre el mundo. El lenguaje natural no es un sistema autoreferencial, sino una estructura simbólica para dar cuenta y razón de algo que es externo a ella. «El lenguaje –como escribe Nagel– va más allá de sí mismo, tanto en el concepto de lluvia como en el concepto de lo que es, también si aquello que abarca puede ser indicado sólo usando el lenguaje o cualquier otra forma de representación»[4].

En *What Does It All Mean?* la solución –si así se puede llamar– propuesta por el filósofo americano está instalada sobre un argumento de carácter pragmático. No obstante las dudas del escéptico, nosotros continuamos viviendo como si la realidad externa al yo existiese verdaderamente.

Nagel recurre aquí a una especie de intuicionismo gnoseológico, el cual, sin embargo, como todos los intuicionismos tiene el grave defecto de no afrontar el problema de la justificación de ciertas convicciones o creencias (intuitivamente dadas por buenas). «Si una creencia en el mundo externo a nuestras mentes –escribe– nos viene de una forma tan natural, tal vez no tengamos necesidad de razones para ella. Podemos simplemente dejar que exista y que sea justa»[5].

En *The View from Nowhere,* su obra más sistemática y amplia, Nagel distingue tres tipos de teorías del conocimiento: (i) «escépticas», (ii) «reductivas», (iii) «heroicas». Son teorías «escépticas» aquellas que creen que el contenido de nuestras creencias sobre el mundo va más allá de la justificación producida por ellas. Se llaman teorías «reductivas» aquellas para las cuales nuestras creencias no versan sobre la realidad como ella es efectivamente, sino sólo sobre la realidad tal como se nos muestra»[6]. Se llaman

---

[3] Th. Nagel: *The Viewfrom Nowhere.* Cit. por trad. it. de A. Besussi *Uno sguardo da nessun luogo,* ed. de S. Veca Il Saggiatore, Milano 1988, p. 133.

[4] *Ibidem.*

[5] Th. Nagel: *What Does It All Mean? A Very Short Introduction to Philosophy.* Cit. por trad. it. de A. Besussi *Una brevissima introduzione alla filosofia,* a cura di S. Veca, Il Saggiatore, Milano 1989, p. 22.

[6] Una bella formulación de lo que Nagel llama «reduccionismo» se encuentra en los siguientes versos de Walt Whitman:

teorías «heroicas, en fin, aquellas que reconocen la existencia de una discrepancia entre los contenidos de nuestras creencias sobre el mundo, de un lado, y las razones adoptadas para justificar esas creencias de, otro; y, por consiguiente, buscan colmar esta divergencia mediante formas varias de metafísica».

«Escepticismo» y «heroísmo» representarían para Nagel posiciones «realistas». El «reduccionismo» constituiría sin embargo una posición «idealista». «Realismo» significa «el punto de vista según el cual el mundo es independiente de nuestra mente»[7]. «Idealismo» es, en cambio, el punto de vista según el cual «lo que es es lo que podemos pensar o concebir, o aquello que nosotros o nuestros descendientes podremos estar en condiciones de pensar o concebir»[8].

Nagel defiende una forma de teoría del conocimiento que es al mismo tiempo «realista» y «antiempirista». Es «realista», en cuanto sostiene que la realidad existe, prescindiendo de nuestras posibles sensaciones y representaciones de ella. «Lo que existe –escribe–, o aquello que es real no coincide necesariamente con aquello que para nosotros es un posible objeto del pensamiento»[9].

Nagel es, con todo eso, «antiempirista», o «racionalista», como él mismo se define, en cuanto sostiene que «también el conocimiento empírico, debe fundarse sobre una base a priori»[10]. Esta base a priori vendría proporcionada por una capacidad innata a los seres humanos, no necesariamente basada sobre la experiencia, de elaborar hipótesis sobre cómo puede ser en general la realidad. Se postula, así, la presencia de un vínculo tal entre nosotros y el mundo que resulte que nosotros estemos en situación de comprender algunos comportamiento del mundo. La inducción, por ejemplo, es explicada por Nagel en referencia a esta compatibilidad entre los hombres y el mundo como «necesaria para que el pensamiento produzca conocimiento»[11].

Sin embargo, la impostación «realista» y «racionalista» de Nagel está lejos de teñirse con tonos escépticos. La búsqueda de

---

«May-be the things I perceive, the animals, plants, mean, hills, shining and flowing waters, the skies of day and night, colors, densities, forms, may-be these are (as doubtless they are) only apparitions, and the real sornething has yet to be known (W. Whitman: *Leaves* of *Grass,* The 1892, with an Introduction by J. Kaplan, Bantam, London 1983, p. 98).

[7] Th. Nagel: The View from Nowhere. Cit. por la trad. it. *Uno sguardo da nessun luogo,* p. 111.

[8] *Ibidem.*

[9] *Ibid.,* p. 115.

[10] *Ibid.,* p.103.

[11] *Ibid.,* p. 104.

la objetividad del conocimiento, que también va seguida de decisiones, está expuesta al menos –según el filósofo americano– a tres peligros. (a) El primero es el peligro de una excesiva impersonalidad. Si se busca la máxima objetividad en la actitud respecto al mundo, se corre el riesgo de minusvalorar la importancia del yo. El yo es, sin embargo, condición de la perspectiva objetiva. El acceso al mundo nos viene dado por las sensaciones, las cuales son eminentemente subjetivas. Y sólo a partir de éstas es posible la perspectiva objetiva. La conclusión es entonces la siguiente: «Debemos predisponernos de algún modo a ver el mundo o bien desde ninguna parte, o bien desde aquí»[12].

(b) El segundo riesgo es el de la «falsa objetivación». El tipo de objetivación del conocimiento depende también del objeto de éste. Existen ámbitos donde no es válido (o aplicable) un cierto tipo de objetivación, que en cambio puede ser válido (o aplicable) en otros ámbitos del conocimiento. «La incapacidad de reconocer los límites –afirma Nagel– produce varios tipos de obstinación objetiva, y sobre todo relevantemente análisis reductivos de un tipo de objeto, en términos que son tomados de la comprensión objetiva de otro»[13].

(c) El tercer riesgo es, en fin, el del conflicto entre el punto de vista «objetivo» y el punto de vista «subjetivo». Sobre todo, por lo que respecta a la comprensión de nosotros mismos, es necesario hacer que la perspectiva objetiva comprenda de alguna manera, o sea compatible, con la perspectiva subjetiva, es decir, con la imagen que nosotros tenemos de nosotros mismos. Lo que se necesita es, por tanto, una «visión doble»: de un lado debemos considerar el mundo como regido por leyes naturales extrañas a cada una de nuestras intervenciones, pero por otro lado no podemos sustraernos a la duda de que «nuestras creencias derivan de ciertas inclinaciones y experiencias que, por lo que sabemos, no garantizan su verdad y son compatibles con el error radical»[14].

Un problema al que Nagel dedica constante atención, conectado también a la temática gnoseológica, es el de las relaciones entre mente y cuerpo. Este problema puede ser reformulado del siguiendo modo: ¿es la mente algo distinto del cerebro considerado como un órgano del cuerpo humano que es una masa física o se identifica completamente la mente con el cerebro? O bien: ¿son los procesos mentales algo distinto a los procesos físicos o químicos que corresponden a éstos en la masa cerebral, o

---

[12] *Ibid.*, p. 107.
[13] *Ibidem.*
[14] *Ibid.,* p. 108.

coinciden del todo con tales procesos físicos o químicos? Es evidente que estas cuestiones tienen un impacto considerable respecto, también, a la teoría del conocimiento.

Una respuesta tradicional al problema de la relación entre mente y cuerpo es el del «alma», es decir la tesis por la cual el ser humano está hecho de dos cosas fuertemente heterogéneas: una entidad corporal y una entidad espiritual, la cual es tan autónoma de la otra como para sobrevivirla. Si se refuta esta hipótesis normalmente nos encontramos delante de dos concepciones alternativas. (i) La primera concepción, que Nagel llama «físicalismo» o «materialismo», afirma que las personas están hechas sólo de materia física, y que los estados mentales, sentimientos, deseos, placeres, dolores, no son otra cosa que estados físicos del cerebro, en vía de principio, comprobables por un observador externo[15].

(ii) Una segunda teoría, llamada del «doble sentido», sostiene, al contrario, que los estados mentales, siendo procesos internos al cerebro, son internos a éste en un modo que es imposible experimentar si no hay alguien que los vive. Esto significa que, por ejemplo, un dolor, o un placer, aunque tengan un correspondiente estado físico en la masa cerebral, no son reducibles a ese estado físico en la masa cerebral, no son reducibles a ese estado físico. Dolor y placer –según esta perspectiva– poseen una internalidad accesible, experimental, «observable» sólo por el sujeto mismo del dolor o del placer[16]. Esto tiene como consecuencia que los estados mentales, como el dolor o el placer, no puedan ser explicados exclusivamente en relación con las causas que los provocan.

Nagel se adhiere a la teoría llamada del «doble aspecto». «Es verdad –escribe– que los dolores son causados por una lesión, y te hacen gritar y cojear. Pero también *se sienten* de cierta manera, y esto parece ser algo diverso a todas las relaciones causa-efecto, como a todas las propiedades físicas que pueda haber –si son de hecho eventos en tu cerebro. Por lo que a mí respecta, creo que este aspecto interno del dolor y de otras

---

[15] Una posición de este tipo puede atribuirse, por ejemplo a Gilhert Ryle. Vid., por ejemplo, *The Concept of Mind,* Penguin, Harmonds Worth 1983, pp. 51-60, y cfr. A.J. Ayer: *Philosophy in the Twentieth Century,* Unwin, London 1987, p. 164 ss.

[16] Sostiene esta tesis, por ejemplo, Cornelius Castoriadis: «On ne peut pas par le pensée reconstituer la douleur specifique de celui qui vient de subir telle operation ou de pedre telle personne aimée». (C. Castoriadis: *L'état du sujet aujord'hui,* en ID., *Le monde morcelé,* Seuil, París, 1990, p. 199).

experiencias conscientes no puede ser adecuadamente analizado en los términos de un sistema de relaciones causales con estímulos físicos y comportamientos, por complejo»[17]. La conclusión de este razonamiento es, entonces, que existen muchas más cosas en el mundo de cuantas pueden ser explicadas por las ciencias empíricas.

La tesis gnoseológica de Nagel es, sin embargo, todavía más radical. Movida por la constatación de que lo que es subjetivo no es comprensible ni explicable sino desde el punto de vista del sujeto en cuestión[18], que nuestra imaginación está determinada por nuestra experiencia, y ésta a su vez depende de nuestra estructura sensorial, Nagel añade la conclusión que pueden existir hechos para cuya observación o comprensión no disponemos de instrumentos adecuados.

Así como nosotros no estamos en situación de entender qué «efecto produce» ser un murciélago, de igual forma un eventual extraterrestre, provisto de una estructura físico-psíquica distinta de la humana, no podría comprender el «efecto que produce» ser un hombre. «Mi realismo –escribe el estudioso– a propósito del dominio subjetivo en todas sus formas, implica una creencia en la existencia de hechos que exceden los conceptos humanos. Es ciertamente posible para un ser humano creer que existen hechos a propósito de los cuales los humanos no poseerán jamás los conceptos necesarios para representarlos o comprenderlos»[19]. «Una reflexión sobre qué efecto produce ser un murciélago –continúa Nagel– nos lleva a la conclusión de que existen hechos que no consisten en la verdad de las proposiciones expresables en un lenguaje humano. Podemos estar constritos a

---

[17] Th. Nagel: *What Does It All Mean?* Cit. por trad. it., *Una brevissima introduzione alla filosofia,* p. 45, cursiva en el texto. Conclusiones similares extrae Rodolfo De Stefano catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Messina fallecido hace dos años: «Al materialista o conductista moderno se le puede conceder tal vez, y con las oportunas reservas, que algún elemento material y sensible pueda encontrarse en la más profunda interioridad de la consciencia. Pero este elemento no agota cada contenido de la vida humana consciente. Siendo la materia una realidad demasiado determinada y específica, mientras que la consciencia transciende en cada uno de sus contenidos no sólo a la realidad material sino, además, toda realidad» (R. de Stefano, *Fantasia e realtà,* en *Scritti catanzaresi in onore di Angelo Falzea,* Edizioni scientifiche italiane, Napoli 1987, p. 91).

[18] Nagel comparte por ello la siguiente afirmación de Castoriadis: «On ne peut penser le vivant que de l'interieur» (C. Castoruadis, *op. ult. cit.,* p. 200).

[19] Th. Nagel: *Mortal Questions* Cit. por trad. it. de A. Bessuni, *Questioni mortali,* a cura di S. Veca, Il Saggiatore, Milano 1986, p. 167. Cursiva en el texto.

reconocer la existencia de hechos de esa clase sin estar en condiciones de explicarlos o comprenderlos»[20].

Nagel, siendo contrario a cada tipo de reducción fisicalista o positivista del mundo, es en cambio fuertemente crítico con la visión antropocéntrica de la realidad. El mundo, en su opinión, existe prescindiendo de nosotros y de lo que nosotros percibimos o sabemos. Su acentuación del rol de la mente no desemboca en posiciones idealistas, ni tampoco en una teoría del alma que presuponga el soplo divino, como sucede con John Eccles. La mente es concebida –según Nagel– (a) como una parte del mundo externo, y (b) como un atributo no necesariamente exclusivo de los seres humanos. «Aún si las características subjetivas de nuestras mentes están en el centro de nuestro mundo, debemos intentar concebirlas sólo como manifestaciones de la mente en un mundo que no está hecho a la medida del hombre»[21].

3. Lenguaje y acción

Thomas Nagel se mide también con un tema que ha sido cara y cruz de generaciones de filósofos analíticos, entre los cuales él mismo puede contarse: ¿cuál es el significado de las palabras y las expresiones lingüísticas? Para los estudiosos neopositivistas –como es sabido– ésta ha sido una cuestión filosófica de particular relieve, previa a muchas otras.

Nagel no comparte la idea de la centralidad de la reflexión sobre el significado, convencido de que los mayores problemas filosóficos no derivan principalmente de un mal uso del lenguaje. No obstante, reserva un lugar importante a la teoría del significado, en particular en *What Does It All Mean?* Su posición puede calificarse en wittgensteiniana, en el sentido de que se adhiere –aunque con prudencia– a la concepción del significado como «uso».

Nagel es particularmente crítico frente a la teoría que se suele llamar «referencial»[22], es decir frente a la teoría que sostiene que el significado de un término viene dado por los objetos existentes en el mundo que son denotados por él. El estudioso americano advierte contra el riesgo, contenido en las teorías referenciales, de

[20] *Ibid.,* p. 168.

[21] Th. Nagel: *The View from Nowhere.* Cit. por trad. it. p. 21.

[22] Cfr. W.P. Alston: *Philosophy of Language,* Prentice-Hall, Englewood Cliffs, N.J. 1964, p. 12 ss.

cambiar los términos por nombres propios como «Juan», «Pedro», «Madrid», etc. El significado de un término tiene, en su opinión, una universidad que no se deja encerrar en ningún objeto particular. «Todos nosotros –escribe– hemos visto y olido el tabaco, pero la palabra, en el modo en que se usa, se refiere no sólo a las muestras de material que has visto, o que se encuentran en tu entorno cuando usas la palabra, sino a todos los ejemplares de éste, sepas o no de su existencia. Puedes haber aprendido esa palabra, porque te han enseñado muestras, pero no la comprenderás si piensas que es sólo el nombre de esas muestras»[23].

El significado de un término o de un enunciado no puede obtenerse del uso individual de éstos como tampoco el sentido de una regla puede recabarse de la singular aplicación de ésta.

Palabras y enunciados pueden ser empleados, reglas y normas pueden ser observadas y aplicadas, en una infinidad de modos y en una infinidad de casos, sin que el modo y el caso singular agote nunca el significado de las palabras, enunciados, reglas, normas. Sobre esto reclama nuestra atención entre otros Jürgen Habermas. «El significado de las palabras y enunciados –escribe haciendo referencia explícita al "segundo" Wittgenstein– tiene [...] respecto a cada particular uso un excedente de universalidad»[24].

Nagel es crítico también con la denominada teoría «mentalista», según la cual el significado de un término es la idea o imagen que ese término evoca en nuestra consciencia. También aquí la crítica se apoya sobre la afirmación de la universalidad típica del significado de una expresión lingüística, tal que dos personas que nunca se hubieran visto antes están en grado de entenderse, o tal que yo hoy puedo entender una poesía de Catulo, frente a la particularidad de la imagen mental. «Aunque, si tienes en la mente una imagen –escribe el estudioso americano– cuando oyes o usas la palabra "tabaco", cualquier otra persona tendrá una imagen diferente; esto sin embargo no nos impide usar la palabra con el mismo significado»[25].

Nagel es del mismo modo crítico (i) de la teoría conductística del significado y (ii) de la tesis del denominado «private language», es decir (i) de la teoría para la cual el significado de las expresiones lingüísticas es reducible a una determinada relación estímulo / respuesta para emisor y receptor, y (ii) de la tesis para la

---

[23] Th. Nagel: *What Does It All Mean?* Cit. por trad. it., p. 50.

[24] J. Habermas: *Wahrheitstheorien* ahora en ID., *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns,* Suhrkamp, Frankurt am Main 1984, p. 156. Traducción del propio autor.

[25] Th, Nagel, *op. ult. cit., pp.* 53-54.

cual es posible, en línea de principio, construir un lenguaje completamente independiente de cada relación intersubjetiva. A la tesis conductista Nagel no puede ser reconducido enteramente a su elemento pragmático, o sea, a la relación específica existente entre un determinado emisor y un determinado destinatario de la expresión. «Una aserción como "La sal está sobre la mesa" significa la misma cosa, dicha con fines prácticos durante una comida, como parte de la descripción de una situación distante en el espacio y en el tiempo, o simplemente como descripción hipotética de una posibilidad imaginaria. Significa lo mismo, sea verdadera o falsa, y que el hablante y el oyente sepan o no aun que es verdadera o falsa»[26].

A la tesis del «private language» Nagel objeta que el uso que fundamenta el significado de la expresión lingüística es sólo el *social*. «Mi uso de la palabra "tabaco" no tiene un significado por sí mismo, antes bien como parte del uso mucho más amplio de esa palabra en el idioma concreto. (Aunque si yo hubiese adoptado un código privado en el cual he usado la palabra "babla", para decir tabaco, lo habré hecho definiendo "babla" para mí mismo en los términos de la común palabra "tabaco")»[27]. Nagel, pues, no niega que el «lenguaje privado» sea posible: niega que sea autosuficiente. La semántica de un lenguaje exclusivamente personal reenvía a la semántica de un cierto lenguaje natural (socialmente instituido), y es parasitaria respecto a esta última.

El uso constitutivo del significado de un término no es el uso efectivo que de él hace un cierto sujeto, sino el uso *posible* en el cuadro de un cuerpo regular de reglas sedimentadas en una costumbre social (yo me atrevería a decir en una «institución»[28]). «El significado de una palabra –escribe Nagel– contiene todos sus usos posibles, verdaderos o falsos, no sólo sus usos efectivos, los usos efectivos son sólo una fracción mínima de los posibles»[29].

Aceptada la teoría del significado como «uso», difícilmente puede sustraerse a una consideración de la conducta humana. La teoría del «uso» reenvía a una teoría de la acción ya que el uso lingüístico no es otro que una particular forma de comportamiento humano. Nagel no evita esta implicación; al contrario le dedica

---

[26] *Ibid.,* p. 55. La traducción italiana de A. Bessuni es aquí levemente modificada por el propio autor.

[27] *Ibid.,* p. 56.

[28] Cfr. M. La Torre: *Linguaggio, norme, validità. Una prospettiva istituzionalistica,* in N. Maccormick, O. Weinberger, *Il diritto come istituzione,* trad. it. a cura di M. La Torre, Giuffrè, Milano 1990, p. 382 ss.

[29] Th. Nagel, *op. ult. cit.,* p. 56.

mucha atención a la teoría de la acción. Ésta –como es sabido– gira entorno a un problema fundamental, el llamado «libre arbitrio». A este propósito el estudioso americano se enfrenta a la llamada concepción «determinista».

El determinismo en cuestión es aquel para el cual las acciones de los seres humanos están determinadas por causas *externas* a esas acciones. Aquí «la hipótesis es que *existen* leyes de naturaleza, como las que gobiernan el movimiento de los planetas, que gobiernan todo lo que sucede en el mundo –y que, de conformidad a esas leyes las circunstancias precedentes a una acción determinan lo que sucederá y excluyen cualquier otra posibilidad»[30]. Así pues, si hoy en la comida me encontré con la alternativa de elegir entre un dulce de mascarpone o una naranja, y –cediendo a la tentación y olvidando cualquier problema de hígado o de línea– he optado por el dulce de mascarpone, y estoy aquí ahora mortificándome por mi elección, agobiado por el sentimiento de culpabilidad, todo esto había estado ya predeterminado: que mi padre y mi madre se encontraran, tuvieran un hijo varón, que este se licenciara en Derecho, y se encontrase un día de mayo en un self-service de Bologna, y que finalmente eligiese justamente el dulce de mascarpone. «Si el determinismo –escribe Nagel– vale para todo lo que sucede, estaba ya establecido antes de que tú nacieses que habrías elegido el dulce. Tu elección estaba determinada por las situaciones inmediatamente precedentes y esa situación estaba determinada por las situaciones que la precedían, y así hacia atrás hasta donde quieras llegar»[31].

La objeción que Nagel opone a este determinado es principalmente de carácter metaético. Si es verdad –argumenta al estudioso americano– que nuestras acciones son predeterminadas por elementos externos a ellas, entonces es imposible expresar un juicio moral (sea de elogio sea de censura) sobre la conducta de las personas. Si no se es responsable de las propias acciones, como acaba por sostener ese «determinismo», ¿cómo se puede valorar las acciones, según un criterio moral o normativo? «Por lo que a mí respecta –escribe Nagel–, no pienso que tenga sentido criticar a alguien por hacer lo que era imposible para él no hacer»[32]. La asunción de juicios morales, los cuales implican atribuciones de responsabilidad, resulta incompatible con una visión radicalmente «externa» del mundo como es el determinismo

---

[30] *Ibid.,* p. 63. Cursiva en el texto.
[31] *Ibid.,* pp. 63-64. Cursiva en el texto.
[32] *Ibid.,* p. 66.

naturalista, ya que éste excluye el concepto de responsabilidad subjetiva. «No consigo ver –escribe el estudioso americano– ningún modo de producir juicios de responsabilidad coherentes con la visión externa –ningún modo de vincularla con tales juicios del mismo modo que se la suele vincular parcialmente con la acción. Los juicios de responsabilidad dependen de una clase de proyección en la perspectiva del imputado, que no podemos realizar al menos que olvidemos en cierta medida la visión externa»[33].

A esta objeción se podría añadir aquella que advierte cómo, si se asume una hipótesis determinista fuerte, resulta entonces posible, en vía de principio, conocer los valores morales (los valores de un sujeto determinado), ya que también estos son el producto de ciertas causas según ciertas leyes. Si todo está predeterminado, también las decisiones individuales y los valores en los cuales dichas decisiones dicen inspirarse, o son también ellos elementos de la cadena causal, o bien ilusiones o autoilusiones ideológicas. Queda en cualquier caso el hecho de que los valores, sea lo que sea lo que representen, son «predeterminados» y por tanto predecibles es decir verificables y cognoscibles. Un determinismo riguroso se revela por tanto incompatible con una opción no cognoscitivista. Si se asume una posición determinista fuerte, entonces se da por entendido que el precio a pagar es el abandono de toda metaética no cognoscitiva.

Nagel, sin embargo, no reniega de todas las formas de determinismo. En su opinión, pensar que la acción humana sea del todo indeterminada comporta igualmente consecuencias inaceptables desde el punto de vista metaético: también una acción privada absolutamente de causas no sería imputable al sujeto que la realiza, de manera que este no podría ser considerado moralmente responsable de aquella acción. El estudioso americano acoge esa forma moderada de determinismo la cual considera que las causas de una acción son internas a ésta, o bien que tales residen en las elecciones del agente. «La tesis es que, para que una acción sea algo que has hecho, debe estar producida por ciertos tipos de causas en ti»[34]. «Según esta posición –continúa –la determinación causal en sí misma no amenaza la libertad- porque solo un cierto *tipo* de causa lo hace. Si tomases el dulce porque alguien te ha empujado, entonces no sería una libre elección. Pero la acción libre no exige

[33] Th. Nagel: *The View from Nowhere.* Cit. por trad. it., p. 170.
[34] Th. Nagel: *What Does It All Mean?* Cit. por trad. it., p. 68.

que no exista de ningún modo alguna causa determinante: implica que la causa sea de un tipo psicológico habitual»[35].

4. Valores y justicia

El problema de la moral, de lo justo y de lo injusto, es central en la obra de Nagel. Pues es, en efecto y sobretodo, un estudioso de filosofía práctica y especialmente de filosofía moral.

En línea de principio Nagel critica las doctrinas que remontan el criterio de lo justo a la voluntad divina. A estas opone tres objeciones. (i) La mayoría de las personas que no creen en Dios expresan no obstante juicios de valor, valoraciones sobre lo que es justo o errado, y no consideran en absoluto que «todo está permitido». No es verdad, en efecto que «para un ateo, ni la palabra dada, ni los pactos, ni los juramentos, que son los vínculos de la sociedad humana, puedan ser estables o sagrados»[36]. Esto significa que se puede asumir un punto de vista moral, aun sin tener que presumir necesariamente la existencia de una entidad divina.

(ii) Aun si Dios existe y prohíbe lo que es injusto, a pesar de ello el criterio de lo justo no depende necesariamente de la interdicción divina. «Dios –escribe Nagel– no podría convertir en justa cualquier cosa que antes era errada simplemente prohibiéndola»[37].

(iii) Tanto el amor como la punición divina o bien, por lo que nos concierne como seres humanos, el miedo del castigo eterno o la esperanza de la recompensa celeste, no parecen ser los fundamentos más apropiados desde el punto de vista moral. «Si piensas que es errado matar, engañar o robar –continúa Nagel–, deberías querer evitar hacer cosas del género porque son cosas malas para las víctimas, y no sólo porque temes las consecuencias para ti mismo o porque no quieres ofender a tu creador»[38]. Esta última objeción se aplica también a todas las

---

[35] Ivi, p. 69, cursiva en el texto. Cfr. entre otros G. H. von Wright: *An Essay on Door-Knocking,* in «Rechtstheorie», Bd. 19, 1988, p, 287: «If we call action *free* when performed for a reason, there can be no conflict between «freedom» and «determinism» (cursiva en el texto), e o. Weinberger, *Norm und Institution. Eine Einführung in die Theorie des Rechts,* Manz, Wien 1988, p. 20 ss.

[36] J. Locke: *A Letter Concerning Toleration.* Cit. por trad. it. *Prima lettera sulla tolleranza,* vol. I, en ID., *Scritti sulla tolleranza,* trad. it. a cura di D. Marconi, U.T.E.T., Torino 1977, p. 172. [Hay trad. cast.: *Carta sobre la Tolerancia,* Madrid, Tecnos 1985. N. del T.].

[37] Th. Nagel, *op. ult. cit.,* p. 76.

[38] *Ibid.,* p. 77. La traducción italiana de A. Besussi es aquí levemente modificada por el propio autor.

doctrinas que explican la moral en términos de intereses egoístas del sujeto agente, y por tanto reconducen la reflexión moral a una clase de cálculo prudencial o utilitario.

Nagel es un crítico también respecto a la teoría que afirma como moralmente justo lo que se cree así en un cierto ámbito o grupo social. Es siempre posible –según el estudioso americano– ejercer la crítica respecto a la moral socialmente dominante (históricamente vigente) pero si eso es posible, entonces se hace referencia «a algún criterio más objetivo, una idea de lo que es *verdaderamente* justo o errado, contrapuesta a aquello que piensa la mayor parte de la gente»[39].

Por otra parte el filósofo americano no cree que «lo que gusta» o «lo que no gusta» puedan ofrecer los criterios decisivos de lo justo. Es verdad por lo demás, que cuando se realiza algo que se considera es la «cosa justa», nos sentimos a menudo mejor, y que cuando se realiza una acción moralmente justa. La «sensación» o el «sentimiento» no son el fundamento o el criterio de la moralidad del acto, sino una consecuencia.

Queda entonces por individuar el criterio de la moralidad. Thomas Nagel parece inclinarse, aunque con mucha cautela, hacia una teoría de la universalización. «El fundamento de la moralidad –escribe– es una creencia en que el beneficio y daño a personas particulares [...] está bien o mal no sólo desde su punto de vista, sino desde un punto de vista más general, que cualquier persona pensante puede comprender»[40]. Este punto de vista, que también podemos llamar «the moral point of view» recordando el título de un libro ahora ya «clásico» de Kurt Baier, es el de un sujeto que busca abstraerse de los propios deseos e intereses e intenta reunir, dentro de lo posible, objetividad o imparcialidad en lo que concierne a la consideración ética. «Yo creo –escribe Nagel– que la forma general de razonamiento moral consiste en meterse en la piel de los otros»[41].

Esta concepción de la moral como tensión hacia la «objetividad» es expresada de modo bastante claro ya en el primer libro de Nagel *The Possibility of Altruism,* que es una reelaboración de su tesis doctoral en filosofía (dirigida por John Rawls) leída en Harvard en 1963. En la conclusión de este libro encontramos las siguientes afirmaciones: «He intentado mostrar que el altruismo y los motivos conexos a él no dependen de los gustos, sentimientos, o de elecciones últimas arbitrarias. Dependen en cambio del

[39] *Ibid.,* p. 86.
[40] *Ibid.,* pp. 80-81.
[41] Th. Nagel: *Mortal Questions*. Cit. por trad. it., p. 128.

hecho de que nuestras razones para actuar están sujetas a las condiciones formales de objetividad, la cual a su vez depende de nuestra capacidad de ver por nosotros mismos ya desde un punto de vista personal ya desde un punto de vista impersonal, y de nuestra capacidad de extraer del razonamiento conclusiones prácticas desde ambos puntos de vista. Estos representan formas de pensamiento y de acción respecto a los cuales puede suceder que no esté en nuestro poder renunciar[42].

Cuáles sean los procedimientos o los medios para llegar a este estado de «objetividad» (o imparcialidad)[43], no queda precisado ulteriormente. Según Nagel, la universalidad de los juicios morales está estrechamente conectada a su imparcialidad, y toma así la forma de una clase de virtud que algunos seres humanos poseen y otros ignoran. «El argumento moral –escribe el estudioso americano– trata de hacer referencia a una capacidad de motivación imparcial que se supone presente en todos nosotros. Desafortunadamente puede ser profundamente subterránea y en ciertos casos puede incluso no estar presente en absoluto»[44].

Parecería así que, aunque con cierta perplejidad, el estudioso americano prefiera la ética de la virtud frente a las éticas deontológicas. La posición metaética de Nagel no es muy clara. Su constante subrayar la necesidad de «objetividad» del juicio moral le conduce a menudo a sobrepasar los confines del cognoscitivismo. Habla alguna vez de «verdad ética», y define su teoría metaética como «realismo normativo»: «Normative realism is the view that propositions about what gives us reasons for action, can be true or false independently of how things appear to us, and that we can hope to discover the truth by transcending the appearances and subjecting them to critical assessment»[45].

Por otra parte, sin embargo, no cree que las proposiciones morales puedan ser convertidas en verdaderas por el descubrimiento de ciertas propiedades inherentes a las cosas y a los hechos. «The picture I associate with normative realism is not that of an extra set of properties of things and events of human motivation which would improve the way we lead our lives, whether or not we will

---

[42] Th. Nagel: *The Possibility of Altruism,* II ed, Clarendon, Oxford 1975, p. 144. Traducción del propio autor.

[43] Cfr. R.M. Hare: *Moral Thinkings. Its Levels, Method and Point,* Clarendon, Oxford 1984, p. 211.

[44] Th. Nagel: *What Does It All Mean?* Cit. por trad. it., p. 88.

[45] Th. Nagel: *The View from Nowhere,* Oxford University Press, New York 1986, p. 139. Cfr. S.L. Darwall: *How Nowhere Can You Get (and Do Ethics),* in «Ethics», vol. 98, 1987, p. 137 ss.

actually take them»[46]. Aquí al menos Nagel parece rechazar la teoría del valor intrínseco[47], bosquejando, más bien, una clase de metaética evolucionista que puede recordar ciertas insinuaciones de la obra de Habermas y Apel[48], las cuales sugieren la posibilidad de un «progreso» o mejor de una «evolución» moral.

Con todo ello, el cognostivismo moderado de Nagel no le induce a adoptar una posición absolutista. A pesar sus oscilaciones hacia una metaética objetivista, asume una posición relativista. Esto le viene dado en particular por su concepción de la «fragmentación del valor»: «Value has fundamentally different kinds of sources»[49].

Nagel distingue diversas «Fuentes de valor» o bien «cinco tipos de valores fundamentales que dan lugar a conflictos basilares»[50].

(i) Ante todo, están los valores que derivan de obligaciones específicas hacia otros sujetos o instituciones. Un ejemplo es el constituido por las obligaciones hacia un amigo, hacia los familiares, hacia la organización en la cual se desarrolla el propio trabajo. Tales obligaciones no son generales, pues sólo son vigentes en situaciones particulares.

(ii) En segundo lugar, están los valores que derivan de los derechos generales (de los cuales cada ciudadano resulta titular) a prestar cierta conducta o a no ser objeto de actos determinados. Los derechos fundamentales de libertad representan un caso paradigmático de tales valores. Estos derechos generales no tienen origen contractual, no dependen del hecho de que terceros estén obligados a ciertas conductas, sino que son connaturales al estatuto de la persona.

(iii) El tercer tipo de valor es la utilidad. «La utilidad –escribe Nagel– incluye todos los aspectos de beneficio y daño hacia todos los individuos (o todos los seres sensibles), no sólo hacia aquellos con los cuales el agente tiene una relación particular, o ha contraído un compromiso específico»[51].

---

[46] Th. Nagel, *op. ult. cit,* pp. 139-140.

[47] Sobre este teoría cfr. las agudas observaciones de P. Koller: *Von der Vergeblichkeit des Bemühens, die Ethik auf eine Vorstellung intrinsischer Werte zu gründen,* in «Grazer Philosophiche Studien», Bd. 28, 1986, p. 275 ss.

[48] Vid. por ejemplo J. Habermas: *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln,* Suhrkamp, Frankfurt am Main 1985, p. 127 ss. y K.O. Apel: *Diskurs und Verantwortung. Das Problem des Übergangs zur postkonventionellen Moral,* Suhrkamp, Frankfurt am Main 1990, p. 306 ss.

[49] Th. Nagel: *Mortal Questions,* Cambridge University Press, Cambridge 1979, p. 132.

[50] Th. Nagel: *Mortal Questions.* Cit. por trad. it., p. 127.

[51] *Ibid,* p. 128.

(iv) El cuarto tipo de valor está representado por los «fines y valores perfeccionistas». A propósito de estos fines Nagel usa la locución «valor intrínseco». Serían algunas realizaciones o algunos resultados que constituyen un valor prescindiendo de los intereses que los individuos puedan encontrar en ellos. Un ejemplo mencionado por Nagel es el valor intrínseco del descubrimiento científico»[52]. El estudioso americano reconoce, sin embargo, que no existe acuerdo general sobre los fines que constituyen de por sí valores dignos de ser perseguidos. Sobre cuáles sean los valores intrínsecos reina, una gran incertidumbre.

(v) El último tipo de valor individuado por Nagel es aquel constitutivo del «compromiso» con los propios proyectos o empresas». Éste es, por decirlo así, un valor subsidiario, en cuanto «se añade a todas estas razones que pueden habernos conducido a ellos»[53]. Un ejemplo citado por el autor es la obligación de traducir del griego la *Metafísica* de Aristóteles. Este compromiso de la persona no se confunde, de ningún modo, con el mero *interés* personal. Como muestra bien el ejemplo de la traducción de la *Metafísica,* la obligación en cuestión puede entrar en conflicto con los intereses personales del sujeto (aquél por ejemplo de salir con los amigos o de ganar algo más de dinero escribiendo un informe jurídico).

Como resulta bastante claro, con esta clasificación Nagel intenta una conciliación de diversas teorías morales. Con su clasificación abraza el utilitarismo, la teoría del valor intrínseco, una ética de los derechos, una ética deontológica, y en fin una ética existencial. Nagel da un orden a los varios tipos de valor arriba mencionados según su urgencia, así que (i) resulta más urgente que (ii), (ii) más urgente, a su vez, que (iii), y (iv) que (v). Esto sin embargo no significa que (iii) no pueda prevalecer en algunas situaciones sobre (ii) o sobre (i), o que (v) sea mejor que (iv), y así en adelante. El orden de «urgencia» no nos da todavía un criterio de prioridad tal que resuelva los eventuales conflictos entre valores diferentes en cada situación.

Nagel realiza una ulterior graduación, dentro de las cinco categorías antedichas según se trate de valores más o menos impersonales, más o menos «objetivos», más o menos centrados sobre el agente (o bien sobre lo que se hace) o sobre el resultado

---

[52] Esto puede recordar lo afirmado por J. Finnis: *Natural Law and Natural Rights,* Clarendon, Oxford 1980, p. 62.

[53] Th. Nagel, *op. ult. cit.,* p. 129.

(o bien sobre lo que resultara)[54]. En un espectro que vaya de (i) a (v), (i) representa el valor más personal o menos centrado en el resultado, y (v) el valor más impersonal y menos centrado sobre el agente.

Para Nagel la moral no se compone sólo de valores «neutrales» respecto al agente; muy al contrario, la reducción de la razón «relativa respecto al agente» a razones «neutrales» se considera destinada a la quiebra. La decisión moral resulta así de la combinación de estos dos tipos de «razones», y no de la prevalencia en cada caso de las razones «neutrales» (o «objetivas») sobre las «relativas» (o «subjetivass»). La oposición entre razones objetivas e inclinaciones subjetivas –escribe el estudioso americano– puede ser grave, y puede requerir cambiar nuestra vida. Quiero decir sólo que la verdad, si es una, se conquistará a través de la exploración de este conflicto, más bien que a través de la automática victoria de la perspectiva más transcendente. En la conducta vital, en todas las situaciones, la rivalidad entre la visión interna y la visión externa debe ser tomada en serio»[55].

El valor o razón «neutral respecto al agente» es *por excelencia* –según Nagel– la búsqueda del placer, o la huida del dolor. Placer y dolor son entendidos aquí como placer o dolor físico, y no se confunden con deseos o con las preferencias del sujeto. El estudioso americano plantea la siguiente cuestión: «¿Placer y dolor contienen solamente valor agente-relativo o suministran también razones neutrales? Si evitar un dolor tiene sólo valor relativo, entonces los individuos tienen razón para evitar su dolor, pero no para aliviar el dolor de otros (al menos que entren en juego otras razones). Su aliviar un dolor tiene también un valor neutral, entonces cualquiera tiene razón para querer que cualquier dolor cese, sea suyo o no»[56]. La respuesta que Nagel da a este dilema es que «el dolor, por cuanto está ligado a una persona y a su perspectiva individual, es igual y claramente odioso tanto para el sujeto objetivo como para el individuo subjetivo»[57].

En *The View from Nowhere* Nagel propone una ulterior tipología de valores o razones para la acción. Tales razones son llamadas de «autonomía», de «deontología», y de «obligación», razones todas «relativas respecto al agente». Las primeras consisten en los deseos, proyectos, y compromisos personales del

[54] Sobre esta distinción vid. Th. Nagel: *Mortal Questions,* cit., capítulo sexto.
[55] Th. Nagel: *The View from Nowhere.* Cit. por trad. it. (parcialmente modificada), p. 202.
[56] *Ibid.,* p. 196
[57] *Ibid.,* p. 198.

agente. Este tipo de razones coinciden grosso modo con aquellas que Nagel en *Mortal Questions* hace derivar del compromiso con los propios proyectos o empresas.

Las razones de «deontología» «derivan de las pretensiones de otras personas de no ser maltratadas de ciertas formas»[58]. Estas razones coinciden grosso modo con esos valores que en la clasificación propuesta en *Mortal Questions* estaban en segundo lugar, es decir con los valores que se afirmaban derivaban de los derechos generales de los individuos a no ser sometidos a ciertos tratamientos.

En fin «razones de obligación» son aquellas que derivan de participar en ciertos contextos concretos (familia, instituciones varias, Estado) y corresponden al primer tipo de valores, aquellos derivados de las obligaciones específicas, de las cinco individuadas en *Mortal Questions.* Las razones de «autonomía», «deontología» y «obligación» no comprenden en cambio los «valores perfeccionistas» y los «valores de utilidad» mencionados por Nagel en su clasificación precedente, ya que tanto los «valores perfeccionistas» como aquellos de «utilidad» constituyen razones no «relativas», sino «neutrales» respecto al agente.

Para Tom Nagel no existe un único método para ajustar el eventual conflicto entre los varios tipos de valores o razones. «Buscar una teoría general única –escribe– para decidir lo que es justo hacer, es como buscar una singular teoría para decidir que es lo que hay que creer»[59]. Lo que se puede y se debe hacer es sobretodo desarrollar procedimientos de argumentación moral relativa a problemas específicos, y confiar en la sabiduría práctica, en la «prudencia», de los seres humanos.

Nagel recurre también a la intuición moral de los sujetos, interpretando la «prudencia» como juicio intuitivo no siempre necesariamente capaz de ofrecer razones articuladas por las propias decisiones. «Sostengo –escribe– que puede existir un buen juicio sin justificación total, explícita o implícita. El hecho que no se pueda decir por qué una cierta decisión es correcta, dado un particular equilibrio de razones conflictuales, no significa que la pretensión de corrección esté falta de significado»[60].

---

[58] *Ibid.,* p. 204.

[59] Th. Nagel: *Mortal Questions.* Cit. por trad. it., p. 134.

[60] *Ibid.,* p. 133. Confieso que la llamada a la intuición, allí donde forma parte de un discurso no tanto sobre el proceso motivacional que conduce a la decisión, sino en cuanto se la hace entrar en el contexto de la justificación de la decisión, me deja perplejo y desconfiado. Análoga perplejidad, también, cfr. J. Glover, recensión de Th. Nagel, *Mortal Questions,* en «Mind», vol 90, 1981, p. 295.

Por otra parte, siguiendo a Rawls, Nagel subraya que la teoría moral normativa es independiente respecto a la metaética, y que «un cierto desacuerdo radical sobre el fundamento de la ética es compatible con un acuerdo sustancial sobre cuáles sean los factores importantes en la vida real»[61]. También aquí, donde está vigente un completo desacuerdo en materia metaética, se puede convenir sobre cuáles sean los valores morales sustanciales dignos de ser perseguidos. Y es este último tipo de acuerdo el que a fin de cuentas destaca verdaderamente en la solución de los conflictos morales. En el discurso moral, concentrarse sobre cuestiones de metaéticas (entendidas estas en sentido lato como cuestiones también sobre el fundamento justificativo de los valores propuestos) puede ser alguna vez desviante e inoportuno, en cuanto puede dar origen a contrastes tales que obscurezcan el acuerdo de fondo (sobre cuestiones morales sustanciales) existentes entre las partes.

Nagel se detiene también sobre la cuestión de la justicia social. El filósofo americano reconoce la injusticia tanto de las desigualdades que derivan de la pertenencia a diferentes clases sociales cuanto aquellas que tienen su origen en la diferente capacidad y talento de los diversos seres humanos.

Nagel distingue tres concepciones de igualdad moral: (i) el utilitarismo, (ii) la teoría de los derechos, (iii) el igualitarismo[62]. La primera es una clase de aplicación de la regla de mayoría, ya que una acción es juzgada con referencia a la cantidad de utilidad que puede promover, y es preferida la acción que comporta una mayor cantidad de utilidad; «Se debe hacer lo que tienda a promover los resultados que parecen mejores desde el punto de vista que combina todos los intereses individuales. La igualdad moral del utilitarismo consiste en hacer que los intereses de cada persona contribuyan en el mismo modo a determinar aquello que sumándolos sería el total mejor»[63].

Permanece el problema de la unidad de medida de la utilidad, excepto que no se conecte esta a la subjetiva expresión de la preferencia individual. Esta última solución sin embargo puede resultar insatisfactoria, como es subrayado por ejemplo por Thomas Scanlon[64].

Para la «teoría de los derechos» la igualdad consiste en la igual pretensión de los individuos de no tolerar interferencias en su esfera personal por parte de terceros. «Cada persona debe ser

---

[61] Th. Nagel, *op. ult. cit.,* p. 139.
[62] Vid. Th. Nagel: *Mortal Questions,* cit., capítulo octavo.
[63] Th. Nagel: *Mortal Questions.* Cit. por trad. it., p. 113.
[64] «Vid. Th. Scallon: *Preference and Urgency,* in «Journal of Philosophy», vol. 57, 1975, pp. 659-660.

tratada igual que cualquier otra en ciertos aspectos definidos»[65]. El concepto de derecho subjetivo sería así intrínsecamente igualitario, ya que presupone que todos lo posean. Para Nagel, sin embargo, se puede hablar con propiedad de derechos sólo en lo que concierne a pretensiones dirigidas a conductas omisivas, a comportamientos negativos, a la abstención de ciertas acciones: el concepto de derecho subjetivo expresa así «una pretensión que da a quien la posee una especie de poder de veto»[66].

La ética de los derechos actúa directamente sobre cada una de las acciones de los individuos y no sobre un cierto grupo de estas. Ella no impone –señala Nagel– la minimización de la violación de los derechos, sino la abstención de cualquier violación de derechos. Así, según la ética de los derechos, una conducta sobre la cual un derecho subjetivo me concede un poder de veto no debe ser ejecutada, aunque tal conducta que viola mi derecho pudiese reducir el número y la fuerza de sucesivas violaciones de derechos. En tal sentido esta ética se presenta como absoluta. Según Nagel la ética de los derechos es particularmente relevante por la que concierne a las conductas humanas en tiempo de guerra. La ética de los derechos sería en este caso más plausible que cualquier forma de utilitarismo. Mientras que este último puede justificar, por ejemplo, la tortura del enemigo, en el caso de que las informaciones sonsacadas a este sirvan para impedir –supongamos– el aniquilamiento de un regimiento de miles de soldados; para la ética de los derechos la tortura es *absolutamente* ilícita, de modo que su prohibición no admite excepción alguna. «Una ética de ese tipo no impone minimizar la violación de los derechos. Esto significa considerarlos simplemente como males particularmente graves en la valoración de los resultados. Sin embargo los derechos limitan directamente la acción: se prohíbe a cada individuo violar directamente los derechos de los otros, aun si él pudiera indirectamente reducir el número conjunto de violaciones de derechos violando algunos él mismo»[67].

La tercera concepción de igualdad moral individuada por Nagel es llamada por él simplemente «igualitarismo». Esta se parece al utilitarismo, en cuanto que –a diferencia de la ética de los– se aplica a la valoración no de las acciones en sí consideradas, sino a los resultados de éstas. Además, diversamente de cuanto sucede en la ética de los derechos, para el «igualitarismo» el individuo es titular de pretensiones no sólo respecto a

---

[65] Th. Nagel, *op. ult. cit.,* p. 113.
[66] *Ibid.,* p. 114.
[67] *Ibidem.*

comportamientos omisivos, sino también a acciones positivas. Sin embargo, a diferencia del utilitarismo, el «igualitarismo» «no combina todos los puntos de vista con el método de las mayorías»[68], sino que establece una escala de urgencia y prioridad entre las distintas preferencias individuales, de modo que la valoración final no se basa sobre la *cantidad* o sobre el *número* de estas, sino sobre su calidad. «La característica esencial –escribe Nagel– de un sistema de prioridad igualitario es que considera la mejora del bienestar del que está peor como más urgente que la mejora del bienestar del que está mejor»[69]. Aquí el problema es el fundamento del criterio de prioridad entre las diversas preferencias.

Nagel no elige, entre las tres concepciones de igualdad que acabamos de discutir (i) «utilitarismo», (ii) «ética de los derechos», y (iii) «igualitarismo». A su entender, es necesario que todas se combinen en la valoración de las elecciones sociales, pues el estudioso americano niega que el utilitarismo y la ética de los derechos representen aisladamente la solución a los problemas de la justicia.

Nagel objeta al utilitarismo que una solución justa debe ser, en vía de principio, aceptable por todo individuo. «Este ideal de aceptabilidad individual está en oposición fundamental con el ideal acumulativo, que construye un punto de vista moral particular combinando los de los individuos en un único punto de vista conjunto distinto del de todos ellos. Esto es obtenido por el utilitarismo sumándolos»[70].

A la ética de los derechos Nagel le objeta que deja fuera del ámbito de lo justo gran parte del espacio de vida de los seres humanos. Además, esta ética dejaría fuera de la consideración moral las consecuencias de las acciones en cuestión, de un modo tan radical que resultaría inaceptable: «un punto de vista moral –escribe el filósofo americano– que no da fuerza al valor de los resultados conjuntos no puede ser correcto»[71].

Al igualitarismo, finalmente, Nagel le objeta que descuida demasiado la relevancia que el número, la cantidad, puede asumir bajo ciertas condiciones». Mi opinión –escribe– es que ninguna teoría plausible puede evitar completamente la relevancia de los números»[72].

---

[68] *Ibid.,* p. 116.
[69] *Ibidem.*
[70] *Ibid.,* p. 122.
[71] *Ibid.,* p. 121.
[72] *Ibid.,* p. 124.

Allí donde se plantea el problema de la eliminación de la desigualdad social Nagel ve sólo dos posibles regímenes económicos alternativos: o el régimen concurrencial de mercado o bien el centralizado de economía estatalizada; en otros términos o capitalismo o colectivismo burocrático. Nagel tomó partido por la economía de mercado, atemperada sin embargo por mecanismos de redistribución de la renta (de un lado por la vía de la imposición fiscal y por otro lado por la de los servicios sociales) que tienda a reequilibrar las diferencias creadas por el mercado. Por lo que concierne a la justicia social a nivel mundial, y la desigualdad entre los países ricos y los pobres, la única posibilidad dada por Nagel es la del gobierno mundial, el cual operaría como un enorme omnicomprensivo Welfare State.

Frente a un planteamiento semejante nos podemos cuestionar el siguiente interrogante: ¿Por qué un pensamiento reflexivo que se interroga sobre todo, incluso sobre sus propios fundamentos, debería detenerse en el umbral de las instituciones económicas? ¿Por qué deberíamos aceptar los modelos existentes como los únicos posibles? Nagel paga aquí, tal vez, el pecado mayor de la filosofía analítica, sobre la cual hace algunos años se ha dirigido el dedo acusador de Alasdair MacIntyre: la falta de perspectiva histórica acerca de los problemas tratados»[73]. El mercado no es efectivamente una institución «de razón» (en el sentido de su connaturalización con la racionalidad humana), tanto es así que es difícilmente encontrable antes de mil cuatrocientos. ¿Y entonces por qué no lo podemos someter también a la crítica de un «pensamiento débil» (cual es en sustancia el auspiciado por Nagel) privado de certeza, y en consecuencia lleno de dudas incluso respecto al *status quo?*

5. El significado de la vida

What Does It All Mean? concluye con una serie de consideraciones sobre la muerte y sobre el significado de la vida, temas ya afrontados tanto en *Mortal Questions* como en *The View from*

[73] Cfr. A. Macintyre: *After Virtue. A Study in Moral Theory,* II ed., Duckworth, London 1990, p. 23 ss. [Hay trad. cast. de A. Valcárcel, Tras de la virtud, Barcelona, Crítica 1987]. La reflexividad de la filosofía no implica necesariamente la ausencia o el rechazo de cada perspectiva histórica. Como escribe Castoradis, «la philosophie est una activité réflexice que se deplaie à la fois librement et sous contrainte de son propre passé. La philosophie n'est pas acumulative mais elle est profondément historique» (C. Castoriadis: *La "fin de la philosophie",* en ID., *Le monde morcelé,* cit., p. 232.

Nowhere. Temas semejantes, en efecto, no eran admitidos por el neopositivismo y por la filosofía analítica más rigurosa entre los objetos del análisis filosófico. No obstante la obra de Nagel, violando el precepto de Wittgenstein en el *Tractatus,* no permanece silenciosa sobre ellos.

Sobre el problema de la muerte es conocidísima la máxima epicúrea según la cual no tenemos razón de temer a la muerte, ya que apenas existe ella no existimos nosotros, y cuando nosotros existimos ella no está presente todavía. «Aut fuit, aut veniet, nihil est praesentis in illa» –escribe sobre la muerte La Boétie a Montaigne[74].

Nagel a este propósito subraya que el miedo a la muerte no es tanto el miedo a un dolor en particular, a un encuentro, a una visión, sino más bien reside todo en el miedo a la ausencia. Es justamente el hecho de *no existir más* lo que nos asusta. «La mayor parte de la gente –escribe– quiere que dure más aquello de que gozan en la vida, pero para algunos la perspectiva de la no existencia es en sí misma espantosa, en un modo que no es adecuadamente explicado por cuanto se ha dicho hasta aquí. El pensamiento de que el mundo irá adelante sin ti, es muy difícil de aceptar»[75]. El miedo a la muerte es algo más que el dolor por el fin de la vida.

Lucrecio justifica la opinión según la cual el miedo a la muerte sería irracional e inmotivado argumentado, nadie puede estar asustado por la conciencia de la eternidad en la cual no ha vivido antes de nacer. ¿Por qué entonces se debe estar asustado frente a la eternidad que se proyecta después de nuestra muerte? Nagel objeta que los dos períodos no son especulares ni intercambiables, y que sólo el segundo –la eternidad después de la muerte– resulta una «privación» respecto a algo que habríamos podido tener. Sólo la eternidad después de la muerte se nos presenta como una sustracción de bienes. «Es verdad –escribe Nagel que el tiempo que precede al nacimiento de un hombre, y el tiempo que sigue a su muerte, son tiempos en los cuales no existe. Pero el tiempo después de la muerte es un tiempo del cual su muerte le priva»[76].

---

[74] Vid. M. de Montaigne: *Essais,* livre l, chapitre 14 (ed. Flammarion, vol. 1. París 1969, p. 96).

[75] Th. Nagel: *What Does It All Mean?* Cit. por trad. it. (levemente modificada), p. 109. Cursiva en el texto.

[76] Th. Nagel: *Mortal Questions*. Cit. por trad. it. p. 15. Una reformulación del argumento de Lucrecio es aquella de Montaigne: «Comme nostre naissance nous apporta la naissance de toutes choses, aussi fera la mort de toutes choses, nostre mort. Parquoy c'est pareille folie de pleuer de ce que d'icy á cent ans nous

Pero ¿cuál es el significado de la vida? Esta es una de aquellas «cuestiones mortales» que al parecer de Nagel alimentan el trabajo del filósofo y entran de pleno derecho en el ámbito de la filosofía. Como se ve, no podría haber nada más distante al pensamiento del filósofo americano que la concepción que concibe la filosofía como metadiscurso o metaciencia. Nagel es cáustico hacia los filósofos «sick of the subject and glad to be rid of its problems»[77], y hacia «a persistent temptation to turn philosophy into something less difficult and more shallow than it is»[78].

El problema del significado de la vida y de aquello que en general los seres humanos hacemos o producimos se revela en el hecho de que por más esfuerzos que se puedan dedicar a una obra, y por más que sea bella, interesante, perfecta, está, no obstante, destinada un día a desaparecer, así como desaparecerán la tierra y el sol. *Sub specie aeternitatis* todo es vano, no sólo el estudio que yo estoy bosquejando, sino también el libro mismo de Nagel y la *Ética Nicomaquea* de Aristóteles. Ese es el destino no sólo del papel impreso o escrito. También las obras de albañilería y de acero son portadoras del virus de la caducidad, ordenadores, satélites, y rascacielos incluidos.

La conclusión de Nagel es entonces la siguiente. «Si existe algún significado en lo que hacemos debemos encontrarlo en nuestras vidas»[79]. Nuestras vidas tienen sentido sólo desde dentro, desde un punto de vista «interno» (que obviamente no tiene nada que ver con el teorizado por H.L.A. Hart[80]). «El problema es –continúa Nagel– que si bien existen justificaciones y explicaciones para la mayoría de las cosas, grandes y pequeñas, que hacemos *en* la vida, ninguna de estas explicaciones explica la esencia de tu vida como un todo– el todo del que todas estas actividades, éxitos y fracasos, forman parte. Si pensamos en el quehacer conjunto no parece existir en él ningún significado. Mirándolo desde el exterior no tendría importancia alguna si tú no hubieras existido jamás. Y después de que tú salgas de la

---

ne vivrons pas, que de pleuer de ce que nou ne vivions pas il y a cent ans». (Essais, livre I, chapitre XX (ed. Flammarion, vol 1, Paris 1969, p. 137)).

[77] Th. Nagel: *The View from Nowhere,* Oxford University Press, New York 1986, p. 11.

[78] *Ibid.,* p. 12.

[79] Th. Nagel: *What Does It All Mean?* Cit. por trad. it., p. 113.

[80] Vid. H.L.A. Hart: *The Concept of Law,* Clarendon, Oxford 1961, pp. 55-56, pp. 86-88. [Hay trad. cast. de R. Carrio Genaro, El concepto de derecho, Buenos Aires, Abeledo Perrot 1968. N. del T.].

existencia no importará que tú hayas existido»[81]. Podría decirse tal vez que para el que termina de vivir es como si no hubiera vivido nunca.

El sentido de la vida se ha hecho residir alguna vez en algo que «transciende» al singular individuo, o mejor en algo que es como un «todo» respecto a la «parte» representada por el individuo, en un movimiento político, en la vida futura de los propios hijos, en la vida eterna en contacto con Dios. No obstante tampoco estos «todos» se escapan de la pregunta respecto a su «sentido». ¿Cómo se justifican? ¿No será necesario también para ellos un «todo» más comprensivo todavía, del cual deducir su «sentido»?

La respuesta más fuerte a la cuestión sobre el sentido de la vida la ofrece la fe en la existencia de lo divino. Nagel sin embargo no está satisfecho. «La idea de Dios parece ser la idea de algo que puede explicar todo lo demás, sin deber ser explicada en sí misma. Pero es muy difícil comprender cómo podría ser una cosa de este género. Si planteamos la cuestión «¿Por qué el mundo es así? y se nos ofrece una respuesta religiosa, cómo se puede impedir preguntarnos entonces "¿Y por qué es verdad?". ¿Qué tipo de respuesta haría cesar todos nuestros "porqués una vez por todas"? ¿Y si se detienen allí por qué no podrían haberse detenido antes?»[82].

Así llegamos a la afirmación del absurdo de la condición humana, una conclusión que alcanza a la obra de Camus[83]. Si se acepta la idea de Dios –argumenta Nagel–, pero no se está en situación de explicar tal idea, la aceptación de ella es incomprensible y como tal absurda. Si en cambio no se acepta la hipótesis de la divinidad como clave del mundo, nuestra ínfima, frágil, limitadísima existencia se tiñe una vez más con los colores del absurdo.

La lección a extraer de todo ello –según Nagel– es la de no tomarse demasiado en serio, entender que contamos sobre todo «desde el interior». Muchos esfuerzos, que hoy emprendemos, muchas ambiciones que hoy nos mueven, aparecerán así como lo que son en realidad: vanidad y nada más[84]. «Si la vida no es real, la vida no es una garantía, y la muerte es su finalidad, tal vez es ridículo tomarnos tan seriamente. Por otra parte, si no podemos

---

[81] *Ibid.,* p. 114.

[82] *Ibid.,* p. 117.

[83] Cfr. J. Gordon: *Nagel or Camus on the Absurd,* en «Philosophy and Phenomenological Research», vol. 45, 1984, p. 15 ss.

[84] Esto por otra parte puede constituir un alivio. Como escribe Colin McGinn, «too much meanig in life can be a burden; insignificance can lighten the heart» (C. McGinn, recensión die Th. Nagel: *The View from Nowhere,* en «Mind», vol. 96, 1987, p. 272).

evitar tomarnos en serio, tal vez debamos resignarnos a ser ridículos. La vida puede ser no sólo insensata sino absurda»[85].

Hay en el planteamiento de Nagel frente al absurdo una notable diversidad de acento respecto al tono usado por Camus. Mientras que Camus sostiene que la única conducta que nos permite hacer frente al absurdo del mundo y al de nuestra condición es la rebelión contra estos y en consecuencia el titanismo, de modo que «il faut imaginer Sisyphe hereux», ya que «la lutte elle-même suffit à remplir un coeur d'homme»[86], el planteamiento de Nagel es bastante menos romántico y dramático. El titinismo para Nagel significaría tomarse nuevamente demasiado en serio, y de algún modo dramatizar la percepción del absurdo. Se reafirma así el no absurdo de algo en el mundo, es decir de lo absurdo por tanto, a fin de cuentas, se contradeciría su asunción. Si todo es irrelevante también el hecho que sea así lo es. Si todo es insensato, también nuestra lucha contra ello no tiene sentido. La conclusión es la ironía y no el esfuerzo titánico: «Si *sub specie aeternitatis* no existe razón para creer que cualquier cosa tenga importancia, entonces tampoco esto tiene importancia, y podemos acercarnos a nuestra vida absurda con ironía en vez de con heroísmo o desesperación»[87].

6. La función de la filosofía

El punto de llegada de Tom Nagel es –corno ya se ha hecho referencia– una especie de «pensamiento débil», una filosofía privada de certeza absoluta, que se detiene en la orilla del relativismo y del escepticismo, y no rechaza los instrumentos racionalistas y analíticos. Al «pensamiento débil» el estudioso americano llega a través de la vía de la filosofía analítica, no a lo largo de los caminos de la «crítica de la razón» batidos por los post-marxistas, post-nietzschianos y post-heideggerianos.

La filosofía analítica de Nagel es, por motivos diversos, *sui generis.* Ante todo no opera aquel *linguistic turn* que parece caracterizar la filosofía analítica en sentido estricto[88]. Nagel se

---

[85] Th. Nagel, *op. ult. cit.,* p. 119.

[86] A. Camus: *Le mythe de Sisyphe,* Gallimard, Paris 1978, p. 166. [Hay trad. cast. *El mito de Sísifo,* O,C. tomo II, México, Aguilar 1968 (3º].

[87] Th. Nagel: *Mortal Questions*. Cit. por trad. it., p. 29. Sobre la ironía como virtud filosófica, cfr. M. Merleau-Ponty, *Eloge de la philosophie,* Gallimard, Paris 1953.

[88] Cfr. lo escrito por M. Dummett, *Alle origini della filosofia analitica,* trad. it. de E. Picardi, Il Mulino, Bolonga 1990, p. 11: «Lo que distingue a la filosofía

mantiene adherido a una *Bewusstseinsphilosophie;* su punto de partida es el sujeto o la consciencia de éste, y no se pasa por esto a la *Sprachphilosophie*[89], esto es, a una filosofía que se mueve exclusivamente por el análisis de las expresiones lingüísticas y asume –como es explícito por ejemplo en Wittgenstein– nítidos contornos antisubjetivistas. La filosofía de Nagel es más bien una fenomenología de la experiencia subjetiva conducida con instrumentos analíticos, sin el uso de fórmulas técnicas, agarrada al sentido común. «El sentido común –escribe el estudioso americano– no tiene la última palabra en ética o en cualquier otro ámbito, pero tiene [...] la primera palabra; debería ser examinado antes de ser descartado»[90].

La no adhesión a la *Sprachphilosophie* explica por ejemplo el extremismo racionalita (o mejor dicho, «reflexivista») de Nagel, para el cual es siempre posible distanciarse de la propia «historia», del propio rol, de la propia comunidad lingüística, de los propios valores, atestiguarlos estos críticamente, a partir de un «ningún lugar» que es el lugar propio del filósofo. Nagel es por esto un crítico decidido de cada forma de historicismo. «Una cosa –escribe– es reconocer las limitaciones que inevitablemente derivan de ocupar una posición particular en la historia de una cultura; otra es convertirla en su inverso, abrazando un historicismo que dice que no hay verdad si no es interna a una particular perspectiva histórica»[91].

Como ya se ha tenido ocasión de señalar, Nagel se distancia también de la tradición neoempirista que asigna a la filosofía un terreno bastante limitado y la convierte en sólo un metalenguaje, metaciencia[92]. Los problemas filosóficos –para el estudioso

---

analítica (...) es el convencimiento en primer lugar de que una explicación filosófica del pensamiento puede conseguirse a través una explicación filosófica del lenguaje, y en segundo lugar, de que una explicación comprensiva puede conseguirse sólo de esta manera.

[89] «Para la diferencia entre *Bewussteseinsphilosophie* e *Sprachphilosophie,* cfr. J. Habermas: *Nachmetaphysisches Denken. Philosophische Anfsätze.* Suhrkamp, Frankfurt am Main 1988, p. 15.

[90] Th. Nagel: *The View from Nowhere.* Cit. por trad. it., p. 205.

[91] *Ibid.,* p. 12.

[92] A esta posición se podría añadir lo que Montaigne escribe a propósito de esos filósofos que, oponiéndose al triunfalismo de cuantos adscriben cada saber a la filosofía, acaban por negar a esta cualquier competencia cognoscitiva: «Ainsin est-il advenu en l'escole de la philosophie: la fierté de ceux qui attribuoyent à l'esprit humain la capacité de toutes choses causa en d'autres, par despit et emulation, cette opinion qu'il n'est capable d'aucune chose» (M. de Montaigne: *Essais,* livre 3, chapitre 11 [ed. L. vol. 3, Paris, Flammarion 1969, p. 247]).

americano– no derivan del mal uso del lenguaje. «Ciertas formas de perplejidad –escribe– por ejemplo la libertad, el conocimiento y el significado de la vida me parecen incorporar más perspicacia que cualquiera de las presuntas soluciones a estos problemas. La perplejidad no deriva del error en el funcionamiento del lenguaje y de la reflexión, y no hay esperanza alguna de una pureza kantiana o wittgensteiniana, alcanzable si evitamos pasos falsos que nos surgen en el empleo de la razón o del lenguaje»[93].

Para Nagel la filosofía es un lenguaje de primer grado, se interroga sobre el mundo y sobre la existencia según modalidades que son extrañas a la ciencia. La diferencia entre ciencia y filosofía pasa aquí no tanto a lo largo de sus respectivos objetos de investigación sino más bien del diverso método intelectual que la filosofía y la ciencia utilizan.

La «contrafacticidad» de la argumentación es útil en algunos pasajes del pensamiento científico, pero debe finalmente ceder el paso a argumentos fundados sobre la «facticidad», sobre la observación. En la ciencia, a fin de cuentas, *contra factum non valet argumentum.* En filosofía, al contrario, la «contrafacticidad» de la argumentación es constante y irrenunciable, también allí donde no se quiere aflojar el agarre del sentido común. Los problemas típicos de la filosofía son *questiones iuris* no *questionis facti.*

Mientras la ciencia es investigación que se mueve desde un lugar concreto y tiene una perspectiva precisa, la filosofía es –dice Nagel– «the view from nowhere», una mirada desde ningún lugar. Verdaderamente, esto es una pretensión absurda, ya que –como nos recuerdan entre otros MacIntyre y Rorty[94]– ningún ser humano puede hacerse extraño ajeno completamente del lugar en el cual se encuentra, de la «historia», de la tradición de la que parte. La filosofía pretende que el hombre se alce él mismo sobre la tierra, tirándose por la coleta a la manera del barón de Münchausen. Todavía –replica Nagel– la filosofía vive de esta absurda pretensión, y encuentra su fundamento en la capacidad (limitada cuanto se quiera) del hombre de asumir un punto de vista «objetivo».

---

[93] Th. Nagel, *op. ult. cit.,* p. 4.

[94] «So rationality itself –escribe Macintyre–, whether theoretical of practical, is a concept with a history: indeed, since there are a diversity of traditions of enquiry, with histories, there are, so it will turn out, rationalities rather the rationality, just as it will turn out that there are justices rather tan justice» (A. MacIntyre: *Whose Justice? Which Rationality?,* Duckworth, London 1988, p. 9).

Así, aunque «débil» (en cuanto relativista), la filosofía propuesta por el estudioso americano tiene «fuerte» el sentido del propio específico rol. Nagel está bien alejado de las tentaciones imperialistas de la filosofía idealista, para la cual el saber es esencialmente filosófico, y no existen ámbitos de conocimiento en los cuales no tenga la última palabra. Está sin embargo alejado de aquellas posiciones para las cuales la filosofía es una clase de pensamiento precientífico, que no tiene razón de ser una vez que la ciencia sea desarrollada adecuadamente. «La filosofía –escribe Nagel– está también contagiada por una tendencia más amplia de la vida intelectual contemporánea: el cientifismo. El cientifismo es en realidad una forma especial de idealismo, en cuanto asigna a un sólo tipo de comprensión humana la supervisión del universo y de cuanto puede ser dicho sobre ello. En su forma más miope, asume que todo lo que existe debe ser comprensible a través del empleo de las teorías científicas que hayamos desarrollado hasta ahora –la física y la biología evolucionista son los paradigmas corrientes– como si el tiempo presente no fuese simplemente más que otro en la serie»[95]. La conclusión es entonces que «se ha perdido demasiado tiempo a causa de la asunción según la cual métodos ya existentes resolverían problemas a los cuales no están destinados»[96].

Filosofía es –en la perspectiva de Nagel– un pensamiento radicalmente reflexivo, que sirve para atribuir un status de discusión y de contingencia a lo que de otro modo se nos presenta con los atributos de lo apodíctico y de la necesidad más implacable. «Darse una razón» de lo que se ve, se cree o se hace, esto es para Nagel la tarea nunca cumplida del filósofo, un esfuerzo de Sísifo. No hay sin embargo en esta imagen ningún pathos elitista. La filosofía para Tom Nagel no debe practicarse necesariamente en las Universidades, en las academias; también puede hacerse en la calle. Filosofía no es un *Glasperlenspiel* para iniciados, sino una actividad que puede ser de cada hombre.

Así Nagel no suscribe –creo– la concepción que Habermas ha formulado recientemente respecto a los fines de la filosofía moral. Esta –para el filósofo alemán– puede ofrecer sólo un procedimiento, una estructura formal, dentro de la cual corresponde a los sujetos particulares desarrollar teorías normativas sustanciales. Se trata paradójicamente de una reedición de la concepción según la cual la ética filosófica puede ser sólo metaética. «El filósofo moral –escribe Habermas– no dispone

[95] Th. Nagel. *op. ult. cit.,* p. 11.
[96] *Ibidem.*

de un acceso privilegiado a las verdades morales»[97]. Y de esta afirmación extrae la conclusión de que la filosofía moral debe detenerse frente a las cuestiones concretas»[98].

Nagel, que comparte las afirmaciones según las cuales el filósofo no dispone de un criterio seguro y privilegiado para la decisión de las controversias morales, deduce de esta convicción una conclusión opuesta a aquella de Habermas. El filósofo moral, que para Nagel (a diferencia de Habermas) no es sólo el «experto» o el académico, se interroga ante todo sobre «lo que es justo hacer». Es decir, Nagel entiende la filosofía moral como actividad reflexiva que se ejercita eminentemente respecto a cuestiones concretas, ya que el interrogante sobre «lo que es justo hacer» o «lo que debo hacer», sólo tiene sentido si se refiere a una situación o a una conducta concreta. La filosofía moral no es entonces necesariamente privilegio de pocos, del «clérigo», sino que puede ser práctica difusa, común a todos aquellos que se interrogan sobre la «justicia» y el «deber ser» de las conductas humanas»[99].

(Traducción de Cristina García Pascual,
revisada por el autor)

---

[97] J. Habermas: *Moralität und Sittlichkeit. Treffen Hegels Einwäande gegen Kant auch auf die Diskursethik zu?,* in «Revue internationale de philosophie» vol. 42, 1988, p. 339. Traducción del propio autor.

[98] Vid. por ejemplo J. Habermas: *Die nachholende Revolution,* Suhrkamp, Frankfurt am Main 1990, p. 144: «IOch halte es für die Aufgabe der Philosophie, die Bedingungen zu klären, unter denen sowohl moralische wie ethische Fragen von den Beteiligten selbst rational beantwortet werden konen».

[99] El carácter democrático de la filosofía es reivindicado con fuerza por Cornelius Castoriadis. Vid. C. Castoriadis: *Pouvoir, politique, autonomie,* ahora en ID., *Le monde morcelé,* cit., p. 127.

DOGMÁTICA JURÍDICA Y ANÁLISIS SOCIOLÓGICO: EL DERECHO HISTÓRICO DE LA DOCTRINA LEGAL

El problema general que pretendemos tratar aquí es el de cómo analizar históricamente la actividad judicial de los tribunales superiores consistentes en la fabricación de categorías dogmáticas y reglas de interpretación que son consideradas convencionalmente como derecho. Expresado de otra forma, se trata de reflexionar sobre el modo de abordar el tema de la formación, en un momento histórico determinado, de un saber jurídico dentro de una radicalidad. Sabiendo como sabemos que aquello que de forma más neta nos limita es el lenguaje, nuestra reflexión pasa por intentar poner en tela de juicio ciertos presupuestos del lenguaje natural de la historia de las ideas y las instituciones jurídicas.

Nuestro objetivo no es, pues, el de realizar una descripción histórica de la doctrina legal. La vamos a traer aquí a colación porque constituye un ejemplo bastante pertinente a la hora de ilustrar las cuestiones generales que deseamos discutir. Adviértase entonces que no se trata tanto de aplicar un determinado instrumental metodológico a la explicación de un caso histórico específico, como de servirse de éste para intentar reformular aquél. Para lo cual empezaremos lógicamente por describirla y explicar las razones en virtud de las cuales nos parece que resulta tan significativa.

Resumiremos en primer lugar su historia familiar, tal y como nos es transmitida a los juristas españoles. La *doctrina legal* constituye una acepción sin equivalentes en otros ordenamientos que se introduce por vez primera en un decreto de 1838 que venía a implantar el llamado recurso de nulidad, precedente procesal de la casación. Este estaba pensado sólo para aquellas sentencias de vista que fueran contrarias a la ley de una forma clara y terminante, pero para interponerlo se disponía que el recurrente tenía que citar la ley o *doctrina legal infringida*. Posteriormente, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 hizo ya suya esta misteriosa expresión al disponer, en el mismo plano de la ley, que

la infracción de la doctrina legal establecida por los tribunales constituía por sí sola motivo para admitir un recurso de casación. La doctrina legal surgió así a la vida jurídica española de un modo muy discreto –en una norma procesal y no material– pero con indudables poderes, pues su relevancia a efectos de la casación le venía a otorgar una sanción legal semejante a la de las leyes promulgadas en el parlamento. Pero lo más importante es que nació vacía de contenido, pues su ambigüedad semántica permitía en principio llenarla de todo tipo de contenidos, desde los propios del derecho natural a las doctrinas de los autores, pasando por la jurisprudencia de tribunales tanto superiores como inferiores. La continuación de esta historia corre ya a cargo del Tribunal Supremo, quien hizo de únicos juez y parte en el proceso de definición de la doctrina legal a lo largo de la segunda mitad del siglo XIX. De un modo progresivo, su jurisprudencia vino a establecer lo siguiente: a) en un primer momento, consideró que sólo era doctrina legal la derivada de la jurisprudencia de los tribunales; b) más tarde, que ya sólo podía entenderse como tal la dictada por su propia jurisprudencia; c) finalmente, decidió que la regla de derecho establecida en dos o más de sus sentencias bastaba para formar una doctrina legal.

¿Por qué nos parece relevante esta historia? Señalemos cuatro puntos de interés:

1. En primer lugar, porque esta historia es usualmente presentada como la historia de un caso especial *(Sonderfall).* El hecho de que se haya otorgado carácter vinculante a una determinada fracción de la jurisprudencia –sólo la establecida por el Tribunal Supremo– es considerado como un rasgo especialmente originado de la historia de la administración de justicia española. Esta condición nos da muy bien pie a nosotros para revisar las nociones de originalidad y recepción históricas empleadas por los juristas e historiadores del derecho.

2. El segundo lugar, porque la historia de la doctrina legal es una historia recursiva que muestra ejemplarmente las paradojas internas del sistema judicial. Está plagada de lo que Douglas Hofstadter ha denominado «Jerarquías enredadas» o «bucles extraños» *(tangled hierarchies)*[1]. El caso más representativo es el siguiente: la discusión sobre el contenido de la doctrina legal nunca pudo ser resuelto acudiendo a un plano superior y exterior a la administración de justicia, pues el sistema de fuentes

[1] *Cf. Douglas R. Hofstadter: Gödel, Escher, Bach. An Eternal Goldel Brain,* Hassocks 1979.

establecido en el Código Civil no se refirió a la doctrina legal ni incluso consideró a la jurisprudencia como fuente de derecho. De aquí que fuera el Tribunal Supremo quien resolviera la cuestión elevando a la categoría de doctrina legal su interpretación de que la doctrina legal se forma a partir de sus propias interpretaciones legales. Estas paradojas internas de la doctrina legal señalan muy bien la necesidad de llevar a cabo una observación externa *(Fremdbeobachtung)* que permite analizarla sin quedar enredados por aquéllas.

3. En tercer lugar, porque la historia de la doctrina legal no es únicamente la historia de la imposición de un poder de decisión por parte del Tribunal Supremo. La doctrina legal no es sólo un conjunto de decisiones judiciales de un alto tribunal, sino que por encima de todo hay que entenderla como un tipo de producción de dogmática jurídica que adquiere indirectamente carácter vinculante a través de la casación[2]. Ello nos permite plantear la viabilidad de una sociología histórica de la dogmática jurídica.

4. En cuarto lugar, porque la historia de la doctrina legal es la historia de su continua reformulación. En el sentido siguiente: en tanto que discurso verídico –es decir, encargado de asegurar el valor y la eficacia de los enunciados jurídicos–, está sometido siempre a un trabajo de autoelaboración, dictado por la necesidad de redistribuir, en cada momento y del modo más conveniente, lo jurídicamente verdadero y lo jurídicamente falso. Como ejemplo de este modo de proceder baste pensar en la sucesiva conceptualización que ha ido llevando a cabo el Tribunal Supremo a partir de su inicial prescripción de que la verdadera doctrina legal no es estrictamente doctrina legal sino más bien doctrina jurisprudencial. Esta característica es importante porque debe abrir el campo del análisis no tanto hacia una hipotética historia descriptiva de la formalización de una ciencia jurídica en España como a una historia que explique la constitución de un objeto del saber a partir de la concurrencia de procesos externos en la configuración de esta particular estructura epistemológica[3].

---

[2] Cf. Georges Canguilhem: *Idéologie et rationalité dans l'histoire des sciences de la vie,* Paris 1981.

[3] Cf. Jacques Bernard Herzog: *Le droit jurisprudentiel et le Tribunal Suprême en Espagne. Essai sur les conditions de création du Droit par le Jurisdiction de Cassation,* Toulouse 1942; Miguel Coca Payeras: *La doctrina legal,* Barcelona 1980; Luis Domínguez Rodrigo: *Significado normativo de la jurisprudencia: ¿ciencia del derecho o decisión judicial?* Madrid 1984; Vincenzo Franceschelli: *La giurisprudenza como fronte del diritto e la "doctrina legal" del Tribunal Supremo spagnolo,* en: *La giurisprudenza forense e dottrinale como fonte di diritto,* Milano 1985, pp. 245-267.

La sistematización de estos puntos de interés nos proporciona el orden que vamos a seguir en la exposición. Se compone éste de dos partes bien diferenciadas:

I. En la primera de ellas, intentamos criticar una visión de la justicia basada en la noción de que la historia constituye un espacio común en el que las experiencias jurídicas de los diferentes países pueden ser comparadas e intercambiadas. Se trata entonces de desmontar unos presupuestos metodológicos que suelen funcionar a nivel del *sentido común* del historiador, para lo cual resulta imprescindible situar nuestra crítica en un plano más abstracto.

II. En la segunda parte, intentaremos elaborar, a partir de otros presupuestos metodológicos, una vía posible de análisis para el estudio de la producción dogmática dentro del campo judicial. Contrastaremos algunos de los modelos teóricos dominantes e intentaremos establecer, a modo de conclusión, ciertas directivas de trabajo.

I. CRÍTICA: ORIGINALIDAD Y RECEPCIÓN

Se ha escrito que plantear el tema de la recepción o la originalidad de modelos jurídicos constituye una típica cuestión académica que revela hasta qué punto la relación entre los juristas y su propio discurso puede llegar a ser imaginaria. Sobre todo, si a la imaginación se adscriben ciertos presupuestos metodológicos que parten de la consideración de que el derecho constituye en principio un fenómeno universalizable, y que puede ser con cierta facilidad transferido al margen de específicos factores históricos de carácter socio-político[4]. Quizá este juicio crítico sea acertado en sus principios, pero tal y como se formula, albergamos dudas sobre si resulta también suficiente. Pues para que la crítica sea eficaz y verdaderamente relevante desde el punto de vista del análisis histórico, no basta únicamente con que venga acompañada de criterios. Especialmente cuando, como en este caso, la crítica consiste primordialmente en degradar a un orden más bajo del saber –la imaginación, es decir, la *doxa*– un modo tradicional de ver las cosas que trata ante todo de mantener a los juristas en la consoladora certidumbre de que sus palabras proceden

[4] Jacques Lenoble/ François Ost: *Prolegomènes à une lecture épistemologique des modèles juridiques,* en: *Domination ou partege? Développement endogène et transfert des connaissances,* Paris 1980, pp. 80-91.

exclusivamente de ellos mismos. Sea porque las arriman a un lugar de emisión universal, sea porque las recobran al conjuro de la tradición jurídica propia.

Procediendo así, estamos sin duda criticando una forma particular de idealismo. Lo cual resulta pertinente desde el punto de vista metodológico, pero sin que por ello deje de ser lo que en realidad es: una acción de policía epistemológica, que se limita a perseguir y disolver el mito allí donde se presencia como ciencia. Se trata en resumidas cuentas de una lógica de brigada volante, que toma al asalto la ideología conservadora de los juristas en el momento en que perturba, lo que no por casualidad suele coincidir con la elaboración de síntesis históricas.

Una crítica de este tipo de historiografía ha de ser mucho más exigente. No puede conformarse con discriminar aquello que es idealista de aquello que no lo es, pues entonces se corre el peligro de soslayar la interrelación existente entre el aparato dogmático de un discurso jurídico y el suministro de ideología que le acompaña. En este sentido, casi todo el mundo estaría de acuerdo en afirmar que un texto científico –de historia, de filosofía, de derecho– no sólo incorpora dosis de ciencia. Pero no por ello ha de estimarse obligatoriamente al remanente como ideología, pues entonces la crítica resulta demasiado fácil: el texto criticado acaba siendo visto como una máscara o como una mixtura. Por el contrario, podemos pensar que las significaciones míticas que un texto puede incorporar no se deslizan subrepticiamente, entrelíneas, alterando la veracidad del resultado, sino que forman un conjunto coherente con el aparato científico[5]. El texto adquiriría así una eficacia específicamente simbólica, que por supuesto sería independiente del valor de verdad de sus enunciados.

Este segundo modo de criticar tiene mayor interés para nosotros, pues permite comprender mejor los mecanismos de corte mitológico que se ponen en marcha cuando el historiador del derecho acude al habitual expediente de evaluar la diversidad de objetos que constituyen el ámbito de su especialidad a través de un ejercicio de comparación. En este sentido, no hay duda de que la confrontación de culturas, sistemas, ordenamientos, categorías e incluso profesiones jurídicas de distintos espacios históricos resulta proclive a la producción de este tipo de efectos simbólicos. Como ya se ha dicho antes, éstos se manifiestan desde el mismo momento en que se codifica el análisis a partir de la disyuntiva entre singularidad o universalidad, originalidad e

[5] Pierre Bourdieu: "Le nord et le Midi: contribution à une analyse de l'effet Montesquieu", *Actes de la recherche en sciences sociales 35* (1980) pp. 21-25.

imitación. Este sería el caso, por ejemplo, de una investigación usual sobre la fortuna en los diferentes países de las concepciones más relevantes sobre la administración de justicia o sobre la importación o exportación de modelos judiciales. A nuestro juicio, este modo habitual de proceder puede ser criticado, tanto por sus presupuestos como por sus efectos. Examinemos ambos aspectos separadamente:

1. Entre otros, esta forma bastante conocida de evaluar históricamente los modelos judiciales parecer partir de dos presupuestos bien conocidos: A) Considera lingüísticamente al derecho como a un sujeto. Es decir, admite de antemano como válida la proposición de que «el derecho es algo». B) Contempla como factible la posibilidad de que un modelo judicial pueda ser analizado en tanto que instancia susceptible de ser o no ser transferida en razón de sus propiedades comunicativas.

A) Mediante el primero de estos presupuestos, sabemos que el historiador ha podido siempre, a la hora de interpretar, beneficiarse de todas las comodidades de la ontología: pues resulta ciertamente tranquilizador empezar a pensar desde la convicción de que el derecho en primer lugar es, y que sólo después le empiezan a pasar cosas. Piénsese solamente en la ventaja que supone a este respecto –tanto para el historiador de las instituciones como para el de las ideas jurídicas– acudir al terreno histórico sabiendo que el objeto a investigar se encuentra delimitado de antemano. Entre otras cosas, ambos pueden ponerse de inmediato a describirlo sin tener al mismo tiempo que teorizarlo, sin tener ni siquiera que plantearse las implicaciones históricas que conlleva la calificación de una decisión judicial o de un determinado tipo de enunciados sobre la justicia como *derecho*[6]. Este historiador puede así prescindir por completo de la epistemología, pues entre aquello que se analiza y aquello que lo analiza existe siempre una solución de continuidad. Pero, sobre todo, y respecto al caso concreto que estamos criticando, este presupuesto autoriza a tratar el tema de la configuración histórica de la justicia en un país determinado mediante el empleo de operadores de síntesis tales como la *tradición* o la *influencia*. La elección entre una u otra de estas nociones desembocará

[6] Cf. François Ewald, *Habermas-Rawls, quelle philosophie pour le droit?,* en *Langage, droit et democratie dans la philosophie contemporaine* (Actes du colloque des 26 et 27 novembre 1987, Université Catholique de Louvain), Louvain 1988, pp. 84-92.

naturalmente en interpretaciones históricas de signo opuesto, pero en el fondo ambas vienen a cumplir una misma función: permiten reducir la brecha que en principio supone la aparición de un nuevo enunciado jurídico mediante su retrotracción a un origen o su vinculación a un universo de fenómenos semejantes[7]. Esto lo que realidad implica es que se puede siempre partir de la base de que, en el fondo, la formulación de una nueva concepción sobre la justicia o una nueva organización del aparato judicial responde siempre a un principio de libre elección[8]. O bien se acepta la tradición, o bien se admite la influencia de fuera. Y la consecuencia es que si se postula desde el principio de la explicación que en la base de la historia de una institución o un concepto lo hay es la libre aceptación o el libre rechazo de un modelo judicial, ya no es absolutamente necesario tener que plantearse la existencia de otras condiciones históricas de posibilidad de los enunciados jurídicos. Precisamente entonces, porque se parte de que el derecho es, la difícil interrogación histórica sobre los orígenes *(Enistehung)* puede ser en última instancia reconducida a la cuestión formal de las fuentes del derecho. Lo que explica, por ejemplo, el hecho de que la ciencia jurídica española puede admitir tanto la opinión de que la jurisprudencia en España nunca ha sido fuente del derecho como la absolutamente contraria[9], sin que en ninguno de los dos casos sea necesario siquiera un riguroso análisis histórico que venga a legitimar tales afirmaciones.

B) El segundo de los presupuestos consiste, como ya se ha indicado, en considerar que las formas jurídicas resultan en primera instancia comunicables. Lo que sobre todo significa que pueden ser susceptibles de intercambio entre contextos diferentes. Es importante decir aquí que de esta premisa no sólo participarían aquellos estudios históricos que parten de la consideración de que existen grandes modelos judiciales, cuya exportación se produce en buena parte por su misma grandeza dogmática, o sea, por su

---

[7] Michel Foucault: *L'archéologie du savoir,* Paris 1969, pp. 25 ss.

[8] Cf. Jean Bollack, *Pour une histoire sociale de la critique,* en: Mayotte Bollack/Heinz Wismann (ed.): *Philologie und Hermeneutik im 19. Jahrhundert,* Göttingen 1983, II, pp. 17-24.

[9] Cf. Federico de Castro: *Compendio de derecho civil. Introducción y derecho de la persona,* Madrid 1970, pp. 112-116; Luis Díez-Picazo, «Reflexiones sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo (la jurisprudencia en broma y en serio)», *Revista de Derecho Privado* XLVIII (1964) 925-937; Herzog: *Le droit jurisprudentiel et le Tribunal Suprême en Espagne* (n. 3), pp. 9 ss.; Carlos de la Vega Benayas: *Introducción al derecho judicial (Contribución y homenaje al Centenario de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870),* Madrid 1970, pp. 117-153.

autenticidad y preeminencia en el tiempo. No estamos pensando pues únicamente en ejemplos como la obra de Calamandrei sobre la casación, en la cual la legislación de los países europeos se expone casi como si de un sistema solar se tratara, con órbitas primarias y secundarias en torno a la forma originaria francesa[10]. También los estudios que por ejemplo vienen a afirmar que la doctrina legal constituye una creación original española –alegando en última instancia que es española porque española es– participarían de este mismo presupuesto. Esto nos parece así porque en ambos casos se realiza un ejercicio de comparación que no puede entenderse sino desde la asunción previa de que las categorías y estructuras judiciales pueden llegar a ser modélicas, y por tanto, transferibles. Otra cosa es que en un segundo momento se dictamine el éxito o el fracaso de tal transferencia. Esta operación hace variar sin duda la orientación y los resultados del análisis del investigador. Pero el punto de partida adoptado les hace en cualquier caso coincidir en su modo de interpretar la realidad histórica, pues lo que en última instancia se está postulando es que existe un lugar común dotado de la uniformidad y linealidad suficientes, como para que el intercambio de enunciados jurídicos pueda ser llevado a cabo. Para ello no hay que olvidar que juristas-historiadores y juristas-sociólogos no dejan de ofrecer continuamente soportes en donde apoyar su universalidad y comunicabilidad, ya sean éstos la mentalidad de los juristas, la actividad de los Estados, un sistema común de valores o las pulsiones normativas de una sociedad[11].

Esta forma de pensar conduce también a la formulación de lo que podríamos denominar un principio de versatilidad de las formas jurídicas, el cual se utiliza a la hora de adoptar una unidad, mínima pero imprescindible, a los fenómenos históricos adscribibles al ámbito de la llamada cultura jurídica. Estos son especialmente difusos y dispares de por sí, pero desde esta perspectiva el historiador puede proceder a su comparación –estamos pensando en los distintos estilos *(Denkstil),* costumbres forenses, usos judiciales, técnicas profesionales de los juristas– dado que este principio de versatilidad le proporciona desde el punto de vista hermenéutico un cierre de seguridad adaptado y flexible: todas estas formas de comunicación jurídica[12] serían

---

[10] Piero Calamandrei: *La cassazione civile.* I. Storia e legislazione, Milano 1920, pp, 654-691.

[11] Vide Manfred Rehbinder, «Die Rezeption fremden Rechts in soziologischer Sicht», *Rechtstheorie* 14 (1983), pp. 305-315.

[12] Vide Erk V. Heyen, «Kulturanthropologische Probleme internationaler

versátiles, es decir, distintas pero al fin y al cabo semejantes. La versión refinada de este modo de ver las cosas suele terminar entonces en el eclecticismo. En este sentido, no supone casualidad alguna que los juristas que empezaron a implantar en la España de mediados del siglo pasado un nuevo orden procesal –los cuales, en un ambiente fuertemente politizado, estaban sin duda dotados de un inteligente sentido del *just milieu*- festejaran el advenimiento de la casación como «el ensayo feliz de un método verdaderamente ecléctico», al que se quería ver tan distanciado del sistema francés como de la tradición española[13].

2. Al margen de estas consideraciones generales, lo más normal es que la comparación entre modelos judiciales provoque un doble efecto:

A) Por un lado, el ejercicio de comparación puede fácilmente concluir diagnosticando la existencia de una carencia normativa *(Normenhunger)* que ha de ser suplida mediante la importación de un modelo procedente de otro ámbito cultural. Esta interpretación suele ser inseparable de un juicio de valor que destaca la superioridad de las normas o ideas jurídicas que se transmiten sobre el contexto que las recibe o rechaza, de tal modo que el análisis puede terminar en una evaluación del grado de pureza de la importación. En este envite suelen ser más fuertes las bazas a favor del material jurídico que se transmite, lo que se traduce en la explicación del posible fracaso, alteración o desmayo en la transferencia por la pobreza cultural del lugar de destino. Un caso típico de lo que estamos diciendo lo constituyen las interpretaciones que suelen realizar los procesalistas españoles cuando evalúan los precedentes normativos de su objeto de estudio. Así, por ejemplo, el sistema español de casación no dejaría de ser una derivación patológica del francés, y la doctrina legal uno de sus agentes morbosos[14].

Esta primera alternativa se enmarca, como vemos, dentro del marco tradicional de las teorías sobre la recepción de los ordenamientos jurídicos. Estas ya han sido lo suficientemente

---

Rechtsbezinehungen», *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie* 11 (1985) pp. 190-198.

[13] José de Castro Orozco (Marqués de Gerona), «Examen del recurso de casación en España», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* XIII (1858) pp. 345-391.

[14] Cf. Víctor Fairén Guillén: La *recepción en España del recurso de casación francés (1812-1813); La doctrina legal y control de los hechos en la casación civil y laboral española,* en: Fairén: *Temas de ordenamiento procesal,* Madrid 1969, I, pp. 195-236 y II, pp. 1023-1140.

criticadas, tanto desde el punto de vista lingüístico como sociológico, por lo que no vamos a insistir más sobre este punto[15]. Puede ser sin embargo de más interés recordar que casi todas suelen desplazar la atención desde la instancia transmitida al contexto de la recepción, de tal modo que la pregunta por la fortuna de la recepción de una teoría sobre la justicia se reconvertiría en una pregunta sociológica sobre la constitución social y las estrategias de asimilación propias del contexto[16]. De este modo, se termina finalmente por negar que en la base de la recepción exista un diálogo o un intercambio, con lo cual lo que en principio era visto como la reproducción de un modelo jurídico importado se entiende ahora como la producción original que reforma una forma jurídica ajena.

B) Junto al recurso al esquema de la recepción, cabe adoptar también la solución contraria: determinar por encima de todo la originalidad histórica de determinados enunciados jurídicos. Ahora bien, esta originalidad no hay que entenderla en el sentido de una irrupción espontánea de la palabra en la superficie histórica de los discursos, sino, más bien al contrario, en tanto que adscripción a un origen que cuanto más remoto es más auténtico parece. Aquí lo que ahora anda en juego es un valor especialmente cotizado en el mercado de bienes simbólicos: la idelidad. De tal modo que el tema de la gestación de una concepción global sobre la justicia o de una categoría dogmática no sólo es tratado por el historiador mediante el suministro a éstas de propiedades objetivas, sino que además se hace concurrir otros criterios más primarios, más esenciales, que son los que permiten establecer que determinada institución o determinada idea se conviertan en representación de una realidad que nos identifica[17]. Con otras palabras, lo que se produce aquí es la sublimación de un fenómeno histórico mediante su transformación en un caso singular, en un *Sonderfall.* Nos explicaremos con mayor claridad si ponemos precisamente como ejemplo a la doctrina legal. Sobre todo por obra y gracia del conocido estudio

---

[15] Gunter Grimm: *Rezeptionsgeschichte. Grundlegund einer Theorie,* München 1977; Manfred G. Scholz, *Hören und Lesen. Studien zur primären Rezeption der Literatur im 12. und 13. Jahrhundert,* Wiesbaden 1980; E.E. Hirsch, *Rezeption als sozialer Prozeß,* Berlín 1981.

[16] Michel Espagne/Michael Werner: "La construction d'une réference culturelle allemande en France, Genése et histoire (1750-1914)", *Annales E.S.C.* 4 (1987) pp; 969-992.

[17] Bourdieu: "L'identité et la représentation. Eléments pour une réflexion critique sur l'idée de région". *Actes de la recherche en sciences sociales* 35 (1980) pp. 63-72.

de Jacques Bernard Herzog sobre el derecho de los jueces y el Tribunal Supremo en España, la doctrina legal es presentada como «uno de los conceptos más originales del derecho ibérico» y también como una muestra de la sabiduría jurídica de un pueblo, el español, que «ha permanecido fiel a su genio nacional en medio de una Europa imbuida de racionalismo»[18]; Mediante el desarrollo de este dispositivo de interpretación y control de la aplicación de la norma, el Tribunal Supremo no habría hecho entonces sino seguir los dictados de la realidad y la necesidad sociales.

Las consecuencias de esta forma de argumentar son bien conocidas: se termina recurriendo a la historia para legitimar la actuación histórica del Tribunal Supremo, lo que de paso también significa que su eficacia se encuentra garantizada en virtud de este mismo razonamiento tautológico. No puede resultar de otra manera cuando la doctrina legal no es considerada como un objeto limitado por su propia contingencia histórica sino más bien como un objeto que se ofrece a la representación. Es rescatada de un espacio histórico disperso y elevada a la categoría de criterio identificador que permite agrupar esa misma dispersión. La doctrina legal, como dice Herzog, evita el conflicto y asegura la armonía entre el derecho y la sociedad, convirtiéndose el Tribunal Supremo en el valedor de esta ecuación sociológica. Esta es una lógica de registro civil, en la que la doctrina legal no constituye sino una forma eufemizada de designar a la tradición. Es decir, que se presenta como una técnica judicial que primordialmente sirve para unificar la diversidad de los hechos sociales, otorgándoles una identidad común. Como muy bien señaló en su día Michel de Certeau, procediendo así se corre el peligro de confundir la historia con la etnología, pues se tiende al establecimiento de cuadros explicativos que guardan una coherencia de tipo antropológico[19]. En cualquier caso, lo que sí parece claro es que la explicación histórica de la formación de un determinado saber jurídico queda en realidad reducida a un trabajo hermenéutico de distinción entre diversas formas jurídicas. En lugar de una epistemología de la confirmación. Los procesos históricos de aparición, eliminación y selección de enunciados, teorías y objetos jurídicos siguen reconduciéndose a un paradigma teórico que entroniza la unidad del discurso jurídico.

---

[18] Herzog: *Le droit jurisprudentiel et le Tribunal Suprême en Espagne* (n. 3), pp. 10 ss., 106 ss., 206-231.

[19] Michel de Certeau, "Economies ethniques: pour ne école de la diversité", *Annales E.S.C.* 4 (1986), 789-915.

II. RECONSTRUCCIÓN: LAS FUNCIONES Y LOS ACTORES

Una vez realizada esta crítica, tenemos que empezar a plantearnos una forma distinta de análisis de la doctrina legal. Para ello nos mantendremos en este mismo plano metodológico, aunque ahora desde un punto de vista constructivo. Procederemos de la siguiente manera: En primer lugar, empezaremos por plantear con cierta radicalidad los presupuestos metodológicos de los que debería arrancar el análisis. Se trata ante todo, pues, de una cuestión de principios que permita despejar el área de salida de la investigación. En segundo lugar, acudiremos a los modelos teóricos que actualmente se ofrecen al historiador para intentar extraer una serie de pautas generales de investigación que se adapten bien a las características de un material histórico tan peculiar como la doctrina legal. Finalmente, intentaremos señalar unas vías concretas por las que pueda encauzarse la investigación sobre este tema.

1. En el terreno de los presupuestos metodológicos, se plantea siempre un problema previo. Se trata sencillamente de que cuando se habla en primera persona resulta muy difícil referirse explícitamente a ellos, permaneciendo por regla general inexplicados. Esto es así porque en el ámbito de un saber social aplicado, como pueda ser la historia del derecho, parece como si los fundamentos que en última instancia orientan una investigación se encontraran demasiado cerca de las creencias, de las opiniones personales o simplemente del sentido común, con el riesgo consiguiente de que puedan venir a contaminar unos resultados que se presentan como científicos. Sin embargo, después de la crítica que hemos intentado realizar, parece obligado adoptar una actitud opuesta. Para practicar la actividad crítica, hablar continuamente desde la duda radical o ejercitarse desde el principio en la desconfianza, sin hacer nunca explícito el lugar desde el cual se habla, constituye en el fondo una postura estética que responde al perjuicio más típico del intelectual: el de creerse precisamente carente de prejuicios[20]. Por esta razón, vamos a aprovechar los principios criticados hace un momento para plantear los nuevos en sentido contrario:

A) En lugar de otorgar al derecho la condición de sujeto,

[20] Bourdieu: *La distinction. Critique sociale du jugement,* Paris 1979, pp. 564 ss.

pensaremos más bien de él que constituye un predicado. En lugar de considerarlo como una categoría de pensamiento dotada de esencia histórica, habría que empezar entendiéndolo sencillamente como un hombre[21]. Esta apuesta inicial por el nominalismo es sin duda bastante banal. Pero su mención viene siempre bien a la hora de recordar cuál es la buena pregunta inicial: no se trata tanto de averiguar históricamente si el derecho ha sido esto o más bien aquello otro como de comprender las razones en virtud de las cuales una decisión, una teoría o una norma son considerados en un momento histórico determinado jurídicamente relevantes.

A los efectos concretos de nuestro estudio, este punto de partida supone desde el primer momento lo siguiente: impide al análisis histórico-jurídico considerar a la administración de justicia en España como un conjunto homogéneo. Lo que en concreto significa que el historiador debe evitar en la medida de lo posible lanzarse a la interpretación de los hechos históricos utilizando referentes globales tales como «el poder judicial», «el sistema judicial», «la penalidad», «el juez». Sobre la justicia considerada como objeto de análisis histórico ha de recaer también la navaja de Ockham, la cual, como sabemos, nos obligaría a no postular de aquélla más entes de los estrictamente necesarios. Pues lo que la historia en principio presenta es más bien un conjunto heterogéneo de normas legales, instituciones, decisiones judiciales, reglas de interpretación, categorías doctrinales y grupos de actores que detentan una determinada competencia y que se encuentran en posesión de un determinado saber técnico. Desde el punto de vista estricto de la formación del concepto de doctrina legal, esta precaución metodológica puede traducirse en la consideración de que ante todo «la administración de justicia» constituye respecto de ella lo que Michel Foucault ha denominado una *instancia de delimitación*[22]. Adoptamos este término en el sentido siguiente: únicamente para determinar que la doctrina legal ha sido socialmente instaurada (a) en el marco de unas normas de procedimiento; (b) en función de un proceso general de toma de decisiones; © a partir de un corpus de conocimientos de orden jurisdiccional. Pero, como resulta fácilmente comprensible, esta enumeración no agota ni mucho menos la explicación histórica. No explica verdaderamente las condiciones de posibilidad de la formación y desarrollo en España de la doctrina legal. Se

---

[21] Ewald: *Droit et histoire,* en: *Droit, nature, histoire* (IVème Colloque de l'Association Française de Philosophie du Droit «Michel Villey, philosophe du Droit), Aix-en-Provence 1985, pp. 129-137.

[22] Foucault: *L'archéologie du savoir* (n. 7), pp. 68 ss.

reduce a proporcionar, sencillamente, un marco de delimitación mínimo.

B) El segundo presupuesto que anteriormente hemos criticado consistía en pensar que el derecho es un fenómeno histórico intercambiable, y, de aquí, también susceptible de universalización. Para ello intentábamos señalar cómo este tipo de razonamiento de base tenía que postular la existencia ideal de un lugar común que asegurarse la libre transferencia de modelos jurídicos. Nuestra segunda propuesta tiene que consistir ahora, por fuerza, en negar esta existencia. El lenguaje jurídico nos es sin duda muy entrañable, pero no por ello tiene que ser necesariamente antropologizado. Por ello, pensaremos mejor que detrás de la formación de enunciados jurídicos no existe en principio instancia alguna que permita una explicación unitaria e inmediata de su origen. Más bien lo que la historia nos ofrece es una superficie en la que aquéllos aparecen aislados y dispersos. Mediante esta cautela evitamos que la historia del lenguaje jurídico se pueda convertir en una forma de antropología o psicología del acto creador. Luhmann ha escrito que *«es ist nur eine geringe Übertreibung, wenn man sagt, daß wir heute nicht mehr durch Personen regiert werden, sondern durch Codes»*[23]. Esta frase no es que sea un poco exagerada; es muy exagerada, si se quiere, pero nos aproxima estupendamente a lo que queremos decir. Que no es otra cosa sino esto: la formación de la doctrina legal no puede ser vista como el producto directo del consenso o el conflicto –ya sea entre juristas o también contando con otros agentes sociales– que estarían inmediatamente detrás de la formación y desarrollo de la doctrina legal. Al decir esto no estamos naturalmente apostando ya por un análisis lexicológico interno de la doctrina legal, pues es sabido que este tipo de análisis suele dejar escapar algo tan esencial como son los agentes que concurren en el proceso de producción e interpretación del corpus de decisiones del Tribunal Supremo que la constituyen[24]. Pero sí que estamos adoptando precauciones respecto de la tentación de llevar a cabo una especie de historia social de la doctrina legal. Esta preocupación tiene su importancia, pues hay que darse cuenta de que la discusión de base dentro de la historiografía española sobre el siglo XIX se encuentra en buena parte monopolizada por el

[23] Nicklas Luhmann, "Wuderstandrecht und politische Gewalt", *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 1 (1984) 36-45.

[24] Cf. Patrick Champagne, "Le cercle politique. Usages sociaux des sondages et nouvel espace politique", *Actes de la recherche en sciences sociales* 71-72 (1988), 71-97.

dilema de saber si hemos o no hemos tenido una «revolución burguesa»[25]. A nuestro juicio, resulta inconveniente entrar directamente en este debate. Pues nadie puede negar que entre la conformación de una sociedad burguesa en España y lo que podríamos denominar instancias y categorías judiciales del siglo XIX existe una relación primaria, pero ésta me parece que no se expresa directa y forzosamente en las reglas de formación de la doctrina legal. Esta, a nuestro modo de ver, tiene una estructura epistemológica demasiado específico como para que se pueda inscribir sin más ni más en su formación a las determinaciones sociales. La densidad dogmática de esta producción jurisprudencial es lo suficientemente relevante como para que el historiador del derecho pueda mantenerse, sin caer en el fetichismo, dentro de sus propios límites.

2. Si nos fijamos bien, lo único que hemos pretendido hasta ahora ha sido depurar el objeto de la investigación. Esta actitud crítica nos parecía necesaria para intentar evitar caer en la tentación de servirse de ciertas certidumbres que no dejan de ser presuposiciones inscritas en el lenguaje de los juristas o en la rutina del análisis histórico-jurídico. Se trataba pues de combatir lo que podríamos denominar un tipo de filosofía espontánea dentro de la historia del derecho.

El coste inicial que pagamos procediendo así es sin duda alto: nos encontramos en el punto de partida con un objeto de estudio históricamente heterogéneo. Para desconsolarnos del todo, adviértase en este sentido que el análisis de la doctrina legal no puede limitarse por otro lado a una mera yuxtaposición de diversos elementos relevantes, tales como la composición material y el funcionamiento institucional del Tribunal Supremo, la producción de decisiones (en el sentido de un *Entscheidungsprogramm*) derivada del sistema de la casación o la elaboración de un específico corpus doctrinal (en el sentido de fabricación de *Begriffichkeit*) por parte de ese alto tribunal. Por otra parte, como para el historiador todos estos elementos han de merecer en un principio la misma consideración, tampoco sería una solución recurrir al expediente de agruparlos según un proceso lógico de

---

[25] Cf. Bartolomé Clavero: «Para un concepto de revolución burguesa», *Sistema 13 (1976) 35-54; Clavero: Política de un problema: la revolución burguesa,* en: *Estudios sobre la revolución burguesa en España,* Madrid 1979, p. 1-48; Josep Fontana, «Sobre revoluciones burguesas y autos de fe», *Mientras tanto* 1 (1979) 25-32.

deducción que fuera, por ejemplo, del análisis de la normativa legal hasta las decisiones judiciales, y de éstas hasta el estudio de las personas concretas que las hubieran adoptado[26].

La reconstrucción del objeto de análisis ha de hacerse, por tanto, de otro modo. Teniendo en cuenta el carácter esencialmente dogmático-jurídico de la doctrina legal, habría que reconstruir lo que podríamos denominar su *campo preconceptual. Su* estructura estaría formada por el conjunto de relaciones que pueden establecerse entre todos estos factores dispersos. Dada además la multiplicidad de éstos, y el hecho de que las relaciones han de tenderse de un modo horizontal y no jerárquico, del análisis de este campo nunca podrían extraerse unas reglas estrictas que explicaran de una vez por todas el por qué histórico de la doctrina legal. En lugar de establecer reglas, el campo preconceptual sólo dejaría aparecer regularidades, pues el análisis que no parte de la unidad sino de la diferencia no puede llegar nunca hasta una objetivación extrema. El campo está presuponiendo por el contrario la existencia de líneas divisorias, y el grado de variabilidad de su estructura resulta siempre dependiente de la magnitud de la observación que nosotros adoptemos[27].

Alcanzamos así un punto en nuestra exposición en el que resulta necesario acudir a los modelos teóricos que al menos puedan compartir estos presupuestos que se han venido en llamar postontológicos. Nos daremos ciertas facilidades y distinguiremos con carácter muy general entre dos tipos de modelos: A) aquellos que privilegian las relaciones de comunicación: A) aquellos que por el contrario otorgan más importancia a las relaciones de poder. La discusión en torno a ellos está completamente guiada por criterios pragmáticos; es decir, vamos a hablar con la vista puesta en un objeto de estudio que se ubica ante todo en la España del siglo XIX.

A) Por razones de comodidad y para centrar bien la discusión en unos puntos muy concretos, consideraremos como suficientemente representativos del primer género de modelos teóricos a aquellos que consideran que la evolución del derecho consiste en un proceso de diferenciación funcional. Nos estamos refiriendo en general a la teoría de sistemas y en especial a la sociología del derecho de Niklas Luhmann. Como no hay lugar

[26] Luhman: *Die soziologische Beobachtung des Rechts,* Frankfurt 1986, pp. 11 ss.

[27] Cf. Herbert A. Simon: «Cognitive science: The Newest Science of the Artificial», *Cognoscitive Science* 4 (1980) 33-46.

aquí para plantear una discusión en el plano estrictamente teórico, pasaremos directamente a señalar los pros y los contras que a nuestro juicio podría tener una observación histórica externa *(Fremdbeobachtung)* de la doctrina legal que se atuviera de la manera más rigurosa posible a los parámetros fundamentales de esta super-teoría *(Supratheorie).* Para ello procederemos a una segunda delimitación del tema y nos referiremos, a efectos del lograr una mayor concisión, a las funciones de unificación del derecho *(Rechtsvereinheitlichung)* y desarrollo o perfeccionamiento del derecho *(Rechtsfortbildung)* que normalmente se han predicado de la doctrina legal a través de la jurisprudencia elaborada en casación por el Tribunal Supremo.

En primer lugar, habría que empezar diciendo que las herramientas analíticas que proporciona la teoría de sistemas son sin duda alguna muy aprovechables para el objeto de estudio que estamos tratando. Su disposición funcionalista les dota de un alto poder descriptivo, al cual nunca puede ser indiferente el análisis histórico. Señalaremos así dos aspectos relevantes:

De una parte, este modelo teórico permite muy bien describir históricamente a la doctrina legal si la consideramos bajo el ángulo interno de una producción jurisprudencial en serie del Tribunal Supremo cuyo carácter normativo se encuentra especialmente reforzado desde el mismo momento en que su concreto incumplimiento podía fundamentar un recurso de casación. Es decir, en tanto en cuanto la mantengamos no en el plano inferior de la aplicación del derecho *(Rechtsanwendung:* un juez, un caso, una norma) sino en el plano medio de la dogmática *(Dogmatik),* allí donde, como ha señalado Teubner, *«werden diese Rechtsanwendungsbeziehungen relationiert und die Möglichkeit der rechtlichen Konstruierbarkeit festgelegt»*[28]. Con estas premisas, considerando ante todo a la doctrina legal como una producción dogmática, se puede empezar a describirla según categorías sistémicas. Instalada en la frontera del *Input (Inputgrenze),* la doctrina legal habría ofrecido reglas para la standarización y clasificación jurídicas de la información. Respecto a las otras instancias judiciales (audiencias, tribunales de primera instancia...), se habría constituido así tanto en un centro de programación de decisiones como en un servicio de reconocimiento *(Erkennungsdienst)* con la finalidad de garantizar el que un caso concreto pueda ser siempre calificado jurídicamente[29]. El hecho de que el

[28] Gunther Teubner: «Folgenkontrolle und responsive Dogmatik», *Rechtstheorie* 6 (1975) 197.
[29] Cf Luhmann: *Rechtssystem und Rechtsdogmatik,* Stuttgart 1974, pp. 24-31.

ordenamiento procesal español haya sancionado esta praxis, dotándola de un carácter vinculante muy parecido al de las propias leyes, puede ser finalmente interpretado desde esta perspectiva como una particular necesidad de asegurar el efecto *feedback* de las decisiones judiciales: las reglas elaboradas por la doctrina legal para su utilización por el juez en el caso concreto se incorporan de nuevo al sistema en tanto que normas legales[30]. La doctrina legal, como vemos, puede ser entonces descrita desde este ángulo en tanto que pequeña obra de arte de la autorregulación jurídica.

Paralelamente, y en el mismo plano de la dogmática jurídica, estas altas prestaciones descriptivas de la teoría de sistemas pueden sin duda ayudar a comprender ciertos factores históricos ligados a la interdependencia de los diferentes mecanismos de estabilización del derecho positivo. En concreto nos referimos a los procesos de comunicación establecidos dentro del denominado *Amtsbetrieb von Legislative und Justiz.*[31] Está claro que en el fondo de esta cuestión anida el problema central de la evolución del sistema jurídico en España, y en especial el de la determinación del momento en que, esta continua renormalización de la improbabilidad que es para Luhmann la historia se empieza a llevar a cabo a través de la específica capacidad de conceptualización *(Begrifflichkeit)* del derecho[32]. Esta es una cuestión demasiada compleja en la que no podemos extendernos ahora. Plantea además muchos interrogantes teóricos, algunos de los cuales mencionaremos a continuación. Pero sí que es factible ofrecer algún ejemplo de cómo la apelación a este modelo teórico permite señalar determinados puntos temporales de referencia *(Zeitpunkte),* a partir del juego de relaciones internas entre la producción de normas legales y la producción de doctrina legal. Así, puede plantearse como hipótesis que la revalorización social de la función judicial y del papel del juez que se produce en la España de los años veinte y treinta del presente siglo[33] responde a

---

[30] Cf. Torstein Eckhoff: «Feedback in Legal Reasoning and Rule Systems», *Scandinavian Studies in Law,* 22 (1978) 39-51.

[31] Luhmann: *Die soziologische Beobachtung des Rechts* (n. 26), pp. 28 ss.

[32] Luhmann: *Evolution und Geschichte,* en: *Soziologische Aufklärung,* Opladen 1975, II, p. 150-169; Luhmann: *Evolution des Rechis,* en: Luhmann: *Ausdiofferenzierung des Rechts,* Frankfurt/M. 1981.

[33] Vide Demófilo de Buen: «Las normas jurídicas y la función judicial», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 180 (1917) 5-20; Felipe Clemente de Diego: *La jurisprudencia como fuente de derecho,* Madrid 1925, Niceto Alcalá-Zamora Castillo: *Estudios de derecho procesal,* Madrid 1934, pp. 263-343.

la necesidad de orientar la dogmática en la dirección de los hechos *(Folgenorientierung).* En efecto, en una época ya de grandes tensiones sociales, se vendría a exigir más que nunca al jurista que sepa prever el futuro y que sea capaz de desplazar su trabajo de racionalización desde las fronteras del *Input* a las del *Output.*[34] En este sentido, la doctrina legal, mucho más flexible que la legislación –mucho más cerca por tanto de la *vida,* por utilizar esa peligrosa metáfora de la época que está detrás tanto de las conquistas del derecho social como de las leyes de Nuremberg[35]– se redescubre como un *preadaptive advance,* es decir, como un feliz invento del siglo anterior que se encontraba ya en condiciones de dar soluciones a problemas que todavía no existían[36].

Si nos fijamos con un poco de detenimiento, hemos terminado por aprovechar dos de las disposiciones que justamente Luhmann ha señalado como más provechosas de su teoría sobre la evolución del derecho: la obligación de pensar a ésta de un modo abstracto y la obligación además de hacerlo mediante el establecimiento de periodizaciones *(Abstraktionszwang, Zwang zur Periodisierung).* Mediante la primera, podemos, por ejemplo, diseñar interesantes correspondencias funcionales entre la doctrina legal y otros mecanismos evolutivos de tipo autorreferencial. Gracias a la segunda, estamos en condiciones de reunir los diferentes estadios de esta producción jurisprudencial en torno a determinados puntos temporales básicos. De este modo es factible, en teoría, describir el complicado juego conjunto de los diversos factores estructurales que promueven la evolución del sistema.

Ahora bien, pese a contar con estos elementos teóricos de apoyo al servicio de la investigación histórica, tenemos la impresión de que un cierto tipo de dificultades a la hora de explicar el fenómeno histórico de la doctrina legal en toda su magnitud –o en toda su *pobreza histórica,* si se prefiere– no han hecho más que comenzar. Adviértase ya que en el ejemplo que hemos puesto nos hemos servido sobre todo del Luhmann de *Rechtssystem und Rechtsdogmatik* (1974), es decir, hemos acudido a una teoría de sistemas de inspiración más cibernética que biologicista. Y que, en este sentido, la última adaptación del concepto de autopoiesis al terreno de la sociología plantea además problemas suplementarios para el análisis histórico.

---

[34] Luhmann: *Die soziologische Beobachtung des Rechts* (n. 26) pp. 26 ss.

[35] Cf Ewald: *L'Etat providence,* Paris 1986, pp. 324 y ss.

[36] Luhmann: *Theorie des Gesellchaft und gesellschaftlicher Teilsysteme,* en: *Soziologische Aufklärung,* Opladen 1981, III, 178-197.

Como se interroga el propio Luhmann en 1988: *«Kopplung durch Input/ Output, also durch spezifische Leistungen, das ist leicht zu verstehen. Aber Kopplung durch Geschlossenheit, durch rein interne Zirkularität oder sogar Kopplung durch Abkopplung der internen Operationen?*[37]. Las implicaciones jurídicas de este nuevo giro están siendo sopesadas con muy variadas ópticas[38]. Nosotros, con la vista puesta en nuestro objeto de investigación, sencillamente apuntaremos la impresión de que esta mayor insistencia en la autorreferencialidad del sistema jurídico puede resultar –en tanto que insistencia– inversamente proporcional a la sensibilidad en la explicación de la observación permite a su vez un análisis también más concentrado y más potente de las estructuras cognitivas de los sistemas sociales contemporáneos. Pero es cuanto menos dudoso que, considerando cada vez más las construcciones dogmáticas en el seno de la jurisprudencia como autodescripciones *(Selbstbeschreibungen)*[39] estemos en condiciones de ampliar las miras de una sociología histórica de la dogmática jurídica. De hecho, no deja de constituir al menos un síntoma de la pérdida de capacidad explicativa de esta nueva variante metodológica el dato de que la noción de autopoiesis esté siendo aprovechada por autores como Teubner para reformular la teoría sistémica de la evolución: si ahora el derecho comienza a regular sus propias operaciones, su propia estructura, sus propias fronteras y hasta su propia identidad, de aquí no es difícil llegar a deducir que la evolución del derecho ya no se encuentra realmente condicionada por la evolución de la sociedad[40]. La acción externa de esta última tiende por tanto a reducirse a

[37] Luhmann: «Neuere Entwicklungen in der Systemtheorie», *Merjkur* 4 (1988) 293-294.

[38] François Ost: «Entre ordre et désordre: le jeu du droit. Discussion du paradigme autoipoiétique apiliqué au droit», *Archives de philosophie du droit* 31 (1986) 133-161, Ost: «La autopoiese en droit et dans la société», *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 16 (1986) 187-193; Peter M. Hejl. «Autopoiesis –mu*ß* es das sein?», *Rechtshistorisches Journal* 5 (1986) 57-362; Hubert Rottleuthner: «Aspekte der Rechtsentwicklung in Deutschland– Ein soziologischer Vergleich deutscher Rechtskulturen», *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2 (1985); Rottleuthner: «Theories of Legal Evolution», *Rechtstheorie,* Beiheft 9 (1986) 217-230.

[39] Karl-Heinz Ladeur: «Computerkultur und Evolution der Methodendiskussion in der Rechtswissenschaft. Zur Theorie rechtlichen Entscheidens in klomplexen Handlungsfeldern», *Archiv für Rechts –und Sozialphilosophie* 2 (1988) 218-237.

[40] Teubner: «Evoluzione giuridica ed autopoiesi, *Soziologia del diritto* 2/3 (1986) 199-214.

medida que se piensa en la existencia de procesos de co-evolución paralelos entre el derecho y la sociedad.

Razonando de este modo estamos sin duda jugando con ciertas ventajas. Sabemos que la enormemente refinada –desde el punto de vista de sus elementos lógicos– teorización de las fronteras entre el sistema y el entorno, al considerarlas por sí mismas como un suceso evolutivo, incorpora al análisis un factor de dinamismo muy importante. La autorreferencialidad entroniza la paradoja central de que los sistemas tratan siempre consigo mismos pero no pueden tratar solamente consigo mismos. Esta paradoja es a su vez deshecha mediante la aguda consideración de que la frontera del sistema constituye nada más y nada menos que un ritmo. Ahora bien, justo aquí, si seguimos utilizando un criterio histórico práctico, se encuentra el punto central de nuestra crítica: este principio de temporalización de la complejidad comunicativa del sistema corre muchos riesgos de que en la praxis histórica conduzca a una sobrevaloración de la noción de diferenciación *(Ausdifferenzierung)*. Esto es así porque su alto grado de sofisticación y abstracción, que para Luhmann constituye la mejor garantía de que su teoría de la evolución no termina convirtiéndose en una nueva filosofía de la historia, es sin duda pertinente a la hora de despejar esta similitud desde el punto de vista estrictamente epistemológico; pero cuando se trata de acudir al terreno de los hechos históricos es muy difícil que el historiador empiece a interpretarlos sin evitar pensar que se encuentra en un estadio forzosamente posterior y más alto, en un lugar donde la especificidad y diferenciabilidad del derecho se encuentran mejor aseguradas. Esto hace a su vez que se preste una mayor atención a los mecanismos de estabilización del derecho de carácter interno. Pongamos el ejemplo de la doctrina legal. Se puede, como hemos visto, apreciar sus apropiadas cualidades para la formación y diferenciación sistémicas del derecho, frente a una legislación todavía no lo suficientemente codificada y demasiado difusa para estos menesteres. Esta interpretación puede sin duda deshacer a su manera la paradoja de que, en contra de la lógica de la casación –que responde en Francia a la necesidad de controlar la aplicación de una ley previa, de la que en principio no se puede dudar además de su claridad y certeza–, en España se estableciera un sistema de casación que se adelanta en treinta años a la promulgación del Código Civil. La fórmula adoptada por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, al admitir la interposición del recurso en caso de infracción no sólo de ley sino también de doctrina legal, habría abierto una ingeniosa vía de escape para salir de una situación de *impasse* legislativo: de hecho transfiere al

Tribunal Supremo la iniciativa en el necesario proceso de positivación del derecho, al otorgar indirectamente un rango legal a la doctrina por él establecida a partir de su labor de interpretación del ordenamiento. La doctrina legal habría sido así el instrumento que se improvisa a mediados del siglo pasado para dotar al derecho español de una positividad que no tenía y que es objetivamente considerada como presupuesto de una sociedad moderna[41].

Esta es un plausible interpretación de la formación de la doctrina legal si se pone como vehículo conductor la noción de diferenciación. Sin embargo, esto no nos parece suficiente. Desde las propias premisas de este modelo teórico, hay que darse cuenta de que se basa en una comparación interna de algunos de los mecanismos de estabilización del derecho; en concreto, entre una legislación difusa y por ello estática y un corpis flexible y operativo de decisiones de un alto tribunal. Lo que significa que cuánto más se dé entrada al entorno en el análisis, más se irán multiplicando los desfiladeros evolutivos *(Engpaβ)* dentro de la descripción del proceso de diferenciación. Pensemos solamente en el desfase existente entre esta fina descripción del funcionamiento de la doctrina legal y las enormes dificultades históricas que ha planteado en el caso de España la codificación binaria de la fuerza física a lo largo de estos dos últimos siglos. Teniendo en cuenta que el propio Luhmann ha reclamado la necesidad de llevar a cabo una reflexión teórica sobre las relaciones entre los militares y la política[42], el historiador del derecho que se ocupe de la historia contemporánea española tiene que ser cuanto menos prudente a la hora de servirse de un modelo que ante todo nos habla de una sofisticada diferenciación de diversos subsistemas sociales.

Desde nuestro propio planteamiento, se puede expresar este inconveniente del modo siguiente: mediante esta forma de proceder se establecen demasiado pocas conexiones entre todos los elementos que como hemos visto constituirían desde un principio el campo preconceptual de la doctrina legal. Muy especialmente, la descodificación de las relaciones jurídicas en relaciones especialmente comunicativas va seguramente en detrimento de la pertinencia sociológica de los agentes implicados.

---

[41] Luhmann, «Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesselschaft», *Jharbuch für Rechtossoziologie und Rechtsheorie* 1 (1970) 175-202.

[42] Luhmann: *Rechtszwang und politische Gewalt,* en: *Audisfferenzierung des Rechts* (n. 32), p. 169 ss.

Naturalmente, en una teoría de tanta potencia analítica esto seguramente no sucede tanto por miopía como a lo mejor por exceso de vista. Como sabemos, un sistema social es siempre un organismo delicado, pues existe siempre la posibilidad de que se produzca desmayos o sobrecargas *(Uberlastungen).* Pero incluso a la hora de definir estas situaciones de alto riesgo, la hipótesis de que existe un factor de explosividad *(Brisanz)* directamente dependiente de una fricción producida por los agentes implicados es en principio excluida por su inconsistencia teórica. Se trata éste de un factor rudimentario, que olvida los efectos inmunizadores de la doble contingencia y por tanto de una cuestión poco interesante, *altereuropäische,* propia de los espantos de un viejo mundo vinculado a las teorías políticas tradicionales. Este alto nivel de abstracción que hemos querido subrayar con este ejemplo hace realmente que al menos sea razonable plantear la duda de qué sucede realmente con este modelo teórico cuando se desciende del plano de la *Supratheorie* –donde se encuentra como pez en el agua– al terreno del análisis histórico. Es factible pensar que si el especialista no se dedica a reelaborar *ad hoc* este instrumental analítico puede terminar haciendo de la comunicación un transcendental. Y con ello se corre verdaderamente el riesgo de hacer pasar por explicación histórica lo que no vendría a ser sino la refinada descripción de un determinado tipo de funcionalidad jurídica.

B) Una manera muy tajante de cubrir esta especie de déficit en la explicación consiste en recurrir directamente al estudio de los agentes implicados. Este es, por ejemplo, el *leitmotiv* principal de la propuesta que hace Erhard Blankenburg a la hora de plantear una sociología de los tribunales superiores de justicia[43]. En lugar de hacer depender la constitución personal y material de estos tribunales del proceso de diferenciación del derecho, postula justamente lo contrario: la configuración de las agencias productoras de derecho se convierte en motor de la diferenciación. A partir de esta inversión metodológica se puede llegar a establecer una relación tan directa entre la función de unificación del derecho propia de la jurisprudencia de los tribunales superiores y las condiciones específicas de la oferta de mano de obra jurídica que el examen de la producción dogmática puede quedar al final convertido en una descripción esencialmente prosopográfica.

---

[43] Edhard Blankenburg: «Zur Soziologie der obersten Gerichte. Ein Vergleich zwischen dem Hoge Raad der Niederlande und dem Bundesgerichtshof», *Kritische Vierteljahreschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 1 (1988) 97-113.

Según todo lo que hemos visto hasta ahora, no hace falta argumentar mucho la afirmación de que este modo de solucionar los problemas no resulta el más convincente. Se atiene tanto a los productores (juristas) y se posterga tanto la producción (jurídica) que al final terminan por resultan –por ejemplo– superfluas las conquistas analíticas de la teoría de sistemas. Se incurre así de nuevo en el defecto de pretender hacer una sociología histórica sin derecho: pues, como ha explicado Luhmann, *«die Erforschung von Gruppen, Rollen, Karrieren oder Meinungen, die es mit dem Recht zu tun haben, aber nicht selbst Recht sind»*[44].

Estas dificultades metodológicas a la hora de dar solución al problema metodológico de los agentes implicados obligan a considerar finalmente la viabilidad de otra propuesta que ofrece la sociología: la observación de las manifestaciones del poder. Sabemos que la sola mención de este tópico genera de por sí bastantes prevenciones. Así, el analista preocupado por el refinamiento epistemológico de su observación sobre las cosas tenderá a considerar que las soluciones proporcionadas desde este modelo teórico suelen ser sencillamente metafóricas[45]; mientras que el historiador práctico que ante todo lo que desea es que le proporcionen unas reglas para el análisis alabará sin duda el olfato político de quien le diga que «aquellos agentes tenían el poder», pero a continuación se cuestionará con toda la razón del mundo la utilidad práctica de esta indicación[46].

Lo primero que tenemos que decir aquí es que estas cautelas son sin duda razonables. La invocación metodológica de la noción de poder puede hacer caer al historiador en más de una trampa, consistiendo la más importante de ellas en que nos induce a interpretar los hechos de un modo tautológico, es decir, nos invita a explicar el poder por el poder. El mecanismo de esta trampa hermenéutica fundamental lo supo muy bien ver a su manera Carl Schmitt, cuando escribió después de la guerra, y seguramente con más sentido trágico que sarcasmo, que el poder es siempre más poderoso que cualquier voluntad de poder[47]. ¿Qué quiere decir esto? Sencillamente, que es muy fácil hacer pasar por relaciones objetivas de poder algo que no es exactamente lo

---

[44] «Luhmann: «Evolution des Rechts», *Rechtstheorie* 1 (1970) 3-22.

[45] Luhmann: *Die Soziologische Beobachtung des Rechts* (n, 26), pp. 18 ss.

[46] Foucault: *El poder y la norma,* en: Ramón Maiz (ed.), *Discurso, poder, sujeto. Lecturas sobre Michel Foucault,* Santiago de Compostela 1986, 1987, pp. 211-217.

[47] Carl Schmitt: *Diálogo sobre el poder y el acceso al poderoso,* en: Schmitt, *Diálogos,* Madrid 1962, pp. 59-96.

mismo, pero que sin duda resulta mucho más espectacular: las intenciones de los agentes o el carácter básicamente performativo del lenguaje legal. Aplicado a nuestro caso, la trampa funciona del modo siguiente: una vez que se ha decidido que un exclusivo análisis funcional de la doctrina legal no constituye por sí sólo una explicación histórica suficiente, es fácil que la institución que la fabrica –el Tribunal Supremo– pase a adquirir el protagonismo en la explicación fallida, en detrimento de la relevancia que la doctrina legal, en tanto que saber jurídico, puede tener por sí misma. En última instancia, este parece ser a fin de cuentas el defecto de las propuestas al estilo de las de Blankenburg: su sociología de los tribunales superiores, queriendo estar dotada de una perspectiva externalista, termina finalmente en un análisis interno: por un lado, de lo que podríamos denominar el condicionamiento prosopográfico de la voluntad de los jueces; por otro, de una organización institucional que por regla general no hace sino reflejar los mecanismos generales de reproducción de la institución.

A nuestro juicio, se puede intentar salvar estas dificultades si al incluir la variable del poder nos atenemos estrictamente a esto: 1) En tanto en cuanto entendamos por relación de poder no la imposición de la voluntad de un sujeto sobre otro sino la posibilidad objetiva de que unos agentes estructuren el campo de acción posible de otros agentes[48]. De aquí que consideremos que la formación de un saber jurídico como la doctrina legal puede ser explicado desde el punto de vista del poder en la medida en que la conexión entre los elementos que definen su campo preconceptual responda a un principio objetivo de gestión de conductas ajenas. Esta precaución debe excluir la hipótesis de que la doctrina legal es el resultado directo de una decisión surgida al calor de la lucha librada por el control del aparato del Estado, pero no la de que a mediados del siglo XIX estaban consolidadas determinadas posiciones objetivas desde las cuales se estaba compitiendo por hacerse con el monopolio de algo tan valioso –en una época de legislación difusa– como era la interpretación del derecho. 2) En tanto en cuanto consideremos que la estructura dogmática de la doctrina legal no resulta ser independiente de sus condiciones históricas de emergencia, hemos de deducir que aquélla también puede constituir por sí misma una forma específica de gestión social. Expresado de otra forma, se trataría

[48] Foucault: *Deux essais sur le sujet et le pouvoir,* en: H.L. Dreyfus / P. Rabinow, *Michel Foucault. Un parcours philosophique,* Paris 1984, pp. 293-321.

de un saber jurídico con capacidad para imponer definiciones y clasificaciones de la realidad. La doctrina legal puede ser entendida así como un *agencement pratique,* como un dispositivo de enunciados adaptado a la lógica propia de un campo preconceptual conformado según determinadas relaciones de poder. Si utilizamos la terminología de Bourdieu, podemos hablar en este punto del poder simbólico de la doctrinal legal[49]. Pero quizá baste con evocar a Durkheim y decir, en una palabra, que la formación de la doctrina legal constituye, a estos efectos, un hecho social: en tanto que tal, es un producto necesario de determinadas causas históricas que se impone coactivamente a la sociedad[50]. El problema reside entonces en determinar la naturaleza específica de esta forma de coacción *(contrainte)* que resulta tanto de la posición ocupada por los agentes dentro del campo como de la propia idiosincrasia de este saber jurídico.

Para ello se pueden establecer unas directrices que orienten la investigación[51]. Aquí ofrecemos algunas a modo de conclusión. Advertiremos solamente que constituyen una especie de test metodológico, el cual no deja de ser a su vez más que una herramienta parcial dentro de un estudio más general que debería ocuparse del problema de la formación de categorías en el seno de la Administración en la España del siglo XIX. El objetivo final de éste sería el de analizar el modo en que se han desarrollado, paulatinamente y de una manera muy poco espectacular, sistemas específicos de clasificación y percepción de la realidad que han permitido a la postre que el Estado español contemporáneo pueda autodescribirse y autoobservarse en su condición de tal *(Selbstbeschreibung).*

Concretamente, un análisis de estas características habría de tomar en consideración:

1. Los desniveles existentes entre los actores implicados: En el caso de la doctrina legal, se trata principalmente de determinar las diferencias económicas, de status social, culturales y de posesión de una competencia y saber técnicos entre los distintos profesionales del derecho. Particular atención merecen las líneas

---

[49] Bourdieu: «Sur le pouvoir symbolique», *Annales E. S. C.* 3 (1977) 405-411; Bourdieu: «Habitus, code et codification», *Actes de la recherche en sciences sociales* 64 (1986) 40-44; «La force du droit. Eléments pour une sociologie du camp juridique», *Actes de la recherche en sciences sociales* 46 (1986) 2-19.

[50] Emile Durkheim, *Les régles de la méthode sociologique* (1937), Paris 1981, pp. 88-123. Cf. Ute Bullasch: *Rechtsnorm und Rechtssystem in der Normentheorie Emile Durkheims,* Frankfurt/Bern/New York 1988, p. 13-40.

[51] Cf. Foucault: Deux essais sur le sujet et le pouvoir (n. 48), p. 312 ss.

de división existentes entre los magistrados del Tribunal Supremo y el resto de los jueces –por un lado– y entre los juristas de Madrid y la periferia –por otro–. A partir de aquí es posible plantear hasta qué punto la doctrina legal ha constituido una fórmula de armonización o transacción entre los diferentes desniveles percibidos.

2. El tipo de objetivos perseguidos: En el caso que estudiamos, se trata especialmente de establecer, por un lado, las diferentes finalidades a las que sirve un proceso de positivación del derecho activado a partir de las decisiones del Tribunal Supremo; por otro, debemos analizar tácticamente las diferentes posiciones contrapuestas en torno a los límites y contenidos de la doctrina legal. A este respecto resulta central la polémica en torno a si la doctrina legal debía reducirse a la jurisprudencia del Tribunal Supremo o si por el contrario su contenido podría abrirse al derecho natural o la costumbre jurídica. Toda una visión sobre la gestión jurídica de la sociedad española –organizada desde el centro o teniendo en cuenta la periferia– es la que parece andar en juego.

3. Las modalidades instrumentales: Se trata de establecer con precisión los efectos específicos derivados del soporte material utilizado por este tipo de dogmática. En este sentido, la formación y desarrollo de la doctrina legal resulta inseparable de una nueva práctica textual que se caracteriza por la exigencia de motivar las sentencias y publicarlas sistemáticamente en repertorios de jurisprudencia.

4. El grado de racionalización: En este caso, es preciso sobre todo determinar la eficacia social de un tipo de práctica que se caracteriza por un grado de racionalidad débil *(abgewächte Rationalität)*. No hay que olvidar en este sentido que el trabajo de clasificación dogmática que efectúa la doctrina legal no está garantizado mediante la formalización y el control lógico propios de una estructura normativa codificada. La doctrina legal suministra a sus categorías dogmáticas un grado medio de objetividad, lo que nos obliga a interrogarnos por la función histórico-social que cumple la argumentación jurídica en el terreno judicial.

DISPOSICIONES DE REFORMA CONSTITUCIONAL*

1. Introducción

En este trabajo pretendo afrontar la cuestión de si es posible reformar válidamente las disposiciones que regulan la reforma constitucional, mediante el procedimiento previsto por esas mismas disposiciones.

Para ello, presentaré una descripción del mecanismo de reforma constitucional que hace imposible jurídicamente tal reforma. A continuación discutiré algunas de las razones que se han esgrimido para afirmar que tal reforma es imposible. Como es sabido, esta es la posición defendida por A. Ross (1953: 79-81 y 1969: 1-24) –aunque, como se verá, por razones parcialmente distintas a las que aquí presentaré–.

Tal posición fue criticada por H.L.A. Hart (1964: 170-178) y ha sido ampliamente discutida en la literatura ius-filosófica[1]. Finalmente, formularé algunas reflexiones referidas al caso constitucional español (al título X de la Constitución Española de 1978).

---

* Este trabajo ha tenido la suerte de ser discutido (y espero que, gracias a ello, mejorado) con diversas personas: una primera versión de él fue presentada en una sesión del Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina) y una segunda versión fue discutida en una sesión del Seminario de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona. Debo añadir mi agradecimiento por las observaciones que personalmente me formularon Eugenio Bulygin, Ricardo Caracciolo, Juan Carlos Gavara, Manuel Gerpe, Rafael Hernández, Isidre Molas, Pablo Navarro, Carlos S. Nino y Cristina Redondo.

Por otra parte, la primera versión de este trabajo fue escrita en los meses de junio, julio y agosto de 1990, en Buenos Aires, gracias a una ayuda a la investigación para estancias en el extranjero concedida por la C.I.R.I.T. de la Generalitat de Catalunya.

[1] Vd. Raz 1972: 415-421, Hoerster 1972: 422-426, Finnis 1973: 44-76, Nino 1980: 146 y 1985: 69-88, Bulygin 1982: 72-76 y 1984: 329-336 y Guibourg 1983: 181-196.

2. La reforma de las disposiciones de reforma constitucional

2. 1. Las disposiciones de reforma constitucional como reservas de constitución

Las disposiciones de reforma constitucional suelen tener una forma semejante a la siguiente:

[1] Las disposiciones de esta constitución sólo pueden ser reformadas por el órgano O mediante el procedimiento P.

Estas disposiciones han sido, en varias ocasiones, calificadas de *normas de competencia* (Ross 1969:1, Nino 1985:82, Guastini 1982:62).

Parece obvio que las disposiciones como [1] atribuyen al órgano O, mediante el procedimiento P, la competencia para reformar la constitución. Sin embargo, dista de ser claro cuál es la interpretación adecuada de las normas de competencia[2]. A mi juicio, las normas de competencia son disposiciones que atribuyen la cualificación de válidas a las disposiciones promulgadas por determinado órgano y mediante determinado procedimiento (vd. Hernández Marín 1984:38-40 y 1989:162-164)[3].

Con lo cual [1] podría ser interpretada como:

[1'] Si el órgano O mediante el procedimiento P dicta una disposición de reforma constitucional [LR], entonces [LR] es válida.

Sin embargo, según creo, [1] significa algo más. El inciso de la palabra 'sólo' en [1] así parece sugerirlo. No se trata únicamente de que las disposiciones de reforma constitucional promulgadas por el órgano O mediante el procedimiento P sean válidas, sino que también, según [1], las disposiciones de reforma constitucional promulgadas por un órgano distinto de O o mediante un

---

[2] En el contexto de discusión del problema planteado en este trabajo, Ross 1969 y Nino 1985 (82-85) han supuesto que las normas de competencia obligan a comportarse conforme a las normas establecidas por el órgano delegado. Una interpretación que parece errónea, si se aprecia que el órgano al que se confiere la competencia puede dictar disposiciones no prescriptivas (como, por ejemplo, u: «Nombro ciudadano de honor a x») y ni siquiera es posible imaginarse que querría decir que es obligatorio obedecer una disposición como *u*.

[3] E. Bulygin (1988) ha escrito también que las normas de competencia son *reglas conceptuales,* reglas que definen bajo qué condiciones (materiales y procedimentales) aquello que establece un determinado órgano es una disposición válida.

procedimiento distinto de P, son inválidas. [1] no sólo califica como *válidas* determinadas disposiciones de reforma constitucional, sino que también rechaza como *inválidas* otras disposiciones de reforma constitucional.

Ello sugiere que [1] es un enunciado que guarda muchas analogías con las disposiciones llamadas de *reserva legislativa*. Por ello será conveniente analizar estas últimas disposiciones con la esperanza de que su interpretación sea de ayuda para la interpretación de disposiciones como [1][4].

Una disposición de reserva legislativa como

> [2] Sólo el Parlamento, con el voto de la mayoría absoluta de sus miembros, tiene competencia para dictar normas penales

significa, según creo,

> [2'] Si y sólo si el Parlamento, con el voto de la mayoría absoluta de sus miembros dicta la norma N en materia penal, entonces la norma N en materia penal es válida; excepto cuando el Parlamento, aun con la mayoría absoluta de sus miembros, autoriza, mediante la disposición N', a otro órgano, o al mismo órgano con distinto procedimiento, a dictar normas penales pues entonces N' es inválida.

Las reservas legislativas suponen, por así decirlo, dos cosas: a) que sólo el órgano competente puede dictar normas sobre la materia reservada y b) que el órgano competente no puede delegar esa competencia.

Si el órgano competente pudiera delegar la competencia (bien en otro órgano o bien en otro procedimiento) estaría burlando el propósito de la reserva legislativa que es, precisamente, asegurar que determinadas materias sólo podrán ser reguladas por un determinado órgano y mediante determinado procedimiento.

Una disposición del Parlamento que delegara la competencia para dictar normas penales, por ejemplo normas penales cuya sanción no exceda de arresto mayor, en el Gobierno sería considerada inválida (inconstitucional), puesto que la reserva

---

[4] Para un análisis semejante a este de las disposiciones de reserva legislativa (o, más en general, de *reserva normativa*) vd. Hernández Marín 1984:54-55 y 1989:147-148.

legislativa supone, a su vez, la invalidez de las disposiciones que deleguen la competencia en la materia reservada.

Si se aceptan estas consideraciones y se consideran útiles para interpretar los enunciados como [1], entonces [1] será una disposición que establece lo que podemos denominar una *reserva de constitución*[5] y podrá ser interpretada como

[RC] Si y sólo si el órgano O mediante el procedimiento P, dicta una ley de reforma constitucional [LR], entonces [LR] es válida excepto cuando el órgano O, aún con el procedimiento P, autoriza, mediante la disposición [L] a otro órgano O' o al mismo órgano O con distinto procedimiento P', a dictar una ley de reforma constitucional [LR] pues entonces la disposición [L] es inválida.

De esta forma la disposición de reforma constitucional cumple su función de *reserva de constitución*. Reserva a un órgano y un procedimiento la competencia para establecer cambios constitucionales, asignando invalidez a las normas de reforma emanadas de otro órgano y asignando también invalidez a las normas que deleguen la competencia de reforma a un órgano distinto o al mismo órgano, con un procedimiento distinto.

2.2. *El mecanismo de la reforma constitucional*

Me ocuparé ahora del funcionamiento del mecanismo de reforma constitucional, teniendo en cuenta la interpretación establecida en 2.1. y bajo el supuesto de que se reforma una disposición *d* cualesquiera de la constitución C, dictada en el momento *t,* que no sea el artículo que prevé la reforma constitucional.

En este punto es aconsejable tener presentes las siguientes palabras de E. Bulygin (1984:332) referidas al significado de la expresión "reforma constitucional":

[5] La expresión "reserva de constitución" se debe a P. Cruz Villalón (1983:185-208) y me fue amable y oportunamente indicada por Manuel Gerpe Landín. Cruz Villalón introduce esta cuestión en un comentario a la conocida sentencia del Tribunal Constitucional 76/1983, de 5 de agosto, sobre la LOAPA y aunque en el trabajo parece contrario a la configuración de lo que denomina "reservas de constitución implícitas" (1983:199), en cualquier caso su articulación de esta noción está cercana a la que yo presento en este trabajo.

La reforma de una constitución puede consistir en: a) la supresión de alguno de los artículos de la constitución; b) el agregado de algún artículo nuevo y c) la combinación de a) y b), es decir, la supresión de algún artículo y el agregado de otros (eventualmente en reemplazo de los derogados). Este último es el caso más frecuente. Resumiendo cabe decir que la reforma constitucional puede consistir en la derogación de alguna norma perteneciente a la constitución y/o la promulgación de nuevas normas constitucionales.

Voy a suponer que el caso de reforma que deseamos analizar pertenece al supuesto c) de la clasificación propuesta por E. Bulygin: derogación de un artículo d y el agregado de d' en sustitución de *d*.

Supongamos que el órgano O mediante el procedimiento P dicta (en el momento t_1,) la siguiente ley de reforma constitucional:

[LR] Queda derogado el artículo *d* de la constitución C.
2. El artículo *d* de la constitución C es sustituido por el artículo *d'* que establece: «...».

Puede decirse ahora que, según [RC], [LR] es válida (pertenece al Derecho) en el momento t_1, y que, según [LR], el artículo d ha dejado de ser válido en el momento t_1, y el artículo *d'* ha iniciado, en el momento t_1, su período de validez (de pertenencia a la constitución C en t_1,).

Si se acepta el principio dinámico del Derecho en alguna de sus formulaciones, que permite establecer lo que a veces se denominan *cadenas de validez,* como por ejemplo en la adecuada formulación de C.E. Alchourrón y E. Bulygin (1974:120): «Si existe un enunciado válido que autoriza (permite) a una autoridad normativa *x* formular el enunciado *p,* y *x* ha formulado *p,* entonces *p* es válido»; puede sostenerse que como [RC] autoriza al órgano O, mediante el procedimiento P, a dictar [LR] entonces [LR] es válida y, por tanto, como según [LR] el artículo *d'* es inválido en t_1, y el artículo *d'* es válido en t_1, entonces d es inválido en t_1, (puesto que ha sido derogado) y *d'* es válido en t_1.

2.3. *El mecanismo de la reforma constitucional en el supuesto de reforma de la disposición de reforma constitucional*

Se trata ahora de saber si [RC] (la disposición de reforma constitucional) puede ser reformada válidamente por el órgano O

mediante el procedimiento establecido por ella misma.

En este supuesto estaríamos ante una ley de reforma constitucional (establecida en el momento t_2,) como la siguiente:

[LR'] 1. Queda derogado el artículo [RC] de la constitución.
2. El artículo [RC] es sustituido por el artículo [RC'] que establece: «Los artículos de esta constitución sólo pueden ser reformados por el órgano O' mediante el procedimiento P'».

Antes de preguntarnos si el nuevo artículo [RC] es válido en t_2 debemos preguntarnos si la ley de reforma constitucional [LR'] es válida en t_2 según [RC]. Es conveniente distinguir dos aspectos en la respuesta a esta cuestión:

a) ¿Es válida [LR']. 1, la disposición derogatoria que deroga el artículo [RC] originario?,

b) ¿Es válida [LR']. 2, la disposición que califica como válida la nueva disposición de reforma [RC']?

La respuesta al primer interrogante será aplazada al epígrafe 3.3, donde se discute la posición de Ross; puesto que, por una parte está conectada con algunos de los puntos de vista que Ross sugiere y, por otra parte, la solución a ese interrogante es independiente de la interpretación de las disposiciones de reforma constitucional como reservas normativas de la que aquí me ocupo.

La respuesta al segundo interrogante, dada la interpretación de [RC] aquí presentada, sólo puede ser negativa. Esta respuesta negativa está basada en que [LR'].2 delega en un órgano distinto (el órgano O' mediante el procedimiento P') la reforma constitucional y las normas que delegan la competencia de reforma constitucional vulneran, por así decirlo, la *reserva de constitución* establecida en [RC]. Esto es, [LR']. 2 es una disposición que autoriza a reformar la constitución a un órgano y mediante un procedimiento distinto del órgano O y el procedimiento P. Es por esto, y según [RC], una norma inválida.

Por otra parte, sin duda que según [LR'], [RC] es inválida en t_2 y [RC'] es válida en t_2 Pero esto es irrelevante para nuestros propósitos. Dicho en los términos tradicionales: en [LR'] se rompió la cadena de validez. El *poder constituyente originario,* que dictó la constitución C con su disposición de reforma [RC], delegó en el *poder constituyente constituido* (el órgano al que se refiera [RC] y sólo en él) la competencia de reformar la

constitución, pero le vedó delegar esa competencia (rechazó, mediante [RC], las disposiciones delegando esa competencia) y, precisamente, eso es lo que ha hecho el poder constituyente constituido dictando [LR'].

Esta parece ser, por otra parte, una razonable conclusión. De forma semejante a como se considera inválida una norma que delegue la competencia para regular determinada materia confiada, exclusivamente, a un órgano (el parlamento, por ejemplo), debe considerarse inválida la norma que delega la competencia para reformar la constitución confiada, exclusivamente, al poder constituyente constituido. De no ser así, la interpretación contraria permitiría que el poder constituyente delegara en otro órgano, por ejemplo, en el gobierno, la competencia para reformar la constitución, contra lo que pretendía el poder constituyente originario.

2.4 Conclusión

En consecuencia, mi argumentación conduce a la tesis según la cual una disposición de reforma constitucional [RC] no puede ser reformada *válidamente* por el procedimiento por ella misma establecido, porque ello supone delegar la competencia de reforma constitucional, vulnerando así la *reserva de constitución* establecida por [RC].

Si, a pesar de ello, esta reforma se realiza yo diría que se trata de una reforma inválida y que, por tanto, ha habido lo que se denomina una «ruptura constitucional», de análoga forma a la que se produce cuando un órgano distinto del órgano competente según [RC] modifica o sustituye la constitución (como sucede en las revoluciones políticas). Obviamente una norma *inválida* (en el sentido de que existe otra norma en el ordenamiento que le atribuye el carácter de no válida) puede ser *promulgada* y, también, aplicada por los tribunales o ser usada para iniciar una «nueva cadena de validez».

La situación está descrita con claridad por v. Wright (196:205):

> Supongamos que una cadena de validez termina en una norma inválida. Esto significa que existe alguna norma que prohíbe a la autoridad de la norma inválida promulgarla. El acto de la sub-autoridad constituyó, por tanto, un acto de *insubordinación* con relación a la norma de orden superior. Al promulgar la norma inválida traspasó los límites de su

competencia normativa, tal como venía fijada por la autoridad superior. Se apoderó o usurpó un poder que no sólo no se le había delegado, sino que se le había denegado expresamente. Los actos normativos inválidos, por tanto, también se llamarán actos de *usurpación*.

En nuestro supuesto el poder constituyente derivado había promulgado una norma inválida. Con esa norma [LR'], se iniciaría, en el caso de que la reforma fuera aceptada, una nueva cadena de validez sobre la base de este acto de «usurpación». Puede usarse aquí la distinción de E. Garzón Valdés (1983:175-180) entre soberano$_0$, y soberano$_1$. El soberano$_0$ es aquella autoridad cuyas normas *(soberanas)* no derivan su validez de otras normas del sistema. El soberano$_1$ es aquella autoridad soberana según las normas del sistema. En el caso que nos ocupa, el poder constituyente derivado es, según [RC], el soberano$_1$ del sistema; pero al promulgar [RC'] –que no deriva su validez de [RC]– ha devenido soberano$_0$ en el momento t_1 y, ahora, el órgano 0' mediante el procedimiento P' es el nuevo soberano$_1$ del nuevo sistema iniciado en [LR'].

Por otra parte, puede resultar paradójico que se asimile el supuesto de reforma de [RC] mediante el procedimiento que ella misma establece a una usurpación revolucionaria del poder. Mas, al respecto, hay que tener presente que el uso que aquí se hace de expresiones como "revolución", "usurpación" o "ruptura constitucional" dice referencia sólo a la ruptura de la cadena de validez y no a las consecuencias sociales de ese hecho. Desde este otro punto de vista, este sería un caso de «revolución muy pacífica».

3. La polémica sobre las disposiciones jurídicas autorreferentes

3. 1. La posición de A. Ross

Como decía al inicio de este trabajo A. Ross ha defendido la tesis de la imposibilidad jurídica de reformar la norma que establece el procedimiento de reforma mediante el procedimiento establecido por ella misma. Ross presentó y defendió esta tesis por primera vez en su conocida obra *Sobre el Derecho y la Justicia* (1953:79-81) y la desarrolló más ampliamente en un artículo publicado en la revista *Mind* (1969:1-24).

Las dos razones aducidas por Ross en defensa de su tesis son las siguientes:

a) Si el artículo de reforma constitucional se aplicara a sí mismo sería autorreferente y ello se opone a lo que Ross llama un «teorema lógico» según el cual los enunciados autorreferentes carecen de sentido.

b) Por otra parte, Ross sostiene que la reforma del artículo que establece la reforma conduce a una contradicción (1969:5). La contradicción aparece, según Ross, en el siguiente razonamiento (referido al art. 88 de la constitución danesa que prevé la reforma constitucional):

> 1) Art. 88: La constitución puede ser reformada por un procedimiento de acuerdo con las condiciones C_1, C_2 y C_3 y sólo por ese procedimiento.
>
> 2) El art. 88' (estableciendo que la constitución puede ser reformada por un procedimiento de acuerdo a las condiciones C'_1, C'_2 y C'_3 y sólo por ese procedimiento) ha sido creado de acuerdo a las condiciones C'_1, C'_2 y C'_3.
>
> 3) El art. 88' es válido, esto es, la constitución puede ser reformada por un procedimiento de acuerdo a las condiciones C'_1, C'_2 y C'_3 y sólo por ese procedimiento.

Ross añade el siguiente comentario a este razonamiento:

> Como el significado del art. 88 es indicar la única vía por la cual la constitución puede ser reformada, esta es una inferencia en la que la conclusión contradice una de las premisas, lo que es una absurdidad lógica.

Ambos argumentos han sido discutidos y criticados ampliamente. A continuación, paso a ocuparme de estos argumentos y de la discusión acerca de ellos.

3.2 La cuestión de los enunciados autorreferentes

El primer argumento de Ross es que los anunciados autorreferentes carecen de sentido, y como las disposiciones que prevén la reforma constitucional son autorreferentes (cuando son aplicadas a sí mismas) entonces estas disposiciones carecen de sentido. Al respecto, Ross cita como defensor de esta tesis un trabajo de J. Jorgensen (1953:289-300). Según Jorgensen: «La generalización más importante que puede obtenerse de mi consideración es que, en mi opinión, ningún enunciado se refiere a sí mismo o que no haya enunciados autorreferentes» (1953:291).

Para Jorgensen, una expresión como "Este enunciado es falso" (que produce la famosa *paradoja del mentiroso*) no es un enunciado en sentido lógico. De forma semejante, puede añadirse, una expresión como "Debe obedecerse esta norma»" no es una norma (no es un enunciado prescriptivo)[6].

Mas, ¿son las expresiones como [RC] expresiones realmente autorreferentes? Algunas veces se ha argumentado (vd., por ejemplo Hart 1964:175, Giubourg 1983:186) que la autorreferencia de [RC] no es genuina, sino *parcial.* Ante ello, Ross (1969:15) y Nino (1985:785) contestan que aunque [RC] no es autorreferente cuando se refiere al resto de artículos de la constitución, sí lo es cuando se refiere a sí mismo –y por ello, según Ross, carece de sentido en dicho caso–[7].

No obstante, a mi juicio (y obviando una más amplia discusión sobre la autorreferencia parcial) [RC] no es autorreferente ni genuina ni parcialmente. En el caso que nos ocupa, [RC] atribuye (supuestamente) validez a [LR'] y [LR'] deroga (atribuye invalidez) a [RC]. Se trata más bien de lo que K.R. Popper

---

[6] Con todo, la cuestión de la eliminación de todos los enunciados autorreferentes del lenguaje, con el objetivo de evitar las paradojas, no es una cuestión pacífica en la literatura filosófica. El siguiente pasaje de S. Haack (1978:163) sintetiza bien las dudas al respecto:

> Se ha sugerido a veces que las paradojas se resolverían prohibiendo la autorreferencia, pero esta sugerencia es a la vez demasiado amplia y demasiado restringida. Infringe el principio de «no te arranques la nariz por despecho contra tu cara»: pues no solamente son autorreferenciales muchas oraciones completamente inofensivas ("Esta oración está en castellano", "esta oración está en tinta roja")..., sino también algunos argumentos matemáticos, incluyendo la prueba de incompletud de la aritmética de Gödel, usan esencialmente oraciones autorreferenciales...; de modo que las consecuencias de prohibir la autorreferencia serían muy serias. Y, puesto que no todas las variantes de la oración del mentiroso son realmente autorreferenciales (ninguna oración de "la oración siguiente es falsa, la oración anterior es verdadera" se refiere a sí misma), esta propuesta es al mismo tiempo demasiado estrecha todavía.

Vd., para Gödel 1931:55-91, donde usa para la prueba del teorema de incompletud de la lógica de predicados de orden superior el siguiente enunciado autorreferente (dicho de forma muy simplificada): "Este enunciado no es deducible en el cálculo" (de forma que el enunciado en cuestión es verdadero y ni él ni su negación pertenecen al cálculo: el cálculo de la lógica de predicados de orden superior es incompleto).

[7] Nino (1985:77), para evitar la autorreferencia, sugiere la necesidad de «suponer» una norma con el siguiente contenido: «Toda norma que establece el procedimiento para modificar otras normas del sistema puede ser modificada por el mismo procedimiento que ella fije, salvo que haya otra norma que establezca algo distinto». Esta «suposición» me parece innecesaria.

(1954:163) ha llamado expresiones *indirectamente autorreferentes:* la primera se refiere a la segunda y la segunda se refiere a la primera. Algunos de estos supuestos (no digo necesariamente todos[8]) tienen perfecto sentido (vd. también Hart 1964:178), como el siguiente diálogo ficticio entre Teeteto y Sócrates pone de manifiesto (Popper 1954:162):

> *Teeteto:* Ahora escúchame con atención, porque lo que voy a proponerte es bastante complejo.
>
> *Sócrates:* Te prometo poner lo mejor de mi parte, Teeteto, en la medida en que me ahorres los detalles de tus avances en la teoría de los números, y hables en un lenguaje en el cual yo, un hombre común, pueda comprenderte.
>
> *T.:* La próxima pregunta que te formularé es una pregunta extraordinaria, aunque expresada en lenguaje común.
>
> *S.:* No necesitas advertirme, soy todo oídos.
>
> *T.:* ¿Qué dije entre tus dos últimas interrupciones, Sócrates?

3.3 El problema de la validez

La argumentación de Ross, para mostrar que la derivación según el cual el nuevo art. 88' (de la constitución danesa) es válido produce una contradicción, está presentada de forma que uno no sabe muy bien si es un razonamiento entre enunciados jurídicos o entre enunciados acerca del Derecho. En mi opinión, el razonamiento de Ross puede replantearse de la siguiente forma:

> 1) El art. 88 de la constitución danesa es válido (pertenece al Derecho danés).
>
> 2) Según el art. 88 de la constitución danesa, si el órgano O, mediante el procedimiento P, dicta una ley de reforma constitucional que incluye algún nuevo artículo n', entonces n' es válido.
>
> 3) El órgano O, mediante el procedimiento P, ha dictado una ley de forma constitucional que deroga el art. 88 y promulga un nuevo art. 88'.
>
> 4) Según el art. 88 de la constitución danesa, el art. 88 queda derogado y el art. 88' es válido.

---

[8] Recuérdese el ejemplo de Haack en la nota 6: puede presentarse una versión de la paradoja del mentiroso de la siguiente forma:

(1) El enunciado (2) es verdadero
(2) El enunciado (1) es falso.

Lo que Ross le parece «contradictorio» en este razonamiento es que según el art. 88 de la constitución, que es válido, ese mismo art. 88 sea inválido[9]. Pero Ross ha olvidado aquí, según algunos autores, la relevancia de los momentos temporales (vd. Hart 1964:176-177, Bulygin 1984:331, Raz 1972:420, Hoerster 1972:422 y Guibourg 1983:193). Según estos autores, teniendo presente la relevancia de los momentos temporales el argumento puede presentarse diluyendo la «paradoja»:

1) El art. 88 de la constitución danesa, es válido a partir del momento *t*.

2) Según el art. 88 de la constitución danesa, si el órgano O, mediante el procedimiento P, dicta una ley de reforma constitucional en el momento t_1, posterior a *t,* que incluya algún nuevo art. n', entonces n' es válido en t_1.

3) En el momento t_1, el órgano O, mediante el procedimiento P, dicta una ley de reforma constitucional que deroga el art. 88 y promulga el art. 88'.

4) Según el art. 88 de la constitución danesa, el art. 88 queda derogado en el momento t_1, (ha sido válido hasta t_1) y el art. 88' es válido en t_1, (es válido a partir de t_1).

Lo que sucede aquí es que el art. 88 ha autorizado a un órgano a dictar leyes de reforma constitucional y una de estas leyes ha derogado este art. 88, cuya validez ha durado desde el momento *t* hasta el momento t_1, De t_1 en adelante es válido el art. 88'. Aparentemente no hay nada de contradictorio en este razonamiento.

Sin embargo, en un punto la argumentación de Ross es atendible. Se trata de la cuestión de si es válida la disposición derogatoria [LR'].l ('Queda derogada [RC]'), planteada en el epígrafe 2.3. Dicho ahora en términos generales, ¿puede una disposición derogatoria D, cuya creación ha sido autorizada por la norma N, derogar N? En el supuesto que me ocupa, ¿puede la ley de reforma constitucional [LR'], derogar la disposición de reforma constitucional [RC] que le confiere validez?

En realidad, la descripción de la derogación de [RC] en atención a lo que he denominado principio dinámico del Derecho

[9] Claramente carecería de sentido una norma con el siguiente contenido: «Esta disposición queda derogada». Seguramente puede afirmarse con Jorgensen, que tales expresiones (a todas luces distintas de las expresiones que son disposiciones de reforma constitucional) no sólo carecen de sentido sino que ni siquiera son enunciados (un enunciado es una expresión bien formada con sentido completo).

sí produce una contradicción, incluso aceptando la relevancia de los momentos temporales. El principio dinámico debe (para contemplar los momentos temporales) reformularse de la siguiente manera:

> [PD'] Si D ([LR'].1) ha sido creada en el momento *t* y existe una norma N ([RC]) válida en *t* que autoriza la creación de D (en *t*), entonces D es válida en *t*.

Para describir la situación de la derogación de [RC], partimos de la premisa según la cual [RC] es válida en *t* y autoriza la creación de [LR'].1. Entonces, si se acepta [PD], [LR'].1 es válida en *t*. Sin embargo, según parece, el principio dinámico también permite explicar la derogación de disposiciones. Variando un poco el contenido de [PD] se obtiene:

> [PD'] Si una norma N ([RC]) ha sido derogada en el momento *t* por una norma D ([LR'].l), válida en t, entonces N es inválida en *t*.

De esta formulación se deduce que [RC] es inválida en *t,* una conclusión que contradice nuestra premisa inicial, como Ross afirmaba. Lo que tal vez olvidaba Ross es que la contradicción sólo se produce si se acepta el principio dinámico del Derecho. Esta explicación pone de manifiesto que tal principio es altamente cuestionable, porque, entre otras razones, produce contradicciones en la descripción de las normas vigentes (vd., al respecto, Hernández Marín 1989:393-396).

En cambio, no es contradictorio describir una situación existente en un ordenamiento tal que según una norma N otra norma D es válida en un momento t y según la norma D, N es inválida en ese mismo momento *t*. Con seguridad que es una situación altamente indeseable pero no imposible[10].

---

[10] Situaciones análogas a la anterior se producen en los ordenamientos (siendo calificadas, a veces, de contradicciones normativas): así cuando según una norma N la conducta C está prohibida y según otra norma N', la norma N es inválida; o bien, cuando según una norma N, los objetos de la clase C son calificados como F y según otra norma N', la norma N es inválida. Vd. alguna de estas situaciones tratadas como incompatibilidades lógicas por Peczenick 1989:419.

Por otra parte, Nino (1985:85) propone una reformulación distinta del razonamiento para salvar la contradicción (una reformulación que supone una interpretación de las normas de competencia como prescripciones, que considero inadecuada, vd. nota 2).

Describir sin contradicción la situación comentada no la libra del aire de paradoja, una paradoja que guarda semejanzas con alguna de las clásicas versiones de la paradoja del mentiroso, como la relatada por San Pablo en la «Epístola a Tito»:

> Dijo uno de ellos [Epiménides de Cnosos], su propio profeta: «Los cretenses, siempre mentirosos, malas bestias, panzas holgazanas». Verdadero es tal testimonio.

El razonamiento de San Pablo produce una contradicción si se reformula de la siguiente forma:

[1] Todos los enunciados pronunciados por los cretenses son falsos (todos los cretenses son mentirosos)

[2] [1] es un enunciado pronunciado por un cretense

[3] [1] es verdadero.

Como puede apreciarse, de [1] y [2] se deduce que [1] es falso y eso contradice la premisa [3], según la cual [1] es verdadero[11].

Por lo tanto, si contemplamos los argumentos de Ross en relación a la posibilidad de derogar válidamente la disposición de reforma constitucional vemos que Ross tenía parcialmente razón: por una parte, dicha cuestión guarda relación con alguna de las versiones clásicas de la paradoja del mentiroso (y, por lo tanto, con el tema de los enunciados autorreferentes) y, por otra parte, una descripción del mecanismo de la derogación en este supuesto que acepte el principio dinámico del Derecho produce una contradicción.

Con lo cual, como puede apreciarse, mi conclusión es idéntica a la de Ross: *no se puede válidamente reformar la disposición de reformas constitucional por el procedimiento establecido por ella misma*. Las razones, algo distintas de las expuestas por Ross, son

---

«1. Debe observarse toda norma dictada por un procedimiento establecido por una norma que debió observarse al momento de dictar la primera norma.

2. La norma A fue dictada por el procedimiento establecido por la norma B.

3. La norma B debió observarse en el momento de dictarse A.

4. A debe ser observada».

[11] Esta versión de la paradoja es distinta de la versión presentada anteriormente ("Este enunciado es falso"), puesto que en la versión paulina si se dijera que [1] es falso ello no produciría contradicción alguna: es posible que algunos cretenses digan la verdad y otros no. Lo que seguramente anda mal en este silogismo es que pueda usarse el predicado "falso" en la premisa [1] ("Todos los enunciados pronunciados por los cretenses son falsos") referido al propio enunciado [1]. Vd. la clásica solución de B. Russell (1919:222-238) a estos problemas mediante su teoría de los tipos.

las siguientes: por una parte, las disposiciones de reforma constitucional, entendidas como *reservas de constitución,* desautorizan como inválidas las normas dictadas conforme a esa disposición que deleguen la competencia para reformar la constitución y, por otra parte, la disposición que derogara la disposición de reforma constitucional introduciría una situación indeseable en el Derecho, semejante a la producida cuando nos hallamos ante disposiciones incompatibles (con el agravante de que carecemos de criterio alguno para resolver tal incompatibilidad).

Hasta ahora he supuesto que la expresión "la norma N es válida" significa "Existe una Norma N_1, que atribuye a N la cualificación de norma jurídica –perteneciente al Derecho–". Mas, como se sabe, la expresión "validez" es ambigua (vd. en este mismo contexto Bulygin 1984:331-332). Es posible que, en este ámbito, Ross use "validez" en el sentido de validez normativa (Bulygin 1984:334), esto es, el enunciado "la norma N es válida" significa "existe una norma N_1 que obliga a obedecer N'. Y también es posible que ello conduzca a Ross a sugerir la existencia de una norma básica del sistema (expresión de una ideología política o un hecho psicosociológico, Ross 1953:51) con el siguiente contenido (1969:24):

> N_0: Obedece a la autoridad instituida por el art. 88, hasta que esta autoridad designe un sucesor; entonces obedece a esta nueva autoridad hasta que ella misma designe a otro sucesor, y así indefinidamente.

Esta noción de validez en sentido normativo ha sido defendida con poderosos argumentos, por C.S. Nino[12]. Nino da un paso más y afirma (1985:85-86): «Todo juicio de validez tiene en última instancia un carácter moral; el sistema jurídico *no* es autosuficiente en cuanto a generar su propia validez». Una tesis que también J. Finnis (1973:73-76) parece compartir.

A mi juicio, no es necesaria (para describir el Derecho) una noción de validez en sentido normativo, es suficiente con la noción de validez como pertenencia al Derecho. No obstante, un defensor de la tesis contraria podría argüir que cuando él habla de la validez de una norma jurídica N, se refiere a las *razones que justifican* obedecer esa norma N. En mi opinión, esa es una cuestión distinta. Obviamente, en contextos de descripción de un

[12] Todo su libro *La validez del Derecho* (1985) (en el que se incluye su trabajo sobre la reforma constitucional) sustenta dicha tesis.

ordenamiento jurídico α, decir que la conducta A es obligatoria, significa que de acuerdo a α la conducta A es obligatoria (que hay una norma de α que obliga a hacer A). Ahora bien, si uno pregunta si, a pesar de que α obliga a hacer A, *está justificado* hacer A, entonces cabe pensar que su pregunta se refiere a una instancia extra-jurídica: si el sistema moral *β*, o el código religioso *β'*, prohíben hacer A, y esos son los sistemas que uno considera adecuados para justificar sus acciones, entonces hacer A no está justificado para él. La cuestión de la obligatoriedad de las acciones es siempre relativa a códigos de reglas (jurídicas, religiosas, morales, etc.). Esto no conlleva, según creo, que todo juicio de *validez* jurídica tenga en última instancia carácter moral, lo cual nos enredaría en alguna noción iusnaturalista de Derecho –como el mismo Nino parece reconocer: un concepto normativo de Derecho–[13].

4. La reforma constitucional en la Constitución Española de 1978

La Constitución Española de 1978 contiene dos artículos (el art. 167 y el art. 168) que prevén dos tipos de reforma constitucional: 1) el art. 167 prevé la reforma parcial, con un procedimiento (que llamaré procedimiento P)[14] menos complejo que el del art. 168 y 2) el art. 168 regula la reforma total y, también, la reforma de algunos artículos de la constitución considerados más importantes –o más necesitados de protección– con un procedimiento bastante complejo (que denominaré procedimiento Q)[15].

---

[13] Vd. la crítica, en este sentido, de G. R. Carrió (1990:398-391) a Nino.

[14] Art. 167 de la Constitución Española:

1. Los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada una de las cámaras. Si no hubiera acuerdo entre ambas, se intentará obtenerlo mediante la creación de una Comisión de composición paritaria de Diputados y Senadores, que presentará un texto que será votado por el Congreso y el Senado.

2. De no lograrse la aprobación mediante el procedimiento del apartado anterior, y siempre que el texto hubiere obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, el Congreso, por mayoría de dos tercios, podrá aprobar la reforma.

3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras.

[15] Art. 168 de la Constitución Española:

1. Cuando se propusiere la revisión total de la constitución o una parcial que

Algunos constitucionalistas españoles han prestado atención al problema de la reforma de las disposiciones de reforma constitucional referido a la constitución vigente en España actualmente. Voy a ocuparme aquí, en concreto, de la posición de P. de Vega (1985:277-283) e I. de Otto (1987:66-67)[16].

P. de Vega ha sostenido una posición que, según creo, puede ser asimilada a la mantenida en este trabajo. Al respecto ha escrito (1985:277):

> Representaría un enorme contrasentido y un descomunal despropósito, política y jurídicamente inadmisibles, que el poder de reforma, que basa su competencia en la propia constitución y que, como ya expusimos, es un poder limitado, tuviera la capacidad, a través de la modificación de las normas que regulan el procedimiento de reforma, de convertir una constitución rígida en una flexible. Por eso, no son pocos los autores que consideran irreformables y auténticas cláusulas de intangibilidad, implícitas en la lógica del ordenamiento constitucional, a las normas de procedimiento.

El autor defiende esta posición con los argumentos de A. Ross (que ya conocemos) y de A. Merkl (1917:129-145 y 1923:240 y ss.). Merkl, por una parte, señala que la inmodificabilidad de las disposiciones de reforma representa un principio *normológico* (1917:141), aunque nunca explica detalladamente qué entiende por tal y, por otra parte, Merkl sostiene que las normas de procedimiento constituyen la *Derogationsnorm* de las demás disposiciones constitucionales, esto es, las normas que otorgan competencia para la reforma, y como no hay otra norma que sirva como fundamento de la derogación de la disposición de

---

afecte al título preliminar, al capítulo segundo, sección primera del título I, o al título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes.

2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras.

3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación.

[16] J. Pérez Royo (1987) ha escrito una interesante monografía sobre el tema de la reforma constitucional, pero no se ocupa de esta cuestión. Sin embargo, la importancia que concede al lugar de las leyes de reforma constitucional en el ordenamiento jurídico español (1984:37-43) indica, según creo, un camino adecuado para el tratamiento del tema. En este lugar Pérez Royo insiste en el lugar de subordinación que las leyes de reforma constitucional tienen en el ordenamiento español en relación a la constitución.

reforma, entonces esta es irreformable. Para Merkl, la disposición de reforma (la *Derogationsnorm*) con su permanencia garantiza la identidad del ordenamiento normativo (1923:239).

Esta última frase de Merkl junto con la apelación de P. de Vega al poder constituyente derivado como poder limitado sugieren una vía que he tratado de explicitar en mi interpretación de estas disposiciones. ¿Qué significa que el poder constituyente derivado es un poder limitado? Significa, entre otras cosas, que *no puede delegar la competencia* de reforma en otro órgano (además, obviamente, de que ha de atenerse al procedimiento fijado por el poder constituyente originario). ¿Qué significa que la disposición de reforma garantiza la identidad del ordenamiento normativo? Significa que si se cambia esa norma –delegando el poder de reforma en otro órgano– se ha emitido una norma inválida según la norma de reforma y, por tanto, se ha originado una nueva cadena de validez –se dice, a veces que se ha cambiado de orden jurídico–. La apelación de Merkl a la disposición de reforma constitucional como la irreformable *Derogationsnorm* del ordenamiento, puede ser entendida en el sentido de que parece cuestionable la posibilidad de que una norma D derogue la norma N que autoriza su creación, como he tratado de mostrar en el epígrafe 3.3.

La posición de 1. de Otto es más compleja. I. de Otto, aparentemente de acuerdo con los argumentos de Ross, sostiene la siguiente tesis general:

> La norma que confiere un poder de reforma no puede servir de fundamento a la norma que establece otro poder de reforma. (1987:66).

Este argumento es perfectamente acorde con mi interpretación de las disposiciones de reforma: la misma disposición que confiere competencia a un órgano para reformar la constitución, le priva de competencia para delegar la competencia de reforma.

Esta tesis es aplicada al supuesto de la reforma del art. 167 mediante el procedimiento P (el procedimiento que el mismo art. establece):

> Ningún precepto constitucional permite... excluir al art. 167 del principio de que una norma no puede aplicarse a sí misma, de modo que sería inconstitucional reformar el art. 167 mediante el procedimiento que dicho artículo prevé. (1987:67).

Pero, al referirse al supuesto de reforma del art. 168, mediante

el procedimiento Q establecido por el mismo, I. de Otto cambia su línea argumentativa y sostiene que dicha reforma es posible. Su argumentación es como sigue:

> La expresa previsión de la posibilidad de una revisión total, mencionada por el art. 168 como hipótesis de aplicación del procedimiento agravado, obliga a considerar que el derecho positivo permite implícitamente que mediante el procedimiento del art. 168 se reforme ese mismo artículo, por ejemplo para disminuir la excesiva complejidad del procedimiento, lo que sería por otra parte muy conveniente. Ello no quiere decir que la constitución imponga una solución lógicamente insostenible –lo que podría perfectamente hacer, por otra parte– sino que el precepto debe ser interpretado por su alusión a la reforma total, como una norma en virtud de la cual se habilita el poder constituyente constituido para decidir acerca de la constitución y acerca también del propio procedimiento de reforma. Así interpretado el precepto, la norma básica del ordenamiento jurídico es que la constitución española tiene el contenido que deriva del poder establecido por el art. 168 o cualquier otro en que dicho poder delegue. (1987:67).

Esta argumentación parece contradecir la tesis general sustentada por el autor. Ahora parece que la disposiciones de reforma constitucional también conceden competencia para delegar la competencia de reforma (al menos, los preceptos que hacen referencia a la reforma total).

En relación a ello, puedo decir que mi interpretación de las disposiciones de reforma permite aclarar la cuestión en mayor medida que la apelación del autor a la norma básica del sistema (siguiendo la oscura argumentación de Ross respecto a la suposición de una Norma_0): si este tipo de disposiciones se entienden como *reservas de constitución* entonces no está autorizada su reforma –es la interpretación que sostendría I. de Otto para el art. 167–, si no se entienden como *reservas de constitución* entonces está autorizada su reforma –es la interpretación sostenida por I. de Otto para el art. 168.

La afirmación del autor según la cual la constitución podría imponer una solución lógicamente insostenible merece algún comentario (permitáseme decir, por otra parte, que las apelaciones a la lógica en el contexto de esta cuestión acostumbran a pecar de una excesiva ligereza). Es cierto que una autoridad normativa puede ordenar comportamiento que no pueden, por razones

lógicas, ser cumplidos –tal vez sea esto lo que I. de Otto quiere decir–; por ejemplo, si una autoridad normativa A dicta la siguiente norma: "Obligatorio fumar y obligatorio no fumar" entonces es imposible cumplir esa orden por razones lógicas. Es lógicamente imposible que haya un estado de cosas en el mundo tal que un individuo fume y no fume (en el mismo momento). Sin embargo, puede decirse que este tipo de normas son sumamente defectuosas y la autoridad que las dicta podría ser tildada, sin lugar a dudas, de irracional.

Por otra parte, I. de Otto (1987:66) añade que mediante el procedimiento Q del art. 168 puede reformarse válidamente el art. 167, pero que mediante el procedimiento P del art. 167 no puede reformarse el art. 167 al art. 168: «se estaría alterando la relación que subordina el art. 167 al art. 168 y resultaría un patente fraude al sistema de reforma». En este último punto, parece tener razón el autor. Sin embargo, esta relación de subordinación entre ambos artículos habría debido ser establecida por el constituyente, por ejemplo dejando explícitamente fuera del alcance de la reforma del art. 167 junto con el título preliminar, el cap. segundo sección primera del libro I y el título II, el propio art. 168. Como no es así el argumento de I. de Otto parece más una recomendación de *lege ferenda* que una argumentación de *lege lata*.

En conclusión, si mi interpretación de las disposiciones de reforma constitucional es adecuada, entonces ni el art. 167 ni el art. 168 pueden válidamente reformarse utilizando los procedimientos P y Q, respectivamente. Ahora bien, teniendo en cuenta que la interpretación jurídica es una actividad que atribuye sentido a los enunciados jurídicos, de acuerdo a los usos del lenguaje común y del lenguaje (más técnico) de los juristas; y a la vista de que estos enunciados son interpretados en algunas ocasiones como *reservas de constitución* y en otras son interpretados como normas de competencia que no establecen una reserva de constitución, podría tal vez concluirse que las disposiciones de reforma constitucional son, en realidad, enunciados ambiguos, que tienen ambos sentidos alternativamente. Ello podría llevarnos a recomendar, en sede de técnica legislativa, que –en la medida de lo posible– se atenuara esa ambigüedad. Eso es lo que hace, como señala P. de Vega (1985:282), la constitución del land del Palatinado del Rin, cuando en su art. 129.3 prohíbe expresamente (rechaza como inválida) la revisión de las normas de reforma. Esta posibilidad evitaría, por otra parte, el problema planteado por la cuestión de la derogación de las disposiciones de reforma, problema que debería ser resuelto aún en el caso en que dichas disposiciones no se interpreten como *reservas de constitución*.

BIBLIOGRAFÍA

Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio (1974): *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales,* Buenos Aires. Astrea.

Bulygin, Eugenio (1982): «Time and Validity» en A.A. Martino (ed.), *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Informatic Systems,* Amsterdam-New York-Oxford: North-Holland, 65-81.

Bulygin (1984): «La paradoja de la reforma constitucional» en *Revista de Ciencias Sociales. Univ. de Valparaíso (Chile). Alf Ross. Estudios en su homenaje,* 329-336.

Bulygin (1988): «On Norms of Competence» en *Conference about Rights and the Philosophy of Law: Legal, Moral and Political Questions,* help at the University of Miami, Coral Gables, Florida, March 25-27, 1988 (versión mecanografiada de la ponencia aún no publicada).

Carrió, Genaro R. (1990): «Un intento de superación de la controversia entre positivistas y jusnaturalistas (Réplica a Carlos S. Nino)» en *Notas sobre Derecho y Lenguaje,* Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 375-409.

Cruz Villalon, Pedro (1983): «¿Reserva de Constitución?» en *Revista española de Derecho Constitucional,* 3:1985-208.

Finnis, John (1973): «Revolutions and Continuity of Law» en A.W.B. Simpson (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence. Second Series,* Oxford: Oxford University Press, 44-76.

Garzón Valdés, Ernesto (1983): «Acerca de las limitaciones jurídicas del soberano» en E. Bulygin-M.D. Farrell-C.S. Nino-E.A. Rabossi (comps.): *El lenguaje del Derecho. Homenaje a G. R. Carrió,* Buenos Aires. Abeledo Perrot, 157-180.

Godel, Kurt (1931): «Sobre sentencias formalmente indecidibles de *Principia Mathematica* y sistemas afines» en *Obras completas,* introducción y traducción de J. Mosterín. Madrid. Alianza, 1981, 55-90.

Guastini, Ricardo (1982): «Problemi d'analisi del linguaggio normativo» en Alf Ross, *Critica del diritto e analisi del linguaggio,* Bolonga. Il Mulino, 47-69.

Guibourg, Ricardo A. (1983): «La autorreferencia normativa y la continuidad constitucional» en E. Bulygin-M.D. Farrell-C.S. Nino-E.A. Rabossi (comps.): *El lenguaje del Derecho. Homenaje a G.R. Carrió,* Buenos Aires. Abeledo Perrot, 181-196.

Haack, Susan (1978): *Filosofía de las lógicas,* trad. de A. Antón y T. Orduña, Madrid. Cátedra, 1982.

Hart, H.L.A. (1964): «Self-Referring Laws» en *Essays in Jurisprudence and Philosophy,* Oxford: Oxford University Press, 1983, 170-178.

Hernández Marín, Rafael (1984): *El derecho como dogma,* Tecnos. Madrid.

Hernández Marín, Rafael (1989): *Teoría general del derecho y de la ciencia jurídica,* Barcelona. P.P.U.

Hoerster, Norbert (1972): «On Alf Ross's Alleged Puzzle in Constitutional Law» en *Mind* 81:422-426.
Jorgensen, Jorgen (1953): «Some Reflections on Reflexivity» en *Mind* 62:289-300.
Merkl, Adolf (1917): «L'immodificabilità delle leggi, principio normológico» en *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi,* a cura di C. Geraci, Milano. Giuffrè, 1987, 129-145.
Merkl, Adolf (1923): *Die Lehre von der Rechtskraft,* Leipzig.
Nino, Carlos S. (1980): *Introducción al análisis del Derecho,* Buenos Aires. Astrea.
Nino, Carlos S. (1985): «Puede un sistema jurídico generar su propia validez» en *La validez del Derecho,* Buenos Aires. Astrea, 69-88.
Otto, Ignacio de (1987): *Derecho constitucional. Sistema de fuentes.* Barcelona. Ariel.
Peczenick, Aleksander (1989): *On Law and Reason,* Dordrecht-Boston-London: Kluwer Academic Publishers.
Pérez Royo, Javier (1984): *Las fuentes del Derecho.* Madrid. Tecnos.
Pérez Royo, Javier (1988): *La reforma constitucional,* Madrid. Publicaciones del Congreso de los Diputados.
Popper, Karl R. (1954): «Self-Reference and Meaning in Ordinary Language» en *Mind* 63:162-169.
Raz, Joseph (1972): «Professor Alf Ross and Some Legal Puzzles» en *Mind* 81:415-421.
Ross, Alf (1953): *Sobre el Derecho y la Justicia,* trad. de G.R. Carrió, Buenos Aires. Eudeba, 1963.
Ross, Alf (1969): «On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law» en *Mind* 78:1-24.
Russell, Bertrand (1919): «La filosofía del atomismo lógico», versión castellana de J. Muguerza en J. Muguerza (comp.), *La concepción analítica de la filosofía,* Madrid. Alianza Ed., 1981, 139-251.
Vega, Pedro de (1985): *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente,* Madrid. Tecnos.
Wright, Georg Henrik von (1963): *Norma y acción. Una investigación lógica,* trad. de P. García Ferrero, Madrid. Tecnos.

LA DEROGACIÓN DE NORMAS EN LA OBRA DE HANS KELSEN

INTRODUCCIÓN

Este trabajo versa sobre la derogación de normas. Con él, pretendo iniciar un estudio sobre una institución por la que me parece que pasan, de una manera u otra, todos los problemas relevantes que se le presentan a una teoría del Derecho normativista. Pero este trabajo versa también sobre Kelsen. En realidad, he acudido a este autor de las dos formas en que se suele acudir a los clásicos: una, utilizándolos como fuente de aprendizaje y de inspiración; y, otra, haciendo de sus obras el objeto de conocimiento mismo, esto es, analizando su evolución y su consistencia, y pretendiendo desentrañar su verdadero pensamiento a propósito de los puntos más oscuros. Así, en primer lugar, he procurado extraer de Kelsen un primer esbozo del mapa de problemas que una teoría de la derogación debe afrontar; y, en segundo lugar, he intentado intervenir en la discusión a propósito de si entre el «Kelsen del 60» y el «último Kelsen» se produce una ruptura radical o si, por el contrario, se trata del «mismo Kelsen» aunque puedan apuntarse matizaciones, rectificaciones e incluso cambios no radicales.

Es claro que en la segunda edición de la *Teoría pura del Derecho* no hay ni una teoría explícita de la derogación ni un tratamiento más o menos exhaustivo de la misma. Basta con echar una ojeada a esta obra para comprobar que son contadísimas las alusiones a la derogación y que éstas se producen siempre al hilo de otras cuestiones que son las que realmente preocupan a Kelsen. Esta «laguna», que en principio no parece que pueda ser criticada, porque un libro se ocupa de lo que se ocupa y no de otras cosas, sí resulta, sin embargo, sorprendente. En la *Teoría pura* se abordan muchos problemas en los que parecería a primera vista que la derogación debería jugar un papel central. Estoy pensando, por ejemplo, en cuestiones tales como la caracterización

del orden jurídico como un sistema normativo dinámico, el estudio de los procesos de adquisición y pérdida de validez de las normas, el análisis de la legislación dentro de la «construcción escalonada del orden jurídico», etc. En definitiva, casi todos los problemas abordados en la parte relativa a la «Dinámica jurídica» dan pie para estudiar de manera sistemática la derogación, pero Kelsen no lo hace. Su interés por la derogación sólo aparecerá más adelante en el tiempo.

A pesar de ello, esto es, a pesar de la inexistencia de una teoría de la derogación en el Kelsen de la *Teoría pura,* en la primera parte de este trabajo voy a tratar de extraer sus opiniones sobre la derogación a partir de responder a las tres preguntas siguientes: 1. ¿Qué es la derogación? 2. ¿Qué tipo de normas son las normas derogatorias? 3. ¿Qué relación hay entre derogación y conflicto de normas?

A diferencia de lo que ocurre en la segunda edición de la *Teoría pura,* en obras posteriores a 1960[1] Kelsen presenta de manera explícita una teoría de la derogación. Así, en la segunda parte de este trabajo, voy a tratar de exponer esta teoría y de mostrar cómo no puede hablarse de un cambio radical en las opiniones de Kelsen sobre esta institución. Para facilitar la comparación voy a seguir la misma estrategia que en la primera parte, es decir, exponer las opiniones de Kelsen a partir de responder a las mismas tres preguntas.

I. LA DEROGACIÓN EN LA SEGUNDA EDICIÓN DE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

1. ¿Qué es la derogación?

1.1 *La derogación consiste en la "eliminación" de la validez de una norma por otra.*

Escribe Kelsen:

> «Así como una norma jurídica puede limitar el dominio de validez de otra, también puede eliminar completamente la validez de otra. También esas normas derogatorias son

[1] Me refiero a Kelsen, H.: «Derogation», en *Essays in Legal and Moral Philosophy,* selección e introducción de O. Weinberger, Ed. Reidel, Dordrecht, 1973, pp. 261 y ss.; *Derecho y Lógica,* trad. de Ulises Schmill y Jorge Castro, UNAM, México, 1978; y *Teoria generale delle norme,* ed. de Mario G. Losano, trad. de Mirella Torre, Einaudi, Torino, 1985.

normas no independientes, que sólo pueden ser entendidas conjuntamente con otras que estatuyen actos coactivos[2]».

De la lectura de este párrafo –y dejando para más adelante las referencias a las limitaciones del dominio de validez de una norma por otra norma, por un lado, y a las normas no independientes, por otro– pueden extraerse dos ideas básicas sobre la derogación. La primera es la definición kelseniana de derogación. A partir de ella, (a) derogar es eliminar la validez de una norma por medio de otra norma, y de la afirmación mil veces repetida por Kelsen de que (b) la validez de una norma es su existencia específica podemos concluir que © la derogación es un procedimiento para eliminar la existencia de normas. La segunda idea es que la eliminación deliberada de normas, esto es, la eliminación de normas mediante normas de creación deliberada cae dentro de lo que para este autor es derogación. De hecho, ésta es la referencia más clara de la expresión «norma derogatoria». Hasta aquí no hay nada particularmente problemático[3], ni tampoco especialmente interesante. Podría decirse que estas dos ideas constituyen simplemente lugares comunes sobre la derogación.

A partir de estas dos ideas, la cuestión que se impone resolver es la de ver si otras formas de pérdida de validez de una norma, distintas de la edición deliberada de una norma derogatoria, son también para Kelsen supuestos de derogación. En particular, interesa detenerse en dos de ellas: por un lado, en la mal llamada, en opinión de Kelsen, «declaración de nulidad» y, por otro, en la pérdida de eficacia. Aquí, en este epígrafe, sólo voy a ocuparme de la segunda de ellas. La primera, «la declaración de nulidad», será objeto de estudio en el marco de los conflictos de normas.

---

[2] Kelsen, Hans: *La teoría pura del Derecho* (trad. de Roberto J. Vernengo). ed. UNAM, México, 1982, p. 68.

[3] Naturalmente, esta afirmación debe entenderse exclusivamente circunscrita a lo que a la derogación se refiere. Como es sabido, la práctica totalidad de categorías kelsenianas, y entre ellas, sin duda, la de validez, han generado una extensa literatura, pues todas ellas resultan altamente problemáticas. En este trabajo, sin embargo, aunque voy a referirme a muchas de esas categorías, no me detendré para dar cuenta de su problematicidad salvo en el caso de que resulte imprescindible para entender las opiniones de Kelsen sobre la derogación.

1.2. *Derogación y pérdida de eficacia: ¿Hay diferencia entre "matar" y "dejar morir"?*

Como es bien sabido, Kelsen distingue entre validez y eficacia de una norma. La validez, que no es algo que ocurra en el mundo del «ser», es la forma específica de existencia de la norma[4] y tiene cuatro «dominios»: espacial, temporal, personal y objetivo (o material)[5]. La eficacia, por el contrario, radica en que la norma sea aplicada (que los jueces apliquen la sanción prevista para la conducta ilícita) y obedecida o acatada (que los ciudadanos cumplan con la obligación que de la norma se deriva) en la realidad[6]. Asimismo, Kelsen sostiene que entre validez y eficacia se da una cierta relación: «la eficacia es condición de la validez (de la conservación de la validez) en la medida en que la eficacia debe aparecer para que la norma no pierda su validez»[7]. Es decir, la validez y la eficacia son conceptualmente distintas y además no coinciden en el tiempo (una norma puede ser válida antes de que haya podido llegar a ser eficaz), pero la segunda se configura como condición de la conservación de la primera. Para ilustrar esta relación entre validez y eficacia Kelsen recurre a la siguiente figura:

> «Una condición no puede ser idéntica con lo que condiciona. Así, un hombre, para vivir [validez de la norma], tiene que haber nacido [instauración de la norma]; pero para permanecer en vida, debe satisfacerse otras condiciones, como, por ejemplo, debe recibir alimentos [eficacia]. Si esa condición no es cumplida, perderá su vida. Pero la vida no se identifica ni con el nacer, ni con el alimentarse»[8].

Como vemos, pues, para Kelsen la pérdida de eficacia de una norma es una forma de perder su validez. La cuestión, como ya he dicho anteriormente, es averiguar qué relación existe entre las dos formas de perder validez aquí contempladas: la derogación mediante la edición de una norma derogatoria y la pérdida de eficacia. La respuesta de Kelsen sobre este particular va a ser clara y rotunda: la pérdida de validez de una norma mediante su pérdida de eficacia, la llamada desuetundo, es un caso de

---

[4] Kelsen, Hans: *La teoría pura...,* ob. cit., p. 23.
[5] *Ibidem,* pp. 26 y ss.
[6] *Ibidem,* p. 24.
[7] *Ibidem,* p. 25.
[8] *Ibidem,* p. 223. Los corchetes son míos.

derogación de una norma por otra. En este sentido escribe sin dejar lugar a dudas:

> «La *desuetudo* es una suerte de costumbre negativa, cuya función esencial reside en eliminar la validez de una norma existente. Si la costumbre, en general, es un hecho productor de Derecho, entonces también el Derecho escrito puede ser derogado por un Derecho consuetudinario. Si la eficacia, en el sentido desarrollado arriba, es condición de la validez, [...] entonces la función productora de Derecho de la costumbre no puede ser excluida por la legislación escrita, por lo menos en la medida en que se tome en cuenta la función negativa de la *desuetudo*»[9].

En este punto podría decirse, siguiendo con la metáfora de la vida antes expuesta, que, en materia de pérdida de validez, Kelsen no observa ninguna diferencia entre «matar» y «dejar morir» a una norma. Tan derogación es acabar con la validez de una norma mediante otra norma «conscientemente impuesta», esto es, «matando» a la norma anterior, como acabar con su validez por falta de aplicación y obediencia, esto es, «dejándola morir». Pero el alcance de esta opinión de Kelsen va más allá de la simple ampliación de los límites normalmente aceptados del concepto de derogación.

Como causa de esta visión de la derogación está la idea de que la costumbre es una «fuente» necesaria de Derecho y como consecuencia de ella la de que dentro de un ordenamiento no cabe hablar de normas inderogables o, dicho en términos más fuertes, que la no existencia de normas inderogables es una característica necesaria de cualquier sistema jurídico.

1. 3. *La costumbre es una fuente "necesaria" de Derecho y no existen normas inderogables*

Conviene, como cuestión previa, aclarar que por fuente «necesaria» de Derecho entiendo aquella fuente que está presente en todos los ordenamientos jurídicos y que no puede ser positivamente excluida (esto es, excluida mediante la edición de normas positivas) de ninguno de ellos[10].

---

[9] *Ibidem,* p. 224.

[10] En este punto, tal vez no esté de más recordar que, para Kelsen, la legislación no goza de ese carácter de necesariedad. Así, por ejemplo, para

Según Kelsen, para que un acto presuntamente creador de Derecho pueda ser considerado como tal debe reunir básicamente dos condiciones. La primera es que el sentido subjetivo de ese acto sea el de crear una norma, esto es, el de exigir, permitir o autorizar una determinada conducta[11]. La segunda es que esa norma (ese sentido subjetivo) pueda ser interpretada como objetivamente jurídica. Ello quiere decir que debe ser el resultado de un acto conforme con la norma superior que lo autoriza. En otras palabras: esa norma tiene que ser jurídicamente válida y su validez tiene que provenir, en última instancia, de la norma básica[12].

Pues bien, siguiendo esta idea general respecto de los actos creadores de Derecho, Kelsen se refiere a la costumbre dando la impresión de que no hay una diferencia sustancial entre las condiciones de validez de ésta y la de otras formas de creación jurídica:

> «... con la costumbre que los individuos constituyen con su actuación, surge la voluntad colectiva de que así debe uno comportarse. Entonces, el sentido subjetivo del hecho constitutivo de la costumbre es un deber; el sentido de que de ese modo debe uno comportarse según costumbre. En tanto norma jurídica válida objetivamente, el sentido subjetivo del hecho consuetudinario sólo puede ser interpretado en tanto el hecho así caracterizado es instaurado en la constitución como un hecho productor de normas»[13].

Las dos condiciones de todo acto creador de Derecho a las que antes me refería parecen, pues, ser también exigidas por Kelsen en relación con la costumbre: el sentido subjetivo del hecho consuetudinario es un deber, y su sentido objetivo proviene de su reconocimiento en la constitución. Hasta aquí todo parece indicar que, como el resto de fuentes, la costumbre es meramente contingente. El problema surge porque, cuando Kelsen alude a la constitución, en realidad se refiere tanto a la constitución en sentido jurídico-positivo como en sentido lógico-jurídico (norma básica). El siguiente párrafo, por ejemplo, es una buena prueba de ello:

Kelsen la habitual articulación en tres niveles (constitución, legislación y procedimientos judiciales y administrativos) «no es inevitable. Es posible que la constitución no prevea ningún órgano legislativo [...]». *Ibidem,* p. 235.

[11] *Ibidem,* p. 65.

[12] *Ibidem,* p. 63.

[13] *Ibidem,* p. 236.

> «...el Derecho consuetudinario sólo puede ser aplicado por los órganos de aplicación del Derecho, cuando puede considerarse que esos órganos están facultados para ello. Si tal autorización no estuviera concedida por la constitución, en sentido jurídico-positivo [...], entonces, debería considerarse conforme a Derecho la aplicación del Derecho consuetudinario [...], sólo de admitirse que la instauración de la costumbre como un hecho productor de Derecho se ha cumplido ya en la norma fundante básica, como constitución en sentido lógico-jurídico. Es decir, tiene que darse por presupuesta una norma fundante básica que no sólo establezca como hecho productor de Derecho al hecho constituyente, sino también al hecho de una costumbre calificada»[14].

Parece, pues, que, según Kelsen, caben sólo dos posibilidades: Primera, que la constitución jurídico-positiva reconozca el hecho consuetudinario como hecho productor de Derecho. En este caso, el contenido de la norma básica se limitaría a reconocer el hecho constituyente como hecho jurídico. Segunda, que la constitución no reconozca o no autorice la costumbre. En este segundo caso, dirá Kelsen, hay que presuponer que el reconocimiento del hecho consuetudinario proviene directamente de la norma básica. Pero, en realidad, Kelsen va a ir más allá y acabará sosteniendo, a propósito de la costumbre, dos tesis bastante antiintuitivas: a) la costumbre tiene una competencia derogatoria universal, b) ninguna norma jurídico-positiva, salvo –como se verá más adelante– las normas individuales dictadas por los tribunales, puede limitar el contenido de las normas consuetudinarias. Estas dos tesis están relacionadas con la idea de que la validez de la costumbre proviene básicamente de su eficacia. Y ello sólo encaja en el esquema kelseniano presuponiendo que la norma básica reconoce como hecho productor de Derecho al hecho consuetudinario.

Escribe Kelsen a propósito de lo que he llamado la competencia derogatoria universal de la costumbre:

> «El Derecho legislado y el Derecho consuetudinario se derogan recíprocamente según el principio *lex posterior*. Mientras, sin embargo, que una norma constitucional, en sentido formal, no puede ser eliminada o enmendada por una ley simple, sino sólo mediante una norma de nivel constitucional, el Derecho consuetudinario tiene efecto derogatorio también con respecto de una norma constitucional formal,

[14] *Ibidem,* p. 236.

hasta con respecto de la norma constitucional que expresamente excluya la aplicación del Derecho consuetudinario»[15].

A propósito de la segunda tesis, que ninguna norma jurídico-positiva puede limitar el contenido de las normas consuetudinarias, puede leerse:

«[...] la constitución no puede excluir determinado contenido de las normas producidas consuetudinariamente, puesto que la constitución misma –inclusive la constitución escrita, en sentido formal– puede ser modificada por normas jurídicas producidas consuetudinariamente[16]».

En el fondo, lo que Kelsen está haciendo con esta visión de la costumbre es intentar integrar dentro de la teoría pura un evento irregular en la vida del Derecho. Me refiero al caso de desobediencia e inaplicación generales de una norma jurídica. La estrategia kelseniana en este caso es semejante a la que sigue con respecto a otros fenómenos irregulares y consiste en presuponer que la norma básica les confiere validez jurídica. Se ha escrito bastante sobre las consecuencias «disolutorias» que para la teoría pura tiene esta estrategia argumentativa y sobre ellas volveré más adelante. Ahora me interesa únicamente resaltar que esta forma de entender la costumbre (esto es, relacionándola, al menos en su vertiente negativa, con la desuetudo e integrando dentro de esta última los fenómenos de desobediencia e inaplicación generales de una norma) lleva de manera ineludible a la conclusión de que no existen normas inderogables en el interior del ordenamiento jurídico.

1.4. *¿En qué momento se produce la derogación de una norma por pérdida de eficacia?*

Si, como hemos visto, la pérdida de validez de una norma por falta de eficacia o desuetudo no es, en opinión de Kelsen, otra cosa que el efecto derogatorio de la costumbre, entonces la pregunta acerca de en qué momento se produce dicha pérdida de validez no es otra que la pregunta acerca de en qué momento puede decirse que existe (es válida) la norma consuetudinaria.

Kelsen, siguiendo a la doctrina tradicional, considera que el

---

[15] *Ibidem,* p. 237.
[16] *Ibidem,* p. 242.

hecho consuetudinario se reconoce a partir de las tres condiciones siguientes:

> «[...] en cuanto los hombres pertenecientes a una comunidad jurídica se comportan bajo ciertas condiciones iguales, en manera determinada igual; en que ese comportamiento se produce durante un tiempo suficientemente largo; que de ese modo, con la costumbre que los individuos constituyen con su actuación, surge la voluntad colectiva de que así debe uno comportarse»[17].

Esto es, generalidad, duración por un tiempo suficientemente largo y voluntad colectiva (u *opinio iuris* u *opinio necesitatis*). Aquí no voy a entrar a criticar la vaguedad de estas tres condiciones[18] porque, vagas o no, nuestro interés está en la incorporación de la costumbre al ordenamiento y, en este punto, la opinión de Kelsen es clara: «la pregunta de si efectivamente se ha dado el hecho de una costumbre productora de Derecho, sólo puede ser resuelta por el órgano de aplicación del Derecho». La costumbre «sólo se convierte en norma jurídica a través de su reconocimiento por el tribunal que la aplica», lo que supone que «las normas del Derecho consuetudinario son producidas solamente por los tribunales». Pero esta relación de los tribunales «con las normas del Derecho consuetudinario, no es distinta a la que tienen con las normas del Derecho legislado», puesto que el juez siempre tiene que resolver los problemas de la determinación del Derecho; en cualquier caso tiene que «establecer la existencia de la norma aplicable»[19]. Esta determinación del Derecho –tanto el legislado como el consuetudinario– por parte del juez tiene un carácter constitutivo: «El hecho [productor de Derecho] vale a partir del momento establecido por el órgano de aplicación, y no justamente a partir del momento en que el órgano [edictor, esto es, el legislador o la comunidad de sujetos sometidos al orden jurídico] lo establece», aunque esta determinación constitutiva «se produce con fuerza retroactiva»[20].

Si conectamos todo esto con lo visto anteriormente a propósito de la competencia derogatorio universal de la costumbre, estaremos en condiciones de entender una idea aceptada por

---

[17] *Ibidem,* p. 236.

[18] Para una exposición y crítica de la costumbre en la teoría pura, véase Ricardo A. Guibourg: *Derecho, sistema y realidad,* ed. Astrea. Buenos Aires, 1986, pp. 27 y ss.

[19] Kelsen, Hans: *La teoría pura...,* ob. cit., p. 238.

[20] *Ibidem,* p. 238.

Kelsen y que apunta hacia el más radical de los judicialismos. Me refiero a que, según Kelsen, la validez del Derecho consuetudinario se encuentra limitada exclusivamente por las normas individuales que representan las sentencias judiciales[21].

2. ¿Qué tipo de normas son las normas derogatorias?

2.1. *Las normas derogatorias son normas no independientes*

Como hemos tenido ocasión de ver, según Kelsen, las normas derogatorias, esto es, las que eliminan completamente la validez de otra norma, son normas no independientes[22]. En este punto, se impone aclarar las dos cuestiones siguientes: ¿qué cabe entender por normas derogatorias en el contexto en que se producen estas afirmaciones kelsenianas? y ¿qué quiere decir y qué consecuencias tiene que esas normas sean caracterizadas por Kelsen como no independientes?

En relación con lo primero, aunque Kelsen no precisa el sentido en que utiliza la expresión «normas derogatorias», creo que puede afirmarse que se refiere a las normas que se expresan a través de lo que usualmente se denomina una cláusula derogatoria expresa. Es decir, a las normas que se expresan en fórmulas como la siguiente: «queda derogada(o) la ley X, o el titulo Z de la ley Y, o el artículo W de la ley R, etc.». La razón de ello radica en que éste es el único caso en que la derogación no se produce por incompatibilidad entre normas (conflicto de normas) y por aplicación del principio *lex posterior*. No hay conflicto de normas entre la norma derogatoria, en el sentido expuesto, y la norma derogada, entre otras cosas, porque, como se verá algo más adelante, según Kelsen, los conflictos de normas, si es que puede hablarse de tales, se dan sólo entre normas independientes.

2.2. *La teoría de la norma jurídica no independiente*

En la teoría pura, Kelsen caracteriza al orden jurídico como un orden de la conducta humana[23], coactivo[24] y normativo[25].

---

[21] *Ibidem,* pp. 238 y 239.
[22] Véase supra cita 2.
[23] *Ibidem,* p. 46.
[24] *Ibidem,* pp. 46 y 47.
[25] *Ibidem,* p. 57.

Junto a ello, Kelsen sostiene que al ser concebido el orden jurídico como un orden coactivo, la norma jurídica tiene que o bien estatuir un acto coactivo o bien estar en una relación esencial con una norma que lo estatuya porque en otro caso la norma no podría ser interpretada como objetivamente jurídica. A partir de esta idea, Kelsen articula la distinción entre normas jurídicas independientes y normas jurídicas no independientes[26]. Las primeras son las que establecen una conducta como obligatoria al estatuir la conducta contraria como condición para una sanción; y son independientes porque ellas participan de la propiedad que caracteriza al orden jurídico y que es tomada como relevante para la construcción de esta distinción, esto es, la nota de la coactividad. Frente a estas normas independientes, Kelsen habla de normas jurídicas no independientes. Su carácter de no independientes les viene de que ellas no participan de la referida propiedad del orden jurídico y, por tanto, necesitan estar en una relación esencial con una norma que estatuya un acto coactivo. Si no pudiera verificarse esa relación esencial, la norma no podría ser interpretada como objetivamente jurídica; pasaría a ser considerada como «jurídicamente irrelevante»[27]. En otras palabras, esa norma no podría ser interpretada como válida.

Dentro de las llamadas normas no independientes, Kelsen alude a, y en algunos casos analiza, las siguientes especies:

a) Normas que simplemente imponen deberes u obligaciones. Como el resto de normas no independientes, si no están en una relación esencial con una norma que estatuya la coacción, habrá

[26] En relación con la teoría de la norma no independiente interesa aquí llamar la atención sobre dos cuestiones: a) Como se verá enseguida la asunción de esta teoría por Kelsen va a implicar el abandono de la tesis, sostenida por este autor en escritos anteriores, de que todos los enunciados jurídicos que no responden a la forma canónica de la norma deben interpretarse o como normas incompletas o como fragmentos de normas. Cfr. Alchourrón, C. y Bulygin, E.: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas, y sociales,* Ed. Astrea, Buenos Aires, 1 Reimpresión 1987, pp. 104 y ss. b) Esta misma teoría va a permitir a Kelsen sortear la falacia de la distribución en la que había incurrido a propósito de estos problemas en escritos anteriores. Un ejemplo claro de ello lo puede constituir la siguiente cita: «El orden jurídico es un sistema de normas de Derecho [...]. Aquí debe investigarse la naturaleza del todo, tal como se refleja en cada una de sus partes; pues cada norma jurídica, para serlo, tiene que reflejar la naturaleza del Derecho, considerado en su totalidad. Si el Derecho es un orden coactivo, cada norma jurídica habrá de prescribir y regular el ejercicio de la coacción». Kelsen, H.: *Teoría general del Estado* (trad. de Luis Legaz Lacambra), Editora Nacional, México, 1979, pp. 61 y 62. La falacia consiste en tratar a las partes respecto de un todo como a las especies respecto de un género.

[27] Kelsen, H.: *La teoría pura...,* ob. cit., p. 65.

que considerarlas sencillamente como jurídicamente irrelevantes. En el caso de que sí mantenga esa relación esencial, esa norma que impone un deber resulta «desde el punto de vista de la técnica legislativa, superflua»[28], porque todo lo que ella determina se encuentra negativamente contenido en la norma que estatuye la sanción.

b) Normas que permiten positivamente una conducta. Son no independientes porque lo único que hacen es delimitar el dominio de validez de una norma jurídica independiente que prohíbe esa conducta al enlazar a la contraria una sanción[29]. La norma permisiva, mediante la que se limita el ámbito de validez de la que estatuye el acto coactivo, es no independiente en la medida en que «sólo tiene sentido junto a ésta. Ambas constituyen una unidad. Sus contenidos pudieran haber sido expresados en una norma»[30].

c) Normas que confieren poder jurídico para producir normas jurídicas. Son no independientes porque «sólo determinan una de las condiciones a las cuales, una norma independiente, enlaza el acto coactivo. Se trata de las normas que facultan la producción de normas jurídicas generales; las normas de la constitución que regulan la actividad legislativa, o establecen la costumbre como hecho productor de normas; y también las normas que regulan los procedimientos judiciales y administrativos mediante los cuales las normas generales introducidas a través de leyes o costumbres son aplicadas por normas individuales producidas por órganos autorizados para ello»[31]. Condición de la sanción no es sólo que un individuo realice la conducta a la que se adhiere la sanción, sino también todos los requisitos procesales tanto legislativos como jurisdiccionales.

d) Normas que determinan con mayor especificidad el sentido de otras normas. Son normas que «definen un concepto utilizado en la formulación de otra norma, o interpreten de otra manera auténticamente una norma»[32].

e) Finalmente, también son no independientes las normas derogatorias. Respecto de éstas Kelsen no va más allá de la afirmación de su carácter de no independientes. Ello no significa, sin embargo, que no pueden extraerse algunas conclusiones de su adscripción a este género.

---

[28] *Ibidem,* p. 67.
[29] *Ibidem,* p. 68.
[30] *Ibidem,* p. 68.
[31] *Ibidem,* pp. 68 y 69.
[32] *Ibidem,* p. 70.

2.3. *Consecuencias de la caracterización de las normas derogatorias como normas no independientes*

A partir de la anterior caracterización de las normas no independientes, conviene, para profundizar en el análisis de las normas derogatorias, distinguir los tres casos siguientes:

a) Una norma derogatoria cuyo objeto sea una norma independiente. Si, como se ha visto, la validez de la norma no independiente depende su relación con una norma independiente, la validez de la norma derogatoria depende de la validez de la norma que deroga. Ello quiere decir que al perder validez la norma independiente pierde validez la norma derogatoria. En otras palabras, al producirse el efecto derogatorio se extingue la relación con la norma independiente y la norma derogatoria misma deja ser válida.

b) Una norma derogatoria cuyo objeto sea una norma no independiente. Como nada hace pensar que Kelsen pretenda afirmar que no cabe derogar normas no independientes, habrá que considerar que la norma derogatoria está en una relación esencial *indirecta* con la norma independiente que se pretende derogar. La norma derogatoria pierde su validez al tiempo que la pierde la norma no independiente derogada. Pero, a diferencia del caso anterior, subsiste la validez de la norma independiente. Piénsese, por ejemplo, en una norma que deroga a otra norma que regula un procedimiento creador de Derecho. La derogación de esta última no implica la derogación de las normas que habían sido creadas a través del procedimiento que ella regulaba.

c) Una norma derogatoria cuyo objeto sea «material jurídicamente irrelevante». Aquí, la norma derogatoria no podría ser interpretada como objetivamente jurídica y se limitaría a incrementar «el basurero jurídico».

Resueltos estos tres casos, queda por ver sólo qué ocurre con la doble derogación. Aquí cabe distinguir otros dos casos:

d) Una norma derogatoria cuyo objeto sea otra norma derogatoria que ya ha producido sus efectos derogatorios. En mi opinión, la doble derogación carecería, según Kelsen, de efectos jurídicos. Ello se debe a que, como se ha visto anteriormente, la segunda (en el tiempo) norma derogatoria pretendería derogar a una primera norma derogatoria que ya no sería válida. En realidad, la doble derogación así entendida nos sitúa ante el mismo caso expuesta en c).

e) Una norma derogatoria cuyo objeto sea otra norma derogatoria que todavía no ha producido sus efectos derogatorios. Ello ocurre cuando la primera (en el tiempo) norma derogatoria determina que sus efectos se producirán en un momento posterior al de su entrada en vigor. En este caso, que podríamos llamar de derogación aplazada, sí se produciría la derogación de la primera norma derogatoria siempre que tuviera lugar durante el intervalo que va desde su entrada en vigor hasta el momento fijado para la producción de sus efectos. Bien mirado, este caso, que queda fuera de lo que normalmente se entiende por doble derogación, es el mismo que el expuesto en b).

3. ¿Qué relación hay entre derogación y conflicto de normas?

3.1. *¿Cuándo estamos ante un conflicto de normas?*

A la hora de tratar los conflictos de normas, Kelsen parte de la idea de que no puede negarse la posibilidad de que «los órganos jurídicos de hecho implanten normas que se encuentren en conflicto entre sí». Además –precisa– «semejante conflicto normativo aparece cuando una norma determina una conducta como debida y otra norma obliga a una conducta incompatible con la primera»[33]. Parece, pues, que según Kelsen, el conflicto de normas puede definirse por medio del concepto de observancia o cumplimiento. Es decir, hay conflicto cuando el cumplimiento de una norma excluye el cumplimiento de otra[34]. A partir de ahí, Kelsen pone dos ejemplos de pares de normas que estarían en conflicto entre sí. Primer ejemplo: (1a) El adulterio deberá ser castigado; (1b) El adulterio no deberá ser castigado. Segundo ejemplo: (2a) El hurto debe ser castigado con la pena de muerte; (2b) El hurto debe ser castigado con la pena de prisión[35]. No habría, sin embargo, conflicto entre dos normas que establecieran respectivamente que una acción debe ser castigada y que la omisión de esa misma acción debe ser también castigada. Este caso, que desde la perspectiva del «sistema del súbdito» constituye una violación del principio de subcontrariedad (Pp v P-p) y, por tanto, un conflicto de normas, desde la perspectiva de la teoría de la norma indepen-

[33] *Ibidem,* p. 214.
[34] Cfr. Ruiz Manero, Juan: *Jurisdicción y normas,* Ed. C.E.C., Madrid, 1990, p. 52.
[35] Kelsen, H.: *La teoría pura...,* ob. cit., p. 214.

diente kelseniana no lo constituye porque el contenido de la norma es simplemente el establecimiento de sanciones[36].

Junto a lo anterior, Kelsen afirma que dos normas en conflicto no pueden ser simultáneamente válidas porque «un conflicto normativo plantea, como una contradicción lógica, algo sin sentido»[37]. Ello es debido a que, en su opinión, los principios de la lógica, en general, y el principio de no contradicción, en particular, pueden aplicarse a las normas de manera indirecta. La contradicción lógica se dará, no entre las normas en conflicto, sino entre las proposiciones de la ciencia jurídica que tratan de describirlas como simultáneamente válidas. Por ello, «como el conocimiento del Derecho, como todo conocimiento, tiene que pensar su objeto como un todo dotado de sentido, tratando de describirlo en oraciones no contradictorias, parte del supuesto de que los conflictos normativos que aparecen dentro del material normativo que le es dado (o más correctamente: que le es propuesto) pueden y tienen que ser disueltos por vía de interpretación»[38].

Ahora pues, lo que nos va a interesar es averiguar hasta qué punto y en qué casos la disolución de los conflictos de normas por vía interpretativa constituye derogación.

3.2. *Tipos de conflictos de normas y tipos de soluciones interpretativas*

El siguiente cuadro muestra los diferentes tipos de conflictos de normas estudiados por Kelsen y las distintas soluciones por él propuestas[39].

---

[36] Cfr. Ruiz Manero, Juan: ob. cit., p. 53.

[37] Kelsen, H.: *La teoría pura...,* ob. cit., p. 215.

[38] Kelsen, H.: *La teoría pura...,* ob. cit., p. 215. Aquí no voy a discutir, pues nos desviaría de nuestro objeto, la insostenible tesis kelseniana de que un conflicto de normas supone una contradicción lógica entre las proposiciones normativas que la describen. Para una crítica de la misma véase Ruiz Manero, Juan: ob. cit., pp. 53 y ss.

[39] Este cuadro es un resumen del análisis efectuado por Juan Ruiz Manero –en *Jurisdicción y normas,* ob. cit., pp. 53 y ss.– a propósito de los conflictos de normas en la teoría pura. Análisis que, por otro lado, he tenido muy en cuenta en el desarrollo de esta parte del trabajo.

Criterio solución / *Tipo conflicto*	*Lex posterior*	*Lex specialis*	*Fusión disyuntiva de las normas*	*Lex superior*	*Cláusula alternativa tácita*
Diacrónico mismo grado	X				
Sincrónico mismo grado total-parcial		X			
Sincrónico mismo grado total-total			X		
Sincrónico mismo grado parcial-parcial			X		
Distinto grado				X	X

Aquí, voy a analizar estos casos tratando de ver, en cada uno de ellos, hasta qué punto puede hablarse de derogación.

a) Conflicto diacrónico entre normas del mismo grado. Los conflictos diacrónicos, esto es, aquellos que tienen lugar entre normas promulgadas en «tiempos diferentes», se disuelven aplicando el principio *lex posterior* que supone la supresión de la validez de la norma anterior. En este sentido, escribe Kelsen: «la validez de la norma posteriormente promulgada suprime la validez de la norma anterior que la contradice, según el principio *lex posterior derogat priori*»[40]. Parece, pues, a tenor de lo dicho

[40] Kelsen, H.: *La teoría pura...,* ob. cit., p. 215. En relación con este principio puede leerse en la teoría pura lo siguiente: «como el órgano normador […] está facultado **normalmente** para establecer normas modificables y, por ende, eliminables, el principio *lex posterior derogat priori* puede admitirse como un principio incluido en ese facultamiento» (p. 215 –la negrita es mía). Apoyándose en esta cita, Luis María Díez-Picazo ha sostenido– en *La derogación de las leyes,* Ed. Civitas, Madrid, 1990– que para el Kelsen del 60 dicha máxima «constituye un principio lógico o consustancial de cualquier ordenamiento jurídico –casi podría decirse que de Derecho natural» (pp. 59 y 60). Sin embargo, esta conclusión no puede apoyarse en absoluto en la cita arriba reproducida. Entre otras cosas, porque no parece que de lo que *normalmente* ocurre pueda extraerse ningún principio lógico o consustancial de nada. Más bien, la referida cita constituye un argumento en favor de la tesis contraria, esto es, la de que el principio *lex posterior* es considerado por Kelsen

por Kelsen, que estamos ante un caso de pérdida de validez de una norma por otra norma y, si ello es así, parece también que estamos ante un caso de derogación.

Una cuestión que considero interesante es la de determinar qué tipo de norma sería el principio *lex posterior* a la luz de la teoría de la norma independiente. Es obvio que dicha norma no puede ser vista como una norma independiente, pues ella misma no estatuye ningún acto coactivo. Puede ser vista, sin embargo, como una norma no independiente; y la mejor manera de ver cómo funciona dicha norma es, en mi opinión, la de considerar que, como otras normas no independientes, establece una de las condiciones a las cuales una norma independiente enlaza el acto coactivo. Esta condición presente en la norma independiente será la de que un órgano jurídico competente no hubiera dictado otra norma posterior en conflicto con ella.

b) Conflicto sincrónico y total-parcial entre normas del mismo grado. Estamos ante un conflicto sincrónico cuando ambas normas han sido promulgadas «simultáneamente, es decir, por un mismo acto de un mismo órgano, de suerte que no pueda aplicarse el principio de la *lex posterior*»[41]. Un conflicto es total-parcial «cuando una de las dos normas no puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra, mientras que ésta tiene un campo adicional de aplicación en el cual no entra en conflicto con la primera»[42]. En este caso, lo que dice Kelsen es que una norma limita la validez de la otra. Ello lleva a pensar que el conflicto se resuelve por aplicación del principio *lex specialis*[43]. Sin embargo, en relación con este tipo de conflictos conviene hacer algunas matizaciones. En primer lugar, aquí no se produce nada que pueda ser interpretado como derogación (en el sentido kelseniano) porque la alusión de Kelsen a la limitación de la validez de una norma por otra no puede ser entendida como

---

como una norma positiva (aunque implícita) y, por tanto, contingente, no necesaria. Como ha escrito Stanley L. Paulson, la teoría pura del 60 es ambigua en este punto, pues en ella pueden encontrarse argumentos tanto en favor de la tesis de la contingencia como de la de la necesariedad de dicho principio. En favor de la tesis de que es una norma contingente podrían aducirse citas como la arriba transcrita. En favor de que es una norma necesaria la idea de que la no existencia de conflictos de normas es para Kelsen un rasgo necesario de los sistemas jurídicos. Cfr. Paulson, Stanley, L.: «On the Status of *lex posterior* Derogating Rule», en Richard y William Twining (eds.): *Essays on Kelsen,* Clarendon Prees, Oxford, 1986, pp. 242 y ss.

[41] Kelsen, H.: *La teoría pura...,* ob. cit., p. 215.

[42] Ross, Alf: *Sobre el Derecho y la justicia* (trad. de Genaro R. Carrió), Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1970, pp. 124 y 125.

[43] Cfr. Ruiz Manero, Juan: ob. cit., p. 59.

modificación de su validez. La norma en cuestión jamás poseyó una validez (o si se prefiere un dominio de validez) diferente de la (el) que deriva de la aplicación del principio *lex specialis*. No en vano el conflicto es sincrónico.

En segundo lugar, en términos estrictamente kelsenianos, aunque Kelsen no lo diga expresamente, ni tan siquiera podría hablarse, en este caso, de conflicto de normas. El principio *lex specialis* funciona en Kelsen no como un criterio de resolución de conflictos, sino como un principio básico de su visión sobre la individualización de disposiciones jurídicas. Ello puede verse con claridad, entre otras muchas citas posibles, cuando Kelsen –aludiendo a ejemplos por él manejados– dice que «el enunciado jurídico descriptivo del Derecho no reza: [...] todo el que comete un delito legalmente determinado, debe ser castigado y no lo deben ser las personas menores de catorce años, sino todo el que comete un delito legalmente determinado, debe ser castigado, con excepción de las personas menores de catorce años»[44].

c) Conflicto sincrónico y total-total entre normas del mismo grado. Existe un conflicto total-total cuando ninguna de las normas puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra[45]. Aquí es claro que el principio *lex posterior* no puede ser aplicado, pues ambas normas han sido promulgadas simultáneamente. Tampoco cabe el principio *lex specialis* porque no hay ley especial (ambas normas tienen el mismo grado de especialidad). La solución propuesta por Kelsen es que el conflicto debe resolverse «fundiendo disyuntivamente las dos normas en conflicto en una nueva norma que recoge a ambas como alternativas entre las que está facultado para escoger el órgano de aplicación»[46]. Así, por ejemplo, Kelsen dirá que en este caso el enunciado jurídico «no reza: si alguien comete adulterio debe ser castigado y no debe ser castigado, sino que dice: si

---

[44] Kelsen, H.: *La teoría pura...,* ob. cit., p. 216. Otra cita ilustrativa de lo anterior es el ejemplo que pone Kelsen a propósito de la prohibición del recurso a la fuerza por parte de los Estados miembros de las Naciones Unidas, las sanciones previstas en caso de incumplimiento y la excepción de la legítima defensa, diciendo que los artículos 2, 39 y 51 de la Carta de las Naciones Unidas «**constituyen una unidad.** La redacción pudiera haber contenido un único artículo que prohibiera todo recurso a la fuerza por parte de los Estados miembros, que no se produjera como legítima defensa individual o colectiva, haciendo del recurso a la fuerza así limitado condición de una sanción» (p. 68).

[45] Cfr. Ross, Alf: on. cit., pp. 124 y 125.

[46] Ruiz Manero, Juan: ob. cit., p. 59.

alguien comete adulterio debe ser castigado *o* no debe ser castigado»[47].

Aquí, ocurre algo semejante al caso anterior. La fusión disyuntiva más que un principio de resolución de conflictos normativos parece un criterio para la individualización de disposiciones jurídicas, pues no hay modificación alguna del dominio de validez de ninguna norma, sino tan sólo determinación del mismo.

d) Conflicto sincrónico y parcial-parcial entre normas del mismo grado. Los conflictos parcial-parcial se presentan «cuando cada una de las normas tiene un campo de aplicación en el cual entra en conflicto con la otra, pero tiene también un campo adicional de aplicación en el cual no se producen conflictos»[48]. Estos conflictos, que no son tomados en consideración por Kelsen, son, respecto de la zona en conflicto, idénticos en todo al caso anterior[49], por lo que aquí vale lo dicho en c).

3.3. *Conflicto entre normas de distinto grado, anulabilidad y derogación*

Para abordar la problemática relativa a los conflictos entre normas de distinto grado, me parece imprescindible exponer con carácter previo la visión kelseniana de la nulidad y la anulabilidad, pues ella va a determinar de manera radical su respuesta.

Según Kelsen, «dentro de un orden jurídico, no puede haber algo así como nulidad; [...] una norma jurídica perteneciente a un orden jurídico no puede ser nula, sino sólo anulable. Mas esta anulabilidad prevista en el orden jurídico puede tener distintos grados»[50]. Ello se debe a que lo que es nulo no puede ser anulado por vía del Derecho. «Anular una norma quiere decir privar a un acto, cuyo sentido subjetivo es una norma, del sentido objetivo que le da una norma; lo que equivale a decir: poner término a la validez de esa norma mediante otra norma. Cuando el orden jurídico, por cualquier razón, anula una norma, tiene previamente que dejarla valer como una norma objetivamente válida, es decir, conforme a Derecho»[51]. El razonamiento de Kelsen a propósito de la norma que anula a otra norma corre paralelo al que hemos

---

[47] Kelsen, H.: *La teoría pura...,* ob. cit., p. 216.
[48] Ross, Alf: ob. cit., p. 125.
[49] Cfr. Ruiz Manero, Juan: ob. cit., p. 59.
[50] Kelsen, H.: *La teoría pura...,* ob. cit., p. 283.
[51] *Ibidem,* p. 274.

visto ya a propósito de la norma derogatoria. Allí decíamos que la norma derogatoria que pretendiera derogar una norma no válida (por ejemplo, ya derogada) no sería ella misma considerada como válida. Aquí ocurre algo semejante: la norma que establece la nulidad de otra norma no podría ser válida si la norma a la que se refiere no lo fuera. Ello es así, porque «en este respecto, el Derecho se asemeja al rey Midas. Así como todo lo que aquél tocaba se convertía en oro, todo aquello a que el Derecho se refiere, toma carácter jurídico. Dentro del orden jurídico, la nulidad es sólo el grado superior de la anulabilidad»[52].

Kelsen aborda el problema de los conflictos entre normas de distinto nivel a partir del análisis de dos casos: la sentencia contra ley y la ley «inconstitucional». La expresión «sentencia contra ley» sólo puede querer significar que o bien el procedimiento con que la norma individual ha sido dictada no se corresponde con el procedimiento establecido por la ley, o bien que su contenido no se corresponde con el contenido de la norma general que la determina. Pero esta cuestión –dirá Kelsen– sólo puede ser resulta por el mismo tribunal, pues «si un tribunal decide un caso concreto y afirma que al hacerlo ha aplicado determinada norma jurídica general, la cuestión queda resulta en un sentido positiva, y permanece así resuelta mientras la sentencia no sea revocada por la decisión de un tribunal superior»[53]. Dicha sentencia contraria a la ley no es nula, sino tan sólo anulable, es decir, susceptible de ser anulada por uno de los procedimientos determinados por el orden jurídico. El tribunal superior (e imaginemos que último) puede hacer sólo dos cosas en relación con la misma: 1) Confirmar la sentencia. En este caso, la sentencia adquiere fuerza de cosa juzgada. Y ello significa, según Kelsen, que permanecen válidas tanto la norma general «incumplida» como la norma individual «irregular» sin que ello quiere decir que exista un conflicto de normas en el interior del orden, porque «el hecho de que el orden jurídico conceda fuerza de cosa juzgada a la sentencia judicial de una última instancia, significa que no sólo tiene validez la norma general que predetermina el contenido de la sentencia judicial, sino también una norma general según la cual el tribunal puede determinar él mismo el contenido de la norma individual que debe producir. Estas dos normas configuran una unidad; de modo que el tribunal de última instancia está facultado para producir» bien sentencias cuyo contenido se adapte a las normas generales producidas por vía legislativa o

[52] *Ibidem,* p. 284.
[53] *Ibidem,* p. 275.

consuetudinaria, o bien sentencias cuyo contenido es determinado por el tribunal mismo[54]. Es lo que se ha llamado «cláusula alternativa tácita». 2) Anular la sentencia. En este caso, la sentencia de instancia que era válida, dejará de serlo. Aquí, conviene aclarar que, según Kelsen, la anulación de la sentencia de instancia no implica reconocer que ha habido durante un tiempo una sentencia contra Derecho, puesto que «el fundamento objetivo de su anulabilidad no reside [...] en su ilegalidad [...] sino en la posibilidad prevista por el orden jurídico de otorgar validez definitiva [...] a la otra alternativa no realizada en la sentencia recurrida»[55]. La cláusula alternativa tácita, pues, aparece aquí como fundamento del hecho de que la sentencia no sea nula, sino simplemente anulable.

El otro caso estudiado por Kelsen a propósito de los conflictos de normas de distinto grado es el de la ley «inconstitucional». A la hora de abordarlo, Kelsen parte, por un lado, de que hablar de una ley válida «inconstitucional» es una *contradictio in adjectio,* pues una ley sólo puede ser válida si se funda en la constitución, y, por otro, de que no podría decirse que una ley inválida es inconstitucional, puesto que una ley inválida no sería una ley[56]. Así, afirma que la referencia de la jurisprudencia tradicional a una ley inconstitucional sólo puede significar que dicha ley «puede ser derogada, conforme a la constitución, no sólo por el procedimiento acostumbrado, es decir, mediante otra ley de acuerdo con el principio *lex posterior...,* sino mediante un procedimiento especial previsto por la constitución. Mientras no sea derogada, tiene que ser considerada válida, y mientras sea válida, no puede ser inconstitucional»[57]. Ese procedimiento derogatorio especial tiene como objeto determinar si el contenido de la ley en cuestión se corresponde o no con la constitución. A partir de ahí, Kelsen analiza dos casos: 1) Que «la constitución no delegue el examen de la constitucionalidad de las leyes en un órgano diferente del propio órgano legislativo»[58]. En este caso, sólo cabe considerar que la decisión positiva en favor de la constitucionalidad queda incluida en la implantación misma de la ley por el órgano legislativo. «Ello significa que todo aquello que el órgano legislativo emita como ley, tiene que valer como ley en el sentido de la constitución [...]. El órgano legislativo se

[54] *Ibidem,* p. 275.
[55] *Ibidem,* p. 276.
[56] *Ibidem,* p. 277.
[57] *Ibidem,* p. 277.
[58] *Ibidem,* p. 280.

encuentra entonces en posición análoga a la del tribunal de última instancia, cuya sentencia tiene fuerza de cosa juzgada. Ello significa, sin embargo, que el sentido de las normas constitucionales que regulan la legislación no es que las leyes válidas sólo pueden llegar a ser de la manera que la constitución directamente determina, sino también pueden llegar a ser a través de otra manera que el órgano legislativo mismo estableciera»[59]. De nuevo estamos ante la «cláusula alternativa tácita»: la constitución autoriza directamente al legislador a dictar normas que respeten el contenido de las normas constitucionales e indirectamente a dictar normas que no lo respeten. 2) El otro caso es que la constitución delegue en otro órgano distinto del legislativo el examen de si las leyes respetan las determinaciones constitucionales. Esta delegación puede ser a un tribunal especial, al tribunal supremo o a cualquier tribunal. En este caso, lo relevante es que la ley en cuestión es, todo lo más anulable y, mientras no se le quite la validez, debe ser aplicada. Que la ley sea anulable no implica que durante el tiempo en que es válida subsista un conflicto entre normas porque «en estos casos las disposiciones constitucionales reguladoras de la legislación tienen el carácter alternativo arriba señalado; el órgano legislativo tiene la opción por dos caminos: el directamente determinado por la constitución, o el que él mismo tenga que establecer [cláusula alternativa]. La diferencia reposa en que las leyes producidas por la segunda vía son, ciertamente válidas, pero derogables mediante un procedimiento especial»[60].

De todo lo anterior, pueden extraerse algunas conclusiones relevantes para nuestro análisis sobre la derogación:

a) Los conflictos de normas de diferente grado no son posibles, según Kelsen, porque siempre cabe, en virtud de la cláusula alternativa tácita, «reformular el contenido de las normas superiores determinantes de forma tal que resulten necesariamente inviolables por parte de los órganos de producción normativa inferior»[61].

b) Decir que una norma es anulable significa lo mismo que afirmar que es susceptible de ser derogada por un procedimiento especial. La única diferencia entre anular una norma y derogarla radica en que la primera operación tiene lugar en virtud de un procedimiento especial. Ello quiere decir que la anulación es simplemente una especie del género derogación.

---

[59] *Ibidem,* p. 279.
[60] *Ibidem,* p. 280.
[61] Ruiz Manero, Juan: ob. cit., p. 61.

c) El principio *lex superior* no es un criterio de resolución de conflictos de normas de distinto grado, pues –como se ha dicho– estos conflictos sencillamente no son posibles. Dicho principio debe ser visto, más bien, como el fundamento del procedimiento derogatorio especial que desemboca en la anulación de una norma.

d) Aunque Kelsen evita utilizar el término «derogación» en favor de expresiones como «revocación» o «anulación», su razonamiento a propósito de las relaciones entre las sentencias de instancia y las de última instancia discurre en todo paralelo al de cómo opera la derogación de normas. Así, según Kelsen, la anulación de una sentencia inferior es, en este sentido, un caso más de derogación de una norma por otra.

e) Del hecho de que, a diferencia de lo que ocurre con la derogación en sentido estricto, de la anulación de una norma pueda derivarse una amplia gama de consecuencias jurídicas diferentes (donde la nulidad sería el caso extremo), Kelsen no concluye ninguna diferencia sustancial entre derogación y nulidad.

II. LA DEROGACIÓN EN EL KELSEN POSTERIOR A 1960

1. ¿Qué es la derogación?

1.1. *El concepto de derogación*

La noción de derogación va a seguir siendo para Kelsen la de eliminación de la validez de una norma por otra norma[62]. Sin embargo, inmediatamente se observan algunos cambios. Así, por ejemplo, en relación con el concepto de derogación, Kelsen afirma, ahora, la necesidad de distinguir entre derogación y otras dos formas de pérdida de validez: por vencimiento del plazo de vigencia acordado para una norma y por pérdida de eficacia:

> «[...] una norma no sólo pierde su validez mediante la derogación, sino también por el hecho de que venza el plazo para el cual esa norma estaba en vigor en virtud de una determinación establecida por la propia norma o por otra norma, o por el hecho de que en la realidad [esa norma] no sea más obedecida o aplicada, es decir, pierda su eficacia que

[62] Cfr. Kelsen, H.: «Derogation», ob. cit., p. 261; y Kelsen, H.: *Teoría generale...,* ob. cit., p. 171.

es la condición de su validez. Estos modos de perder la validez deben distinguirse de la derogación»[63].

La cuestión relativa al vencimiento del plazo de vigencia establecido para una norma, que no había sido tratado en la primera parte de este trabajo, no plantea especiales problemas. Esta forma de pérdida de validez puede distinguirse de la derogación porque en este caso no cabe hablar de alteración alguna del dominio de validez temporal de la norma. La norma que pierde su validez por este procedimiento fue instaurada con una validez temporal limitada y dicha validez no sufre ningún tipo de alteración.

Más interesante, sin duda, es la alusión de Kelsen a la necesidad de distinguir entre pérdida de validez por pérdida de eficacia, por un lado, y derogación, por otro.

1.2. *Pérdida de eficacia, costumbre y derogación*

La opinión de Kelsen del 60 relativa a esta cuestión puede resumirse en las tres siguientes afirmaciones: a) la pérdida de eficacia o desuetudo provoca la pérdida de validez; b) la pérdida de eficacia o desuetudo es una costumbre negativa o el efecto derogatorio de la costumbre; y c) la costumbre deroga al Derecho legislado en virtud del principio *lex posterior*. Pues bien, el Kelsen posterior al 60 va a mantener la afirmación a) y a modificar las afirmaciones b) y c). Veamos primero estos cambios para analizar después el alcance de los mismos.

Kelsen afirma ahora dos tesis en relación con la costumbre. La primera es que la norma derogatoria, aquella que tiene por objeto exclusivamente la derogación de otra norma, «no puede tener su origen en la costumbre»[64]. La segunda es que «una norma puede perder su eficacia y, por tanto, también su validez por costumbre si es continuadamente desobedecida e inaplicada, sin que sea creada una norma que prescriba cierto comportamiento»[65]. Estas dos afirmaciones de Kelsen sólo pueden querer decir –aunque no da razones de por qué ahora las cosas son así– que hay que distinguir entre pérdida de eficacia o desuetudo y costumbre. La

---

[63] Kelsen, H.: *Teoria generale...,* ob. cit., p. 171; Cfr. Kelsen, H.: «Derogation», ob. cit, p. 261.

[64] Kelsen, H.: *Teoria generale...,* ob. cit. p. 174. Cfr. Kelsen, H.: «Derogation», ob. cit., p. 264.

[65] Ibidem.

pérdida de eficacia adquiere autonomía frente a la costumbre, entendida, esta última, como hecho productor de normas jurídicas. Así, los casos de desobediencia e inaplicación generales de una norma quedan fuera de la costumbre, y la pérdida de validez de la norma ineficaz no se produce por el efecto derogatorio de otra norma creada consuetudinariamente. Luego, la pérdida de validez de la norma ineficaz queda fuera también de la derogación.

Esta nueva visión sobre la derogación se ve con más claridad al considerar el abandono explícito de la tesis c). Si, como habíamos tenido ocasión de ver, Kelsen había sostenido expresamente que el Derecho legislado y el Derecho consuetudinario se derogaban mutuamente por aplicación del principio *lex posterior,* ahora va a negar la posibilidad de que el Derecho consuetudinario pueda derogar al Derecho legislado, ni por el principio de *lex posterior* ni en virtud de algún otro principio derogatorio. En este sentido, escribe Kelsen sin dejar lugar a dudas:

> «La costumbre puede también crear una norma que prescriba la omisión de una acción que era prescrita por una norma hasta entonces válida; o puede establecer una norma que prescriba una cierta acción cuya omisión era prescrita hasta entonces por una norma válida. En tal situación, no hay ningún conflicto de normas, pues la costumbre que crea la nueva norma implica el hecho de que la norma hasta entonces válida ha sido continuadamente desobedecida e inaplicada, y, por tanto, ha perdido su eficacia y también su validez. En ambos casos, en consecuencia, no tiene lugar la derogación de la norma hasta entonces válida, sino que la pérdida de validez es causada por la pérdida de eficacia»[66].

Constatados los cambios, se impone ahora valorar la relevancia de los mismos. Si recordamos las consecuencias que se derivaban de la visión del Kelsen del 60 tanto de la desuetudo como de la costumbre (a. la costumbre es una fuente necesaria de Derecho, b. la costumbre tiene una competencia derogatoria universal, c. en virtud de ello, no puede hablarse de normas inderogables en el interior del orden jurídico, y d. ninguna norma jurídico-positiva, salvo las normas individuales dictadas por los tribunales, puede limitar el contenido de las normas consuetudinarias), parece que hay que concluir que estamos ante un cambio realmente radical.

---

[66] Kelsen, H.: «Derogation», ob. cit., p. 264; Cfr. Kelsen, H.: *Teoria generale...,* ob. cit., pp. 174 y 175.

Sin embargo, esa es sólo una apariencia. En realidad, el único cambio que se ha producido es de palabras, no de fondo. En efecto, en la primera parte de este trabajo ya advertí de que el Kelsen del 60 ampliaba más allá de los límites habituales el concepto de derogación al incluir dentro del mismo la desuetudo, aquí lo único que ha hecho es resituarla en sus límites habituales. Que los cambios son sólo verbales puede constatarse de la manera siguiente: Todas las consecuencias –algunas de ellas disolutorias para la teoría pura– que antes se habían concluido también pueden extraerse ahora, aunque el uso de las palabras haya cambiado. Por ejemplo, tomemos el análisis del Kelsen del 60 que nos había llevado a afirmar que, dado que la costumbre tenía una competencia derogatoria universal, no podía hablarse de normas inderogables en el interior de un orden jurídico. Ahora, sin embargo, Kelsen va a afirmar expresamente la tesis contraria, esto es, la posibilidad de que existan normas inderogables en el interior del orden jurídico. ¿Qué ha cambiado? Sólo las palabras. Donde allí se hablaba de derogación, aquí se hablará exclusivamente de pérdida de validez por pérdida de eficacia, pero nada más. Así, el nuevo Kelsen va a responder en los siguientes términos a la pregunta por la existencia de normas inderogables:

> «[...] la cuestión de si existen normas que no pueden ser derogadas debe ser contestada en sentido positivo, siempre que la cuestión signifique si hay normas cuya validez –de acuerdo con su propio significado– no puede ser revocada por una norma derogatoria, y no signifique si hay normas que no puedan perder su eficacia, y en consecuencia su validez, y ser reemplazadas por otra norma que regule la misma materia de manera diferente. Indudablemente este último caso puede darse, pero aquí la derogación no aparece en escena. Una norma puede excluir su derogación por otra norma, pero no puede prevenir su pérdida de validez por pérdida de su eficacia»[67].

Una vez más, el único cambio que ha tenido lugar es de palabras. Kelsen se limita a resituar el significado de la derogación dentro de los límites de la eliminación deliberada de la validez de normas. Decir que el cambio es sólo de palabras no significa que éste carezca de interés o que sea irrelevante. Lo que ocurre es que su relevancia queda limitada al ámbito de la teoría

[67] Kelsen, H.: «Derogation», ob. cit., p. 264; Cfr. Kelsen, H.: *Teoria generale...,* ob. cit., p. 175.

de la derogación, no al de la teoría de derecho en general. O, dicho en otras palabras, Kelsen ha aportado mayor precisión a sus opiniones sobre la derogación –fruto exclusivamente de que ahora ha centrado su atención en ella– pero para ello no ha modificado un ápice su teoría del Derecho.

2. ¿Qué clase de normas son las normas derogatorias?

2.1. *Derogar es una función normativa específica*

Una novedad que salta inmediatamente a la vista radica en que mientras que en la *Teoría pura* Kelsen consideraba que las funciones que las normas podían desempeñar eran exclusivamente las de obligar, facultar (o autorizar) y permitir[68], el Kelsen posterior añade a las anteriores la de «derogar»[69]. En efecto, ahora Kelsen va a decir que la función de la norma derogatoria no es, a diferencia de lo que ocurre con las otras normas, la de obligar, autorizar o permitir una cierta conducta, porque ella o establece que en presencia de ciertas condiciones debe darse cierta conducta. La norma derogatoria se limita a eliminar el deber ser de una conducta establecido en otra norma. «Ella establece no un deber ser, sino un no-deber-ser»[70].

El alcance y la explicación de esta novedad es, en mi opinión, semejante al del cambio que hemos contemplado en el epígrafe anterior. Todas las consecuencias que se seguían del carácter no independiente de la norma derogatoria pueden también concluirse ahora. La explicitación de esta nueva función normativa no altera la situación de la norma derogatoria.

2.2. *La norma derogatoria es una norma no independiente*

Escribe Kelsen:

> «La norma derogatoria repele el *deber ser,* y ello significa la validez de otra norma según la cual una cierta conducta o la omisión de cierta conducta debe ser. Consecuentemente,

---

[68] Cfr. Kelsen, H.: *La teoría pura...,* ob. cit., pp. 18 y 19.

[69] Kelsen, H.: «Derogation», ob. cit., p. 260 y Kelsen, H.: *Teoria generale...,* ob. cit., pp. 156 y 171.

[70] Kelsen, H.: *Teoria generale...,* ob. cit., p. 171; Kelsen, H.: «Derogation», ob. cit., p. 261.

una norma derogatoria no puede existir por sí misma, sino sólo en relación a la norma cuya validez ella repele, y es en este sentido una norma no independiente [*dependent norm*]»[71].

Las mismas conclusiones a las que habíamos llegado considerando sólo la *Teoría pura* son expresamente contempladas ahora por Kelsen. Así, sostiene explícitamente que cuando la norma derogatoria ha cumplido su función, esto es, cuando la norma a la que se refiere ha perdido su validez, ella misma pierde validez. Como consecuencia de ello, la norma derogatoria no puede ser derogada. No produciría ningún resultado la tentativa de derogar a la norma derogatoria que ya hubiera producido sus efectos derogatorios. La única manera de reinstaurar una norma que ha sido derogada es promulgada *otra norma* de idéntico contenido. Naturalmente, sí producirá resultados, al igual que ocurría en el Kelsen del 60, la derogación de una norma derogatoria que aún no ha producido sus efectos. Son los casos que he llamado de derogación aplazada[72].

3. ¿Qué relación hay entre derogación y conflicto de normas?

3.1. *Derogación en presencia de un conflicto de normas.*

Kelsen sostiene expresamente que la derogación se usa en dos casos diferentes: «en el caso de conflicto entre normas o cuando no existe tal conflicto»[73]. Hemos aludido ya a los casos en los que no se da conflicto alguno, pues quedan incluidos en lo dicho a propósito de la norma derogatoria. Ahora hay que ver qué ocurre en el caso de conflicto de normas.

Siguiendo a Juan Ruiz Manero, puede decirse que la visión kelseniana sobre los conflictos de normas evoluciona de la siguiente manera: Mientras que las opiniones del Kelsen del 60 estaban presididas por las tres siguientes ideas: a) los conflictos de normas no constituyen contradicciones lógicas porque los principios lógicos sólo se aplican a expresiones susceptibles de ser calificadas de verdaderas o falsas y éste no es el caso de las normas; b) la

---

[71] Kelsen, H.: «Derogation», ob. cit., p. 261. Cfr. Kelsen, H.: *Teoria generale...,* ob. cit., pp. 171 y 172.

[72] Cfr. Kelsen, H.: *Teoria generale...,* ob. cit., p. 172 y Kelsen, H.: «Derogation», ob. cit., p. 262.

[73] Kelsen, H.: *Teoria generale...,* ob. cit., p. 173.

admisión de un conflicto de normas implicaría una contradicción entre las proposiciones de la ciencia jurídica que describieran a una y otra de las supuestas normas en conflicto; y c) el Derecho carece necesariamente de conflictos entre las normas que lo integran –el llamado problema de los conflictos es meramente aparente–, pues éstos constituyen un sinsentido semejante a una contradicción lógica. La visión del último Kelsen se resume en estas otras tres ideas: 1) los conflictos de normas son posibles e incluso frecuentes (negación de c); 2) la descripción de un conflicto de normas no implica una contradicción lógica entre las proposiciones normativas que describen a una y otra de las normas en conflicto (negación de la tesis b); y 3) los conflictos de normas no tienen naturaleza lógica (radicalización de la anterior tesis a)[74].

Aquí no me voy a detener a analizar la relevancia que dichos cambios pueden tener para la teoría del Derecho, pues ello excede los propósitos de este trabajo. Sí quiero, sin embargo, llamar la atención sobre lo siguiente: El Kelsen del 60 había sostenido que dos normas en conflicto no podían ser simultáneamente válidas. Por ello, el problema de los conflictos de normas era tan sólo un problema aparente que se resolvía –aunque, por ejemplo, el estatus del principio lex posterior fuera extremadamente ambiguo mediante interpretación. Ahora, sin embargo, Kelsen va a sostener que ambas normas en conflicto son válidas; si no fuera así, sólo existiría una norma y no habría conflicto posible. El hecho de que ambas normas sean válidas implica que el conflicto ya no va a poder ser resuelto por interpretación, sino sólo por una tercera norma que anule la validez de una de las normas en conflicto. Esta idea, que va a ser repetida por Kelsen en infinidad de ocasiones, queda claramente expresada en el siguiente párrafo: «la derogación no puede ser función de una de las dos normas en conflicto, sino que tiene que ser función de una tercera norma diferente a ambas normas en conflicto, puesto que ambas normas en conflicto se refieren cada una de ellas a una conducta[...] mientras que la norma derogatoria no tiene que referirse a una conducta, sino a la validez de una o de ambas normas en conflicto»[75]. Ello también quiere decir que «los conflictos entre normas permanecen no resueltos a falta de normas derogatorias expresamente estatuidas o tácitamente presupuestas, y que la ciencia del Derecho es incompetente para resolver por interpretación los

[74] Cfr. Ruiz Manero, Juan, ob. cit., pp. 68 y 69.

[75] Kelsen, H.: *Derecho y lógica,* ob. cit., p. 15. Cfr. «Derogation», ob. cit., pp. 271 y 272; y *Teoria generale...,* ob. cit, pp. 195 y 196.

conflictos existentes entre normas, o mejor, para revocar la validez de normas positivas, como es incompetente para dictar normas jurídicas»[76].

Aquí, no voy a analizar, como hice en la primera parte, los diferentes tipos de conflictos de normas y su resolución, pues ahora el conflicto –como hemos visto– se resolverá sólo introduciendo normas derogatorias. Me interesa únicamente hacer algunas precisiones a propósito de los principios de *lex posterior, lex specialis y lex superior.*

3.2. *El principio lex posterior*

La novedad más sustancial en relación con este principio es que la ambigüedad que se daba en torno a él en la *Teoría pura* queda ahora resuelta en el sentido de que dicho principio pasa a ser considerado expresa y claramente como una norma positiva[77] y de que la derogación es una función que deriva de dicha norma y no de una de las dos normas en conflicto[78]. La norma que recoge dicho principio será, como el resto de normas derogatorias, una norma no independiente.

3.3. *El principio lex specialis*

El Kelsen posterior a 1960 prácticamente no se refiere al principio *lex specialis,* que según hemos visto operaba en la Teoría pura para resolver los conflictos sincrónicos y total-parcial entre normas del mismo grado. Sin embargo, aquí van a valer también las aclaraciones hechas en la primera parte a propósito de este principio. En efecto, allí se ha dicho que en los casos de conflicto sincrónico no podía hablarse de derogación porque el ámbito de validez de la norma no se veía alterado por la aplicación del principio *lex specialis:* la norma en cuestión jamas poseyó un ámbito de validez distinto del que se deriva de la aplicación del referido principio. Ello llevaba a sostener que, en términos estrictamente kelsenianos, dicho principio era, más que un principio derogatorio, un principio básico de la individualización de disposiciones jurídicas. Ahora Kelsen no va a decir prácticamente nada

---

[76] Kelsen, H.: «Derogation», ob. cit., p. 274.
[77] Cfr. Kelsen, H.: «Derogation», ob, cit., p. 271; y *Teoria generale...,* ob. cit., pp. 197 y 353.
[78] Cfr. Kelsen, H.: *Derecho y Lógica,* ob. cit., p. 17.

a propósito de dicho principio[79]. Pero esa misma conclusión a la que antes se había llegado, analizando exclusivamente los conflictos sincrónicos, puede extraerse ahora –desde una perspectiva diacrónica– comprobando si el principio *lex specialis* juega algún papel en la modificación de una norma por otra norma. Kelsen aborda la cuestión de la modificación de una norma por otra desde la distinción realizada por la jurisprudencia romana entre *abrogatio* y *derogatio*.

Por *abrogatio* se entiende la revocación total de una norma, mientras que por *derogatio* la revocación parcial de una norma[80]. Como ya sabemos, por *lex posterior* puede revocarse la validez de una norma anterior. Pero, como también sabemos, la validez de las normas tiene cuatro dominios diferentes: temporal, espacial, personal y material. La cuestión es, pues, averiguar si cabe mantener la validez de la norma y modificar alguno de estos dominios, que es lo que se entiende por revocación parcial de una norma (modificación de su ámbito de validez). Kelsen niega tal posibilidad: «La modificación del contenido de una norma no se produce en modo tal que la norma jurídica de contenido modificado continúa siendo valida como norma revocada sólo parcialmente, sino en el modo de revocar la validez de una norma –y, precisamente, mediante una norma cuya función es la derogación– y hacer entrar en lugar de la norma, cuya validez es revocada, otra norma cuyo contenido, comparado con el de la primera norma, es en parte distinto de aquel»[81]. La otra forma de entender este proceso, es decir, la que afirma que se produce una revocación parcial incurre en el error –sostendrá Kelsen– de tratar la identidad de las normas del mismo modo en que se trata la identidad de los objetos físicos. Así, escribe: «Se representa el proceso que tiene lugar en el ámbito de la norma estableciendo una analogía con la modificación parcial de un objeto físico, que continúa conservando su identidad; por ejemplo, cuando se modifica una casa que tiene seis ventanas en su fachada principal, construyendo dos nuevas ventanas o tapiando dos de las ventanas existentes, la casa modificada permanece siendo la misma. Esta analogía no es pertinente. No se puede modificar una norma jurídica como un objeto físico [...]. Es válida sólo la segunda norma que tiene un contenido parcialmente diferente del contenido de la primera norma. En ningún caso es válida la primera con un

[79] La única referencia al mismo se produce en una nota al capítulo XXIX de la *Teoria generale delle norme.*

[80] Cfr. Kelsen, H.: *Teoria generale...,* ob. cit., p. 177.

[81] Ibidem, p. 178.

contenido modificado, como sostiene la teoría de la revocación "parcial" de una norma jurídica»[82].

Todo lo anterior viene aquí a cuento por lo siguiente. En el ámbito de los conflictos diacrónicos, el principio *lex specialis,* entendido como criterio de resolución de conflictos, lo único que puede hacer es limitar, modificar, alterar, etc. el dominio de validez de la norma general y eso, según Kelsen, como acabamos de ver, es imposible. El papel que desempeña aquí el principio *lex specialis* es semejante al que desempeñaba en los conflictos sincrónicos. Es decir, opera como un criterio de individualización de normas. La norma anterior queda derogada por *lex posterior,* y la nueva norma, con el contenido parcialmente modificado, es el resultado de aplicar el principio *lex specialis* como criterio de individualización.

3.4. *El principio lex superior*

Las opiniones de Kelsen sobre los conflictos entre normas de diverso grado prácticamente no van a cambiar, si bien es cierto que en la *Teoria generale delle norme* están expuestas de manera mucho más confusa que en la segunda edición de la *Teoría pura,* lo que probablemente se deba sólo al carácter inacabado de su última obra. Así, va a reiterar la idea de que los conflictos entre normas de diverso grado no son posibles –en virtud de la cláusula alternativa tácita– y, en consecuencia, el principio *lex superior* deberá seguir siendo visto no como un principio de resolución de conflictos, sino como el fundamento de un procedimiento derogatorio especial que desemboca en la anulación de una norma. Escribe Kelsen a propósito de la ley «inconstitucional»: «[...] en base al Derecho positivo la ley llamada "inconstitucional" puede ser válida, pero su validez puede ser anulada por medio de un procedimiento específico previsto por la Constitución, por ejemplo, por medio de una sentencia de un tribunal especial. No nos encontramos entonces en presencia de un conflicto de normas. En efecto, si la ley en cuestión es válida, es también constitucional, es decir, la Constitución autoriza al legislador a dictar la ley en cuestión y únicamente prevé la posibilidad de derogar esta ley por medio de un procedimiento específico»[83].

De manera más confusa se refiere Kelsen al problema de la sentencia ilegal. Aquí no voy a entrar en el tratamiento que hace

---

[82] Ibidem, pp, 178 y 179.
[83] Kelsen, H.: *Teoria generale...,* ob. cit., p, 196.

de la cosa juzgada en su última obra. Me interesa tan sólo mostrar cómo al tratar los conflictos de normas de distinto grado, y recurrir a la cláusula alternativa, traiciona algo que antes habíamos calificado como un cambio respecto de sus tesis del 60. En efecto, el Kelsen del 60 sostenía la «competencia» de la ciencia jurídica para resolver los conflictos entre normas. El Kelsen posterior sostiene la tesis contraria, esto es, los conflictos subsisten en tanto no se deroga una de las dos normas y la ciencia jurídica no es competente para resolver conflicto alguno como tampoco lo es para dictar normas. Pues bien, escribe Kelsen en la *Teoría generale delle norme* en un epígrafe dedicado a la cosa juzgada:

> «Dado que la validez de una norma debe tener un fundamento, la **ciencia jurídica** debe formular con la forma de la alternativa la proposición que describe la norma general que el tribunal debe aplicar, y precisamente en modo que el órgano resulte autorizado no sólo a disponer la ejecución de un acto coactivo, previsto por una norma jurídica general, sino también un acto coactivo que a él le parezca conforme [...]»[84].

III. ALGUNAS CONCLUSIONES PROVISIONALES SOBRE LA DEROGACIÓN DE NORMAS

Al comienzo de este trabajo dije que acudía a Kelsen, en su condición de clásico, con la intención de encontrar un primer esbozo del mapa de problemas que una teoría de la derogación debe afrontar. Una vez más, Kelsen no ha defraudado y el objetivo que me había propuesto ha sido, creo, plenamente alcanzado. Aquí, voy a exponer, al hilo de lo visto, algunas ideas provisionales que, en mi opinión, deberían integrarse dentro de una teoría de la derogación.

1. El término «derogación» es ambiguo. Expresa operaciones distintas, que tienen lugar en niveles distintos del lenguaje, según vaya referida a normas (o, más genéricamente, a disposiciones jurídicas) o a textos de las fuentes. Las observaciones que aquí se van a hacer se refieren al primer sentido de derogación.

2. Cuando –como hace Kelsen– se define la derogación como la eliminación de la validez de una norma, hay que matizar

[84] Ibidem, p. 405. La negrita es mía.

el sentido en que se usa la expresión «validez». No hay que olvidar que las normas derogadas, en general, siguen existiendo en el sentido de que siguen siendo aplicables a las situaciones jurídicas aún no resueltas que hayan surgido con anterioridad a la derogación. Ello es importante para distinguir la derogación de otras formas de pérdida de validez de las normas jurídicas.

3. La derogación se distingue de la desuetudo en que mientras aquélla es siempre el resultado de un cambio deliberado de voluntad normativa, ésta es el resultado de un proceso no deliberado. Además, en cuanto a los efectos, se distingue también porque la desuetudo implica que la norma obsoleta no puede volver a ser aplicada en la resolución de ningún tipo de caso. Otra cosa es, y aquí no voy a entrar en ello, el problema de la determinación de las condiciones y del momento en que se produce la pérdida de validez por desuetudo.

4. La pretensión kelseniana de vincular la desuetudo con la desobediencia generalizada es, en mi opinión, enteramente desacertada. La desuetudo puede y debe ser vista como un fenómeno regular perfectamente integrable dentro del sistema jurídico, cosa que no ocurre con la desobediencia. La desobediencia es simplemente desobediencia y la única consecuencia que puede extraerse de ella es que se ha violado lo prescrito por el sistema normativo. Hay, sin embargo, muchos casos de pérdida de validez que se engloban bajo el rótulo de desuetudo que no pueden ser vistos como fenómenos irregulares. Así, por ejemplo, uno puede decir que una norma jurídica pierde validez por desuetudo cuando desaparecen del mundo las circunstancias previstas en la condición de aplicación de la norma –de forma que no haya oportunidad ni de cumplir ni de incumplir lo prescrito por la norma– sin que con ello se aluda a algún fenómeno irregular. Las normas jurídicas protectoras de las ballenas, destinadas a evitar su extinción, perderán su validez el día en que las ballenas hayan desaparecido. Pero también puede pensarse en casos más comprometidos. Por ejemplo, cuando los jueces dejan de aplicar una determinada norma porque de acuerdo con un razonamiento de principios o, más concretamente, en base al principio que dice que las normas se interpretarán de acuerdo con la realidad social en que han de ser aplicadas, consideran que la norma en cuestión ha dejado de ser aplicable a cualquier caso posible. Este último ejemplo nada tiene que ver con la desobediencia y es perfectamente integrable dentro del sistema jurídico; aunque ello, naturalmente, requiere una tipología de disposiciones jurídicas más amplia y flexible que la de Kelsen.

5. La nulidad (en sus distintas formas) se distingue de la

derogación en que aquélla no es el resultado de un cambio de voluntad normativa, sino más bien de la violación de una voluntad normativa superior. Responde a la idea de reafirmación del sistema. Su finalidad –como institución– no es permitir el cambio del sistema, sino conservarlo, preservarlo frente a los cambios ilegítimos. En virtud de ello, los efectos de la nulidad son distintos de los de la derogación. La anulación de una norma implica que ella no puede volver a ser aplicada en la resolución de ningún caso, lo que no significa que quedan necesariamente anulados los efectos que ella haya producido con anterioridad a la declaración de la nulidad.

6. Para dar cabal cuenta de las normas derogatorias, hay que manejar una tipología de disposiciones jurídicas más rica que la propuesta por Kelsen. La categoría de norma no independiente es un cajón de sastre en el que entran desde definiciones hasta reglas que confieren poderes.

7. De los llamados principios de resolución de conflictos, el único que es un principio derogatorio es el de *lex posterior*. De la aplicación de los otros dos principios –de *lex specialis* y de *lex superior*– no se sigue derogación alguna.

8. El principio de *lex specialis* es un principio de individualización de disposiciones jurídicas y, si se quiere, como tal, de resolución de conflictos, pero no un principio derogatorio. No hay que olvidar que la oposición «disposiciones generales» vs. «disposiciones especiales» es una de las técnicas más básicas de la organización de los textos normativos. No tiene sentido, por ejemplo, decir que cuando el legislador promulga las disposiciones generales relativas a los contratos y las particulares relativas a cada uno de los diferentes tipos de contrato está simultáneamente promulgado y derogando las referidas disposiciones generales.

9. El principio *lex superior* puede ser visto como un principio de resolución de conflictos pero nunca como un principio derogatorio. Sirve, sin duda, como fundamento para todas las formas de anulación o nulidad de normas jurídicas, pero verlo como un principio derogatorio –y, en consecuencia, ver a la nulidad como un caso particular de derogación– es el resultado, en mi opinión, de una incomprensión –o de una deformación– del modo en que opera el sistema jurídico. La derogación es un fenómeno perfectamente regular que se realiza a través del principio *lex posterior* y cuyo fundamento no es otro que el de responder a la exigencia de dejar abierta la posibilidad del cambio dentro del sistema. Dicho en otras palabras, la derogación y el principio *lex posterior* responden a la exigencia de no dejar al sistema preso de la tradición. Su presencia en el

interior del orden jurídico cumple la función –por decirlo en términos hartianos– de evitar los inconvenientes que se derivarían del carácter estático de un régimen que contuviera sólo normas de obligación. El principio *lex superior* –y todas las formas de nulidad que en él se fundamentan– responde, sin embargo, a una exigencia completamente diferente, podría decirse incluso que opuesta. En virtud del principio *lex superior* no se innova el sistema jurídico, sino todo lo contrario: se dan instrumentos para conservarlo. Todas las formas de nulidad responden a la idea de mantener la autoridad del Derecho. Se me dirá que, si ello es así, por qué entonces el mismo sistema establece el deber de obediencia de las normas nulas o anulables que aún no han sido declaradas como tales. Pues bien, en mi opinión, la respuesta se encuentra en ese mismo principio: conservar el sistema quiere decir también que aquello que tiene apariencia de norma jurídica debe ser respetado por todos y que sólo quien tiene la autoridad reconocida por el propio Derecho puede llevar a cabo la reinstauración del mismo.

10. Naturalmente, todo lo anterior requiere distinguir entre pertenencia de una norma al sistema jurídico, regularidad de una norma y aplicabilidad de una norma.

N O T A S

LA DEMOCRACIA: UNA CRÍTICA A SU JUSTIFICACIÓN EPISTÉMICA

I

Recientemente Carlos Nino ofreció una justificación de la democracia que se aparta bastante de las justificaciones corrientes. La originalidad de su posición radica en que en lugar de justificar a la democracia mediante una apelación a las consecuencias o a determinados valores intrínsecos de la democracia conecta a la democracia con la verdad moral. El centro de su argumento es que el test que debe satisfacer una decisión para ser aprobada por el voto mayoritario es análogo al test que debe satisfacer una proposición para ser considerada moralmente verdadera. De esta analogía Nino deduce que toda decisión democrática debe tener un grado o presunción de validez moral[1].

En este trabajo intentaré mostrar que la posición de Nino es equivocada; que la democracia no puede justificarse como un mecanismo de acceso a la verdad moral. En la sección primera voy a describir sucintamente la justificación de la democracia de acuerdo a Nino. En la sección segunda, me referiré a los atractivos que tiene esta justificación. En la sección tercera expondré mis críticas, y, finalmente, en la sección cuarta, adelantaré las razones, aunque en forma muy rudimentaria, de acuerdo con las cuales creo que debe justificarse a la democracia.

---

[1] Hasta donde yo sé, Nino es quien ha desarrollado con mayor extensión la idea de la justificación epistémica de la democracia. Sin embargo, autores como William Nelson (*On Justifing Democracy,* London 1980) y Benjamin Barber (*Strong Democracy,* California U.P. y *The Conquest of Politics,* Princeton U.P.) son, el primero explícitamente y el segundo en forma un poco más indirecta, firmes defensores de que la democracia se justifica porque nos acerca a decisiones moralmente correctas.

II

De acuerdo a nuestras convicciones preteóricas, la correctitud moral es una cosa y la regla de la mayoría otra cosa bien distinta. Por ello, para dar sentido a la relación que Nino propone entre democracia y verdad moral es necesario alejarnos del sentido común para entrar en la filosofía política y la metaética. Comenzaré esta sección explicando cuál es la concepción de lo moralmente correcto que sustenta Nino.

Nino niega que las propiedades morales puedan ser discernidas con independencia de toda referencia a nosotros, nuestra cultura, nuestros hábitos o nuestras prácticas sociales. En efecto, su visión se aparta tanto del naturalismo ético de Hume, para quien lo justo y lo injusto eran categorías de la misma naturaleza que la dureza o la flexibilidad, y del intuicionismo de Sigdwick, para quien las propiedades morales estaban preordenadas sólo a la espera de ser descubiertas mediante la intuición. Para Nino, lo justo o injusto no puede discernirse con independencia de lo que él llama el «discurso moral», es decir la práctica argumentativa mediante la cual las sociedades de occidente, por lo menos a partir del iluminismo, han aspirado a lograr el consenso necesario para solucionar los conflictos que plantea una vida en común.

Partiendo de esta identificación de la fenomenología moral, Nino argumenta que uno debe buscar las características de los juicios morales en esta práctica social, y no en otras dimensiones, y, por consiguiente, que es esta práctica el lugar a partir del cual debemos moldear nuestra concepción de la verdad moral. Respecto de las características de los juicios morales su idea es que cuando uno analiza el discurso moral descubrirá que ciertos juicios no pueden ser nunca juicios morales válidos pues son incompatibles con el fin último del discurso moral que es la obtención de un consenso unánime. En este sentido, afirma que la búsqueda del consenso requiere que los juicios morales sean juicios imparciales, públicos, generales, universales, supervinientes y finales[2].

La posición de Nino, de alguna manera, rememora al utilitarismo de Sigwick. En efecto, Nino sostiene que como nadie puede tener garantías de que sus juicios satisfacen a la perfección los rasgos de imparcialidad, publicidad, generalidad, universalidad, superviniencia y finalidad, la mejor forma de caracterizar a la verdad moral es asociarla con un ser que personalice los requisitos que harían posible el consenso unánime. Así afirma que una

[2] Véase *Ética y Derechos Humanos,* (Buenos Aires. Editorial Paidos, 1984. 1.ª, pp. 90-91.

proposición será moralmente verdadera si fuese afirmada por un ser ideal plenamente racional, que conociese todos los hechos y fuese absolutamente imparcial[3].

Ahora bien, ¿cuál es la relación de la democracia con la verdad moral así concebida?, o, en otras palabras, ¿cómo conecta Nino la política con la filosofía?

En primer lugar, y para evitar confusiones, debo señalar lo que Nino no afirma. Para Nino la conexión entre democracia y verdad moral no es una conexión de naturaleza constitutiva. Dado que la verdad moral está relacionada con lo que aprobaría un ser ideal con determinadas propiedades de racionalidad, conocimiento y motivación, la relación que une a la verdad moral con la democracia mal puede ser caracterizada como constitutiva pues nada parece estar más lejos de lo que aprobaría ese ser ideal que lo que de hecho deciden seres de carne y hueso en las circunstancias reales de error, ignorancia y mezquinidad que caracterizan a las democracias modernas. Nino afirma que la conexión entre verdad moral y democracia es una conexión de naturaleza epistémica, es decir una conexión que se refiere a la forma de descubrir o conocer la verdad moral, a la mejor manera de saber qué es lo moralmente correcto. En otras palabras, para Nino cuando comparamos la democracia vis a vis con todas las otras formas de gobierno alternativas, notamos que es el procedimiento de toma de decisiones colectivas que garantiza un mayor acercamiento a lo moralmente justo.

La razón de la relación epistémica entre democracia y verdad moral es la siguiente: Para Nino existe una semejanza entre, por un lado, el discurso moral, que recordemos es a partir de donde Nino moldea su concepción de verdad moral, y, por el otro, el sistema de toma de decisiones democrático. Esta semejanza entre discurso moral y sistema democrático, que es un producto de la semejanza estructural entre los requisitos que el discurso moral impone a la verdad moral y los requisitos que impone el sistema democrático para que una decisión social se convierta en políticamente vinculante, garantiza que la democracia arrojara resultados moralmente correctos.

---

[3] Véase ibidem, p. 93. Aunque Nino no lo menciona expresamente el ser ideal además de ser racional, imparcial y omnisciente debería tomar seriamente en cuenta la separación de las personas. De otro modo, como la ha enfatizado Rawls (*A Theory of Justice,* [Cambridge: Harvard U.P.], 1971, p. 27) no habría ninguna garantía de que los juicios morales no sean utilitarios. Efectivamente, el utilitarismo es una teoría imparcial, racional y que toma en cuenta todos los hechos menos el hecho de que las personas están separadas entre sí por lo que no se puede admitir compensaciones interpersonales.

III

La democracia epistémica es una teoría atractiva, por lo menos para aquellos que de alguna manera vivimos cerca del enorme poder persuasivo con que Nino la defiende. Pero, más allá de las dotes argumentativas de Nino, hay dos razones objetivas que hacen de su teoría una teoría prima facie plausible.

La primera razón es la aparente concordancia entre la justificación de la democracia que Nino ofrece y su teoría de los juicios morales. Efectivamente, la justificación epistémica de la democracia parece continuar con una sencillez asombrosa, en el terreno de la ética normativa, el constructivismo epistémico que Nino defiende en el terreno de la metaética.

Como hemos visto más arriba para Nino la verdad moral se moldea a partir del discurso moral. Pero a diferencia de Habermas[4], y Ackerman[5], a quienes Nino llama «constructivistas ontológicos»[6], Nino rechaza la idea de que el discurso moral sea, por definición, moralmente verdadero. Nino define a un juicio moral verdadero como aquel que sería propuesto por un ser ideal plenamente racional que conociese todos los hechos y fuese absolutamente imparcial, presumiendo que no todo juicio afirmado unánimemente en la discursión moral va a ser propuesto por dicho ser ideal. La razón que hay detrás de este distanciamiento entre discurso moral y verdad moral es que Nino cree que el discurso moral no es constitutivo de la verdad moral, como creen los constructivistas ontológicos. En cambio el discurso moral tiene un rol epistémico en el sentido de que sólo ayuda a descubrir cuáles son los principios morales que van a ser propuestos por dicho ser ideal.

Como puede verse estas ideas, básicamente el carácter epistémico del discurso moral, son muy afines a las que hemos visto más arriba respecto de la justificación epistémica de la democracia. Por consiguiente, alguien quien como yo crea que el constructivismo ontológico debe rechazarse estará tentado a creer que la justificación epistémica de la democracia es una buena justificación.

La segunda razón objetiva por la que uno puede encontrar la

---

[4] Véase Habermas, Jürgen: «Ética del discurso. Notas sobre un programa de fundamentación» en *Conciencia moral y acción comunicativa,* trad. R. García Cotarelo.

[5] Véase Ackerman, Bruce: *Social Justice in the Liberal State,* New Haven: Yale University Press) 1980.

[6] Véase Nino, Carlos: «El constructivismo epistémico: Entre Rawls y Habermas» en *El constructivismo ético* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales), 1989.

posición de Nino prima facie plausible es su facilidad para eludir los problemas inherentes tanto a las justificaciones consecuencialistas como a las justificaciones intrínsecas de la democracia. Para entender lo que quiero decir aquí son necesarias ciertas aclaraciones previas.

Tradicionalmente han existido dos tipos distintos de justificación de la democracia, de la misma manera que han existido dos tipos distintos de justificación de todas las instituciones sociales. Primero, una justificación consecuencialista de acuerdo con la cual una institución determinada se justifica porque su existencia produce mejores consecuencias que su no existencia. Uno mira al mundo y si las cosas están mejor después de la introducción de una institución que antes no existía, la existencia de dicha institución está justificada. De acuerdo con esta visión, es mejor vivir en democracia no por razones fundadas en principios sino, sencillamente, por razones fundadas en consecuencias.

El problema de las justificaciones consecuencialistas en general es el problema del despotismo ilustrado, y el problema de la democracia ineficiente, por llamarlos de alguna manera. El despotismo ilustrado es un despotismo en beneficio de los súbditos. La democracia ineficiente es una democracia incapaz de producir resultados aceptables. El déspota toma aquellas decisiones que mejor satisfacen los mejores intereses de los súbditos. En la democracia ineficiente los ciudadanos toman sus propias decisiones pero lo hacen tan mal que mejor habría sido que otros las tomasen por ellos.

El despotismo ilustrado y la democracia ineficiente falsifican la idea de que la democracia es el sistema que arroja los mejores resultados posibles, idea liminar de toda justificación consecuencialista de la democracia, y, de esa manera, muestran que la justificación consecuencialista de la democracia es una justificación muy provisoria que perdura en tanto y cuanto no aparezcan formas más beneficiosas de ordenar los asuntos públicos[7].

La alternativa a una justificación consecuencialista de la democracia es una justificación «intrínseca» de la democracia. «Intrínseca» es una fea palabra pero creo que representa bastante bien el rasgo de todas las justificaciones que se han ofrecido como

[7] Este carácter provisorio de toda justificación consecuencialista es lo que explica la naturaleza condicional de la justificación utilitaria de la democracia. Así la justificación de Mill, quien no obstante pretender justificar a la democracia proponía el voto plutal basado en grados de distinta inteligencia con el objeto de garantizar las mejores consecuencias a partir de juicios políticos más sabios que los que eran de esperar de ciudadanos comunes. Véase Mill: *Thoughts on Parliamentary Reform,* 1859 y *The Representative Government,* 1861.

alternativas al consecuencialismo. Justificaciones intrínsecas de la democracia son aquellas justificaciones que justifican a la democracia no por sus resultados sino por algún rasgo que le es inherente. Por ejemplo, la justificación contractualista de la democracia es un tipo de justificación intrínseca que afirma que la democracia es la mejor forma de gobierno por ser la única que cuenta con el consentimiento de los gobernados. De acuerdo con esta visión, únicamente la democracia se edifica sobre el consenso y, por lo tanto, únicamente la democracia puede justificarse.

Como las justificaciones intrínsecas no hacen referencia a consecuencias aventan todos los problemas de las justificaciones consecuencialistas. Pero las justificaciones intrínsecas tienen problemas propios, básicamente que es difícil ver cuál puede ser la relevancia de ciertos valores para la justificación de una institución cuando el respeto de dichos valores acarrea consecuencias que sería mejor evitar[8]. Así, aunque la democracia respete el consentimiento, si ello implica que todos estemos peor, no se ve porque uno debe tomarse seriamente este respecto.

Las cosas son distintas para la justificación epistémica. Cuando la democracia no se justifica ni por sus resultados ni por la preservación de algún valor como el consentimiento o la igualdad, uno formula una teoría que transcurre por un camino intermedio que no es ni el de una justificación consecuencialista ni el de una justificación intrínseca (a pesar de que Nino así lo crea[9]). La justificación epistémica es una justificación eminentemente procedimental en el sentido de que, de acuerdo con ella, la democracia se justifica por el hecho de ser un procedimiento operativo de toma de decisiones, un mecanismo apto para lograr un mayor acercamiento a las decisiones moralmente verdaderas[10].

Este carácter procedimental permite circunvalar los problemas

---

[8] Una de las virtudes del consecuencialismo es, precisamente, que no requiere un gran esfuerzo teórico para hacerlo intuitivamente plausible. Recurrir a las consecuencias es la forma más simple de fundamentar una justificación. Véase A. Sen y B. Williams «Introduction») en *Utilitarianism and Beyond,* eds. A. Sen y B. Williams (Cambridge: Cambridge U.P.), 1982.

[9] Véase Nino, Carlos: *Ética y Derechos Humanos* 2 ed. (Buenos Aires: Ed. Astrea), 1989, p. 398.

[10] Nino (*Ética y Derechos Humanos,* 1 ed. pp. 241-242), parafraseando a Rawls, sostiene que la democracia es un sistema de toma de decisiones de justicia procesal pura imperfecta. Afirma que el discurso moral es el caso paradigmático y primitivo de la justicia procesal pura porque sus resultados definen lo moralmente correcto, y que la democracia constituye un caso de justicia procesal pura imperfecta puesto que sus resultados, si bien no definen lo que es moralmente correcto, constituyen el único camino mediante el cual podemos conocer lo moralmente correcto.

de las justificaciones consecuencialistas y de las justificaciones intrínsecas por igual. Por un lado, si la democracia epistémica fuese una teoría correcta ella no se derrumbaría frente al hipotético de una forma de gobierno más eficiente en términos de resultados que ella, pues por definición la democracia es quien más nos acerca a las decisiones moralmente correctas y por lo tanto la mayor eficiencia será una cuestión meramente circunstancial Por el otro lado, como la justificación epistémica no es parasitaria de ningún valor fundamental que pueda entrar en conflicto con un estado de cosas nos evita tener que argumentar por el respeto a un valor cuando ello implica consecuencias morales desastrosas en términos de otros valores.

IV

No obstante las virtudes de la teoría de la democracia que Nino ofrece que arriba señalé creo que ella tiene problemas de difícil resolución que mellan su poder justificatorio. Seguidamente me referiré a estos problemas.

El primer problema de la justificación epistémica de la democracia tiene que ver con el tipo de democracia que la democracia como fuerza epistémica justifica. En este sentido, Nino no justifica a las democracias que nosotros conocemos. No argumenta en favor del valor moral de la democracia argentina, de la democracia estadounidense o de la democracia española tal como ellas funcionan. Por el contrario, sólo justifica una forma idealizada de la política, abstraída de las condiciones corrientes que imperan en la realidad. Efectivamente, Nino, para conferir poder epistémico a las decisiones democráticas, requiere condiciones ideales de funcionamiento que no son satisfechas por ninguna de las democracias conocidas. De acuerdo con su teoría, para que la democracia nos acerque a la verdad moral es necesario que las instituciones democráticas funcionen en una forma determinada, básicamente a lo largo de la línea que definiría una discusión entre seres racionales que buscan principios valorativos para ordenar sus asuntos comunes guiando acciones y actitudes a la luz de ciertos tests[11].

Este sesgo idealista de la democracia epistémica no es producto de un descuido utópico. Por el contrario, Nino no se ocupa de las democracias reales en virtud de una decisión deliberada. Su idea es que el principal sujeto de una teoría de la justificación de la

[11] Conf. *Ética y Derechos Humanos,* 1 ed., p. 399.

democracia debe ser la democracia ideal[12] dado que sólo si nos ocupamos de la democracia ideal tendremos, al mismo tiempo, un criterio con el cual juzgar a las democracias existentes por su acercamiento o apartamiento a este criterio y un modelo o ideal al cual las democracias existentes deberían aspirar.

Ahora bien, a pesar de lo que Nino cree, el problema de su teoría con relación a las democracias reales es más profundo que una mera cuestión acerca de cuál es el mejor sujeto de una teoría de la justificación de la democracia. Efectivamente, el problema de la democracia epistémica no es que ella no se ocupa de justificar a las democracias reales, sino que, cuando lo hace, lo hace mal en el sentido de que puesto a evaluar las democracias existentes quien defienda a la democracia epistémica debería inclinarse por formas no democráticas de manejar los negocios públicos. Esto sucederá siempre que existan mecanismos epistémicos de acceso a la verdad moral más confiables que los mecanismos epistémicos de una democracia real, lo que no es difícil dado el gran apartamiento de las democracias reales de los requisitos que hacen de ella un camino de acceso a la verdad moral. Para ejemplificar, si la democracia argentina se apartase radicalmente de las condiciones que justifican a la democracia ideal, un demócrata epistémico podría concluir que para el caso argentino existen formas de gobierno que por reproducir mejor los test del discurso moral satisfacen mejor los requisitos ideales que justifican a las democracias. Por ejemplo, puede creer que el despotismo ilustrado es mejor que la democracia.

Esta falta de preferencia por la democracia es un problema central de la democracia epistémica pues todos los demócratas tenemos una fuerte intuición de acuerdo con la cual la democracia, por ser un estadio político superior, es la mejor forma de gobierno vis a vis otras formas de gobierno, no importa cuán mal ella funcione ni cuánto haya que modificarla. Si ello es así, la teoría que Nino ofrece no puede ser una teoría correcta en lo substancial, aún cuando uno conceda que es verdad que las democracias ideales tienen mayor fuerza epistémica que otras formas de gobierno.

De todos modos, más allá de lo que aquí digo existe un crítica más fundamental a la democracia epistémica que la falta de preocupación por las democracias reales[13]. Antes de explicar esta

[12] La idea de que el sujeto básico de toda teoría de la democracia es la democracia ideal es, en estos términos, todavía una idea inédita de Nino pero fue ampliamente discutida por teléfono con él hace un par de meses.

[13] Mi crítica a Nino es distinta a una crítica que M. Farrel le dirigiera tiempo

segunda crítica es necesario ampliar un poco las ideas de Nino referidas a la confiabilidad del camino de acceso a la verdad moral que ofrece la democracia.

Como dije más arriba, de acuerdo con Nino la fuerza epitémica de la democracia es un producto de la semejanza estructural entre el discurso moral y la regla de la mayoría. Su visión es que las decisiones democráticas gozan de una presunción de validez moral por el hecho de que la democracia es un procedimiento que reproduce los requisitos que el discurso moral impone a la verdad moral.

Hay varios rasgos que acercan estructuralmente la democracia al discurso moral. Así, por ejemplo, la negociación democrática se parece a la publicidad que caracteriza a la discusión moral. De todos modos, para Nino es otro el rasgo que concede a la democracia fuerza epistémica. En este sentido, Nino afirma que la democracia tiene fuerza moral porque «el procedimiento mayoritario de toma de decisiones tiende a producir resultados que se aproximan más al requisito de imparcialidad que los resultados logrados por cualquier otro procedimiento»[14].

La idea de Nino es bastante simple y convincente. Asumiendo que nadie es el mejor juez de sus intereses que uno mismo[15], parece que una decisión mayoritaria es lo que más nos acerca a la verdad moral porque la decisión democrática es la única que garantiza que la mayoría de los intereses son tomados en cuenta y, por lo tanto, que más gente ha sido tratada con la igual consideración y respeto que caracteriza a la verdad moral.

---

atrás («En busca de la voluntad de Dios» *Análisis Filosófico,* vol. VI, n.º 2). En efecto yo no voy a sostener, como Farrel hace, que la votación mayoritaria de una decisión no tiene nada que ver con la verdad moral de esa decisión dado que nosotros no estaríamos dispuestos a sostener que un acuerdo unánime entre egoístas racionales à la Gauthier sea necesariamente una decisión moral. Yo creo que la crítica de Farrel está cerca del punto correcto pero no da de lleno con él porque pone demasiado énfasis en la cuestión motivacional. En general, somos reacios a creer que un acuerdo unánime entre egoístas racionales definirá a la verdad moral porque creemos que la verdad moral no puede ser merarnente un modus vivendi, que es precisamente aquello en que consiste un acuerdo entre egoístas racionales. Pero, no obstante ello, si la decisión es unánime quiere decir que conviene a todos y si conviene a todos, más allá de cuales han sido sus motivos, no parece haber ningún obstáculo para criticar esta decisión moralmente.

[14] *Ética y Derechos Humanos,* 2 ed. p. 393.

[15] Esto es obviamente verdad si uno se limita a lo que podríamos llamar preferencias volitivas, es decir preferencias referidas a lo que quiero, pero es más discutible si uno tiene en cuenta preferencias críticas, es decir preferencias referidas a lo que uno debería querer. Por esta distinción, véase a Dworlin Ronald «Libery Community» en *California Law Review,* vol. 77, n.º 3, p. 479.

A pesar de esta aparente simplicidad creo que la democracia entendida como la regla de la mayoría no nos garantiza una mejor comunicación con el mundo moral. Me parece que la imparcialidad que caracteriza a las decisiones morales, contrariamente a lo que Nino afirma, no está garantizada por una decisión mayoritaria por lo que si existe una justificación filosófica para la democracia ella no puede ser de naturaleza epistémica. Para entender mi argumento es necesario que empiece por una pequeña introducción referida a dos formas distintas de construir la imparcialidad y la verdad moral y a dos formas alternativas de democracia.

En primer lugar, uno puede concebir a la imparcialidad y por consiguiente a la verdad moral, como una composición de distintos intereses individuales, como la resultante de la suma de los intereses de todos. De acuerdo con esta concepción una decisión será más imparcial, y por lo tanto moralmente más correcta, cuando satisfaga los intereses de una mayor cantidad de personas, independientemente de cualquier otra consideración.

Pero uno puede concebir a la imparcialidad en forma distinta. Así, uno puede pensar que la imparcialidad no está relacionada con la idea de la agregación de los intereses sino con la idea de la armonización de intereses. Si uno concibe a la imparcialidad de este modo, la verdad moral no será una función de la satisfacción de los intereses de todos, sino, primariamente, la satisfacción de los intereses de todos de acuerdo con ciertos principios. En esta segunda concepción, la imparcialidad y la verdad moral no son sólo cuestiones numéricas, sino, básicamente, cuestiones de principios por lo que el hecho de que una decisión satisfaga más intereses que otra nada dice acerca de su correctitud.

Estas dos formas distintas de concebir a la imparcialidad y a la verdad moral dan lugar a dos formas distintas de concebir a la democracia. Por un lado, la democracia pluralista, que se deriva de una visión de la imparcialidad como agregación de intereses y que ve a la democracia como el mejor sistema para lograr la mayor satisfacción de intereses en una sociedad dada[16]. Por el otro, la democracia republicana[17] que se deriva de una visión de la imparcialidad como la armonización de intereses de acuerdo a

[16] Si hay que asociar la democracia pluralista con algún autor uno no dudaría en asociarla con Hume. En efecto Hume tenía por un lado una concepción de la razón esclava de la pasión e impotente para desviar nuestros apetitos que eran insaciables, perpetuos y universales (Véase *Treatise* p. 567). Por otro lado, Hume creía que las razones por las cuales uno aceptaba abandonar el estado de naturaleza y entraba en la sociedad civil eran razones puramente instrumentales.

[17] Obviamente si hay que asociar al republicanismo con alguna figura histórica es con Rousseau.

ciertos principios y que ve la democracia como el único sistema capaz de corporizar los mejores principios para manejar los negocios públicos[18].

Teniendo en mente las distinciones hechas más arriba, la democracia es un buen mecanismo epistémico cuando la imparcialidad y la verdad moral son concebidas como agregación de intereses. Efectivamente, si el ideal es la agregación de intereses, la mayor cantidad de votos sugiere un mayor acercamiento a lo moralmente correcto pues a mayor número de votos que apoyan una decisión mayor será el número de intereses que esa decisión satisfaga. Así, si una decisión obtuvo un voto mayoritario ello quiere decir que esa decisión es más probablemente verdadera desde el punto de vista moral que la decisión que no obtuvo un voto mayoritario. Pero la imparcialidad y la verdad moral poco tienen que ver con la agregación de intereses. (Este no es el lugar para mostrar que esto es así porque, entre otras razones, Nino está de acuerdo con ello). Por consiguiente, el sólo hecho de que la democracia epistémica sea una buena teoría de la democracia pluralista y nos acerque a la verdad moral cuando la verdad moral es concebida agregativamente no dice nada acerca de su plausibilidad.

---

[18] Los partidarios de la democracia pluralista difieren grandemente de los partidarios de la democracia republicana. Para los pluralistas, por ejemplo, el proceso democrático es meramente instrumental en el sentido de que el valor que le adjudican a la democracia es el de un medio para la satisfacción de nuestros fines mientras que para los republicanos el proceso democrático adquiere valor intrínseco pues caracteriza una particular forma de vida social como una empresa colectiva para beneficios mutuos. Para los republicanos uno debe asumir que la sociedad está informada por una racionalidad política sustantiva en el sentido de que en el proceso político los individuos pueden modificar sus preferencias a la luz de arreglos sociales justos mientras que para los pluralistas se debe partir de una visión superficial de la racionalidad en el sentido de que las preferencias e intereses de los ciudadanos de una sociedad deben tomarse como datos insuceptibles de ser transformados a través de un proceso de diálogo. Los pluralistas más conocidos son Richard Posner, E. Eastbrook y toda la escuela económica del derecho y también Robert Dahl. Mientras que los republicanos más destacados son B. Ackerman, C. Sunstein, F. Michelman y el Dworkin del *Imperio del Derecho*.

[19] Este no es el lugar para ensayar un ataque a fondo contra la imparcialidad y la verdad moral concebidas como agregación de intereses. Basta señalar que los autores utilitarios, quienes eran los tradicionales defensores de esta visión, recientemente se ha batido en retirada. Así, el intento de John Harsanyi de separar lo que él llama las preferencias morales de las preferencias inmorales adjudicando sólo a las primeras un rol importante en la formación de la decisión colectiva, y la distinción de Dworkin, cuando era nada más que un utilitario sofisticado, entre preferencias externas y preferencias internas asumiendo que sólo las segundas pueden ser receptadas por el legislador, no son sino formas de

Nos resta ver si la democracia epistémica es un buen camino hacia la imparcialidad y la verdad moral, cuando ellas son concebidas no agregativamente sino de acuerdo a ciertos principios. Hay un primer argumento que uno puede construir en apoyo de la justificación epistémica como la mejor teoría de justificación de la democracia cuando la verdad moral es concebida en forma no agregativa. Se puede sostener que aún cuando uno crea que la imparcialidad y la verdad moral no tiene nada que ver con la agregación, el voto de la mayoría acarrea más fuerza epistémica que el voto de la minoría porque a pesar de que la verdad moral no está constituida por una mera agregación de preferencias debe estar relacionada de algún modo con estas últimas. Más precisamente, la idea es que aún cuando la verdad moral no debe ser concebida como agregación de preferencias, a más intereses y preferencias satisfechas por un arreglo social determinado más probabilidades de que ese arreglo social sea justo o correcto pues la correctitud o justicia de un arreglo social no puede estar totalmente desvinculada de nuestras preferencias.

Este argumento en defensa de la fuerza epistémica de la democracia también puede ser presentado como el continuador de un argumento en favor de la fuerza moral de la unanimidad. Así, si todos aprueban un tipo de organización social parece no haber razones para dudar de la veracidad moral de esa organización pues la unanimidad indica que los intereses de todos han sido tenidos en cuenta, y, por consiguiente, no puede haber bases no perfeccionistas sobre las cuales pueda descansar una organización social alternativa. Por proximidad, si un principio es aprobado por la mayoría debe tener alguna validez moral pues la mayoría es la regla procedimental que más se acerca a la unanimidad. Para resumir, la idea central de este primer argumento en favor de la fuerza epistémica de la democracia es que aún cuando uno tenga en mente una concepción de la imparcialidad no asociada a la composición de intereses la votación mayoritaria confiere cierta legitimidad moral pues muestra que más preferencias o intereses son tenidos en cuenta lo que es moralmente relevante dado la necesaria relación entre preferencias y verdad moral.

Aunque articulado en forma diferente, éste parece ser el argumento que Nino ofreció en apoyo de la democracia epistémica en la primera edición de su *Ética y Derechos Humanos.* Parece partir de una intuición bastante firme. Efectivamente, es indudable que la verdad moral debe tener alguna relación con la satisfacción de preferencias o intereses pues si no no sería una verdad por la que nosotros podríamos estar interesados. Como bien sostiene Rawls, estamos interesados en la moral no sólo porque tenemos

lo que él llama una «capacidad para tener una idea de la justicia» y para actuar de acuerdo con esa idea, sino también porque tenemos la capacidad para formular una concepción del bien y para tratar de satisfacer esa concepción[20]. Sin embargo, si bien toda verdad moral debe estar conectada con la satisfacción de preferencias no toda satisfacción de preferencias está conectada con la verdad moral. De este modo la conexión necesaria entre verdad moral y preferencias no implica necesariamente que la verdad moral esté relacionada con la satisfacción de las preferencias o intereses reveladas por una votación democrática. Una sociedad puede tener; primero, preferencias cuya satisfacción, en razón de su contenido, sean contrarias a todo principio moral, por ejemplo la preferencia segregacionista de los Estados Unidos hasta la década del 60, y; segundo, preferencias cuya satisfacción, no obstante ser perfectamente legítima y no contraria a ningún principio moral, no están recomendadas por ningún principio moral.

El hecho de que una votación democrática pueda ser determinada por preferencias cuya realización es directamente contraria a algún principio moral o por preferencias cuya realización no interesa a ningún principio moral falsifica la idea central de esta primera defensa de la democracia epistémica. Ello muestra que el hecho de que un principio de distribución sea más votado que otro no quiere decir que el primero sea más legítimo que el segundo pues el primero puede haber sido elegido por quienes votaron en base a preferencias inmorales o en base a preferencias

---

desvincular la imparcialidad y la verdad moral de cuestiones de número para introducir cuestiones de principios. Por otro lado, Nino también acepta que la verdad moral es más una cuestión de principios que de números. Así, de alguna manera reparando la ambigüedad de la primera edición de su Ética y Derechos Humanos, Nino ha dicho que el debate democrático es sólo un debate acerca de la mejor forma de componer intereses pues este debate exige que cada ciudadano exponga su punto de vista acerca de cual es el principio que señalaría un equilibrio imparcial entre sus intereses y los del resto de la gente (*Ética y Derechos Humanos,* 2ª ed., p. 394) y ha rechazado a la democracia pluralista (que él llama «democracia corporativa»), sosteniendo que es moralmente ilegítima y que frustra el verdadero papel de la democracia (ibidem, p. 399).

[20] Véase Rawls, John: «Kantian Constructivism in Moral Theory». *Journal of Philosophy* vol. 77 (1980).

[21] T. Scanlon, en su famoso artículo «Preferences and Urgency» (en *Journal of Philosophy,* vol. 57 [1975] pp. 655-670), ha dado un ejemplo de una preferencia que, aunque perfectamente legítima, no está recomendada por ningún principio moral. En este sentido, ha dicho que usted puede querer construir una catedral a su ídolo preferido, que incluso puede estar dispuesto a no comer con tal de construir dicha catedral, pero que dicha preferencia no lo autoriza a exigirle a la sociedad los recursos necesarios para construir su catedral, aunque usted pueda exigirle a la sociedad la misma cantidad de recursos para comer.

que, aunque legítimas, no son oponibles a terceros. En palabras más abstractas; si bien existe una conección entre verdad moral y preferencias, tal como este primer argumento asume, dicha conección no es una conección directa sino que está mediada por principios morales[22].

Nino ha advertido que la relación entre preferencias y verdad moral no es una relación tan simple como lo sugiere este primer argumento en defensa de la democracia epistémica. Así, en la segunda edición de su **Ética y Derechos Humanos** su argumentación ya no gira alrededor de la idea de que cuando más preferencias sean satisfechas por una decisión más probabilidad habrá de que esa decisión sea moralmente válida. En lugar de sostener que en cada caso la solución de la mayoría es más imparcial por el hecho de satisfacer más intereses, Nino ahora sostiene que la fuerza epistémica de la democracia se justifica por la dinámica de la acción colectiva impuesta por la regla de la mayoría. En este sentido, afirma que la estabilidad necesaria para que una coalición sea mayoritaria estimula a los participantes en el juego democrático a que sean lo más imparciales posible pues si no son imparciales la coalición que forman será vulnerable a los ofrecimientos de minorías que tengan mucho para ofrecer[23].

De acuerdo con Nino, esta necesidad de la imparcialidad está potenciada por otro rasgo de la dinámica colectiva también impuesto por el procedimiento democrático. En este sentido, Nino sostiene que la publicidad que caracteriza a la discusión y negociación democrática entendida como el conocimiento público de los intereses de todos también promueve una tendencia hacia la imparcialidad. Su idea es que si todos saben qué es lo que cada uno quiere obtener de una decisión democrática se facilitará la

[22] El voto mayoritario tendrá poca fuerza epistémica aún en el caso que todos voten desinteresadamente, es decir voten el principio que mejor satisface los intereses de todos si el punto de vista de todos es construido como la suma del punto de vista de cada uno pues esta suma sumará las preferencias que de hecho tenemos y no las que son oponibles a terceros. Sólo si todo el mundo vota basado en el punto de vista de todos cuando éste es construido no como la suma del punto de vista de cada uno sino preferencias que son oponibles a terceros, la fuerza epistémica y la democracia republicana hacen una buena pareja. Lamentablemente para Nino esto depende de muchas circunstancias como por ejemplo, para citar sola una, la capacidad de cada uno de construir el punto de vista de todos como un punto de vista particular. Si sólo algunos tuviesen esa capacidad será más fácil que los principios morales que ellos propongan sean moralmente justificados vis a vis los principios morales que proponga la mayoría. En este caso, un argumento epistémico justificaría mejor el despotismo ilustrado que la democracia representativa.

[23] Véase *Ética y derechos humanos,* 2.ª ed. pp. 394-395.

posibilidad de que todos formen una nueva mayoría mediante el recurso de ofrecer soluciones que satisfagan mejor los intereses de aquellos que se adhieren a la mayoría.

Este segundo argumento de Nino es algo paradójico. La razón de su paradoja es que este argumento, no obstante estar pensado para superar los problemas de la justificación epistémica de la democracia cuando la imparcialidad y la verdad moral no son concebidas en forma agregativa, sólo tiene sentido en el marco de una concepción de la imparcialidad y de la verdad moral como agregación. Efectivamente, sus afirmaciones referentes a la tendencia a la imparcialidad impuesta por la necesidad de coaliciones estables y por la publicidad de la negociación democrática son comprensibles sólo si uno afirma que a mayor satisfacción de intereses mayor presunción de validez moral de una decisión. De otro modo, es decir si desvinculamos la verdad moral de la satisfacción de las preferencias que la gente de hecho tiene, y la relacionamos con las preferencias que la gente puede oponer a terceros en virtud de ciertos principios, encontraremos que la dinámica de la democracia es tangencial a la verdad moral. La razón es que la estabilidad de las coaliciones y la publicidad de las negociaciones no son funciones de ningún principio moral pues estas características de la dinámica de la democracia no reproducen los requisitos que un principio moral debe satisfacer para ser aprobado. Para ver que esto es así sólo basta pensar en las sociedades con mayorías y minorías claramente definidas y con intereses fuertemente coincidentes (los blancos en los Estados Unidos pre-Brown, los protestantes en Irlanda o los franceparlantes en Quebec) en donde a pesar de que las coaliciones son altamente estables y el debate público bastante robusto las decisiones mayoritarias poco tienen que ver con principios morales que seres imparciales adoptarían.

Obviamente que este segundo argumento de Nino puede ser transformado en un argumento totalmente desvinculado de una concepción de la imparcialidad como agregación postulando que los participantes del juego democrático no apoyarán aquellas decisiones que satisfagan la imparcialidad como agregación sino aquellas que satisfagan la imparcialidad como armonización de intereses de acuerdo a ciertos principios. En este caso puede ser cierto que la publicidad del debate democrático y la necesidad de la estabilidad que la regla de la mayoría impone llevarán a la verdad moral. Si todos intentásemos mancomunadamente discernir los principios de acuerdo con los cuales los intereses de todos deben ser satisfechos es más probable que menos que llegaremos a soluciones moralmente justas. Pero el problema es que nada en

las reglas estructurales de la democracia garantiza que los participantes harán tal «uso público de la razón»[24].

V

Más arriba he intentado mostrar que la justificación epistémica de la democracia no es una buena justificación de la democracia, no obstante que ella continúa en forma lineal el constructivismo epistémico y que parece aventar los problemas de las justificaciones intrínsecas y consecuencialistas por igual. Mis argumentos han sido: primero, que la democracia epistémica no se ocupa de la justificación de las democracias reales y que si lo hiciese mostraría que muchas veces la democracia epistémica es una justificación de gobiernos no democráticos toda vez que los gobiernos no democráticos garanticen una mayor potencia epistémica que la que garantiza el mal funcionamiento de una democracia real; y, segundo, que en realidad ni la democracia ni la dinámica de la acción colectiva que ella impone nos acercan a la imparcialidad o a la verdad moral cuando imparcialidad y verdad moral son concebidas asociadas con la idea de armonización de intereses de acuerdo a ciertos principios, dado que nada estructural en la democracia garantiza que la mayoría no votará basada en preferencias inmorales o en preferencias no oponibles a terceros.

Pero si la democracia epistémica no es una buena justificación de la democracia, ¿cómo se puede justificar a la democracia? No tengo una teoría acabada sobre el tema sino sólo algunas intuiciones bastantes firmes que creo delimitan los carriles por los que debe desarrollarse una justificación de la democracia. En este sentido, creo que hay dos razones distintas mediante las cuales una justificación de la democracia es posible. La primera nos es más familiar que la segunda porque es históricamente más conocida y porque es más fácil de entender para aquellos escépticos en materia de concepciones del bien. La segunda, en cambio, es menos familiar y su plausibilidad depende de temas controversiales referentes a qué es lo que hace que nuestras vidas merezcan ser vividas.

La primera razón encuentra inspiración tanto en Kant como en Rousseau. De acuerdo con ella la democracia es el mejor sistema de gobierno pues es el único sistema en donde el autogo-

[24] La expresión uso público de la razón lo tomo de Kant que en *¿Qué es el iluminismo?* (1784), se refería al uso público de nuestra propia razón. Él creía que sólo el uso libre y público de la razón traía el iluminismo.

bierno es posible. La idea es que dado que nuestra autonomía no depende sólo de nuestras capacidades sino también de las alternativas externas disponibles y dado que el dominio sobre las alternativas externas disponibles es una cuestión social, es decir una cuestión susceptible de ser decidida por todos, todo sistema que nos impida participar para modelar estas alternativas externas nos condena a una vida heterónoma. Sólo la democracia nos permite participar en forma igualitaria en la decisión de cuáles son las alternativas externas disponibles, por lo tanto sólo la democracia nos hace autónomos[25].

La segunda razón con la que creo se puede apoyar nuestra preferencia por la democracia es de inspiración Aristotélica[26]. Esta razón está conectada con una concepción del bien, con una visión de lo que le da sentido a la vida y de lo que la hace inmerecedora de ser vivida. La idea es que la democracia hace de nuestras vidas mejores vidas porque la democracia es el único sistema de toma de decisiones que desarrolla los vínculos necesarios para que veamos a la sociedad no como una suma inarticulada de individuos sino como el producto de una empresa común permitiéndonos, de esa manera, gozar del bien de compartir nuestro destino con nuestros conciudadanos[27].

---

[25] La idea que se desarrolla en el texto no es otra cosa que la vieja idea de Rousseau de que las condiciones sociales que se determinan por un procedimiento democrático son de alguna manera condiciones sociales que nosotros mismos elegimos y por lo tanto las limitaciones que ellas imponen en nuestras acciones futuras son limitaciones que no violan nuestra autonomía (*El contrato social* I. 6. IV. Sec. I. 8.i.).

[26] Lo que digo en el texto no es otra cosa que la idea de la amistad aristotélica. Véase la *Etica Nicomaquea,* 1167 b3.

[27] Algo parecido a lo que digo en el texto ha sido afirmado por Amy Gutman en «Undemocratic Education» publicado en *Liberalism and the Moral Life* ed. por Nancy L. Rosenblum (Cambridge: Harvard University Press); 1989, p. 71-88.

SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DE LA DEMOCRACIA EN LA OBRA DE CARLOS S. NINO

Si expresiones como «los jueces crean Derecho» acostumbran a suscitar profundas controversias[1], otras como «legitimidad de la democracia» parecen caracterizarse precisamente por la virtud opuesta: la democracia se considera justificada desde perspectivas filosófico-políticas que van de la llamada «teoría elitista de la democracia» al socialismo democrático. No obstante, si examinamos de cerca los postulados teóricos de estas perspectivas, encontramos desacuerdos genuinos sobre el tipo de democracia del que cabe predicar la nota de la legitimidad así como sobre el alcance de dicha legitimidad. Así, podemos considerar que la coincidencia de estas teorías al afirmar la «legitimidad de la democracia» es producto de un *pseudoacuerdo* que encubre un *desacuerdo genuino*.

El objeto de estas páginas no es otro que el de tratar de aclarar algunos aspectos de la teoría sobre la «legitimidad de la democracia» elaborada por Carlos S. Nino. Examinaré, en primer lugar, a qué tipo de «democracia» se refiere la teoría de Nino –la democracia como modelo ideal de carácter procesal– para, a continuación, preguntarme por la clase de «legitimidad» que cabe predicar de dicho modelo, respondiendo a esta cuestión con lo que me ha parecido la reconstrucción más plausible de la teoría de Nino sobre los tipos de justicia procesal: la democracia queda legitimada como un caso de «justicia procesal instrumental imperfecta». Finalmente, formularé alguna conclusión en torno a los límites de este tipo de justificación de la democracia.

1. La teoría de la democracia de Carlos S. Nino no constituye una reflexión filosófico-política en torno a las concretas realidades político-institucionales de la democracia, sino que, por el contrario, se trata más bien de un intento de fundamentación de la democracia

[1] Genaro R. Carrió: *Notas sobre Derecho y lenguaje.* Abeledo-Perreot, Buenos Aires, 1973, pp. 68 y ss.

a partir de un *modelo ideal de carácter procesal.* Para comprender la anterior afirmación hay que aludir a dos distinciones relevantes en los diversos discursos en los que aparece el término «democracia»: la distinción entre democracia real e ideal, por un lado, y entre democracia formal y material, por otro.

1.1 La oposición entre democracia real y democracia ideal hace referencia a dos denotaciones diferentes del término «democracia»: Por un lado, alude a los sistemas políticos que usualmente considerados como «democráticos» y, por otro, a la democracia entendida como «modelo ideal». Situarse en el primer plano permite desarrollar tanto una teoría descriptiva como propuestas normativas acerca de los sistemas políticos democráticos existentes, mientras que, desde el segundo plano, únicamente tiene sentido la construcción de una teoría normativa.

Como acabo de apuntar, Nino se sitúa en el segundo plano, es decir, opta por una teoría normativa de la democracia basada en un *modelo ideal:*

> «La democracia es un "sucedáneo" del discurso moral;... se trata de una especie de discurso moral "regimentado" que preserva en más alto grado que cualquier otro sistema de decisiones los rasgos del discurso moral originario, pero apartándose de exigencias que hacen que este discurso sea un método inestable e inconcluyente para arribar a decisiones colectivas»[2].

Lo que desde esta teoría se trata de justificar no es el sistema político democrático entendido como realidad histórica e institucional, sino el procedimiento democrático de toma de decisiones en unas condiciones fuertemente idealizadas. Estamos en presencia de un discurso que para nada entra a considerar si en el mundo real se producen o no desviaciones a la hora de tomar decisiones supuestamente democráticas.

Pese a este distanciamiento del mundo real, una teoría normativa como ésta, inspirada en un modelo ideal, no tiene por qué ser un ejercicio argumentativo inútil sino que, en principio, puede cumplir dos finalidades: Por un lado, dotar de justificación derivada a las democracias reales, en la medida en que éstas recojan los imperativos del modelo ideal. Y, por otro lado, desarrollar una función regulativa y crítica, al servir como medida

---

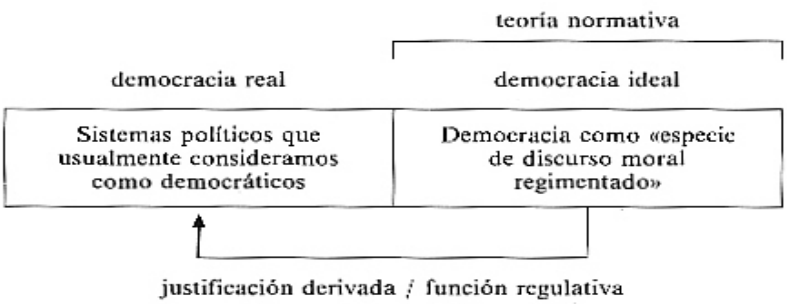
[2] Carlos S. Nino: *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación* (2.ª edición), Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 388.

de evaluación de las democracias realmente existentes y como modelo al que deben tender.

En mi opinión, la primera función debe relativizarse bastante pues –como veremos– la justificación de la democracia real queda fuertemente debilitada al difuminarse o desaparecer la mayoría de los imperativos del modelo ideal esbozados por Nino[3]. En cambio, la segunda función adquiere una mayor relevancia conforme decae la primera, ya que si bien es cierto que las condiciones de justicia impuestas por tales modelos difícilmente permiten aceptar como justas ninguna de las democracias realmente existentes, también lo es que establecen un horizonte normativo al que las democracias reales deben tender.

Esta visión normativa de la democracia basada en modelos ideales puede expresarse gráficamente como sigue:

1.2 La segunda precisión que el término «democracia» obliga a realizar se



refiere a la oposición entre democracia formal y democracia material. Como es sabido, la primera noción alude a una serie de formas, procedimientos o reglas del juego[4], mientras que la democracia material o real hace referencia a una serie de fines o contenidos. En este segundo sentido, la democracia

[3] Tales como los que «debe tratarse que las decisiones estén justificadas sobre la base de principios que satisfagan las condiciones formales del discurso moral, que para ello deben escucharse los argumentos a favor o en contra de que esta satisfacción se dé, que toda persona moral debe considerarse una fuente potencial de tales argumentos, que todas ellas deben participar en las decisiones colectivas, etcétera». En ob. cit., p. 392.

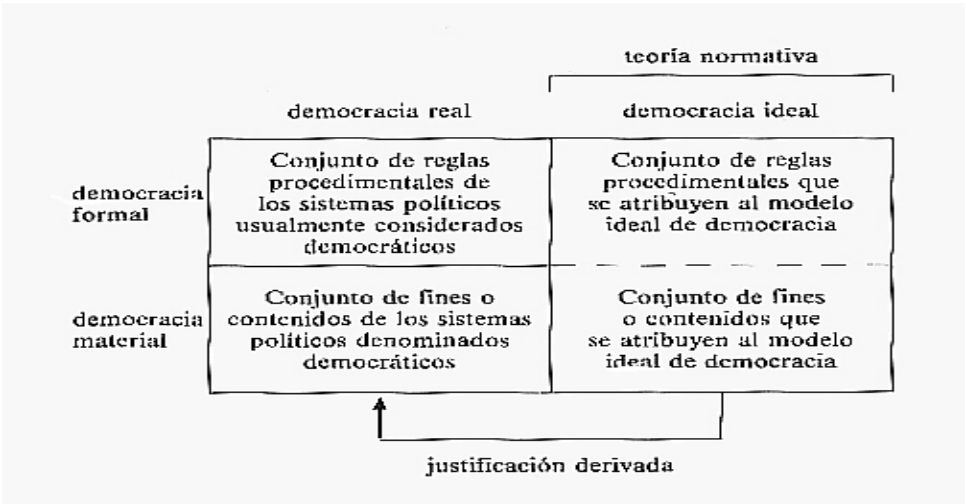
[4] En síntesis, estos requisitos serían los señalados por Bobbio en: Norberto Bobbio (et alter), voz «democracia», *Diccionario de política,* Siglo XXI Editores, Madrid, 1982, pp. 506-507.

exige un reparto igualitario de poder, pero no sólo del poder político, sino también del poder económico y social.

Como ya he apuntado, Nino sostiene –con las precisiones que luego haré– una *fundamentación procesal de la democracia,* pues, a la hora de llevar a cabo una teoría normativa de la misma, se centra en su aspecto formal. Afirmar que la democracia puede fundamentarse como «una especie de discurso moral regimentado» supone admitir que la democracia queda legitimada sin necesidad de entrar a analizar la justicia de sus contenidos. Es más, Nino considera que pueda justificarse incluso en el caso de que se haya incurrido en «desvíos morales» respecto de sus contenidos[5].

La opción por una teoría de tipo normativo, basada en un modelo ideal de carácter procesal, puede representarse gráficamente como sigue:

2. Una vez que la democracia queda configurada como un modelo ideal de



carácter procesal, cabe preguntarse en qué sentido podemos predicar la «legitimidad» de dicho modelo. La respuesta a esta pregunta viene condicionada por el tipo de justicia procesal ante el que nos encontramos. En este sentido

[5] Carlos S. Nino: *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación* (2.ª edición), Astrea, Buenos Aires, 1989, pp. 370-371.

veremos que, si bien en un primer momento Nino afirma que la democracia constituye un supuesto de «*justicia procesal pura imperfecta*», esta tesis es luego desplazada por la más débil del «*valor epistemológico de la democracia*». A partir de aquí, trataré de demostrar que la reconstrucción más plausible de esta última tesis lleva a sostener que la democracia es un caso de «*justicia procesal instrumental imperfecta*».

2.1. Efectivamente, en la primera edición de su libro *Ética y derechos humanos*[6] Nino afirma que la democracia constituye un caso de «*justicia procesal pura imperfecta*». Dicha fórmula se obtiene partiendo de una clasificación de Rawls entre los distintos tipos de justicia procesal e introduciendo varias modificaciones.

Rawls distingue entre tres tipos de justicia procesal[7]: la «justicia procesal pura», en la que la justicia de un resultado viene dada solamente por el procedimiento seguido para obtenerlo, sin que haya criterios independientes para juzgar la justicia de ese resultado. La «justicia procesal perfecta», en la que el procedimiento «conduce infaliblemente a resultados considerados justos según criterios independientes». Y la «justicia procesal imperfecta», en la que el procedimiento «tiende a producir, pero no asegura, resultados considerados justos según criterios independientes (como en el caso de un buen procedimiento judicial)».

Nino se resiste a considerar la democracia como un caso de «justicia procesal imperfecta» sin más, ya que esta visión instrumental de la misma «recoge parte, pero no todo, de lo que la hace moralmente superior (lo que recoge es, principalmente, la circunstancia de que la democracia contribuye, mejor que cualquier otro sistema, a expandir el discurso moral propiamente dicho)»[8].

Esto le lleva a observar cómo los dos últimos tipos de justicia procesal «son análogos entre sí y se distinguen del primero por el hecho de ser de carácter instrumental», es decir, en ambos casos habría que recurrir a instancias extrañas al procedimiento para poder predicar la justicia de los resultados. Además, ambos tipos se diferencian entre sí únicamente por la mayor o menor fiabilidad del procedimiento. Hay por lo tanto una asimetría en la clasificación: mientras la justicia procesal instrumental es susceptible de dividirse en perfecta e imperfecta, la justicia procesal pura carece de tal subdivisión. Esto obliga a Nino a plantearse si tendría

---

[6] Carlos S. Nino: *Ética y derechos humanos,* Paidos Studio/ Básica, Buenos Aires, 1984, pp. 241-243.

[7] John Rawls: A Theory of Justice, Oxford, 1971, p. 85.

[8] Carlos S. Nino: *Ética y derechos humanos,* Paidos, Buenos Aires, 1984, p. 241.

sentido distinguir una justicia procesal pura perfecta de otra imperfecta.

Efectivamente, esta distinción serviría para resaltar nítidamente la diferencia que existe entre el discurso moral y la democracia, ya que mientras el primero sería un caso paradigmático de «justicia procesal pura perfecta» (pues sus reglas constitutivas son el único criterio de adecuación de los principios sustantivos que sirven como justificación última de cualquier institución, acción o actitud), la democracia constituye un supuesto de «justicia procesal pura imperfecta», en el que las desviaciones del modelo perfecto estarían impuestas por razones pragmáticas.

Esta clasificación de Rawls de los distintos tipos de justicia procesal, una vez introducidas las modificaciones de Nino –que aparecen en negrita– puede representarse como sigue:

		Según que el procedimiento sea el criterio que determine (1) o no (2) la justicia de las decisiones	
		(1) **justicia procesal pura**	(2) **justicia procesal instrumental**
Según que el procedimiento se ajuste (1) o no (2) a un modelo ideal	(1) justicia procesal perfecta	**justicia procesal pura perfecta** (vg. discurso moral)	justicia procesal instrumental perfecta[9]
	(2) justicia procesal imperfecta	**justicia procesal pura imperfecta** (vg. democracia)	justicia procesal instrumental imperfecta (vg. procedimiento judicial)

[9] Carlos S. Nino no cita ningún caso de «justicia procesal instrumental perfecta», pero Rawls menciona un supuesto de «justicia procesal perfecta»

La doble consideración de la democracia como un supuesto no sólo de «justicia procesal pura» sino también de «justicia procesal imperfecta» trae consigo una serie de consecuencias respecto de las decisiones adoptadas de acuerdo a tal procedimiento. Así, las consecuencias ligadas a la primera consideración pueden desglosarse del siguiente modo:

a. la justicia de las decisiones democráticas viene determinada exclusivamente por el procedimiento que se siguió para adoptarlas;
b. para evaluar la justicia de las decisiones democráticas no existen criterios distintos al propio procedimiento;
c. la justicia de las decisiones democráticas no puede evaluarse en razón de su contenido.

Las consecuencias ligadas a la consideración de la democracia como un supuesto de «justicia procesal pura imperfecta» serían las siguientes:

a. al adoptar decisiones democráticas pueden darse desviaciones con respecto al procedimiento perfecto (el discurso moral) impuestas por razones pragmáticas;
b. las decisiones democráticas gozan sólo de una justificación «prima facie»;
c. la justificación de las decisiones democráticas queda supeditada a revisión exclusivamente a la luz de las desviaciones que se produzcan con respecto al procedimiento perfecto (el discurso moral).

---

que sirve para ilustrar aquella noción: «Un pastel habrá de dividirse entre un número de personas: suponiendo que una división justa sea una división igualitaria; ¿cuál es el procedimiento, si lo hay, que dará ese resultado? Haciendo a un lado los tecnicismos, la solución obvia es la de que una persona divida el pastel y tome la última parte, permitiendo a los otros que escojan antes. Dividirá el pastel en partes iguales, ya que de este modo estará seguro de obtener la mayor porción posible». Cfr. John Rawls, *Teoría de la Justicia,* Fondo de Cultura Económica, México, 1895, p. 108.

[10] Para un análisis del recurso a otros posibles criterios, tales como el consentimiento, el autointerés, las intuiciones morales o los presupuestos formales del razonamiento moral, puede verse: «Constructivismo espitemológico: entre Rawls y Habermas» de Carlos S. Nino, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* Alicante, núm. 5, 1988, pp. 87 a 105.

[11] Mientras que las anteriores consecuencias son comunes a los casos de «justicia procesal instrumental imperfecta», esta última se da únicamente en los supuestos «justicia procesal pura imperfecta».

Como conclusión de lo dicho conviene resaltar aquí que Nino en esta primera edición de *Ética y derechos humanos* considera que el discurso democrático constituye un caso de «justicia procesal pura imperfecta», rechazando expresamente que pueda tratarse de un supuesto de «justicia instrumental imperfecta».

2.2. Posteriormente, en un artículo titulado «La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el valor epistemológico de la democracia»[12], Nino parece suavizar la tesis anterior negando expresamente que la democracia sea un caso de «justicia procesal pura imperfecta» y atribuyéndole simplemente un *valor epistemológico*.

Así, en la parte central de este artículo se plantea si la democracia posee un valor ontológico o únicamente epistemológico. Afirmar lo primero supone que a través del discurso democrático podemos constituir la verdad moral y que la democracia es un caso de «justicia procesal pura», aunque imperfecta:

> «Mientras que el discurso moral es un supuesto de justicia procesal pura perfecta (para emplear, completándola, la distinción rawlsiana), ya que el único criterio de validez de sus resultados es que se hayan seguido sus reglas y éstas aseguran esa validez, la democracia es un procedimiento de justicia procesal pura pero imperfecta, porque sus reglas implican algún apartamiento del modelo ideal»[13].

Por lo tanto, la validez de los resultados a los que se llega a través del discurso democrático «tendrá mayor o menor grado en la medida en la que haya un mayor o menor apartamiento de las reglas del discurso moral originario».

Pese a que esta caracterización del valor moral de la democracia es idéntica a la de la primera edición de *Ética y derechos humanos,* Nino prosigue su exposición preguntándose «si esta concepción ética es adecuada» y afirmando que «la pregunta despierta dudas fundadas».

En efecto, para Nino toda discusión real presupone la existencia de principios morales válidos que son el resultado de un consenso ideal:

---

[12] Carlos S. Nino: «La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el valor epistemológico de la democracia», *Análisis Filosófico,* Buenos Aires, vol. VI, núm. 2, 1986, pp. 75-82.

[13] Ob. cit., p. 77.

> «¿Cuál es el criterio de validez que se presupone en el discurso o discusión moral? He sugerido en otro lugar que este criterio se basa en el hecho de la aceptabilidad hipotética del principio en cuestión, por todos los que puedan estar afectados por ese principio... en condiciones de racionalidad, imparcialidad y conocimientos plenos»[14].

Siendo así las cosas, habría que descartar esta primera concepción que ve a los principios morales como el resultado de la discusión real. En cualquier caso, «lo que fracasa, aparentemente, es el constructivismo ontológico..., todavía podría defenderse el constructivismo epistemológico» que sostiene que la discusión favorece el acceso a la verdad moral[15]:

> «La participación en la discusión de quienes pueden estar afectados por la adopción de un principio u otro, sobre todo cuando tienen intereses opuestos, es la mejor garantía de que, si las reglas de la discusión fueron aceptadas, el consenso real obtenido se aproxima al consenso ideal. Esta garantía no se da en la reflexión individual o aislada o en una discusión limitada a unas pocas personas con intereses coincidentes».

Finalmente, conviene señalar que la afirmación de un valor epistemológico de la democracia abre el camino para que las decisiones democráticas puedan ser cuestionadas no sólo por el grado en que se hayan satisfecho los requisitos de la discusión (lo que también sucedía afirmando su carácter ontológico), sino también, y fundamentalmente, recurriendo a criterios capaces de evaluar la justicia de los resultados con independencia del procedimiento.

La segunda edición de *Ética y derechos humanos*[16] no contempla cambios sustanciales respecto de esta última tesis. Básicamente se limita a reafirmar el «valor epistemológico de la democracia» y desaparecen las alusiones expresas a cualquier tipo de justicia procesal. En todo caso, merece la pena resaltar, como luego se verá, que el principal argumento empleado en favor del carácter epistemológico de la democracia radica en su analogía con el proceso judicial, si bien se trata de «un procedimiento en el cual todos son parte y todos son jueces».

---

[14] Ob. cit., p. 78.

[15] Ob. cit., p. 79.

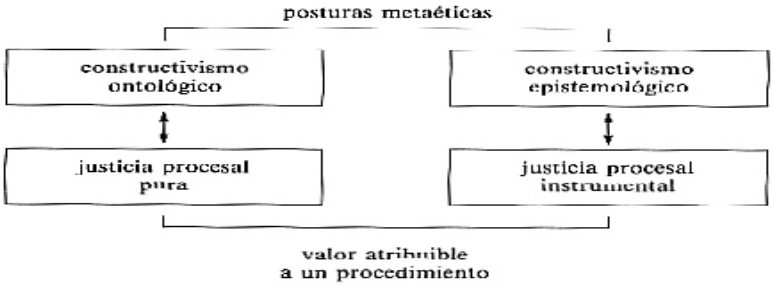
[16] Carlos S. Nino: *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación,* (2.ª edición), Astrea, Buenos Aires, 1989, pp. 393-398.

2.3. De lo dicho hasta aquí por el Nino posterior a la primera edición de *Ética y Derechos Humanos,* dos afirmaciones en torno al valor de la democracia parecen claras: que carece de valor ontológico, y por tanto no es un caso de justicia procesal pura imperfecta, y que posee un valor epistemológico. Lo que cabe preguntarse ahora es dónde se sitúa la democracia dentro de los distintos tipos de justicia procesal que Nino propone. En este sentido, parece que la reconstrucción más plausible de la tesis de Nino lleva, como vamos a ver, a afirmar que se trata de un supuesto de «*justicia procesal instrumental imperfecta*».

Efectivamente, Nino parece usar como equivalentes las expresiones «constructivismo ontológico» y «justicia procesal pura». Así, en el primer caso el procedimiento es el criterio que determina los valores morales y en el segundo las decisiones justas. Por lo tanto, como hemos visto, la negación del constructivismo ontológico lleva a Nino a renunciar a la idea de que la democracia pueda ser un supuesto de «justicia procesal pura imperfecta».

Ahora bien, lo que cabe preguntarse en primer término es si afirmar el valor epistemológico de la democracia es también equivalente a considerarla como un supuesto de «justicia procesal instrumental». Parece que existen razones más que fundadas para ello, no sólo por la relación con la equivalencia constructivismo ontológico-justicia procesal pura, sino, fundamentalmente, porque tanto en el constructivismo epistemológico como en la «justicia procesal instrumental» el procedimiento, por sí mismo, no determina la justicia de los resultados. Esto hace no sólo posible, sino también conveniente, recurrir a criterios independientes del procedimiento para evaluar la justicia de los resultados (Vg. el consentimiento, el autointerés, las intuiciones morales, los presupuestos formales del razonamiento moral, etc.).

Estas relaciones de equivalencia entre los distintos tipos de constructivismo, por un lado, y de justicia procesal, por otro, pueden representarse como sigue:



En segundo término cabe plantearse si la democracia constituye un caso de justicia procesal instrumental perfecta o imperfecta. Para responder adecuadamente a esta pregunta hay que comenzar observando que la oposición que Nino establece entre procedimiento perfecto e imperfecto corre paralela a la necesidad de distinguir entre el discurso moral y el discurso democrático.

Efectivamente, en la primera edición de *Ética y* derechos *humanos,* Nino introduce una distinción entre los «procedimientos de justicia procesal pura perfecta e imperfecta» basada en que en las reglas de éstos últimos se ha producido «algún apartamiento del modelo ideal». Así, como hemos visto, el discurso moral sería un procedimiento del primer tipo y el discurso democrático del segundo y la diferencia entre ambos radica en «el reemplazo de la exigencia del consenso unánime por el de la aprobación mayoritaria de una pauta o línea de acción».

Cuando más adelante Nino niega el valor ontológico del discurso moral se ve obligado también a negar el del discurso democrático y a dotar a ambos de un valor epistemológico. No obstante, continúa sosteniendo que los dos discursos no están en el mismo plano y que el segundo es un sucedáneo del primero. Parece claro, pues, que subsistiendo el mismo criterio de diferenciación entre ambos discursos, puede también trazarse la diferencia entre procedimiento perfecto e imperfecto dentro de los supuestos de justicia instrumental.

Otro argumento en favor de la consideración de la democracia como un caso imperfecto de justicia instrumental lo aporta la distinción que según Rawls existe entre la «justicia procesal perfecta» y la «justicia procesal imperfecta» (conviene recordar

que para Nino ambos supuestos tienen en común su carácter instrumental). En este sentido, mientras que el primer caso «conduce infaliblemente a resultados considerados justos según criterios independientes», el segundo «tiende a producir, pero no asegura, resultados considerados justos según criterios independientes». No parece, por lo tanto, que sea inadecuado situar al discurso democrático en este segundo contexto.

En todo caso, valga el argumento adicional de que como ejemplo de justicia procesal instrumental imperfecta se cita en la primera edición de *Ética y derechos humanos* el procedimiento judicial y que en la segunda edición el discurso democrático se asimila a un procedimiento judicial en el cual todos son juez y parte.

La reconstrucción que propongo de la tesis del Nino de la segunda edición de *Ética y derechos humanos* puede representarse como sigue:

	constructivismo ontológico ↓ justicia procesal pura	constructivismo epistemológico ↓ justicia procesal instrumental
justicia procesal perfecta	justicia procesal pura perfecta	justicia procesal instrumental perfecta
justicia procesal imperfecta	justicia procesal pura imperfecta	justicia procesal instrumental imperfecta DEMOCRACIA

Esta concepción de la democracia como un supuesto de «justicia procesal instrumental imperfecta» trae consigo una serie de consecuencias ligadas a la caracterización de la democracia como «instrumental», por un lado, y como «imperfecta», por otro. Las primeras pueden desglosarse como sigue:

a. el procedimiento democrático posibilita el conocimiento de decisiones justas;

b. la justicia de las decisiones democráticas no viene determinada por el procedimiento que se siguió para adoptarlas;

c. para evaluar la justicia de las decisiones democráticas puede recurrirse a criterios distintos del procedimiento (consenso hipotético, autointerés, intuiciones morales, presupuestos formales del razonamiento moral, etc);

d. la justicia de las decisiones democráticas puede evaluarse en razón de su contenido.

Las consecuencias que acarrea la consideración de la democracia como «imperfecta» pueden expresarse como sigue:

a. al adoptar decisiones democráticas pueden darse desviaciones con respecto al procedimiento perfecto (el discurso moral) impuestas por razones pragmáticas;

b. las decisiones democráticas gozan sólo de una justificación «prima facie»;

c. las desviaciones respecto del procedimiento perfecto pueden ocasionar decisiones consideradas injustas (en virtud de criterios independientes).

3. A partir de las consecuencias que se extraen de esta nueva caracterización de la democracia como un supuesto de «justicia procesal instrumental imperfecta» pueden formularse una serie de conclusiones, centrándonos en los límites de este tipo de justificación y dejando a un lado el carácter más o menos artificioso de la clasificación de los diferentes tipos de justicia procesal, así como los problemas del cambio en la caracterización del propio discurso moral:

3.1. En primer lugar, se aprecia un debilitamiento de la fuerza justificatoria del procedimiento democrático sobre las decisiones que se adoptan con arreglo al mismo. De esta manera, en la primera caracterización de la democracia que hemos visto –como «justicia procesal pura imperfecta»– las decisiones democráticas quedan justificadas en tanto que son el producto de un procedimiento democrático; basta con que se den una serie de criterios formales para considerar que las decisiones son justas, sin necesidad de analizar su contenido. En cambio, en la caracterización de la democracia que ahora nos ocupa, la justicia de las decisiones democráticas viene dada por criterios ajenos al procedimiento; lo que determina la justicia de tales decisiones es la conformidad o no de sus contenidos con algún criterio diferente del procedimiento democrático, si bien éste sigue siendo un método más o menos fiable para conocer decisiones justas.

3.2. En segundo lugar, se produce un debilitamiento correlativo al anterior en la propia justificación del procedimiento democrático. De manera que en la primitiva caracterización de la democracia ésta quedaba fuertemente justificada al tratarse de un procedimiento para *constituir* decisiones justas, mientras que ahora, es sólo un procedimiento para *conocer* decisiones justas pues –como hemos visto– el procedimiento, de por sí, no determina la justicia de la decisión.

Pero es que además la democracia, tal y como queda caracterizada ahora, no constituye ni tan siquiera un criterio excluyente para el conocimiento de la verdad moral, siendo posible recurrir a otros criterios para ello. Pues aún considerando, como hace Nino, que el único criterio de validez aceptable es la adecuación a los presupuestos formales del razonamiento moral (que constituyen la verdad moral)[17], todavía cabe una reflexión en torno a la verdad moral que se rija por reglas diferentes a las del discurso democrático. Y sobre todo, como el propio Nino admite, es posible, aunque difícil, que por vía de la reflexión individual se llegue a conclusiones correctas[18].

3.3. Finalmente, conviene advertir que la nota de la «imperfección» –que parece persistir en esta nueva caracterización de la democracia– puede predicarse de la democracia no sólo cuando se la entiende como «modelo ideal», sino también, obviamente, aún más cuando nos referimos a la democracia real o representativa. Así, en el modelo ideal de democracia que configura Nino subsisten todos los rasgos del discurso moral originario excepto aquellos que hacen que ese discurso sea un método inestable e inconcluyente para alcanzar decisiones colectivas; de esta manera, el reemplazo de la exigencia de consenso unánime por el de aprobación mayoritaria de las decisiones determina la calificación del procedimiento democrático como «imperfecto».

Pero también cuando nos referimos a la democracia real o representativa tiene sentido hablar de la imperfección de dicho procedimiento. La democracia representativa es un sucedáneo imperfecto de la democracia ideal (así como ésta lo es del discurso moral), ya que las exigencias que configuran el modelo democrático ideal de Nino (tales como las de que debe tratarse que las decisiones estén justificadas sobre la base de principios que satisfagan las condiciones formales del discurso moral, que para

---

[17] Carlos S. Nino: «Constructivismo epistemológico: Entre Rawls y Habermas», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 5, 1988, pp. 87 a 105.

[18] Ob. cit., p. 104.

ello deben escucharse los argumentos a favor o en contra de que esta satisfacción se da, que toda persona moral debe considerarse una fuente potencial de tales argumentos, que todas ellas deben participar en las decisiones colectivas, etc.[19]) tienen tendencia a desdibujarse o desaparecer en la mayor parte de los sistemas democráticos reales que conocemos. Y es precisamente el grado con que esta imperfección se plantea[20], lo que puede hacer inviable una justificación de la democracia derivada de un modelo ideal como el que Nino propone.

[19] Carlos S. Nino: *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación* (2.ª edición), Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 392.

[20] Para un detallado análisis de este tema puede verse: Juan Ramón Capella, *Entre sueños. Ensayos de filosofía política,* Icaria, Barcelona, 1985.

LA DEMOCRACIA EPISTÉMICA PUESTA A PRUEBA. RESPUESTA A ROSENKRANTZ Y RÓDENAS

I

Carlos Rosenkrantz hace un análisis sumamente agudo de la justificación de la democracia sobre la base de su valor epistémico respecto de soluciones moralmente correctas, tal cual la he expuesto en diversos lugares[1]. Creo, sin embargo, que sus críticas no son suficientemente efectivas.

1. En primer término, debo comenzar diciendo algo relativamente banal pero que tiene relevancia para fijar cuál debe ser la estrategia teórica correcta al tratar este tema: Aunque pocos fenómenos como la democracia gozan de tan generalizada aceptación –sobre todo en los tiempos de la post-guerra fría–, la justificación moral de la democracia ha demostrado ser una empresa filosófica inmensamente difícil. Todas las concepciones más conocidas naufragan ante los primeros disparos del análisis crítico: las que no están basadas en la transformación de los intereses de la gente (como las concepciones utilitaristas, economicistas, pluralistas y las basadas en la autonomía y el consentimiento) y también las que presuponen una transformación de tales intereses (como las que invocan la soberanía del pueblo o tienen un cariz perfeccionista). Además, casi todas ellas (con excepciones como la de la teoría del consentimiento) se hacen pasibles de una crítica general que es la que no permiten superar la paradoja de la irrelevancia moral del gobierno: cada uno puede determinar que los valores substantivos a los que la justificación apela se satisfacen o se frustran independientemente de las decisiones del gobierno –democrático o no– y, en consecuencia,

[1] En *Ética y derechos humanos,* Barcelona, 1990 y *El constructivismo ético,* Madrid, 1990.

esas decisiones son superfluas para la materialización y determinación de los valores en cuestión.

Por lo tanto, el juego que debemos jugar los filósofos políticos es, según creo, el de proponer la justificación menos expuesta a obvias objeciones, y una vez que se avizora una alternativa con esos méritos tratar de ver hasta dónde resiste, hasta que podemos formular una teoría aún más resistente. La justificación epistémica de la democracia me parece a mí que es por el momento la alternativa teórica menos vulnerable, ya que es la única teoría prima facie plausible que da relevancia moral al gobierno –con tal de que precisamente sea democrático–; parece estar orientada en la dirección correcta de asociar la democracia con la moral (superando el cinismo de las concepciones economicistas y afines de postular que la democracia consiste en una dinámica de composición de intereses en un marco moral fijado en forma elitista); produce esa asociación sólo con la dimensión intersubjetiva de la moral (evitando connotaciones perfeccionistas); y todavía encierra un potencial inexplorado de posibilidades de explicación sobre la conexión entre el procedimiento democrático y ciertas exigencias del discurso moral como la imparcialidad.

Pero Rosenkrantz no eligió jugar este juego en su comentario crítico sino otro: En lugar de explorar todas las posibilidades de una teoría cuyos méritos comparativos ha descrito mejor de lo que podría haberlo hecho yo en las dos primeras secciones de su trabajo (salvo por omitir la incomparable ventaja de permitir explicar la relevancia moral del gobierno democrático), se conforma con encontrar algunas primeras dificultades para rechazarla. Esto pareciera preanunciar que el grueso del trabajo estará dedicado a presentar las bases de una nueva teoría, que absorba todas las ventajas de la que se deja de lado sin presentar las dificultades apuntadas y las más obvias que tienen las más conocidas. Pero no; al final de su trabajo, Rosenkrantz confiesa con su honestidad habitual que no tiene una teoría acabada sino intuiciones bastante firmes; y cuando nos explica hacia donde se orientan sus intuiciones sus someras palabras dejan entrever dos de las concepciones más vapuleadas por la crítica filosófica: la del auto-gobierno (que nunca pudo superar la objeción de que los únicos que se auto-gobiernan son los que integran la mayoría, por lo que se cae o bien en una petición de principio o en una justificación utilitarista); y la que está basada en una concepción del bien republicanista (con todos los peligros perfeccionistas que han sido tantas veces señalados). Por cierto que estas concepciones se ven, además, expuestas a los problemas de las justificaciones «intrínsecas» que destaca tan bien Rosenkrantz: sobre todo el de

cómo se equilibran los valores que, según ellas, la democracia materializa con los valores que el contenido de las decisiones democráticas pueden violentar.

2. Me parece que Rosenkrantz adoptó esta estrategia en su ofensiva porque, contrariamente a lo que él insinúa, da más importancia a su primera crítica que a la que expone en segundo lugar: o sea cree que la justificación epistémica de la democracia tiene un vicio radical de origen y no meramente el inconveniente de que todavía no ha sido suficientemente bien explicada la relación entre el mecanismo democrático y la exigencia moral de imparcialidad. Ese vicio de origen sería que el objeto primario de su justificación está constituido por procesos políticos ideales y no los que identificamos como democracias reales, y que cuando se proyecta esa justificación sobre la vida política real puede bien legitimar procedimientos de decisión no democráticos –un despotismo ilustrado– y no aquellas democracias reales.

Me da la impresión de que aquí el crítico de la concepción epistémica se confunde. En otro lugar[2], he sostenido que el concepto de democracia, que solemos emplear en la mayoría de los contextos discursivos, es fundamentalmente una noción normativa, ya que salvo por unos pocos rasgos nucleares –como la libertad de expresión y la votación periódica (insuficientes para identificar los fenómenos denotados por el concepto)–, no es posible determinar qué instituciones son centrales y cuáles son periféricas a la democracia sin una concepción justificatoria que da contenido a ese concepto. Esto ocurre con instituciones como la representación, la división de poderes, el control judicial de constitucionalidad, etc., cuyo carácter inherente o no a la democracia no puede determinarse sin recurrir a una tal concepción justificatoria, con el resultado de que las respuestas son diferentes según se acepte por ejemplo una justificación epistémica o una pluralista. Este carácter del concepto de democracia hace que no se pueda caer en lo que, siguiendo a Sartori[3], –quien también insinúa que la democracia que *es* depende de la que *debe ser*–, podemos llamar «hiper-realismo»: ello consiste en partir de las «democracias reales», con todos sus aspectos tanto prima facie atractivos como viciosos, y buscar concepciones plausibles que las justifiquen directamente. Lo que justifica una concepción que también identifica al objeto de justificación es necesariamente un fenómeno ideal. Aceptar esto

---

[2] Ver «Conceptions of Democracy and Institutional Design», por aparecer y Filosofía de la Práctica Constitucional, Argentina, también por aparecer.

[3] Ver *Democratic Theory,* Vol. I, cap. 1, p. 8. Detroit, 1962.

no es incurrir en un utopismo ilegítimo, y tampoco lo es que no haya ningún fenómeno real que no coincida exactamente con el que resulta plenamente justificado por la concepción normativa en cuestión (ninguna concepción de filosofía política puede satisfacerse completamente en la realidad). Un utopismo ilegítimo consistiría en proveer una concepción que proyectada a la realidad no nos permitiera detectar diferencias de valor entre los fenómenos existentes, a pesar de que intuitivamente percibimos grandes distinciones axiológicas entre ellos. Por ejemplo, una concepción justificatoria de la democracia que parificara en valor cero tanto al régimen de Irak como al de Suecia sería ilegítimamente utópica.

La justificación epistémica no lo es, ya que contiene exigencias que proyectadas a la realidad permiten jerarquizar los procesos políticos existentes según el grado de satisfacción plena a tales exigencias. Las exigencias son las de un proceso de discusión en el que participen, con la mayor libertad igualitaria posible –en términos de tiempo, medios de supresión, oportunidad de conocer los hechos relevantes, etc.– todos los afectados por la decisión, en el que cada uno justifique la solución que propone sobre la base de principios que tengan ciertas propiedades formales, y que expresen qué intereses de ellos o de otros, que deberían ser reconocidos, no lo son por los principios alternativos propuestos por los demás, y un mecanismo de formación de la decisión colectiva que compute igualitariamente la propuesta de cada uno y que haga de ella una función directa de la propuesta con mayor número de adhesiones. Por cierto que no hay, efectivamente, ningún proceso político real que satisfaga plenamente todas estas exigencias, pero es fácil componer una escala de mayor a menor aproximación: podríamos comenzar por un cantón suizo, seguir con las democracias escandinavas (que si bien son indirectas tienen algos grados de participación, acceso igualitario a la comunicación colectiva, sensibilidad frente a los cambios en el consenso colectivo, etc.), continuar aún con la mayor parte de las democracias de Europa Occidental, Australia, Canadá... y bastante más lejos vendrán los Estados Unidos (con baja participación, medios de comunicación privados y selectivos, una excesiva dispersión de las expresiones de la voluntad popular, un sistema rígido de formación del gobierno, control de constitucionalidad contramayoritario, etc.); todavía mucho más lejos aparecen las democracias sudamericanas (con su hiper-presidencialismo y corporativismo), y después México, sin todavía posibilidades reales de alternancia; tal vez al fondo de la fila se avizoren algunos regímenes más bien tendientes al partido único

y a que los líderes fuertes acostumbren a consensuar sus decisiones en plebiscitos o asambleas populares. Como se ve, en este continuo no aparece para nada un despotismo ilustrado como el que teme Rosenkrantz, ya que, por más méritos que pueda tener en otros sentidos, él carece de una *condictio sine qua non* de la justificación epistémica de la democracia, que es la participación en el debate y en la decisión de los propios afectados por ella (precisamente por el principio que menciona el crítico de que nadie es mejor juez de sus propios intereses que uno mismo, ya que la imparcialidad de la adopción de los principios propuestos para justificar una decisión se testea verificando si hay intereses de individuos que resultan frustrados sin que haya razones que no se apliquen también a casos en que los intereses de los individuos son satisfechos, estoy convencido de que lo que ha afectado la calidad moral de las decisiones de todos los dictadores argentinos, que en algunos casos pudieron ser bien intencionados, es el de no poderse representar con el peso debido algunos intereses que debieron haber tomado en cuenta).

3. Voy ahora a la segunda crítica: Como advierte bien Rosenkrantz, yo rechazo la visión agregativa de la imparcialidad y las concepciones de la democracia basadas en ella (como la utilitarista, la economicista, la pluralista, y creo que, en el fondo, también las que él ve como más meritorias, ya que deben cuantificar el número de gente que se autogobierna o se perfecciona con la democracia contra quienes se perjudican por las decisiones democráticas). La concepción que defendí en la primera edición de Ética y derechos humanos y después dejé de lado era un poco más complicada que lo que Rosenkrantz describe como visión agregativa de la imparcialidad. Yo no distinguía allí bien el plano ontológico del epistemológico en el que se podía asociar el resultado del discurso moral real (y el de la democracia como regimentación de tal discurso) con principios morales válidos, de ahí es que adaptaba la idea de Rawls y hablaba, como recuerda Rosenkrantz, de la democracia como un caso de justicia procesal pura pero imperfecta. Más que una idea agregativa de la imparcialidad defendía una idea, digamos, graduable de la justicia: si la unanimidad es funcionalmente equivalente –bajo ciertos presupuestos– a la imparcialidad y la justicia se define por la imparcialidad, una solución es más justa que otra, aunque no sea la solución justa, si es aceptada por más gente en ciertas condiciones (de amplitud de participación, debate, etc.). La idea tenía su miga porque no coincide con la visión utilitaria (no se trata de maximizar la satisfacción de los intereses más intensos, sino de cuantificar la aceptación), y recoge

la intuición de que aún cuando se cometa una injusticia, la injusticia es menor –en igualdad de otras condiciones– sí hay menos gente afectada por ellas.

Pero esto pertenece al pasado. La concepción de la democracia que ahora defiendo es explícitamente epistémica y está basada en la confianza de que el procedimiento democrático –definido como lo propuse sucintamente al comienzo– genera, en grados variables según la medida en que se satisfacen esas exigencias, una dinámica de acción colectiva que tiene una tendencia mayor a aproximarse a decisiones imparciales que cualquier otro procedimiento alternativo de decisión. La dinámica no está sólo generada por la publicidad del debate y la necesidad estratégica de obtener el mayor apoyo posible frente a la eventualidad de que se quiebre cualquier coalición mayoritaria, sino también por la participación de todos en el debate y en la decisión y en la oportunidad que todos tienen de hacer conocer a los demás sus intereses; por la exigencia de que las soluciones que se propugnen se justifiquen (lo que si bien no quiere decir que se justifiquen «válidamente», restringe las posibilidades de defensa de ciertos intereses ya que no cualquier expresión de aprobación de esos intereses cuenta como justificación); por la aplicación en el plano colectivo de las relaciones detectadas por los teoremas de Condorcet y otros; y seguramente por muchos otros mecanismos del sistema democrático –incluso psicológicos y educacionales (aquí puede entrar algo del republicanismo que le atrae a Rosenkrantz)– que intuyo pero no puedo describir todavía con la precisión que querría. Creo que si bien estos rasgos estructurales de la democracia no «garantizan» que los participantes harán un uso público de la razón, inducen a que lo hagan con mayor probabilidad que cualquier otro método de decisión.

Francamente no entiendo por qué dice Rosenkrantz que esta dinámica es «tangencial» a las decisiones moralmente correctas. Ciertamente hay casos individuales en que uno puede estar bastante seguro de que la decisión democrática no es moralmente correcta; pero como cuestión general parece que un procedimiento en el que se den las condiciones antes apuntadas tiende a la larga a producir decisiones más imparciales que las que podría tomar un dictador o un grupo aristocrático (por supuesto siempre que el dictador o aristócrata no sea uno mismo, pero aquí uno tiene que operar con alternativas realistas). Esto es lo que justifica el deber de observar las decisiones democráticas (siempre que el procedimiento se haya aproximado a las condiciones preestablecidas) aún en aquellos casos en que uno está seguro de que ellas son incorrectas; ya que de lo contrario, el procedimiento se socavaría

y se frustraría nuestro presupuesto de que es, en general, más confiable como método de conocimiento moral.

Las dudas de Rosenkrantz parecen estar fundadas en su creencia de que no hay forma practicable de plasmar algunas de las condiciones que generan la dinámica que tiende hacia la imparcialidad de modo de impedir, por ejemplo, la discriminación recurrente de minorías o el procesamiento de preferencias inmorales o no oponibles a terceros. Dejando de lado esta penúltima referencia a la inmoralidad de las preferencias –que el sistema obviamente no puede excluir a priori sin prejuzgar–, por supuesto que hay mecanismos para materializar aquellas condiciones: No me voy a referir a lo más obvio referido a la libertad de expresión y participación de todas las partes (que tiene, sin embargo, enorme incidencia en la generación de una mayor tendencia hacia la imparcialidad comparada con otros procedimientos) sino a otros aspectos que se intenta que la democracia absorba en grados importantes. Por ejemplo, el rasgo consistente en que, siendo difícil la democracia directa en sociedades complejas, las instituciones mediadoras sean los partidos políticos basados en principios justificatorios o programas y no en intereses crudos como los que representan los grupos corporativos, lo que refleja la exigencia de justificación de los intereses de acuerdo a principios que satisfagan ciertas condiciones formales (este es un rasgo detectado fácticamente aún por los politólogos como Jean Blondel[4]); también es relevante que las decisiones centrales se concentren en parlamentos que maximicen la reproducción de las ideologías justificatorias a través de representantes de los partidos y con reglas de debate que procuran reproducir las del discurso moral. Por ejemplo, la existencia de un control de constitucionalidad, orientado a resguardar, como lo propone Ely[5], la satisfacción de las condiciones del proceso de discusión y decisión democráticas y trate especialmente de impedir que en ese proceso haya minorías marginadas o insulares, como lo decía el juez Stone en la famosa nota 4 de «Carolone Products»[6]. Por ejemplo, el diseño de instituciones, como el parlamentarismo, el multipartidismo y el sistema proporcional acorde que requieran el super-consenso de una democracia «consocional», como lo propone Arend Lijphart[7], precisamente para los casos

---

[4] *Introducción al estudio comparativo de los gobiernos,* trad. Fernando Calleja, Madrid, 1972.

[5] Ver *Democracy and Distrust,* Cambridge, Mass., 1980.

[6] Ver 304 US 144, pp. 152-153, 1938.

[7] Ver *Democracy in Plural Societies,* New Haven, 1977.

que preocupan a Rosenkrantz de minorías que pueden resultar precisamente marginadas por diferencias raciales, lingüísticas, etcétera. Por ejemplo, la descalificación por vía también del control de constitucionalidad de decisiones que no están fundadas en principios morales intersubjetivos sino en concepciones de excelencia humana (que están entre las no oponibles a terceros en la terminología de Rosenkrantz) y respecto a las cuales el método democrático no tiene valor epistémico ya que su validez no está relacionada con la imparcialidad). Todos estos rasgos estructurales que se trata que una democracia satisfaga derivan de la aceptación intuitiva de una concepción epistémica de la democracia, ya que todos ellos están directamente asociados con la idea de imparcialidad que esta concepción maneja.

4. Quiero terminar diciendo algo acerca de tal concepción de la imparcialidad. Creo que Rosenkrantz la describe erróneamente como una armonización de intereses sobre la base de principios. El error está en no advertir que la imparcialidad no consiste en subsumir intereses en principios (que pueden ser muy parciales), sino que califica a los principios mismos, o mejor dicho, a su adopción. Es por ello que la imparcialidad es una exigencia procedimental del discurso moral, conduciendo a la adopción de principios como resultado de la práctica de ese discurso. Los contornos completos de la idea de imparcialidad deben ser todavía elucidados, pero creo que comprenden las ideas más básicas, en orden creciente de complejidad, de generalidad –el que los principios no debe distinguir situaciones sobre la base de nombres propios o descripciones definidas–; de universalidad –el que los principios deben aplicarse a todas las situaciones que no puedan distinguirse sobre la base de propiedades relevantes para los mismos principios–; de separabilidad e independencia de las personas, como advierte bien el propio Rosenkrantz; tal vez incluso la idea de que los procesos naturales deben afectar a todos los miembros del grupo relevante y no sólo a aquellos sobre los que recaen físicamente. Este conjunto de ideas, y seguramente otras que se me escapan, que integran la de imparcialidad sirven en el discurso moral de criterios reguladores para la adopción de principios sobre el tratamiento armónico de los intereses de la gente; y el ejercicio mismo de la práctica del discurso moral –y, en menor grado, el de su versión institucionalizada que constituye la democracia– va induciendo a los partícipes a aplicar tales criterios en la selección de principios.

Para decir lo mismo en los términos de preferencias que emplea Rosenkrantz: la imparcialidad es un calificativo de las preferencias impersonales de segundo nivel que se refieren al

tratamiento de las preferencias personales (que versan sobre la propia vida y el carácter de un individuo). La democracia epistémica es una contienda sólo de preferencias impersonales –que son las únicas a las que se pueden aplicar los criterios de imparcialidad–; de ahí la necesidad de justificación de los intereses y la exclusión de actitudes perfeccionistas. Esto no quiere decir que en el debate democrático no se pueden y aún deban exponer intereses o preferencias personales; al contrario, deben exponerse siempre que se los justifique, ya que ellas son el objeto de referencia de los principios o preferencias impersonales y su ignorancia no justificada es el test de la parcialidad de estas últimas. La aceptación por parte de los presuntos interesados es, a su vez, el signo de que no se da tal ignorancia, y es, por eso que, a mayor aceptación –bajo las condiciones apuntadas– se da efectivamente una mayor presunción de la validez moral de la decisión.

Por cierto que hay todavía muchos puntos oscuros acerca de la relación entre imparcialidad –y, en consecuencia, la moral intersubjetiva– y democracia. Pero tales puntos oscuros constituyen desafíos para fortalecer la justificación epistémica y no signos de que ella está herida de muerte. No es fácil encontrar otra teoría que ofrezca razones para hacer moralmente relevante al gobierno democrático, sin identificar sus decisiones con las moralmente correctas, ocupando una posición intermedia entre tal convencionalismo ético y un elitismo epistémico, sin necesitar hacer un balance entre los valores materializados por el método democrático o sus consecuencias y otros valores que puedan estar violentados por el contenido substantivo de sus decisiones o sus consecuencias, y permitiendo justificar los límites a la democracia –por violación de sus procedimientos, por incursionar en ideales de virtud personal, etc.– sobre la base de las mismas razones que la justifican. Creo que todavía vale la pena hacer un esfuerzo para profundizar todas las posibilidades de esta justificación antes de abandonarla por una mejor, y espero que Carlos Rosenkrantz siga contribuyendo con su talento a esclarecer tanto sus aspectos más promisorios como los más dudosos.

II

En cuanto al comentario de Angeles Ródenas, debo decir, en primer lugar, que hace un análisis muy perceptivo de cómo fue evolucionando mi visión de la democracia a través del tiempo. En efecto, abandoné la idea de que la democracia es una forma de

justicia procesal pura pero imperfecta cuando advertí que ello era una modalidad de lo que ahora llamo «constructivismo ontológico», que presenta una serie de dificultades a mi juicio insuperables. La posición que adopté últimamente, el «constructivismo epistemológico», permite distinguir entre la función constitutiva de la validez de los principios morales que cumplen los presupuestos de la práctica del discurso moral de la función cognitiva que cumple el consenso que se alcanza en la culminación de instancias de ese discurso. A su vez, el proceso democrático de decisión colectiva, al reemplazar la exigencia de consenso unánime de ese discurso por la decisión mayoritaria en un momento prefijado preserva parte del valor epistémico de aquel consenso, gracias a una serie de factores subyacentes a ese proceso que determinan una dinámica de interacción que tiende a la imparcialidad. Sin embargo, la posibilidad de acceso al conocimiento moral en cuestiones intersubjetivas no es exclusiva del proceso colectivo de discusión y decisión democráticas, sino que también puede predicarse, aunque en un grado considerablemente menor de confiabilidad, de la reflexión individual, lo que legitima el aporte que cada uno puede hacer a ese proceso colectivo.

Lo que digo en réplica a la crítica de Rosenkrantz sobre la capacidad de este modelo de permitir legitimar democracias reales se aplica también a las observaciones similares de Ródenas. Si el modelo permite, como ella reconoce, derivar prescripciones para la introducción de democracias más perfeccionadas, debe permitir establecer qué cerca o qué lejos estarán las democracias reales de aquellas democracias más próximas al modelo ideal. La legitimidad de tales democracias reales no es una cuestión de todo-o-nada sino de grado.

En primer lugar, habrá democracias reales, más legítimas que otras, y todas ellas seguramente serán más legítimas, de acuerdo a la justificación propuesta, que estructuras no-democráticas de decisión colectiva. En segundo lugar, lo que importa realmente establecer cuando se discute la legitimidad de una democracia real es si tiene el grado de legitimidad suficiente como para fundamentar nuestro deber moral de basar nuestras acciones o decisiones en las conclusiones, no de nuestra reflexión individual, sino del proceso colectivo de decisión y discusión. En la mayoría de los casos de democracias reales la respuesta debe ser afirmativa, ya que, por imperfectos que sean los procedimientos de discusión Y decisión que en ellas se desarrollan, parecen ser más conducentes a orientarse, en general y a la larga, hacia soluciones que contemplen imparcialmente los intereses de los afectados, que la reflexión individual y aislada de cualquiera de nosotros.

Por cierto, que la segunda función de mi modelo que señala Ródenas también tiene suma importancia: la de servir de punto de referencia para posibles reformas de los sistemas democráticos existentes para expandir su capacidad epistémica. Pero esta segunda función no sólo se da interconectada con la anterior sino que, a veces, entra en cierta tensión con ella. En primer término, si la democracia existente tiene la mínima capacidad epistémica como para justificar que actuemos según sus determinaciones y no las que provienen de nuestra reflexión individual, es a través de esos procedimientos democráticos reales que debe propugnarse su perfeccionamiento. No cabe, como muchos adeptos a un elitismo epistémico en materia moral lo propugnan (por ejemplo la guerrilla de los años 70) recurrir a métodos antidemocráticos para establecer la «verdadera» democracia. Segundo, hay veces que es necesario desconocer alguna decisión democrática como forma de promover el perfeccionamiento del proceso democrático, como deben hacerlo, por ejemplo los jueces a través del control judicial de constitucionalidad (por ejemplo, en el famoso fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos en Brown vs. Board of Education, en el que se desconocieron decisiones democráticas de los estados favorables a la segregación racial en materia educativa, tomando en cuenta, o debiendo tomar en cuenta –ya que la Corte no es suficientemente explícita sobre el punto– que la segregación educativa afecta a la calidad epistémica del proceso democrático al no permitir la confraternización necesaria para la adopción de soluciones imparciales).

UNA NOTA SOBRE EL CONCEPTO Y LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. (A PROPÓSITO DE LA POLÉMICA SOBRE LOS DERECHOS MORALES)

El debate en torno a los derechos morales no es de ayer. No trato de resolverlo, pues, en unas pocas páginas (aunque hay quien entiende que pudiera ocupar tan sólo unas líneas: las necesarias para hacer ver que se trata sólo de un prejuicio lingüístico). En lo que sigue, intentaré únicamente mostrar, en primer lugar (I), la relación entre los problemas de concepto y fundamentación, de donde deriva la dificultad de abordarlos por separado. Ante esa dificultad caben dos planteamientos: optar por una solución monista (una misma respuesta a las cuestiones de concepto y fundamento) como lo hacen las teorías iusnaturalistas o iuspositivistas legalistas extremas, o aceptar que, pese a las dificultades, se impone distinguir esos dos problemas, y en ese caso adoptar una solución dualista. (II) En segundo lugar, y habida cuenta de los problemas a sortear por la solución dualista, y, asimismo, de las irresolubles dificultades de la respuesta iusnaturalista tout court, examinaré la tesis de los derechos morales en la medida en que parece constituir una versión depurada de la solución monista, desprovista de los problemas que afectan a la versión iusnaturalista. Tras ese examen, concluiré (III) que la teoría de los derechos morales tiene un alcance engañoso: (a) inicialmente se mantiene como tal solución monista, pero (b) en casi todos sus representantes aparece formulada de hecho como respuesta al problema conceptual: ¿qué son los derechos humanos? ¿qué significa tener derecho a X?, cuando en realidad © es tan sólo una teoría relativa al fundamento de los derechos y ni aún así constituye tal fundamento, pues se remite a otra instancia: las necesidades, los bienes básicos, los valores. Por supuesto, el alcance de esta

reflexión es limitado: Una simple ojeada a la bibliografía existente sobre el concepto y fundamentación de los derechos humanos es suficiente para desanimar a quien pretenda formular aportaciones originales al respecto. Desde luego, no es esa la intención de estas líneas, que se proponen tan sólo una reflexión crítica sobre el *status quaestionis,* con especial referencia al debate doctrinal en nuestro país.

(I)

Para abordar con mayor concreción el problema, parece conveniente plantear con cierto detenimiento una reflexión previa, acerca de la posibilidad de dar respuesta con independencia absoluta a los problemas de concepto y fundamentación. En efecto, no es infrecuente que, cuando se formulan una y otra cuestión, se tienda a separarlas, manteniendo la primera, por así decirlo, en el terreno más estricto de lo que se ha llamado[1], «teoría de los derechos», es decir, el plano analítico, mientras el problema de la fundamentación aparecería como cuestión estrictamente filosófica (según algunos, en realidad, metajurídica) y por ello objeto de estudio de la «Filosofía de los derechos» o, en todo caso, de lo que la tradición anglosajona considera Jurisprudencia censoria» o normativa. Una posición que, llevada al extremo, conduce a adoptar, lisa y llanamente, un punto de vista escéptico sobre ese modo de abordar la cuestión que lleva a calificar todo esfuerzo de fundamentación como «una empresa desesperada»[2]. Según esto, sería posible discutir sobre el problema conceptual, sobre la posibilidad y tipos de definición de «derechos» y sobre las dificultades terminológicas que todo ello encierra, sin necesidad de plantearse la cuestión de su fundamento, o, mejor, manteniendo

[1] Cfr. p. ej. Peces-Barba, 1983, donde insiste en la diferenciación entre Teoría de los derechos fundamentales y Filosofía de los derechos fundamentales que ya se encuentra en su clásico trabajo de 1978. Véase asimismo su toma de posición acerca del problema de la relación entre historicidad y concepto de derechos en Peces-Barba 1987 y de nuevo sobre la fundamentación en Peces-Barba 1989, donde reproduce la idea de la libertad igualitaria como clave del fundamento –desde luego, ético– de unos derechos de los que no cabe hablar sino refiriéndose a una «realidad integrable en el Derecho Positivo».

[2] Bobbio, 1988. Esta posición de Bobbio es quizá el paradigma del punto de vista positivista/normativista sobre el problema. En cierto modo, puede ser calificada, con Bulygin (1987), como una toma de posición «realista»: se trataría de reconocer que en este terreno no hay apoyo sólido y que la pretensión contraria es incluso, «políticamente sospechosa, pues tiende a crear una falsa sensación de seguridad».

esto último *extramuros* en una, en mi opinión, más que dudosa fortaleza conceptual.

Considero que dicho punto de partida entraña algunos riesgos entre los que no es el menor el de contribuir a mantener una ausencia de distinción entre los conceptos de derechos humanos (o «derechos» sin más) y derechos fundamentales, al que podemos añadir el peligro de pensar que se puede ofrecer un concepto de derechos que pudieran compartir todas las posiciones doctrinales que tratan de dar cuenta de la fundamentación, con independencia de su posición al respecto.

Sin duda, el ejemplo más claro de esta postura que sostiene la inexistencia de conexión necesaria entre ambos problemas y por ello la posibilidad de un tratamiento independiente de una y otra cuestión, concepción que en cierto sentido podríamos considerar característica de un acercamiento «analítico» al problema, es la teoría dualista[3], tal y como la viene proponiendo entre nosotros el profesor Peces-Barba, desde luego no sin matizaciones: en efecto, elegir esta concepción es, para Peces-Barba, sobre todo un criterio metodológico, detrás del cual pueden aparecer muy diferentes respuestas conceptuales al problema de los derechos y no menos diferentes propuestas de respuesta a la interrogante relativa a la justificación o fundamentación de los mismos, pero lo que constituye el núcleo de esa posición es su rechazo tanto de las concepciones que ofrecen una respuesta monista a los dos problemas de concepto y fundamentación como a las que descartan ocuparse de ello por considerarlo una tarea estéril. En particular, la concepción

[3] Sobre la definición de la posición «dualista», caracterizada en principio como un criterio metodológico, resulta necesario hacer alguna precisión. Efectivamente, hay que distinguir de un lado la concepción dualista estrictamente metodológica que se limita (aunque no es poco) a poner de relieve la necesidad de distinguir la dimensión jurídica –inevitablemente jurídicopositiva– de los derechos humanos, de las posibilidades de justificación de los mismos, que no son sólo (aunque sí primordialmente) de carácter ético y, de otro lado, lo que podríamos calificar como «dualismo ontológico», el que critica Vernengo cuando se refiere a las tesis de quienes sostienen la concepción de los derechos morales (Vernengo 1989, pp. 327 y ss., praes. 340/42). Respecto a este último, creo que Vernengo tiene razón al denunciar la prolongación del dualismo metafísico de raigambre platónica en autores que tratan de mantener esa ambivalencia de los derechos: a la par, instituciones jurídicopositivas «imperfectas» y valores universales, sobre todo por cuanto de ese modo, en realidad lo que aparece es la tesis clásica de la concepción iusnaturalista de los derechos humanos. Sin embargo, parece claro que no todos los defensores de la teoría de los derechos morales son acreedores de esa etiqueta de dualismo ontológico y, por consiguiente, de iusnaturalismo. Explícitamente Vernengo reconoce que no sería así en el caso de la construcción de Laporta, y desde luego E. Fernández y A. Ruiz Miguel rechazan expresamente, por su parte, las razones de tal calificación.

dualista se sitúa en manifiesta oposición (así el propio Peces-Barba o Prieto Sanchís) a aquellas tesis doctrinales que nos proponen la noción de «derechos morales» (concepto éste que, en el sentir de tales críticas[4], tendría todos los inconvenientes del iusnaturalismo, sin aportar ninguna novedosa ventaja).

Por su parte, Pérez Luño[5], separando también las cuestiones de concepto y fundamentación: por esa razón, propone a su vez (a) una *fundamentación* de carácter iusnaturalista, pues «los derechos humanos responden a instancias o valores éticos anteriores al derecho positivo», y en ese sentido muestra su cercanía a las tesis de los «derechos morales» que, según argumenta convincentemente, serían sobre todo «una denominación nueva para aludir a las exigencias éticas implícitas en la noción de los derechos humanos tal y como tradicionalmente han sido entendidos desde la óptica iusnaturalista», y por ello, encuentra equiparables las nociones de «derechos humanos», «derechos naturales» y «derechos morales». Al mismo tiempo, ofrece (b) un *concepto* de los derechos diversos de esta fundamentación: los derechos humanos serían «una categoría histórica que tan sólo puede ser predicada con sentido en un contexto determinado[6]», o, como los define en otro lugar, un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan unas exigencias o valores fundamentales[7]. Por tanto, aunque pueda parecer sorprendente, considero que de esa forma las tesis de la mencionada concepción dualista de Peces-Barba (fundamentación ética, que combina con un concepto histórico de los derechos humanos) convergen no poco con las de Pérez Luño, (concepto histórico de los derechos y fundamentación próxima al iusnaturalismo, si bien es cierto que muy matizadamente), aún partiendo de diferentes posiciones. En cualquier caso, convendría dejar señaladas ya, como lo hace entre otros Laporta, algunas observaciones elementales sobre el lugar de la historia en la justificación de los derechos: (a) Es evidente que el recurso a la Historia resulta imprescindible para explicar la génesis del desarrollo de los derechos humanos, para comprender de qué habla-

[4] Así, Peces-Barba 1987 y 1989, o Prieto Sanchís 1988 y 1989, donde se reiteran los argumentos contra las tesis sostenidas entre nosotros por E. Fernández (1984, 1987, 1989) y que aparecen también tras el riguroso e interesante análisis de Laporta (1987). Vid. también Laporta 1989 y Ruiz Miguel 1989).

[5] Pérez-Luño 1984 y 1987. Las citas textuales corresponden a este último trabajo.

[6] Pérez Luño 1987.

[7] Cfr. Pérez Luño 1984, p. 51.

mos cuando nos referimos en cada momento a los derechos, por qué y cuándo aparecen: y ello no significa necesariamente, como se ha indicado con acierto[8], que se mantenga una concepción lineal de la Historia, sino sólo, entre otras consecuencias de interés, que, por ejemplo, pueden surgir nuevos derechos en respuesta a nuevas necesidades. (b) Asimismo, parece claro que el concepto de derechos humanos pertenece –como tantos otros: el de Estado– a la categoría de los conceptos históricos, con lo que todo ello implica: por ejemplo, que sólo tiene sentido hablar de ellos desde lo que se ha llamado (Peces-Barba) el «tránsito a la modernidad» y que, como escribe Pérez Luño, «ese contexto genético otorga... unos perfiles ideológicos definidos». (c) Finalmente, y en punto a la argumentación dirigida a proporcionar justificación o fundamento de los derechos, la Historia no puede ser razón justificativa, como argumenta ejemplarmente el mismo Laporta[9]: en primer lugar, «la validez de los enunciados se determina por argumentación racional... el hecho de que se presenten en un momento histórico no añade nada a esa argumentación»; además, resulta difícil cohonestar postulados morales y concepciones necesarias de la historia –pesimistas u optimistas–; finalmente, la historia no es un criterio, sino un totum revolutum, respecto al cual no cabe más que un conocimiento ex post. Por ello no cabe sino descartar (y así lo hacen Peces-Barba[10] y Pérez Luño[11]) la fundamentación «historicista».

II

Seguramente la concepción dualista se nos muestra como la más útil, en el caso de que se pudiera solventar el problema que he tratado de destacar más arriba, como intentaré justificar después. Sin embargo, y a los efectos de mi argumentación, lo que me parece más interesante es mostrar cómo se plantea la cuestión de la relación entre concepto y fundamento de los derechos en

---

[8] Pérez Luño 1987, p. 56.

[9] Laporta 1987, pp. 75-76.

[10] Peces-Barba 1987, p. 220, que prefiere hablar de «fundamentación positivista», aunque, en realidad, acepta la fundamentación ética con tal de mantener que en ese plano no cabe hablar de derechos, sino de valores morales: sólo cuando esa moralidad se incorpora al derecho positivo podría hablarse de derechos fundamentales.

[11] Difícilmente podría ser de otra manera en quien entiende que la positivación de los derechos es un acto declarativo y no constitutivo: cfr. Pérez Luño, 1984; 1987).

algunos de los representantes más significativos de la mencionada teoría de los «derechos morales», entre los que me referiré, por seguir en el contexto español, a las tesis de E. Fernández y F. Laporta. Efectivamente, como indiqué antes, tal teoría parece proporcionar una respuesta que evita la artificial separación entre las cuestiones de concepto y fundamentación de los derechos humanos. Sin embargo, en mi opinión, nos proporciona un ejemplo relevante de cómo se nos propone primordialmente como una respuesta dirigida aparentemente al problema conceptual, relativa al qué son los «derechos humanos» y por tanto distinta del problema de la justificación (aunque siempre en perfecta coherencia con ella), cuando en realidad es una teoría sólo acerca de esta segunda cuestión y no de la primera. En mi opinión, E. Fernández advierte bien el problema cuando escribe que el suyo es un intento de reunir fundamentación ética de los derechos humanos y concepto de los mismos como derechos morales. El inconveniente es que no se comprende bien qué hay de concepto y qué de fundamentación, precisamente porque el calificativo de «morales», según E. Fernández, trata de mostrar que el fundamento de los mismos es un fundamento ético, previo a lo jurídico (fundamento ético que, en realidad, como admite el propio autor, remite a las necesidades) de donde podríamos deducir que la expresión «derechos morales» no supondría en realidad una respuesta al problema del concepto. A ello responde E. Fernández[12] con un argumento de gran interés, que podemos encontrar en otros defensores de los *«moral rights»* como Nino, Laporta, o Ruíz Miguel[13]: si nos planteamos qué quiere decir la afirmación «tengo derecho a X», parece posible contestar que esa expresión no se reduce a ámbitos jurídicos y que, hablando con propiedad, «tiene un claro e irrenunciable origen y componente moral». Por esa razón niegan que la expresión tenga carácter confundente: los derechos humanos «son tales por su carácter moral, siendo accidental el reconocimiento jurídico para su concepto», y, por lo demás, desde el punto de vista pragmático de la defensa de los derechos ésta les parece la posición más eficaz[14]. Sin embargo, el problema se mantiene en tanto que los partidarios de la teoría de los derechos morales adopten el punto de vista estrictamente analítico en aras del rigor científico, reconociendo que desde las exigencias de la lógica resulta posible admitir que la cuestión

[12] Ibid., p. 158;
[13] Cfr. Fernández 1989, p, 158. Vid. también Páramo 1987, Laporta 1987 y Ruiz Miguel 1989.
[14] Ruiz Miguel 1989, pp. 322 y 325.

conceptual es un problema previo y, por consiguiente, centrándose aparentemente en ese único tema, todo ello aunque expresamente se advierta a menudo (si bien luego no se sepa o se pueda respetar tal exigencia), que ese trabajo de deslinde, por más que sea útil y aún imprescindible, se revela un auténtico castigo de Sísifo por las dificultades que conlleva: estamos aquí, una vez más, ante un problema circular, aunque con ello no quiero decir que se trate tan sólo de un problema terminológico en el sentido impreciso (y por ello peyorativo) de la palabra, puesto que las consecuencias de utilizar una u otra acepción son de cierta importancia práctica (sería un problema semántico en el sentido estricto de ese término).

En definitiva, el problema podría describirse en estos términos: cuando quienes se ocupan de la cuestión conceptual tratan de responder a la pregunta ¿qué significa tener derecho a X? ofreciendo la noción de derechos morales, casi nunca ofrecen una respuesta en el plano conceptual, sino que las más de las veces formulan propuestas que deberían situarse en el de la justificación, es decir, proporcionan una tesis fundamentadora de los derechos, y no un concepto de derechos en cuanto tal. Trataré de explicarlo aludiendo precisamente a la construcción de Laporta que me parece uno de los intentos más acabados de evitar esa confusión aún reconociendo lo esencial de la teoría de los derechos morales.

El trabajo de F. Laporta[15], que constituye un punto inevitable de referencia, comienza precisamente por poner de relieve la dificultad de delimitación de los problemas de concepto y fundamentación, pero en definitiva, y en aras del rigor científico, adopta una consideración específica del problema conceptual para el que propone como respuesta la noción de derechos morales. Su reflexión sobre el concepto de derechos humanos como moral rights, se apoya, entre otros argumentos básicos, en la distinción (en línea con la crítica de MacCormick a buena parte de los planteamientos habituales) entre «derechos» y «técnicos de protección»: los derechos serían, por expresarlo de alguna manera, entidades «prenormativas», mientras que las facultades de ejecución o renuncia a los derechos, los «poderes» atribuidos por el Derecho positivo, existirían sólo después de que existan los

[15] Me referiré, salvo mención expresa, a Laporta 1987. Con posterioridad (Laporta 1989) ha vuelto sobre el tema para precisar el sentido y alcance de los esfuerzos de fundamentación de los derechos, a propósito de lo cual recuerda la necesidad de separar los planos de la reflexión sobre derechos humanos y la relativa a los derechos fundamentales. Como se verá más adelante, habrá oportunidad de comentar este segundo trabajo.

derechos, no serían el elemento constitutivo de los mismos. El punto de partida puede encontrarse en la tesis que señala –la cita es del propio Laporta– que en todo sistema normativo «no sólo pueden darse relaciones lógico-deductivas sino que aparecen también relaciones justificatorias o instrumentales que pertenecen al mundo del razonamiento práctico y son imposibles de aprender en los lazos formales del razonamiento lógico-deductivo»[16]. Por mi parte, trataré de mostrar cómo, precisamente, la respuesta de los *«moral rights»* esconde, tras su equívoco, la pista certera, como apuntan, entre otros, Atienza y Ruiz Manero cuando en su comentario de las tesis de Laporta escriben: «... a su concepción de los derechos como entidades pre-normativas podría acusársele de confundir los derechos con el fundamento de los mismos»[17]. Efectivamente, Laporta sale al paso de esta crítica a su propia concepción indicando que quien la formula ignora una precisión básica: para él los derechos (morales) son entidades prenormativas pero que forman parte del sistema jurídico, concretamente como «razones intrasistemáticas» (razones que forman parte del sistema jurídico y que sirven como argumento para la existencia de los derechos legales), mientras que el fundamento de los derechos (legales) sería siempre un problema de «justificación extrasistemática» de los mismos. En el fondo, siempre según Laporta, el problema derivaría del prejuicio «legalista» que radica en entender que sólo tiene sentido la expresión «tener un derecho» cuando existe una técnica de protección que consiste en poner en manos del titular un dispositivo institucional de coacción lo que, sin embargo, no sería sostenible desde un punto de vista empírico ni aún para los sistemas que llamamos jurídicos. Por lo demás, se trataría de constatar simplemente que al igual que no hay correlación *necesaria* entre obligaciones morales y obligaciones legales o jurídicas, tampoco la hay entre derechos morales y derechos legales, afirmación de la que derivan dos consecuencias del mayor interés:

a) Sostener la tesis de los derechos morales no significaría necesariamente adoptar posiciones iusnaturalistas: no es así, desde luego, en la construcción de Laporta: no se trata ni de la existencia de «otro» orden jurídico, ni de la tesis de la necesaria intersección ente Derecho y Moral que es uno de los puntos básicos de la doctrina del Derecho Natural[18].

---

[16] Laporta, 1987, p. 29.
[17] Atienza-Ruiz Manero 1987, p. 69.
[18] En el mismo sentido, cfr. las afirmaciones de E. Fernández 1989 y A. Ruiz Miguel 1989.

b) Sostener la tesis de los derechos morales significaría sólo (pero no es poco) que junto al orden jurídico empírico existe un orden moral y que a uno y otro corresponden derechos: lo que llamamos habitualmente derechos humanos pertenecerían a este ámbito de la moralidad: serían *derechos morales,* o, lo que es lo mismo, violarlos sería violar derechos y por eso su desconocimiento «justifica acciones como la desobediencia a las leyes y la resistencia a la opresión jurídico-positiva».

Pues bien, entiendo que hay una contradicción entre argumentar que los derechos (morales) son elementos intrasistemáticos del sistema normativo jurídico y afirmar que, al igual que las obligaciones morales, pertenecen al ámbito de la moralidad y *no tienen una necesaria correlación en derechos legales, esto es, en el sistema normativo*. Esto es: decir que los derechos (morales) son algo que está «más allá de las normas... constituyen la razón para articular una protección mediante normas» significa, en mi opinión, que la noción de derechos morales *no pertenece al sistema normativo jurídico hasta tanto los derechos morales no son incorporados al sistema normativo jurídico como razones que justifican la existencia de los derechos legales,* pero debe advertirse que esa incorporación no es (1) necesaria (los derechos morales pueden continuar en el ámbito exclusivamente moral, como razones para la acción) y por consiguiente (2) no es razón suficiente que nos permita calificar a los derechos morales, en definitiva, no son tales derechos, sino que ofrecen razones para justificar la exigencia de un reconocimiento normativo determinado: para fundamentar los derechos (los derechos fundamentales)[19].

(III)

En otras palabras: lo que sucede es que los derechos morales serían como ha visto bien Laporta, «razones para la acción», especialmente pertinentes en el ámbito de la praxis moral, jurídica y política, es decir, fundamentan juicios de justicia o legitimidad y/o apoyan la adopción de respuestas concretas para materializar esas exigencias (esa es la verdad que encierra el tópico tan

[19] En otras palabras: el problema es el mismo que plantea la innovación de las necesidades como derechos, mejor, como fundamento de los mismos, según hemos tratado de mostrar en De Lucas/Añón, 1990, aunque con ventaja para el recurso a las necesidades.

repetido de que los derechos humanos constituyen la concreción de la idea de justicia en nuestra conciencia colectiva, en nuestro horizonte cultural), porque, como advierte el propio Laporta en otro lugar, «si los enunciados jurídicos que reconocen u otorgan derechos humanos son vinculantes ello se debe a que son conclusiones de un razonamiento práctico cuyas premisas prácticas o valorativas son extrajurídicas»[20]. Eso es tanto como reconocer que el lugar de la teoría de los derechos morales en relación con los derechos humanos es el de la justificación o fundamento de los derechos (tanto si nos referimos a los derechos humanos en general, como, a fortiori, si se trata de los derechos fundamentales), y no constituyen una respuesta al problema conceptual, a la pregunta ¿qué son los derechos?, sino a la pregunta ¿por qué debe aceptarse que tengo un derecho? o, mejor, ¿por qué está justificado exigir del Derecho una respuesta normativa? Por lo demás, si se me permite la expresión, en realidad la teoría de los derechos morales ni siquiera ofrece una respuesta al problema de la justificación, pues constituye un circunloquio, un rodeo que remite, en la mayoría de los casos, bien a una respuesta antropológica iusnaturalista, bien a una axiología, bien, lo que quizá es hoy la posición más interesante, a una variante de la solución «antropológica» basada en la noción de las necesidades humanas. Efectivamente, como se ha indicado por Añón[21] entre otros, serían las necesidades, y no los derechos morales lo que proporcionaría, en todo caso, las razones, los argumentos que apoyarían una respuesta jurídico normativa (y no otra) a determinadas exigencias que se pretenden justificadas, una respuesta jurídica normativa a las demandas que afirman que es justo reclamar algo, una justificación de por qué tiene fundamento racional pretender que el Derecho adopte –en cuanto sistema normativo y con las técnicas que ello supone– una respuesta a tales demandas: una respuesta, pues, que no consiste tan sólo en

[20] Laporta 1989, p. 205. En este trabajo, en el que se realiza un brillante análisis acerca de qué tipo de enunciados morales pueden proporcionar fundamentación de enunciados jurídicos y, más concretamente, derechos fundamentales, lo que entre otras cosas supone una precisión del carácter vinculante de los enunciados jurídicos relativos a derechos fundamentales así como una distinción entre enunciados morales que sirvan para el objetivo de fundamentación/justificación, hay una premisa que no conviene olvidar, y es que, como advierte el autor, se está hablando de derechos fundamentales, *dentro del orden jurídico,* y no de derechos humanos en general. Es decir: el recurso final a los derechos morales es un recurso para ofrecer un fundamento de los derechos positivos.

[21] Añón, 1990.

técnicas de protección (normas primarias). Por esa razón, la propuesta de los derechos morales como concepto de derechos humanos no es, en mi opinión, operativa: no ofrece más de lo que podemos conseguir por otras vías que, sin embargo, evitan una confusión que no sólo es conceptual, sino también metodológica. Otra cosa sería afirmar que en orden a proporcionar las relaciones de justificación propias del ámbito del razonamiento práctico que son imprescindibles para cualquier intento de fundamentación, el recurso a la noción de derechos morales pueda tener, como en mi opinión la tiene, una gran utilidad, sin que ello comporte que los derechos morales sean el auténtico fundamento: en realidad tal fundamento está más allá, y nos lo proporcionarían criterios como los de bienes básicos o necesidades a los que precisamente remite la noción de derechos morales, entre otras razones por las inequívocas limitaciones de la propia teoría de los derechos morales[22].

BIBLIOGRAFÍA

Atienza/Ruíz Manero (1987), «A propósito del concepto de derechos humanos de F. Laporta», *Doxa,* 4.

Añón (199l), «Fundamentación de los derechos humanos, y necesidades básicas», en Ballesteros (ed.) y varios autores, *Los derechos humanos,* Madrid, Tecnos (en prensa).

Ballesteros/ De Lucas (1989), «Sobre los límites del principio de disidencia», en Muguerza y varios autores, *El fundamento de los derechos humanos,* Madrid, Debate.

Bobbio (1988), *El problema de la guerra y las vías para la paz,* Madrid, Gedisa.

Bulygin (1987), «Sobre el estatuto ontológico de los derechos humanos», *Doxa,* 4.

Fernández (1984), *Teoría de la justicia y derechos humanos,* Madrid, Debate.

Fernández (1989), «Acotaciones de un supuesto iusnaturalista a las hipótesis de J. Muguerza sobre los derechos humanos», en Muguerza 1989 cit.

[22] En este sentido recojo la crítica de Prieto Sanchís 1987 a la dimensión liberal-individualista la teoría de los derechos morales. Efectivamente, como sostiene Ruiz Miguel en sintonía con las tesis de Muguerza (Muguerza 1989), resulta difícil dejar de admitir que la moralidad tiene su raíz en el individuo que es llamado a disentir, en la moral crítica o moral abierta, como se prefiera, pero creo que eso no resuelve la objeción del lastre ideológico denunciado en la teoría de los derechos morales, y así lo hemos tratado de argumentar en otro lugar (Ballesteros-De Lucas 1989).

Laporta (1987), «Sobre el concepto de derechos humanos», *Doxa,* 4.
Laporta (1989), «Sobre la fundamentación de enunciados jurídicos de los derechos humanos», en Muguerza 1989 cit.
De Lucas/Añón (1989), «Necesidades, razones, derechos», *Doxa,* 7.
Muguerza (1989), «La alternativa del disenso», en Muguerza, *El fundamento de los derechos humanos,* Madrid, Debate.
Nino (1989), *Ética y derechos humanos,* Barcelona, Ariel.
Nino (1990), «Sobre los derechos morales», en *Doxa,* 7.
Páramo (1989), «Bienestar, derechos y autonomía», en Muguerza 1989 cit.
Peces-Barba (1983), *Derechos fundamentales,* Madrid, Univ. Comp.
Peces-Barba (1987), «Sobre el puesto de la Historia en los derechos fundamentales», *Anuario de Derechos Humanos,* 4.
Peces-Barba (1988), «Sobre el fundamento de los derechos humanos», en Muguerza 1989, cit.
Pérez Luño (1984), *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución,* Madrid, Tecnos (hay 2.ª ed. 1986).
Pérez Luño (1989), «Sobre los valores fundamentadores de los derechos humanos», en Muguerza 1989 cit.
Pérez Luño (1988), *Los derechos fundamentales,* Madrid, Tecnos.
Prieto Sanchís (1987), «Ideología liberal y fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos. Observaciones críticas», *Anuario de Derechos Humanos,* 4.
Ruiz Miguel (1989), «Los derechos humanos como derechos morales: entre el problema verbal y la modernización confusa», en Muguerza 1989, cit.
Ruiz Miguel (1990), «Los derechos humanos como derechos morales», *Anuario de Derechos Humanos,* 6.
Vernengo (1989), «Los derechos humanos y sus fundamentos éticos», en Muguerza 1989 cit.
Vernengo (1990), «Enfoques escépticos de los derechos humanos», *Anuario de Derechos Humanos,* 6.

CIENCIA Y ÉTICA. EL MODELO DE LA CIENCIA MARTILLO

En cada ocasión en que se intenta discutir el vínculo entre la ciencia y la ética en la vida contemporánea, la antinomia entre «cientificismo» y «anticientificismo» suele ocupar la parte central de la escena, quedando planteada como un debate básico en la cual, sin embargo, no dejan de involucrarse otros referentes conceptuales que proceden tanto del campo de la filosofía, como del campo de la teoría social.

Los referentes filosóficos ocupan dos segmentos: el de la filosofía de la ciencia o epistemología, y el de las categorías filosóficas que se remontan, cuando menos, a la tradición del legado kantiano. Desde la apertura, en efecto, del dualismo entre *razón teórica* y *razón práctica,* no han cesado de examinarse distinciones subordinadas a ese dualismo como las que separan la lógica del ser de la lógica del deber, lo descriptivo de lo normativo, lo cognoscitivo de lo prescriptivo, la esfera del conocimiento de la esfera de la voluntad, el universo del sein del universo del sollen, la positividad de la captación de los valores, y otros del mismo tipo. En estos diferentes pares, la ciencia se ubica en la dimensión de lo teórico, y se asigna su relación con la ética al campo de lo práctico (lo normativo, el mundo del deber). La razón de esta distribución *filosófica* es que el nexo entre ciencia y ética concierne a la política científica.

La polémica entre cientifismo y anticientificismo suele estar fuertemente influida por argumentos que emanan de este dualismo filosófico y, también, del campo de la epistemología y la historia de la ciencia donde internalistas y externalistas asumen posiciones divergentes muchas veces frontales.

Así, mientras filósofos considerados como cientificistas se apoyan en el dualismo razón teórica/razón práctica –o en algunos de sus referidos modelos– y lo emplean para atrincherar la ciencia en el campo teórico y relegar todas las cuestiones vinculadas a su uso y aplicación a la exclusiva responsabilidad de

las instancias públicas y privadas, los anticientificistas reniegan de todo dualismo pero, al hacerlo, se desinteresan de un cabal conocimiento de los problemas epistemológicos y conceptuales de la producción científica, para percibir del fenómeno científico sólo sus aristas negativas: destrucción de la naturaleza, mutilación de la vida, obstáculos al progreso de la moral y la virtud. En este sentido, siguen prisioneros del dualismo que rechazan.

De esta manera, las discusiones entre unos y otros contrincantes suelen comenzar haciendo inventarios con los resultados positivos o negativos respectivamente de la ciencia, para apoyar o mejorar sus fundamentos en un debate donde los contenidos emocionales ocupan el lugar ausente de un análisis racional que tome en cuenta tanto el sistema de elaboración de las teorías como el sistema social destinatario de esas teorías.

Sin embargo, cualquier inventario que distribuya por un lado los grandes beneficios traídos a la humanidad por la ciencia y, por otro, los efectos negativos y aún mortíferos de su aplicación por el poder estatal o corporativo privado, es una operación descriptiva completamente inútil e infértil para arrojar claves de inteligibilidad sobre la ciencia y la política científica en la vida contemporánea.

El sistema «balance y saldo» es impotente para elaborar una teoría que se proponga captar racionalmente la función de la ciencia en la sociedad de nuestros días, por cuanto este balance omite: a) visto el fenómeno de la ciencia desde la óptica del cientificismo, la fuerte masa de teoría social y no sólo epistemología que es necesaria para articular aquella teoría abrazadora del vínculo ciencia-ética; b) visto desde la óptica del anticientificismo, el conocimiento y la comprensión de la lógica y la metodología de la ciencia, y el conocimiento de una historia que se implanta en la modernidad como un efecto de la razón y de desencantamiento de un universo poblado de supersticiones e imágenes religiosas.

La óptica cientificista cree estar más cerca de la racionalidad en la medida en que se encuentra fuertemente entrenada en restringir el término racional exclusivamente a las teorías científicas, al método científico de las ciencias físico-naturales y a la historia interna intelectual de la ciencia, desinteresándose de la teoría social y de la historia externa de la ciencia considerada como mero complemento secundario de la primera.

Con el estrechamiento de lo racional a lo científico, y no pocas veces a lo científico-natural, la toma de posición cientificista se siente segura y en pleno derecho de considerar retrógrados y ultramontanos a los anticientificistas calificando así adecuadamente a buena parte de este universo integrado muchas veces por

personas que, frente a los problemas que planta la ciencia, pretenden volver a modelos de sociedades bucólicas o arcádicas, o enfrentar sus efectos disvaliosos con propuestas de una contracultura, un conjunto de nostalgias religiosas o edificantes o una no menos utópica ciencia revolucionaria.

Sólo que en su condena, extienden desmesuradamente su radio, envolviendo en sus reproches a alternativas de examen del vínculo entre ciencias y ética que, lejos de ser reaccionarias no aceptan desvincular lo epistemológico de una teoría social que tome en cuenta la totalidad de la práctica científica, en un proceso de producción en que la ciencia como producto formado, como conjunto de teorías elaboradas es un simple momento abstracto no independiente ni indiferente de sus circuitos de circulación y consumo. Así el cientificismo que reprocha al anticientificismo la necesidad de saber de qué se habla –entendiendo por este saber una formación en ciencias físico-naturales y no una formación completa en alguna ciencia social– no comprende sus carencias en cuanto se trata de reconstruir el nexo entre ciencia y ética, y ciencia y sociedad por promover un formidable fenómeno de olvido y preterición de todos los elementos externos relacionados con la aplicación de esas mismas teorías.

De este modo si el anticientificismo falla en su captación del enlace teoría epistemológica/teoría social por desconocimiento de la primera teoría y el reemplazo de las bases de la segunda por una fuerte carga emotiva y moral, cuando no religiosa, desconsiderando el reemplazo del sistema de creencias premoderno por el post-contractual, el cientificismo falla por su limitado concepto de racionalidad, por la reducción de la primera teoría a los procedimientos lógico-metodológico de las ciencias naturales y por suponer que su motor de inferencias es suficiente para prescindir de toda teoría social a la que suele considerar como un mero conjunto de reflexiones generales, que no sabe de lo que hablar por estar empapada de filosofía social y moral más que de ciencia.

Sin embargo la racionalidad de la ciencia es coextensiva a la racionalidad de su aplicación en la sociedad.

Es dentro de este concepto no recortado de racionalidad que debe medirse el vínculo entre ética y ciencia y no como si la filosofía de la ciencia y la ética y política científica constituyesen dimensiones completamente independientes en que la primera se neutraliza frente a las segundas.

Lo que indica la teoría social es que de acuerdo con la política y la ética de la ciencia, el modo de producción de ésta, en tanto ese modo de producción tiene como excedente del producto formado

su circulación y consumo, ésta varía sensiblemente. No sólo porque la ciencia es una práctica que en toda teoría incluye las condiciones de su aplicación, sino porque de acuerdo con las condiciones sociales, económicas, políticas y éticas de producción de la ciencia, los propios procedimientos lógico-metodológicos de que da cuenta la así llamada historia interna de la ciencia, se van articulando y variando.

El análisis, aislado de los materiales de inferencia lógica, el proceso de sistematización de las teorías, el modo de operatividad del instrumental matemático y su vinculación con el material empírico, sólo puede aceptarse como un momento abstracto de la epistemología, la que debe dar cuenta del fenómeno científico en la complejidad de sus relaciones. Epistemología de la ciencia no es lógica de la ciencia «tout court», como explícita o implícitamente se ha sostenido en muchos filósofos de tendencia anglosajona.

Ahora bien, una pregunta inherente al nexo entre la ciencia y la ética como la deliberada complicidad y silencio de algunos científicos creadores de teorías para el exterminio de los hombres, ha tratado de ser soslayada desde el campo del cientificismo, apelando a lo que se conoce como el modelo de la ciencia martillo.

Esta pregunta en efecto, ha sido contestada a veces echando mano de la distinción entre la ciencia y su uso. Una cosa, se arguye, es la ciencia como expresión del conocimiento y la racionalidad del hombre, y otra cosa es su uso o mal uso por instituciones, gobiernos y políticas. Los científicos no son responsables del uso que haga de sus teorías fuera de los laboratorios, el poder. Criterio que se desea abonar con este u otro ejemplo semejante: la ciencia es como un martillo que a veces se usa para clavar un clavo y otras veces para aplastar la cabeza de una persona.

Este criterio de demarcación entre la ciencia y su uso, digamos entre la buena ciencia y el mal uso, no es satisfactorio, ni apto para dilucidar el papel de la ciencia en la sociedad y la cultura del hombre según su evolución actual a fines de nuestro siglo, ni menos aún para un examen de la metodología de las teorías científicas.

La distinción entre «sanos» productos científicos y el uso «insano» de estos productos, fuera ya de las manos de los científicos, por los gobiernos, los estados, las agencias o corporaciones, no es una descripción ni siquiera aproximada de las modalidades que asume la producción científica en esta centuria.

El criterio de demarcación indicado silencia no sólo las

peculiaridades del modo de producción de la ciencia y de la tecnología por el Estado militar-industrial, sino un universo, no precisamente secundario, de teorías que son en sí mismas mortíferas, es decir que emplean recursos lógicos-metodológicos combinados para producir la destrucción del hombre y la naturaleza. Son teorías mortíferas en sí, mala in se, que salen de la labor de científicos y técnicos amalgamados en laboratorios e instituciones. Teorías que, desde el inicio, se proyectan, planifican, y elaboran sin otro destino, ni más finalidad, que la destrucción del hombre y su entorno ecológico.

Tenemos un ejemplo aislado pero que podría multiplicarse: la producción de la bomba neutrónica.

¿Podemos hablar a su respecto de una teoría, la teoría sobre fisión del átomo, originariamente «neutral» usada luego en forma ominosa por el poder? ¿Se corresponde esto con la metáfora de una teoría martillo-para-clavar-un-clavo en un primer paso y, en un segundo, martillo-para-romper-el-cráneo-de-una-persona?, ¿estamos en presencia de una sola teoría con buen o mal uso alternativo y dependiente de la política o, por el contrario al producirse la bomba que destruye a los seres y deja intactas las cosas materiales como edificios, instalaciones, etc., se lo hace en base a nuevas teorías científicas que complementan y se agregan a la primitiva?

En el paso de lo neutral (por llamarlo de alguna manera) a la tecnología neutrónica, aparecen nuevas teorías científicas respecto de la originaria, nuevas observaciones, nuevas experiencias, nuevo instrumental lógico-matemático, nuevos procedimientos y nueva articulación que permiten al producto científico producir la muerte en cualquiera de las formas de su aplicación y no, por ejemplo, la energía eléctrica.

Del mismo modo, entre las teorías de los físicos sobre la energía nuclear y la producción de los distintos modelos de bombas atómicas hay un tramo de tecnología pero también un tramo de teorías científicas complementarias, con cambios en los procedimientos de metodología interna, sin los cuales el producto científico destructivo no sale al mercado de la muerte.

Se trata de teorías en cualquiera de los sentidos que pueda darse a la palabra, teorías científicas con hipótesis, con sistema de axiomas, con aparato semántico, términos teóricos y observacionales, que no pueden tener otro uso que el de martillo-rotura-de-cráneos.

¿Estarán los científicos, de contrato-a-buen-sueldo, autores de esas teorías (o sus colegas cientistas naturales que afirman dogmáticamente la neutralidad de la ciencia) en condiciones de

únicos epistemológicos válidos para expedirse sobre ellas, o podrán y deberán expedirse también los epistemólogos que no son físicos aunque en su perfil predomine el interés sobre la historia externa de la ciencia?

La respuesta de los partidarios del modelo de ciencia-martillo corre así: el cientista natural se pondrá en una habitación el guardapolvos de metodólogo para expedirse sobre la bondad de los procedimientos inferenciales y empíricos puestos en juego en la elaboración de las teorías cuyas únicas condiciones de aplicación son la muerte de los hombres y la salvación de los edificios, pero pasará luego a otra habitación donde con nuevo guardapolvos se expedirá como hombre ético acerca de la función, el modo de producción, circulación y consumo del producto.

Esta concepción de las dos habitaciones del científico o del epistemólogo, correlato de la concepción de la ciencia-martillo de doble uso, no es satisfactoria, y emana de la vieja distinción entre ciencia pura-ciencia aplicada. En esta esquemática y simplista división de la ciencia (no obstante el peso que tiene en la tradición) la ciencia pura sería neutral y desprovista de toda connotación ética, política e ideología, en tanto que a la aplicación de la ciencia le correspondería asumir la condición de buen o mal uso.

La ciencia pura no es, sin embargo, una bonne à tout faire, ciencia lista para todo servicio.

Como lo han puesto en evidencia Gaston Bachelard, Louis Althusser siguiendo sus pasos, C. Ulises Moulines y todos los epistemólogos que defienden la non statement view (concepción no enunciativa de las teorías) las teorías incluyen sus condiciones de aplicación en su aparato conceptual. En cuanto a las teorías empíricas, Moulines al referirse al problema de los aspectos semánticos y pragmáticos de las ciencias y a la imposibilidad de separar la tarea de reconstruir teorías particulares de la tarea de aclarar la noción de aplicación, dice: «Pero no creo que esto sea metodológicamente aceptable. Las teorías empíricas están siempre construidas en vista a algunas aplicaciones «externas» concretas, de tal modo que las aplicaciones están incluidas también conceptualmente en la teoría misma. No podemos realmente separar las dos cosas. Algunos autores, que de algún modo se han dado cuenta de que las teorías y sus aplicaciones están entrelazadas conceptualmente, han propuesto la famosa tesis de la "carga teórica" de todas las observaciones empíricas. Pero parece que han olvidado señalar la otra cara de la moneda, a saber, lo que podríamos llamar la "carga aplicativa" de todos los constructos teóricos.

Carnap y Hempel ya habían tratado de hacer justicia a este aspecto al introducir las llamadas "reglas de correspondencia" y los "postulados de significación". Sin embargo, su construcción de tales correspondencias es forzada y en parte ficticia. No puede decirse que proporcionan una solución verdaderamente satisfactoria, aunque se encontraban en la dirección correcta.

En los últimos años cierto número de filósofos de la ciencia se han ocupado del problema de proporcionar un concepto adecuado de teoría que incluya la noción de aplicación de un modo realista. Los enfoques de autores como Sneed, Stegmüller, Ludwig van Fraasen y el grupo polaco, aunque viviendo en tradiciones diferentes, todos tratan de proporcionar una solución adecuada al problema de la inclusión de las aplicaciones dentro de un concepto complejo de «teoría».

Efectivamente, Wolfgang Stegmüller, en *Estructura y Dinámica de Teorías,* se propone tomar muy en serio la idea de las diversas aplicaciones de una misma teoría, que constituye uno de los elementos claves de la concepción no enunciativa de las teorías. En el interior de las restricciones técnicas de esta concepción –de la que no nos ocuparemos aquí– su propósito es incluir una forma precisada de esta idea en el método de Ramsey (solución Ramsey al problema de los términos teóricos).

Desde luego, esto es una innovación a la idea de «la aplicación universal» de la teoría que dominó la mayoría de los análisis del concepto clásico de teoría en la filosofía de la ciencia. Muy probablemente, esta idea universalizadora de las teorías estuvo muy ligada a la mecánica clásica de partículas que da la impresión de ser aplicable a «todo». Stegmüller reproduce esta imagen intuitiva, así: «Dadas las trayectorias de todos los cuerpos materiales del universo para todo el tiempo, existen funciones de masa y fuerza que, si se añaden a las funciones de posición fijadas por esas trayectorias, proporcionan un modelo de una axiomatización adecuada de la mecánica clásica de partículas, en la medida en que ésta se complete con leyes dinámicas apropiadas. Así, pues, hay un solo dominio de aplicación de esta teoría, a saber, el cosmos en toda su extensión espacio-temporal».

Stegmüller hace un inventario de todas las razones que hablan en contra de este aspecto cósmico de la aplicación de teorías, propio del modelo estándar.

Aunque en forma más intuitiva, es decir no relacionada con el complejo examen de la estructura de teorías físicas a partir de Sneed, esta idea de la inclusión de las condiciones de aplicación de una teoría en el mismo tejido conceptual de ellas, estaba incluida en el desarrollo que Althusser propusiera de lo que llamó en *Pour*

Marx, «la práctica teórica», como también en Gaston Bachelard referida al concepto.

Quizá valga la pena repetir uno de los párrafos con que aludí a ello en mi *Neopositivismo e Ideología,* contenido en el capítulo 14: «La errónea interpretación neopositivista se finca también en una notoria inadvertencia sobre los escritos de Althusser y Bachelard, en cuanto éstos consignan que la ciencia es un estatuto que incluyen en lo interior de su práctica sus mismas condiciones de aplicación. Así la división clásica entre teoría y aplicaciones de la teoría es rechazada, incorporando dicha práctica sus condiciones de aplicación. Condiciones de aplicación no son las efectividades tecnológicas sino las «condiciones» no formales y formales que la posibilitan. La práctica totaliza y actualiza así la historia misma del concepto. "En la experiencia –refiere Bachelard– busca las ocasiones para complicar el concepto, para realizar las condiciones de aplicación que la realidad no recusa. Es entonces cuando se advierte que la ciencia realiza sus objetos sin encontrarlos jamás hechos". Un concepto se torna así científico en el interior de su práctica teórica, en un proceso que incluye las propias técnicas de realización. Este proceso constructivo engloba nuevas pruebas experimentales que implican a su vez, deformar los conceptos primitivos, «estudiar las condiciones de aplicación de esos conceptos y, sobre todo, incorporar las condiciones de aplicación de un concepto en el sentido mismo del concepto... Un conocimiento es un conocimiento que se verifica progresivamente en cada una de sus adquisiciones. Si tuviéramos que esperar la referencia a lo real, base empírica y epílogo de escena, creeríamos que lo real estuvo ausente de toda la actividad previa y aparecería como forma expresiva postrera y epifánica, El élan científico se diluiría en tanteos carentes de una coordinación más o menos activa y no sabríamos distinguir lo arbitrario-convencional de lo natural, como si todo forjase una red endeble de hipótesis tan poco exigentes que escaparían al riesgo de ser desmentidas. Es el progreso paulatino de la práctica teórica el que determina las discriminaciones y propone hipótesis más finas en todo el curso del proceso y en un enlazado y coetáneo proceso de verificación que muchas veces le antecede –como dice Bachelard– o lo realimenta. No hay, pues, una cuestión de verificación de una totalidad blindada, por sí o por no, como se le asigna a un contexto télesis de las instancias procedimentales. Cada instancia, adjetiva, procesal, cada nivel, supone técnicas de validación, en la misma ruta de la construcción. La ciencia no se asemeja al procedimiento jurídico, donde cada etapa del proceso judicial se va cumpliendo sin prejuzgar y a la espera de una sentencia firme

y definitiva que coronaría la litis. El juez científico se inmiscuye en cada uno de los tramos, dictamina de pleno derecho y no aguarda un bloque confirmatorio final».

Si toda teoría incluye conceptualmente sus condiciones de aplicación, si toda teoría tiene un campo de aplicaciones propuestas, si el modelo cósmico de la aplicación de las teorías, es insatisfactorio, la imagen de la ciencia-martillo a doble uso pierde por completo todo significado. Los científicos autores de teorías cuyo campo de aplicación incluya dispositivos teóricos de resultados tecnológicos directamente criminoides, y es esto lo que ocurre en un universo de teorías muy vasto, carecen de todo margen para eludir su responsabilidad. Con respecto a ello, y a sus cómplices tecnocráticos, se potencia lo que Bertrand Russell había ya expresado en su clásico artículo «Las responsabilidades sociales de los científicos», de 1960, que reproduce la revista *Ética y Ciencia Nº 1* de Buenos Aires: «En el mundo moderno es imposible para un hombre de ciencia, decir con cierta honestidad: "Mi tarea es proporcionar conocimiento, y el uso que se haga del conocimiento no es de mi responsabilidad"».

MÁS SOBRE LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA

(Un agradecimiento y una respuesta a Realino Marra)

En el primer fascículo de los *Materiali per una storia della cultura giuridica,* correspondiente a 1991 (o sea el vol. XXI, n. 1, giugno), aparece una *Nota* firmada por *Realino Marra,* actualmente *ricercatore di sociologia del diritto nella Facoltá di Giurisprudenza (Università degli Studi) di Genova,* bajo el título de *Lo statuto cientifico della sociología del diritto e la tutela weberiana.* Su contenido ha querido ser, básicamente, una recensión del volumen nº 5 de la colección «Sociedad-Estado» que, bajo el título *El derecho y sus realidades (Investigación y enseñanza de la sociología jurídica),* por mi coordinado y editado en homenaje al Prof. em. *Renato Treves,* publicara PPU de Barcelona en 1989; el libro ofrecía las Ponencias y Comunicaciones que habían sido presentadas en las «Jornadas sobre la Investigación y la Enseñanza de la Sociología Jurídica», celebradas en el ámbito de la Universidad de Barcelona en el mes de Abril de 1988, con el doble objeto de rendir un homenaje al Prof. *Treves* y tratar de abrir una discusión acerca de la institucionalización académica de la sociología jurídica en España.

La diversa procedencia cultural de los ponentes y comunicantes a esas Jornadas, como la variedad de sus aportes que discurrieron tanto en el campo teórico cuanto en el empírico de la sociedad jurídica otorgaron al evento celebrado y, por tanto, al libro publicado la capacidad de brindar un panorama sobre el «estado de la cuestión» que me parece quedó bien resumido en el subtítulo del volumen. Si bien la recensión de *Marra* es absolutamente válida, por lo cual me remito a las apreciaciones allí vertidas para que los lectores puedan contar con una precisa reseña sobre el libro, ella me convoca a escribir estas líneas por dos razones de diferente índole: una, emotiva y otra, científico-epistemológica.

La primera se vincula con una antigua amistad, anudada con *Marra* en tierras saarlandesas y continuada en ámbitos italianos, afianzada por la admiración que me ha provocado su intenso trabajo de investigación sobre autores y campos –a los cuales aludiré más adelante– fundamentales para el conocimiento socio-jurídico. La segunda de esas razones hace pie en las reflexiones que *Marra* ha vertido en la *Nota* publicada en los *Materiali* que van mucho más allá del comentario a los contenidos del volumen por mi coordinado y que constituyen –según mi opinión– unas ideas absolutamente originales, hasta el punto que llegan a poner en cuestión eso que él denomina con muchas propiedad *la tutela weberiana* de la sociología del derecho. Todo lo dicho, entonces, justifican un agradecimiento y una tentativa de respuesta a *Marra*.

I) La razón de índole emotiva a que aludo debe todavía ser ampliada, en lo que atañe a la admiración que he manifestado por el trabajo de *Marra*. En efecto, desde que *Marra* comenzó su labor de investigación ha demostrado poseer un verdadero *Proyecto*. Pero, ¿qué significa poseer un verdadero *Proyecto* cuando se habla de sociología jurídica y en lo que se refiere a la comprensión de las «funciones» que se han pretendido atribuir al derecho en las sociedades contemporáneas, habida cuenta que todo enfoque meta-normativo (como corresponde a la perspectiva disciplinaria) ha de estar estrechamente vinculado con el conocimiento de los intereses sociales que impulsan la creación y aplicación de los ordenamientos jurídicos con un concreto sentido u orientación? Pues el *Proyecto* del que hablo y que, por supuesto, es de mi exclusiva responsabilidad atribuírselo a *Marra* –para lo cual me apoyo en haber seguido su producción científica en los últimos diez años–, consiste en intentar desentrañar los fundamentos ideológicos de la más actual cultural jurídica dominante en Europa. Advierto que una afirmación de este tipo es absolutamente aventurada, tanto por la posibilidad de disentir con los propios deseos e intenciones de *Marra* cuanto por el riesgo que supone atribuir un objetivo que pueda considerarse desmesuradamente vasto. No obstante este peligro, insisto e adjudicar semejante objetivo al *Proyecto* que, según mi opinión, subyace en la obra de *Marra* y que, como lo entiendo, está muy agudamente orientado a poner al descubierto la sustancia funcionalista de esa cultura jurídica, lo que se comprueba con la selección de autores y obras hechas por *Marra* en su labor de investigación. Para ello mencionaré las «etapas» en que veo se va dividiendo su trabajo, con el cual ya ha alcanzado logros muy

concretos y significativos. Antes de nada quiero decir que el *Proyecto* en cuestión supuso algo que me parece fundamental, cuando se trata de buscar las raíces de un sistema, de un modelo o de una ideología jurídica pues, es tan habitual encontrar teorías o firmes propuestas de principios que sólo se apoyan en el análisis puntual de los fenómenos observados que, cuando uno se encuentra con una manifiesta tentativa de descubrir los orígenes de un tipo de pensamiento jurídico como el que fundó el funcionalismo, no puede menos que aplaudir la investigación sobre los fundadores de semejante sistema de pensamiento. Aludo a la coherencia que revela de *Marra* entre el «hallazgo» de ciertos temas que son ejes centrales en la obra de aquellos autores-fundadores del funcionalismo jurídico y la construcción de ciertas teorías contemporáneas en el campo de la dogmática del derecho. Este aspecto califica por sí sólo y positivamente el mencionado *Proyecto* de *Marra*.

1. En una primera etapa *Marra* hizo una profunda revisión de la obra de *Emile Durkheim.* Esa revisión ha quedado plasmada en dos volúmenes; el primero de ellos –*Il diritto in Durkeim (Sensibilità e riflessione nella produzione normativa),* ESI, Napoli, 1986– recoge elaboraciones parciales sobre la obra durkeiminiana (algunas de ellas habían sido publicadas antes aisladamente) que, en su conjunto, analiza la gran reflexión de Durkheim sobre el derecho, siguiendo las distinciones que este autor propuso en *De la division du travail social* o sea, entre derecho represivo y derecho restitutivo y entre este último derecho basado sobre la solidaridad negativa o sobre la solidaridad positiva. Este esquema conceptual que ha servido a la divulgación de los fundamentos funcionalistas del derecho sirvió a *Marra* para puntualizar una interesante crítica a tal clasificación lo cual, a su vez, le permitió extenderse hacia otros aspectos. Pero, lo más sobresaliente del trabajo de *Marra* radica en haber destacado las grandes contribuciones de Durkheim en tema de *pena* (derecho penal), de *propiedad* (derecho de propiedad) y de *contrato* (derecho civil) las cuales, en definitiva, han contribuido a la consolidación de la sociedad occidental del S. XX sobre el modelo de la economía capitalista de concentración y sobre el cual ahora se pretende construir la «nueva» sociedad en el Este europeo, aunque la primera no constituya ningún modelo definitivamente positivo.

El segundo de los volúmenes de *Marra* que deseo mencionar es el que lleva por título *Suicidio, diritto e anomia (Immagini delle morte volontaria nella civiltà occidentale),* Quaderni «Dei

Delitti a delle Pene» 2, ESI, Napoli 1987. En él se formula un lúcido ensayo sobre los elementos religiosos y morales que han influido en la conceptualización de la muerte voluntaria a través de los siglos y desde la civilización griega. Pero, la obra se concentra en la discusión de las tesis de Durkheim en torno a que la represión de la muerte voluntaria no puede considerarse una fase acabada en la historia del derecho penal. Con esta discusión que pone en juego la validez de tales tesis, *Marra* extrae la conclusión de que Durkheim habría evitado circunstanciadamente de extraer todas las consecuencias involucradas en la asunción general de la directa relación entre defensa de la dignidad de la persona y la intensidad de la represión del suicidio. Este punto sirve para un cuestionamiento global sobre el fundamento de validez de las obligaciones morales y jurídicas que, según Durkheim, sólo puede constituirse sobre fuertes valores morales. Desde esta perspectiva, a través de la reconstrucción histórica de las relaciones entre derecho represivo y calificación del suicidio en las cuales han influido tanto elementos religiosos como rituales, *Marra* pone en cuestión la posibilidad de explicar la fundación y los caracteres de un derecho penal moderno que parece mucho más influido, en razón de la dignidad de la persona humana, por la naturaleza de la idea de moral moderna.

2. La segunda etapa en el *Proyecto* de *Marra* que me estoy permitiendo distinguir, consiste en la labor de recuperación y reconstrucción de la obra de Max Weber, con fines específicas. Ya se conoce la producción de estudios sobre este autor y, sobre todo, lo que en tiempos últimos han procurado resaltar su contribución en la construcción de las denominadas democracias de masas. En Italia y particularmente en Génova se han hecho esfuerzos notables en este sentido; recientemente, *G. Rebuffa* –por citar a un conspicuo representante de la tradición que G. Tarello iniciara en la capital de Liguria– ha difundido dos trabajos muy vinculados a ese aspecto de la obra de Weber –*Max Weber e la scienza del diritto,* Torino 1989 y *Nel crepuscolo della democrazia (Max Weber tra sociologia del diritto e sociologia dell Stato),* Bologna 1991– con los cuales se confirma la orientación de aquellos esfuerzos, aunque otros estudiosos italianos y ligures han profundizado el pensamiento de Weber. Sin embargo me parece que la tentativa de *Marra* es de una amplitud diferente y, por tanto, la veo adscripta al mismo objetivo del *Proyecto* que me ha permitido atribuir a su labor científica. Es evidente que Weber, junto con su alumno Talcott Parsons han seguido la huella trazada por Emil Durkheim, por lo que los tres son considerados, pilares del funcionamiento jurídico.

De este modo, que *Marra* haya dedicado la segunda etapa de su trabajo de investigación a la obra weberiana no es únicamente una coincidencia con el interés general despertado por ella en Italia y, particularmente en Génova, sino que supone un paso más en su tentativa de poner al descubierto los orígenes de una ideología jurídica concreta. No de otra manera deben interpretarse los dos importantes estudios que *Marra* ha dedicado al pensamiento de Weber, uno que particularmente atiende a un aspecto de fundamental importancia para descubrir sus raíces como es: *Gli studi giuridici nella formazione di Max Weber (Heidelberg 1881, Berlino 1892)* en «Materiali per una storia della cultura giuridica-Durkheim, XIX-2, ...y, otro, que atiende a las fuentes que Weber analizó para escribir su primer libro en el que se analizan las condiciones económicas que consintieron el nacimiento del capitalismo racional de empresa, cual es: *Alle origini del capitalismo moderno. Max Weber e la <Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter>,* también en «Materiali per una storia della cultura giuridica, XXI-1, 159-211. Ambos ensayos, como que se encuadran en una investigación financiada por el CNR de Italia, deben considerarse sólidamente vinculados entre sí.

Tal como lo vengo señalando y aún desconociendo si *Marra* continuará su investigación sobre Max Weber, supongo que su futuro trabajo atenderá a la obra de los seguidores de los «padresDurkheim del funcionalismo jurídico y puesto que en esa línea pueden considerarse diferentes autores, es posible que la labor se oriente hacia Talbott Parsons, Hans Bredemeier, William C. Evan, Laewrence M. Friedman o Niklas Luhmann; De esta forma, aunque esa suposición se extienda a un área de sociólogos, más que de juristas, su *Proyecto* adquiriría ya unas proporciones que desbordarían la reconstrucción histórica para introducirse en las expresiones contemporáneos del funcionalismo estructural y en las propias manifestaciones que la teoría de los sistemas está teniendo en el pensamiento jurídico.

II) La razón de carácter científico-epistemológico que, a su vez, me ha impulsado a escribir estas líneas se relaciona con el punto 3 de la Nota firmada por *Realino Marra* en *Materiali per una storia della cultura giuridica,* XXI-1, giugno 1991. Con el subtítulo *Weber e la riconferma del dualismo tra dogmatica giuridica e sociologia del diritto, Marra* desarrolla una sólida argumentación mediante la cual se cuestionan las orientaciones de fondo que expresaría una buena parte de las contribuciones recogidas en volumen *El derecho y sus realidades,* por mi

coordinado. Aún más, esas orientaciones aparecerían ya señaladas en la misma *Presentación: Por una sociología jurídica en España,* que yo hiciera al libro. En consecuencia, me siento obligado a intentar una respuesta al cuestionamiento formulado por *Marra* aunque, desde ya, presiento que será difícil articularla en cuanto la argumentación formulada por él no sólo es sólida, sino también es correcta y veraz. No obstante, procuraré dar unas explicaciones con las que quizá se disipen las dudas expresadas por *Marra* acerca de la contradicción de fondo entre el objetivo declarado que él advierte en el volumen –obtener el reconocimiento de la sociología del derecho como parte integrante de la ciencia jurídica– y un supuesto acuerdo manifestado por mí y otros colaboradores, con las directivas metodológicas de Weber respecto de las soluciones «dualistas» en la fundamentación de la sociología del derecho.

Es oportuno adelantar que la contradicción apuntada por *Marra* parte de un punto de vista que da por definitiva la adopción por el subscripto (y por otros colaboradores en el volumen) de la así llamada "solución separatista", en el sentido que tradicionalmente se le ha adjudicado a este tipo de enfoque sobre las relaciones entre dogmática jurídica y sociología del derecho. Es verdad que semejante observación se apoya en alguna expresión por mí manifestada en la *Presentación* del volumen (v. p. III y ss.) cuando al pretender reseñar en una síntesis la constante tensión que se ha experimentado en los estudios jurídicos, entre las dos grandes soluciones propuestas en el terreno que se ha experimentado en los estudios jurídicos, entre las dos grandes soluciones propuestas en el terreno de las relaciones entre saber jurídico y saber sociológico –recogiendo en parte lo que *Alberto Febbrajo* (1978) ya había expuesto con suma claridad hace años–, señalé a Max Weber «como el más válido creador de la metodología adecuada a una sociedad jurídica idónea para comprender el papel que el derecho y los ordenamientos jurídicos deben cumplir en la sociedad contemporánea, dentro de la racionalidad burocrática». Sin embargo, más adelante, creo haber hecho algunas otras reflexiones respecto a la contraposición entre el propio enfoque de Weber, como diferenciador entre la dogmática jurídica y la sociología del derecho aunque aglutinando los puntos de vista del jurista cuanto los del sociólogo a partir de la identificación del poder, de la costumbre y de la economía que él hizo en su teoría sobre el derecho, y la de aquellos otros quienes, siguiendo a Kelsen, sólo se concentran en el análisis concreto de las normas positivas, de sus estructuras internas, de los elementos que configuran éstas, de las relaciones

que vinculan a tales normas con otras (lo que se denomina el «sistema»), de lo que entienden por un ordenamiento jurídico vigente, etc.

Por otra parte, conviene también agregar que la posición de Weber, en cuanto opta por una "solución separatista" entre dogmática jurídica y sociología del derecho, no se corresponde homogéneamente con el tipo de «dualismo» que sostienen quienes son partidarios de la propuesta kelseniana. En este sentido, permítame *Marra* que recuerde aquí la tesis que su querido colega del *Istituto di Filosofia e Sociologia del Diritto* de Génova y su "casi" maestro *Giorgio Rebuffa* ha sostenido (v. 1989) respecto a la tentativa weberiana para resolver la constante tensión entre las dos grandes soluciones propuestas, tesis de la cual yo mismo me he valido en esa *Presentación* del volumen reseñado por *Marra*. Según *Rebuffa,* un análisis sociológico de los ordenamientos jurídicos modernos, debe entenderse como un estudio de los sistemas jurídicos no sólo en sus mecanismos de funcionamiento interno (normativo e institucional), sino también respecto a la función que éstos absuelven para el mantenimiento del orden social. De tal modo, es efectivamente cierto que la sociología jurídica se ocupa de comprender y explicar cómo y por qué los sistemas jurídicos satisfacen otras funciones más allá de la declarada de «regular los comportamientos». Descubrir las funciones, latentes y manifiestas, que satisfacen los sistemas jurídicos complejos es una tarea que obliga a combinar el conocimiento de los intereses sociales que impulsan la creación y la aplicación del derecho según determinadas orientaciones con el estudio de los elementos y las categorías que componen las normas. Por lo tanto, es presumible poder poner al descubierto ciertas funciones latentes –que reflejan con mucha fuerza la ideología que subyace a un determinado sistema– si se le atribuye a la sociología del derecho, junto a la tarea de analizar los comportamientos determinados por las normas jurídicas, también la de estudiar la incidencia que aquel tipo de intereses sociales tienen sobre estos elementos y categorías que configuran las normas. Realizando este tipo de trabajo científico se produce una convergencia de la sociología del derecho sobre el objeto de conocimiento de la dogmática jurídica: las normas y, posiblemente también, se podría corregir la separación radical entre *deber ser* y ser que, como bien dice *Marra,* es el aspecto que en la metodología weberiana provoca que ciencia jurídica y sociología del derecho se ocupen de objetos absolutamente diferentes entre sí.

Es entonces en el sentido indicado por último que corresponde

discutir si es correcto insistir o no con la metodología weberiana para sostener la pertinencia de la sociología jurídica como disciplina jurídica, punto éste que sirve a *Marra* para señalar la contradicción de fondo entre el objetivo que él ha percibido como declarado por el volumen *El derecho y sus realidades* y dicha metodología.

No se equivoca *Marra* cuando al señalar esa contradicción de fondo destaca que con ella se toca muy de cerca un nudo todavía no resuelto de la fundamentación metodológica de la sociología del derecho. Este nudo estaría configurado por las diferencias de objeto de conocimiento que separa a la dogmática jurídica de la sociología del derecho, siempre que ésta no se ocupara de las «normas» sino sólo de los comportamientos que aquéllas determinan. Pero, dicho nudo se resolvería si el derecho es considerado como fenómeno social complejo dentro del cual el elemento normativo, aunque esencial, no puede escindirse de los factores externos que lo producen o que constituyen el marco o el objetivo de su actuación. De ese modo la unidad del objeto de conocimiento se reconstruiría en la perspectiva que *Marra* propicia de una *ciencia social de los fenómenos normativos,* ciencia que no podría ocuparse de una realidad de dos caras que, por tanto, debería ser estudiada bien por una ciencia «normativa», bien por otra social sin que el diverso punto de observación valga por sí para duplicar la entidad tomada bajo examen, provocando lo que Weber o también, más recientemente Hart, distinguían: normas o comportamientos, validez o eficacia. Las conclusiones a las que llega *Marra* son absolutamente legítimas para el estado de la cuestión, acerca de la configuración de la ciencia del derecho actual.

Por todo esto es que pienso que el cuestionamiento que ha formulado *Marra* en su recensión de *El derecho y sus realidades* es totalmente aceptable. Pero, lo que está por verse aún es, si en el estado del debate sobre la configuración de la ciencia del derecho actual es posible plantear una ciencia social de los fenómenos normativos, tal como *Marra* la propone, y si aquélla, por la vía de combinar el conocimiento de intereses sociales que impulsan la creación y aplicación del derecho con el estudio de los elementos y categorías normativos no salvaría la diferencia de objetos que separan a la dogmática de la sociología jurídica.

Otro aspecto del cuestionamiento de *Marra* que, sin embargo, él no ha relevado es el de saber si la contradicción que él ha señalado entre objetivo del volumen reseñado y metodología weberiana de la sociología jurídica es un tema que afecte o no a la institucionalización de la disciplina, sobre todo en España donde se sigue ignorando la necesidad de su enseñanza tanto a

estudiantes de derecho como la de ciencias sociales. Este aspecto pienso que puede haber quedado mucho más claro en mi recordada *Presentación: Por una sociología jurídica para España* al volumen El *derecho y sus realidades.* De todos modos, remitiéndome a cuanto dije en esa sede quiero insistir aquí para decir que la situación no parece haber cambiado mucho desde entonces. En estos momentos, en trance de dar forma ya definitiva a los *Planes de Estudio* para las licenciaturas de Derecho, por una parte, y de Ciencias Sociales (Sociología), por la otra, en muy contados casos ha aparecido la propuesta de incluir la *Sociología jurídica,* como materia específica. De cualquier manera, allí donde se ha hecho la propuesta de incluir esta disciplina en tales *Planes,* siempre lo es con carácter de «optativa» y dependiendo de una materia troncal o principal, En todo caso, esas propuestas aparecen únicamente en *los Planes de Estudio* de Derecho y dependiendo de *Filosofía del Derecho* (como en el caso de la Universidad de Barcelona); no conozco que existiera un tipo de propuesta semejante en los *Planes de Estudio* de Sociología. En consecuencia, lo que debe presumirse es que, tal como *Marra* lo advirtiera, también en España se profundizaría la contradicción de fondo que él ha objetado en el terreno mismo de la enseñanza de la disciplina entre estatuto científico de la sociología jurídica y propuesta metodológica weberiana, con presumibles consecuencias de un continuado rechazo de los científicos del derecho para considerar la materia como parte de su ciencia jurídica, lo que perpetuaría su condición de subalternidad.

Este aspecto es preocupante. Convendría reflexionar más y en conjunto sobre él, pues pienso que una situación semejante se manifiesta en la universidad italiana, como en la alemana y seguramente en otras europeas. Entiendo que en las universidades latinoamericanas, donde la sociología jurídica no ha pasado por este proceso de vasallaje y se enseña desde largo tiempo, junto a otras disciplinas que no hacen parte de la ciencia del derecho en el sentido que discute *Marra* –tales como la antropología jurídica, la psicología jurídica, etc.–, aunque quizá mucho más vinculada al análisis del derecho como fenómeno «político», antes que jurídico.

Finalmente, la *Nota* de *Realino Marra (Lo statuto scientifico della sociologia del diritto e la tutela weberiana)* creo que ha sido muy importante, por lo menos para mí. Me ha hecho reflexionar y me ha ayudado a profundizar en el tema de la institucionalización académica de la disciplina. Pero, lo que tiene más trascendencia y seguramente beneficiará a otros lectores de dicha *Nota* es que,

con ella, *Marra* se anota entre los estudiosos que más reflexivamente se han preocupado por la categoría epistemológica y metodológica de la sociología jurídica.

E N T R E V I S T A

ENTREVISTA A ANTONIO TRUYOL Y SERRA

1.

¿Cuáles fueron los motivos de su vocación a la vez filosófica e internacionalista?

Las raíces de una vocación no aparecen siempre claras, y cabe el peligro de que se determinen *a posteriori* por el sujeto, a la vista de su experiencia vital o profesional, de un modo más o menos arbitrario. En mi caso, yo distinguiría entre la vocación filosófica y la internacionalista.

No encuentro razón especial alguna para la primera. Ni mi padre, comerciante de ultramarinos establecido en Saarbrücken (Alemania) en los años diez de nuestro siglo, ni mi madre, tenían estudios superiores. No había, pues, en casa una biblioteca cuyos libros pudieran orientar en una u otra dirección mis primeros pasos en la actividad reflexiva. Es un hecho, sin embargo, que las clases de religión suscitaron siempre en mí un gran interés y me hacían pensar. Recuerdo en particular la profunda impresión que me causó el problema de la predestinación, sobre el cual dirigía preguntas al *aumônier* de la parroquia adscrito a la enseñanza religiosa de los alumnos católicos del Colegio Francés de Saarbrücken (en su denominación francesa oficial, el *Collège Français de Sarrebruck*), el cual me reconocía su complejidad. Junto a estas inquietudes «teológicas», mi afición principal, en los años del bachillerato, iba a la literatura y la historia, cuyos libros devoraba al comienzo de cada nuevo curso. En el último (1931-32), la asignatura de Filosofía, impartida por un excelente profesor, y en el marco de la cual se comentó *La naturaleza de las cosas* de Lucrecio y la introducción a la *Crítica de la razón pura* de Kant, resultó decisiva, por la huella que en mí dejó.

En cambio, creo que la vocación internacionalista tenía que brotar de mis circunstancias personales. Yo había nacido, de padres mallorquines, en una ciudad, Saarbrücken, que entonces (1913) formaba parte de la provincia alemana de Prusia. El estallido, menos de un año después, de la que nuestros padres

llamaran «Gran guerra» o «Guerra europea» y que hoy es conocida como la «primera Guerra mundial», motivó el que mi madre volviera conmigo a Mallorca, lo que, ya en plena contienda, hizo también mi padre ante la repercusión negativa de las hostilidades sobre la marcha del negocio. En Inca, ciudad natal de mi padre, vivimos hasta 1920, y allí nacieron mis dos hermanas. En dicha fecha, establecido mi padre en Ginebra, nos trasladamos allí, y en la que fuera la Roma del calvinismo y ahora era la sede de la Sociedad de las Naciones vivimos hasta 1924. Ocupábamos un piso junto al parque donde está el gran monumento internacional de la Reforma, con sus muchas estatuas de personajes relevantes de ésta, presididas en cierto modo, en el centro y en tamaño mayor, por las de Calvino, Farel, Beza (Bèze) y Knox, monumento que, por la frecuencia con que yo andaba y jugaba por allí, me resultaría pronto familiar; y cabría preguntarse si hay algún resorte oculto en el hecho de que, años después, en mis primeras oposiciones a cátedra, eligiera yo como tema de mi tercer ejercicio (la «lección magistral») el de la lección de mi programa titulada «El derecho natural de la Reforma protestante». En Ginebra cursé mis estudios de primera enseñanza, iniciados en castellano en Inca y proseguidos ahora en francés, en el Colegio del Grütli, cuyo nombre (el de la pradera, junto al Lago de los cuatro Cantones, donde la tradición sitúa el primer juramento de confederación de los cantones de Schwyz, Uri y Unterwalden) está íntimamente asociado a la fundación del país que nos acogía. En 1924, mi padre volvió a abrir un comercio en Saarbrücken, y en esta ciudad vivimos hasta que se retiró de los negocios y regresamos a Mallorca, esta vez a Palma. Yo permanecí en Saarbrücken hasta 1932, cuando terminé el bachillerato francés y vine a estudiar a la Universidad de Madrid, por la razón, entre otras, de que la residencia en la capital me permitiría perfeccionar el castellano, que, dada la poca duración de mi escolaridad en Inca, no conocía entonces prácticamente más que por mis lecturas de autodidacta en la materia. Hay que tener en cuenta que nuestra lengua familiar fue siempre el mallorquín (el catalán en su modalidad mallorquina), y yo sólo había estudiado y practicado el francés y el alemán, y estudiado, en el bachillerato, asimismo el inglés, con un profesor muy bueno.

Tuve, pues, una vivencia precoz de la diversidad europea, en lo lingüístico, lo cultural y lo religioso (tanto en Ginebra como en Saarbrücken muchos condiscípulos y amigos míos eran protestantes e israelitas). También tuve ocasión de conocer las heridas procedentes de esta diversidad cuando se agudizó hasta degenerar en sentimientos de incomprensión u hostilidad y dar lugar a las

guerras que han ensangrentado a Europa desde que se configuró como tal, en los siglos XVI y XVII. Cuando regresamos a Saarbrücken, la ciudad no era alemana desde el punto de vista constitucional y jurídico-internacional: se había convertido en la capital del Territorio del Saar (o del Sarre en la grafía francesa), creado por el Tratado de Versalles en torno a un rico yacimiento de carbón, a costa de la Prusia renana y del Palatinado bávaro, y administrado por un plazo de quince años por la Sociedad de las Naciones, que designaba los miembros de su Comisión de Gobierno. Por eso, aunque mi hermano nació entonces también en Saarbrücken, no nació en Alemania, como yo, sino en el Saar (o Sarre). Las minas eran propiedad de Francia (a título de reparaciones de guerra), y un plebiscito habría de decidir el destino político definitivo del territorio. Es sabido que, celebrado éste en 1935, su resultado fue arrolladoramente favorable a la vuelta del territorio al *Reich*. El carácter alemán de la población se puso así claramente de manifiesto. Cabe añadir, para que se comprenda mejor la peculiaridad de aquel entorno, que Saarbrücken, ciudad fronteriza, era germanófana, al igual que el conjunto del Territorio. Por lo demás, prescindiendo del hecho de que a unos pocos kilómetros del centro de la ciudad, en la vecina Lorena devuelta a Francia por el Tratado de Versalles (omnipresente entonces, como se ve, en toda aquella región), se hablaba francés, coexistía con él en ciertos sectores, especialmente rurales, un dialecto alemán, hasta unos treinta kilómetros en el interior de Francia, a mitad de camino entre Saarbrücken y Metz; siendo de señalar que esta frontera lingüística, notablemente estable desde la época que nosotros llamamos «de las grandes invasiones germánicas» y los alemanes califican «de la migración de los pueblos» *(Völkerwanderung),* es también frontera toponímica. Y tuve ocasión de comprobar el impacto del factor político en el lingüístico, a la vista de que en la familia de un compañero de clase procedente de Alsacia los cambios territoriales hicieron que sus abuelos se hubieran educado en francés, sus padres, en alemán, y él lo hiciera de nuevo en francés, siendo, por lo demás, su lengua familiar el dialecto alsaciano. De esta suerte, el antagonismo franco-alemán, pero también lo que yo considero la complementariedad cultural franco-alemana, se me hicieron palpables a lo largo de aquellos años, tan decisivos, por haber sido los de mi formación básica.

En conclusión, me parece obvio que esta experiencia vital juvenil no es ajena a la por lo demás temprana orientación de mi interés, a la vez intelectual y afectivo, hacia los temas internacionales y en particular los europeos.

2. *Desde la privilegiada atalaya que le depara el ser uno de los más cualificados historiadores del pensamiento jurídico y político: ¿Cuál sería su diagnóstico sobre la fase actual de la Filosofía del Derecho y del Estado? ¿Considera que estos saberes se hallan en un período de crisis y estancamiento o más bien en una etapa estimulante y renovadora? ¿Qué direcciones de la Filosofía jurídico-política actual le parecen de mayor interés?*

El historiador de la filosofía, de la que la filosofía del derecho y del Estado forma parte, comprueba la sucesión de épocas de vigorosa plenitud, de densidad de pensamiento sistemático y creador (así, el siglo de Demócrito, Platón y Aristóteles, los de la patrística, los siglos XII y XIII, los siglos XVI y XVII, el período del idealismo alemán, las postrimerías del XIX y primeras décadas del XX), y otras de menor impulso especulativo, más orientadas hacia aspectos parciales y especializados del saber filosófico, y en particular su práctica y aplicación tanto individual como social. La sofística, el pensamiento helenístico-romano, el Renacimiento, la Ilustración y la segunda mitad del siglo XIX responden a esta modalidad. Pues bien, creo que la fase actual de nuestra disciplina se sitúa en esta segunda modalidad de pensamiento. Acaso sea improcedente hablar, con respecto a ella como con respecto a las anteriores, de crisis o de estancamiento. Estas épocas evidencian ciertamente un cierto cansancio especulativo, que se traduce en la tendencia a hacer un balance o una crítica de los sistemas recibidos, a instalarse en el mundo de lo relativo y de los medios de preferencia al de lo absoluto y de los fines últimos. Suelen ser tiempos de erudición, iconoclastas cuando no epigonales, de «relecturas», por usar un término hoy en boga. Este último rasgo es sin duda uno de los que caracterizan el momento actual. Asistimos a una «relectura», a la luz de nuestra situación histórica, de Fichte, de Hegel, de Marx, de Nietzsche, de Freud, o, más cerca de nosotros en el tiempo, de Heidegger.

En cuanto a las direcciones de la Filosofía jurídico-política actual que me parecen de mayor interés, sigo inclinándome hacia las que, en la línea de iusnaturalismo cristiano, de la teoría de la institución y de la filosofía de los valores, centran su enfoque en los temas, permanentes, del fundamento de los ordenamientos jurídicos positivos, la justicia, los derechos humanos, la legitimidad y los límites del poder. Más que a escuelas, con la salvedad de la llamada «escuela de Francfort», yo me referiría a autores. Ocupa el primer lugar Alfred Verdross, cuya obra principal, el *Derecho internacional público,* traduje al castellano y del que me

considero discípulo a pesar de no haber sido oyente suyo. Tuve en todo caso el privilegio de su amistad. Le dediqué, hace ya más de cuarenta años, uno de mis primeros trabajos, describiendo su trayectoria doctrinal, que le condujo del positivismo a la filosofía de los valores y a un iusnaturalismo estrechamente conectado con el de la «teología moral española» (dicho en sus propios términos) de los siglos XVI y XVII. Aún cuando se ha destacado principalmente como internacionalista, estimo importante también su aportación a la filosofía del derecho, y en lo tocante al derecho natural comparto en lo esencial la concepción que expone en su *Statisches und dynamisches Naturrecht* de 1971. He de mencionar a continuación a Michel Villey, al que me unió una gran amistad y con el que discutí mucho acerca de su interpretación del tomismo y de los clásicos españoles del derecho de gentes, en particular de Suárez, así como de los derechos humanos. Su firme apego al realismo aristotélico-tomista no aceptaba en modo alguno el alejamiento de éste, cuando no su abandono, por la neoescolástica española, tal como él la veía. Su crítica de la modernidad y de la concepción dominante de los derechos humanos no dejaba de suscitar una reflexión adecuada para evitar cierta mitificación de aquélla y de éstos.

Entre los representantes de otras corrientes doctrinales, me parecen de especial interés Ernst Bloch, Max Horkheimer, Theodor Adorno, Hannah Arendt, Herbert Marcuse, Karl Popper, John Rawls, Jürgen Habermas, por sus aportaciones al estudio del fenómeno totalitario, del liberalismo, de la sociedad industrial contemporánea, de la justicia. Personalmente, me siento en una relación directa y estrecha con la gran corriente cuya preocupación fundamental son los derechos humanos, y de la que puede decirse que constituye sin duda el núcleo de la filosofía del derecho de nuestros días. Por lo demás, y acaso por mi condición de historiador de nuestra disciplina, no puedo dejar de insistir en la necesidad de enriquecer este acervo (o cualquier otro) con las referencias a los clásicos, y no añado «de siempre» porque es superfluo. Por lo que al círculo de mis actuales preocupaciones se refiere, yo destacaría, además de los clásicos españoles del derecho de gentes, a Leibniz, cuyo espíritu europeo supo armonizarse con la búsqueda de un concierto universal de las culturas, a Kant, por su riguroso idealismo ético, cuyo impacto, desde mis años mozos, permanece vivo, y la vinculación que establece entre la paz general y una federación mundial, a Fichte, con su aportación, por ej. a la teoría de los derechos sociales, a Hegel, un Hegel más diversificado que el recibido del siglo XIX y que, como justamente dijo Zubiri, es la madurez

intelectual de Europa. En esta hora de hegemonía del mercado como pauta suprema de la ordenación económico-social, un mercado cuya índole el pensador de Stuttgart supo captar tan certeramente en su análisis de la «sociedad civil», su consideración del papel del Estado como instancia reguladora superior, no parece, a la luz de la situación presente, que deba pasarse por alto.

Pero, en la atmósfera de confesión a la que estamos llegando, no quisiera silenciar, en la línea, por cierto, de la práctica de los clásicos mismos, el contacto con la aportación de ciertas obras literarias de primera magnitud, que al margen de su valor intrínseco como tales, iluminan fenómenos sociales y políticos importantes de nuestra época, con una inmediatez a la que no puede llegar el discurso intelectual. Pensemos tan sólo en el contenido filosófico-jurídico de la tragedia griega. (*Antígona* no es más que un ejemplo de especial relevancia histórico-doctrinal) o la visión que nos han dado la novela y el teatro del siglo XIX (*Los miserables* de Víctor Hugo, *Los tejedores* de Gerhard Hauptmann acuden como especialmente representativos a mi memoria, pero también no pocas obras de Zola) de la condición del proletariado en el camino que condujo a la sociedad industrial del nuestro, de cuyos beneficios gozamos, sin acordarnos siempre del precio humano (o, como se dice hoy, del «coste social»), que hubo que pagan por ella. En el siglo XX, uno de los fenómenos sociales desgraciadamente de mayor impacto ha sido el totalitarismo, y pocos tratados o monografías podrán hacernos sentir la pesadilla y fue para millones de seres humanos como la lectura de los ya también clásicos *El cero y el infinito* y *1984* o, más cerca de nosotros, esa *Divina comedia* del siglo XX que vienen a ser *El séptimo círculo y Archipiélago Gulag* de Soljenitzyn, el desmenuzamiento de la estructura de un imperio totalitario burocrático y ordenancista que con sobriedad registral ofrece *El nicho de la vergüenza* de Ismaíl Kadaré, o el desgarrador testimonio sobre la «revolución cultural» china que aporta con admirable entereza *Vida y muerte en Changhai* de la señora Nien Cheng.

3. *Frente a los períodos históricos de aislamiento cultural, que fueron fruto de nuestro aislamiento político, ¿considera que nuestra incorporación a Europa y al orden internacional democrático ha tenido, o va a tener, una repercusión en la Filosofía y la Teoría del Derecho de la España actual? ¿Cuáles pueden ser las manifestaciones más relevantes de esa nueva instalación contextual de estas disciplinas?*

Hubo ciertamente en nuestra historia períodos de aislamiento

político y cultural, que explican cierto desfase de nuestra trayectoria con respecto a la dominante en Europa en el ámbito de la filosofía y la filosofía del derecho y del Estado. En la última etapa de esa historia, el sentimiento de aislamiento habrá sido mayor en la generación que siguió la mía. En efecto, los pertenecientes a mi generación estábamos ya formados en lo esencial cuando se produjo la ruptura de la guerra civil española y de la segunda Guerra Mundial, de consecuencias tan trágicas para España y para Europa, así como el subsiguiente alejamiento político y cultural entre nuestro país y la Europa democrática. Hombres como García Pelayo, Laín Entralgo, Julián Marías, López Aranguren, Díez del Corral, Ruiz-Giménez, Eustaquio Galán, Lissarrague, Gómez Arboleya, Conde, Carlos Ollero, Tierno Galván, Maravall, etc. (por limitarnos a nuestra disciplina y las más afines), tenían detrás de sí, unos más y otros menos, los «años de aprendizaje y correrías», los *Lehr- und Wandejahre* de nuestros colegas tudescos; por lo que, independientemente del trauma producido por las convulsiones internas de la época y ambos conflictos en su esfera personal o profesional, no quedaron aislados, propiamente hablando, de la cultura circundante. Siempre tuvieron acceso a ella, transmitiéndola en medida mayor o menor, según sus posibilidades, mediante la docencia o el libro, a oyentes y lectores dispuestos a recoger la herencia. Por otra parte, se podían adquirir toda clase de publicaciones filosóficas y científicas extranjeras, y mantener contactos con centros de enseñanza y de investigación fuera de nuestras fronteras.

Regularizada la relación con la Europa democrática, efectiva ahora para el conjunto del país, el intercambio en la filosofía y la teoría del derecho se dará como fenómeno normal y al alcance de todos, como, por lo demás, se va viendo. Cabe incluso añadir que, debido a los adelantos tecnológicos en el campo de las comunicaciones y a la movilidad sin precedentes que éstos permiten, la facilidad de los contactos y de las influencias recíprocas es incomparablemente superior a la que conocimos, si bien impone a su vez una mesura en su disfrute, para que tal movilidad no resulte negativa para la sosegada reflexión, como factor de dispersión, de distracción en el sentido que Pascal diera el término.

4. *En el año 1949, con su monografía "Esbozo de una sociología del derecho natural", y su amplio estudio "Fundamentos de derecho natural", Vd. contribuyó a ampliar (y, por eso mismo, a denunciar) el angosto horizonte, entonces imperante en nuestro país, del iusnaturalismo neoescolástico, al apuntar y anticipar lo*

que podría ser la función del derecho natural en los sistemas democráticos actuales, ¿considera todavía válida la función de legitimación política desempeñada históricamente por el iusnaturalismo?

Como señalo en los mencionados estudios, ya lejanos en el tiempo, el derecho natural ha tenido expresiones muy diversas a lo largo de los siglos. Siendo un complejo normativo permanente, que después de períodos de eclipse reaparece en virtud de lo que H. Rommen calificara de «eterno retorno», sus manifestaciones han sido varias, aunque con el rasgo común de implicar una instancia valorativa del derecho positivo. Ello ha sido así, por las diversas acepciones y concepciones de la naturaleza y, en el marco de ésta, la naturaleza humana. De ahí que el derecho natural se configure, en sus exigencias concretas, en función del concepto subyacente de naturaleza. La «naturaleza» que tenían presente los sofistas difería esencialmente de la de los estoicos. Lo mismo cabe decir, con mayor o menor alcance, y teniendo en cuenta afinidades como la existencia entre el estoicismo y el cristianismo, con respecto a las grandes corrientes iusnaturalistas posteriores. Por otra parte, las expresiones históricas del derecho natural, lo que en dichos escritos denominé «teorías iusnaturalistas» en cuanto «intentos de formulación del derecho natural llevados a cabo por los hombres en el transcurso de la historia», estaban referidas a unas situaciones espacio-temporales que no dejaban de condicionar el alcance de sus principios o hacer aparecer algunos nuevos; pues aún cuando la naturaleza humana es una, son diversos los contextos en los que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo. Dicho esto, hay que añadir que la razón, actuando en función de estas situaciones, puede hacerse más o menos, en la regulación jurídico-positiva de los respectivos ordenamientos jurídicos, al ordenamiento justo. Visto así en el conjunto de su despliegue histórico, el derecho natural, a través de la mediación de las teorías iusnaturalistas, ha desempeñado el doble papel de legitimar el derecho positivo en la medida en que éste resulte conforme a sus exigencias, o de deslegitimarlo en tanto en cuanto se aparte de ellas, pudiendo, en el caso de un contraste insoportable, provocar su cambio radical por vía revolucionaria. Así, mientras el iusnaturalismo de la Ilustración es un ejemplo claro de este segundo papel, el de la Restauración lo es del primero. El iusnaturalismo o, si se prefiere, el sistema de valores democrático, en el que se asientan el Estado de derecho y los derechos humanos de nuestro tiempo, cumple hoy la función de legitimación política de los ordenamientos jurídicos democráticos;

lo cual conlleva, en sentido opuesto, la de deslegitimación de los de signo contrario.

5. *¿Cuál es su opinión sobre las actuales revalorizaciones del iusnaturalismo que de forma expresa o implícita se advierten en algunas de las más recientes contribuciones, en particular anglosajonas, a la Filosofía del Derecho, la Moral y la Política?*

Ya he señalado antes la perennidad inherente, a pesar de reiteradas crisis, al iusnaturalismo, que una y otra vez renace de sus cenizas. Esto acontece especialmente en las épocas de profundos cambios sociales o de crisis de las instituciones y de los principios sobre los que éstas se asientan. En las épocas de estabilidad política y social, como lo fuera en Europa la segunda mitad del siglo XIX y la primera década del XX, el derecho positivo refleja concepciones bien establecidas de lo justo, apareciendo como su codificación global. Dichas concepciones laten implícitas en los ordenamientos jurídico-positivos, que alcanzan un amplio grado de autonomía, por responder precisamente a la idea común de lo justo, a la manera en que el derecho romano era la *ratio scripta*. Después de las grandes codificaciones llevadas a cabo en la Europa continental desde fines del siglo XVIII, inspiradas por el iusnaturalismo racionalista de las Luces, el positivismo jurídico creía poder colocar las valoraciones de aquél en el ámbito de la moral, reduciendo lo jurídico a lo recogido en los ordenamientos en vigor. Por el contrario, los tiempos de crisis o de cambios sociales rápidos son propicios al iusnaturalismo, al ponerse en cuestión las normas vigentes. Nuestra época no podía ser una excepción, y ello explica las que Vd. denomina «actuales revalorizaciones del iusnaturalismo», que se dieron con fuerza en Alemania al término de la segunda Guerra Mundial y se extienden ahora también a los países anglosajones. Me parece especialmente representativa del «retorno» al que Vd. se refiere, al margen de la literatura existente sobre esta materia, la revista estadounidense *Natural Law Forum,* fundada, por cierto, en 1956, en la *Law School* de Notre Dame, por mi maestro, el profesor D. Antonio de Luna filósofo del derecho e internacionalista, que fue su primer director; y si bien en 1968 cambió su nombre por el de *The American Journal of Jurisprudence,* los temas relativos al derecho natural y a su incidencia en los diversos ámbitos de la vida social siguen siendo sus temas centrales.

6. *En su libro* Los derechos humanos, *valioso texto pionero de una inquietud temática, por fortuna creciente entre los teóricos y filósofos del Derecho españoles. Vd. se decantaba por una concepción iusnaturalista de tales derechos. En el actual debate sobre el concepto, formación histórica y fundamentación de los derechos humanos, ¿cuál sería su posición?*

Mi concepción de los derechos humanos sigue siendo la misma que la que expuse en el libro que Vd. ha recordado. Si los derechos humanos, o derechos del hombre, son los que el hombre posee por el hecho de serlo, por su propia naturaleza y dignidad, que la sociedad política ha de reconocer y garantizar –y creo que esta es su acepción común y propia, a diferencia de los «derechos fundamentales» *(Grundrechte),* que pueden ser su expresión jurídico-positiva en el ámbito constitucional–, su concepto está enraizado en un orden axiológico que el Estado ni crea ni puede ignorar. Por ello en la terminología anglosajona se les ha llamado tradicionalmente también *inherent rights,* «derechos inherentes», y en Christian Wolff se configuran como *iura connata,* derechos que nacen con nosotros. Históricamente, su teoría y formulación se produce en relación con el pensamiento iusnaturalista, de un modo parcial (prescindiendo de sus fundamentos y precedentes doctrinales antiguos y medievales) a partir del siglo XVI, y de un modo sistemático y global en el XVII y el XVIII. Una fundamentación distinta de los derechos humanos, como la que se intentó en Alemania en el seno del positivismo jurídico, con la elaboración del concepto de los «derechos públicos subjetivos» (Gerber, Laband, G. Jellinek), difícilmente podrá sustraer dichos derechos en última instancia a la voluntad estatal, como fue el caso del esfuerzo paralelo por fundamentar el derecho internacional en la «voluntad de los Estados» en cuanto se autolimitara. Otra cosa es, admitir que el derecho natural no es un código hierático, ni estático, formulado de una vez por siempre, sino que va siendo descubierto y explicitado en el espacio y en el tiempo por la razón humana, enfrentada con las exigencias de la evolución histórica de las sociedades. La historia de la formulación de los derechos humanos desde la *Bill of Rights* de Virginia hasta los Pactos internacionales de las Naciones Unidas y las actuales constituciones, con la aparición, en el curso del siglo XIX, de los derechos sociales junto a los individuales, y, en el nuestro, de derechos como los relativos a la conservación del medio ambiente, es, a mi juicio, esclarecedora al respecto.

7. *Por su experiencia como internacionalista y como magistrado de nuestro Tribunal Constitucional, ¿estima que hoy se asiste a una revalorización del papel de los valores y principios jurídicos en la práctica de los órganos jurisdiccionales internacionales y las cortes constitucionales? De ser así, ¿no estaríamos ante un reforzamiento del papel del filósofo y el teórico del Derecho en los sistemas jurídicos actuales? ¿Cuál podría ser la aportación más valiosa de este sector de la doctrina?*

En el siglo XIX y en el nuestro se han producido dos hechos significativos en materia de derechos humanos: de un lado, éstos se han ido constitucionalizando sistemáticamente, en vez de verse acogidos, y además de serlo, en la legislación ordinaria, lo cual les ha conferido un lugar preeminente en el ordenamiento jurídico-positivo; de otro, se han internacionalizado, en el ámbito universal y sobre todo en el regional europeo, gozando en éste de una protección jurisdiccional que supone un avance que no dudo en calificar de revolucionario, pensando en la introducción del recurso individual contra el propio Estado ante una instancia supranacional como es la Comisión de Estrasburgo. Ello supone una revigorización de los principios jurídicos en el orden interno de los Estados y en el internacional, y, por lo que a éstos se refiere, la extensión de lo que los anglosajones llaman *rule of law,* el «Estado de Derecho», a un mundo tan resistente al mismo como lo ha sido éste tradicionalmente, debido a su estructura. Y en estas condiciones, es obvio que la reflexión filosófico-jurídica está llamada a desempeñar un papel orientador renovado. Ello tanto más cuanto la propia labor de interpretación del derecho positivo conduce, desde la perspectiva de sus distintas ramas, a una consideración filosófica como la que en François Gény desembocó, como es sabido, en el encuentro con lo que él mismo designó como el *irréductible droit naturel.*

8. *En su dilatada trayectoria científica Vd. siempre ha sido un ejemplo vivo de integración de las cuestiones jurídicas fundamentales y los problemas básicos de las relaciones internacionales en su contexto histórico- cultural. ¿Considera que puede hablarse de una creciente tendencia hacia un agnosticismo histórico-cultural en las promociones más jóvenes de filósofos del Derecho e internacionalistas?*

Efectivamente, me parece que en las promociones más jóvenes de filosofía del Derecho y de iusinternacionalistas cunde una actitud que Vd. califica de «agnosticismo histórico-cultural», que

en todo caso se caracteriza por una menor sensibilidad al aspecto histórico-cultural de las cuestiones. No sé hasta qué punto se trata de una reacción frente a una tendencia anterior que quizá incurrió en lo que, siguiendo su terminología, fuera un dogmatismo histórico-cultural, que reducía la discusión de los problemas a la exposición de su proceso histórico, eludiendo, por un motivo u otro, abordarlos sistemáticamente. Puede serlo también contra un tratamiento más erudito que genuinamente histórico, es decir, buscador de sentido en función de un desarrollo, y por ende explicativo de éste. Sea de ello lo que fuere, creo que la consideración de la realidad (también de la realidad normativa o especulativa) en su mera actualidad, por más próxima que sea de nosotros y por más que nos afecte, resultará siempre insuficiente. Especialmente en filosofía y en las ciencias políticas y morales, o humanas (sin entrar ahora en la mayor o menor pertinencia de los respectivos términos), el marco histórico-cultural es esencial para su comprensión. ¿Cómo explicar una situación filosófica sin una referencia a la trayectoria del pensamiento que a ella condujo? ¿Cómo entender cualquier cuestión internacional sin saber los caminos por los que se ha llegado a ella (la cuestión palestina, por ejemplo, sin tener en cuenta el movimiento sionista, la disolución del Imperio otomano y el régimen de mandatos de la Sociedad de las Naciones; o las cuestiones de nacionalidades en el Báltico y en los Balcanes dejando a un lado el derrumbamiento del Imperio zarista y el pacto de no-agresión germano-soviético, de un lado, y de otro, los vínculos seculares con el Imperio austriaco (austro-húngaro a partir de 1867) y del Imperio otomano antes de su desmembración? No se trata naturalmente de remontarse hasta el Diluvio y menos hasta la Creación, como se empeñaba en hacerlo el abogado defensor de *Les plaideurs* de Racine, sino de enmarcar los fenómenos actuales en el proceso que ha condicionado los términos en que se nos presentan hoy.

Lo dicho tampoco supone, evidentemente, que quedemos encerrados en fórmulas del pasado. Independientemente del hecho de que éste no se repite, y la historia, precisamente, nos lo confirma, sigue en pie el de que no se puede cambiar la realidad de espaldas a la realidad, una realidad que sólo podemos entender a partir de su génesis en un devenir aprehendido globalmente.

9. *En nuestro país la Ley de reforma universitaria y su desarrollo normativo han inaugurado un nuevo período constituyente para los planes de estudio en las Facultades de Derecho. En esta coyuntura, ¿cuál entiende que debe ser el papel y el planteamiento de las enseñanzas iusfilosóficas y, en particular, el*

de la historia de las ideas jurídicas y políticas en la futura formación de los juristas?

He visto sucederse, desde mi época de estudiante en los años treinta, tantas reformas de los estudios, no sólo universitarios, sino también de segunda enseñanza (para mí, los decisivos), que soy algo escéptico en cuanto a sus efectos. En España somos propensos, en todos los órdenes, a los «períodos constituyentes», que a veces se abren sin que los anteriores hayan tenido la oportunidad de superar la prueba del tiempo. Ello se aplica también a los planes de estudio. Para mí, lo más importante es la preparación del profesorado y la dedicación a su tarea docente, sin las cuales cualquier reforma será inoperante. Por lo que se refiere al plan de estudios de las Facultades de Derecho. Creo que el que regía cuando estudié era razonable y coherente. Había asignaturas que podríamos llamar «de base» o «de fundamentos», al comienzo, como el Derecho romano y la Historia del Derecho; y asignaturas cuyo estudio requería el previo de otra (las llamadas «incompatibles»), como el Derecho administrativo y el internacional público con respecto al político, el mercantil con respecto al civil (con tres cursos), etc. Había menos asignaturas, a las que se añadían dos de la Facultad de Filosofía y Letras, a elegir entre varias. Comprendo que hacía falta ampliar el número de las asignaturas propias de la Facultad, incluyendo entre ellas materias nuevas, como el Derecho del Trabajo. Pero cabe la pregunta de si la actual acumulación de materias en algunos casos resulta necesariamente provechosa, por el agobio que puede suponer para el alumno, sobre todo si el profesor no se autolimita y ciñe a lo realmente esencial; pues lo que urge, es dar al alumno, más que un número mayor o menor de conocimientos concretos que la movilidad del derecho hará en parte, y a veces pronto, caducos, categorías y perspectivas que le permitan adquirir luego los que en su profesión vaya a necesitar o simplemente desear tener. Para ello existen los libros y las revistas, a los que, por lo demás, habrá de recurrir ya el alumno, y no limitarse a apuntes que no sean los que personalmente haya tomado de las explicaciones de clase.

He de añadir, sin embargo, para matizar lo dicho, y por de pronto el número de sus alumnos, muy inferior. Llevo diez años apartado de la enseñanza universitaria ordinaria, por mis funciones en el Tribunal Constitucional y mi jubilación, y no he vivido, por consiguiente, el aumento del fenómeno de masificación que desde entonces se ha producido. En todo caso, un fortalecimiento de los estudios de tercer grado podría paliar, en el sentido

del papel tradicionalmente asumido por la universidad, algunas de las carencias del presente.

Por lo que se refiere a la Filosofía del Derecho, un curso en el último año de los estudios de licenciatura es obviamente necesario como visión global del mundo jurídico y político en sus fundamentos últimos y su conexión con el conjunto de la realidad; y a esta visión global pertenece la historia de las ideas jurídicas y políticas como elementos esencial. Ello sin contar con lo que significa, en todas las disciplinas y singularmente las filosóficas, el contacto con los clásicos cual elemento insustituible de formación.

10. *Quienes hemos utilizado su ya clásica e imprescindible* Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado *aguardamos la aparición de su tercer volumen con el que se culminará la obra. ¿Puede anticipar la fecha de esa publicación por tanto tiempo augurada?*

Los nueve años y cinco meses de actuación en el Tribunal Constitucional, si por un lado han enriquecido mi experiencia de la realidad jurídica, por otro han traído inevitablemente consigo una reducción de mis anteriores tareas de investigación. Ello, unido a otros quehaceres que imperiosamente nos solicitan (colaboración en revistas y libros de homenaje, conferencias y seminarios, congresos, etc.), en el límite de la «dispersión» cuando no la «distracción» a que antes me referí (pues no en vano hemos sido arrastrados también los hombres de mi generación, siquiera tardíamente y con mayor esfuerzo de adaptación, a la movilidad sin precedentes de la sociedad de masas y «de comunicación» en la que estarnos sumidos), ha traído consigo el que la redacción del tomo III de mi *Historia* quedara, no totalmente detenida, pero sí retrasada, limitándose a lecturas y algún trabajo sobre autores de la época que abarca (así, uno reciente sobre Burke y José de Maistre y la introducción a una traducción de las *Consideraciones sobre Francia* de este último). Tengo hecho el capítulo relativo a Fichte y bastante elaborado el de Hegel. No puedo anticipar la fecha aproximada de la aparición del tomo que queda; pero, una vez ultimados compromisos previos, espero que de aquí a fin de año, la *Historia* tendrá una prioridad absoluta.

11. *En su condición de uno de nuestros más caracterizados y esforzados impulsores de la integración europea, ¿cómo valora la etapa incipiente de nuestra incorporación?¿Cuáles pueden ser sus implicaciones en el devenir de nuestra cultura jurídica? ¿Estima*

posible una futura integración europea plena y cuál es el impacto sobre ésta de la revolución de 1989 en la Europa del Este?

Ya que tiene Vd. la amabilidad de evocar mi empeño en favor de la unión europea, recordaré que expuse mi pensamiento al respecto en algunos números de la revista *Cuadernos para el Diálogo* a partir de 1966 y especialmente en mi discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias morales y políticas *(La integración europea. Idea y realidad),* en 1972, publicado luego también, el mismo año, por la Editorial Tecnos, con textos y documentos. Estamos en el sexto año del ingreso de España en la Comunidad Europea, y considero esta primera etapa como positiva. Es todavía pronto para hacerse una idea exacta de las consecuencias a medio plazo de esta nueva situación, pues estamos a la espera de la entrada en vigor del Acta Única en 1993, y de lo que resulte de las negociaciones en curso sobre la unión económica y financiera y la unión política. A la hora de hacer un balance, no cabe calcular ventajas e inconvenientes en sectores aislados, sino que ha de tenerse en cuenta el beneficio global de la integración. A mi juicio, la integración en la Comunidad Europea es para España, como para los demás Estados miembros, un imperativo insoslayable en la constelación política y económica del mundo, producida por la segunda Guerra Mundial, incluso después de los acontecimientos de los últimos años que han culminado en el derrumbamiento del comunismo en la Unión Soviética y los países del Este europeo. Una prueba de lo que yo llamaría la inevitabilidad de la integración europea en esta nueva coyuntura la suministra el hecho de que Estados como Austria y Suecia, que hasta ahora se veían impedidos de integrarse en la Comunidad por su condición de neutrales, son ahora candidatos al ingreso. Otra prueba es el vivo deseo de los países hoy democráticos del Este, singularmente Polonia, Checoslovaquia y Hungría, de asociarse y en su día integrarse también a la Comunidad de los Doce.

Las implicaciones de la adhesión de España a la Comunidad Europea en el devenir de nuestra cultura jurídica son evidentes. Además del enriquecimiento resultante de los intercambios más intensos entre España y los demás países miembros, al que ya me he referido en respuesta a una pregunta anterior, está el hecho de que la Comunidad produce un derecho propio, el derecho comunitario, cuyas normas son de aplicación directa en el orden interno de los Estados miembros, lo cual incide sobre éste y constituye un nuevo campo de estudios jurídicos.

En cuanto a esa «futura integración europea plena» a la que

Vd. se refiere, yo la creo necesaria, por lo que, según el conocido aforismo sobre el arte de la política, hemos de hacerla posible. Es una empresa que está a nuestro alcance, si hay la voluntad política de llevarla a cabo, y ya hemos visto que a tal fin se encaminan las negociaciones entre los Doce con vistas a la cumbre de Maastricht, en diciembre, de la que se esperan decisiones al respecto. Que la tarea no resulta fácil, es algo que no debe extrañarnos, tratándose de Estados bien diversificados, cuyos intereses no siempre coinciden, y que con harta frecuencia, según apuntamos antes, se enfrentaron en el pasado en sangrientas contiendas.

12. *Como autor de relevantes estudios sobre nuestros clásicos más inmediatamente implicados en las controversias éticas, jurídicas y políticas sobre la conquista de América, ¿cuál estima que puede ser hoy la virtualidad de aquel legado intelectual a cinco siglos de distancia de las circunstancias que motivaron y contextualizaron su formulación?*

Los clásicos tienen la virtud de desafiar victoriosamente el paso del tiempo, aunque se mida por siglos. Pero hay momentos en que su mensaje, tal y como lo recogen las sucesivas generaciones, alcanza una significación especial para las necesidades normativas de la época en cuestión. Sabido es que los clásicos españoles del derecho natural y de gentes conocieron, después de una vigencia europea, un largo eclipse, al quedar parte de su doctrina incorporada a la obra de Grocio y ser transmitida a la posteridad diluida (más o menos fielmente, por lo demás) en ésta. Únicamente la metafísica de los jesuitas mantuvo, sobre todo en presencia directa, que llega hasta Chr. Wolff. El «redescubrimiento» de nuestros clásicos, principalmente de Vitoria y Suárez, que tuvo lugar a partir de la segunda mitad del siglo XIX, y por cierto fuera de España (en particular en Bélgica, Alemania y los Estados Unidos), revistió para nuestra disciplina y la teoría del derecho internacional público una importancia histórico-doctrinal que desde entonces no ha dejado de hacerse sentir. El fenómeno de la descolonización y la evolución reciente del derecho internacional en el sentido de una acentuación de la cooperación a escala mundial, con la aparición de nociones como la de «patrimonio común de la humanidad», están en la línea de su pensamiento. El próximo quinto centenario del descubrimiento de América da a estos autores (entre los cuales figura Las Casas, que siempre estuvo, por motivos especiales, de actualidad) un relieve renovado con respecto a las polémicas que, como ocurriera ya al producirse

aquél, ya van suscitándose. He dicho reiteradamente que su mérito histórico consiste, a mi juicio, en haberse enfrentado con los problemas jurídicos y políticos de su tiempo –un tiempo de rápidos y profundos cambios, como el nuestro–, adaptando a las nuevas «demandas» (como hoy se dice) de su entorno el acervo ético y jurídico heredado del iusnaturalismo estoico y cristiano, con espíritu abierto y creador. Entiendo que esta actitud puede servirnos de ejemplo, en un mundo político, social y económico de cuya transformación, globalmente considerada, bien puede decirse que equivale a una mutación.

Observación final. ¿No le parece paradójico situar en el mismo frontispicio de su Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado *la frase de Espronceda "Quien al hombre del hombre hizo juez"? Esa máxima con resonancias del motto evangélico "No juzguéis y no seréis juzgados", acaso no priva de legitimidad la función del historiador en cuanto juez y crítico de lo pretérito?*

Me complace que al término de tan diversas preguntas me haga ésta, a modo de consideración final, pues me retrotrae al instante entrañable de los años cincuenta en que me disponía a entregar el tomo I de la obra a su editor. Pues bien, la obra tiene un doble carácter. Es su objeto la filosofía del derecho y del Estado, pero la considera en su desarrollo histórico. La frase de Espronceda me pareció ser idónea para servir de clave en cuanto a la primera dimensión (filosófica), pues en su concisión lapidaria condensa la cuestión esencial del fundamento del derecho, que en última instancia, en el caso-límite de su puesta en cuestión y desde luego de su negación, culmina en una sentencia de cumplimiento obligatorio, imponible por la fuerza. La exhortación evangélica que Vd. evoca se mueve en un ámbito superior al jurídico, el de la caridad, que escapa al juicio de los hombres, quedando reservado al de Dios. Incluso en el orden de la moral natural, cabe renunciar a algo que se nos debe y reservar el juicio. En el orden de la caridad (virtud teologal, no lo olvidemos), como en el de las virtudes morales naturales, ¿quién puede (y esta pregunta también nos viene del Evangelio) tirar la primera piedra? De ahí que quien no quiera, en este orden, ser juzgado (y todos podemos serlo, por nuestra condición humana), deba abstenerse de juzgar. Pero en el ámbito del derecho, la referencia esencial otro y a la justicia como valor social que se realiza a través de la norma jurídico-positiva, ésta implica un juicio que alguien con autoridad tiene que pronunciar. Y la legitimidad del poder de juzgar, en cuanto acto de realización final del derecho al servicio de un orden de

convivencia justo, sin el cual no sería posible, por lo demás, la práctica de las virtudes morales, nos sitúa en el corazón mismo de la reflexión filosófica sobre los derechos y el Estado.

Ahora bien, ¿es susceptible esta frase de Espronceda –de la que por cierto no recuerdo ya por qué camino me llegó, pero que se implantó, indeleble, en mi recuerdo con todo lo que conlleva de privar de legitimidad la función del historiador en cuanto juez y crítico de lo pretérito, por decirlo en sus propios términos? Yo no lo creo, en primer término, porque el historiador, en cuanto historiador, juzga mínimamente, ya que su papel consiste en exponer las doctrinas en su génesis y su desarrollo en función de las circunstancias vitales de sus autores y de su situación histórica. Desde esta perspectiva, su primera reacción le mueve a comprender y hasta a simpatizar, de primera intención, con ellas, con el peligro, que acecha a todo historiador, de cierta laxitud o, ¿por qué no decirlo?, cierta benevolencia crítica. Claro está que el historiador no puede olvidar su pensamiento propio. Pero ha de esforzarse, al exponer el ajeno, y más el ajeno pretérito, en hacerlo desde la interioridad y el entorno doctrinal y temporal de éste, hasta donde ello, naturalmente, es posible. Queda así indicado que siempre subsiste un margen de apreciación inevitable, por lo demás lícito, porque también nuestros juicios histórico-críticos están sometidos a juicio.

En cuanto al aspecto histórico de la obra, el verso de Hoelderlin, de gran belleza evocadora, me pareció merecedor de figurar al comienzo de la exposición de concepciones que, como la estación del año a que lo aplica, han ido recorriendo, desde algunos remotos focos de irradiación lejanos entre sí en el espacio, sucesivamente, las más diversas regiones, incorporadas por múltiples caminos a lo que con Dante podríamos llamar la *humana civilitas,* un acervo común enriquecido, a través de continuidades y recepciones, superando rupturas y algún retroceso, por las aportaciones de uno y otro país, por acercarnos a los términos del poeta.