

()1327



FACULTAD DE
DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE

Introducción al Derecho II: Teoría de la Argumentación Jurídica
Profesor Álvaro Fuentealba Hernández
Segundo Semestre

UNIDAD V: Principios jurídicos y razonamiento práctico

Bibliografía específica:

1. Alexy, Robert. Derecho y Razón Práctica. Fontamara. México, 1993.
2. Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. "Tres Enfoques de los Principios Jurídicos". Ronald Dworkin. Estudios en su Homenaje. Revista de Ciencias Sociales. Universidad de Valparaíso. EDEVAL. Valparaíso, 1993.
3. Barbarosch, Eduardo. Algunas Reflexiones sobre los distintos sentidos de Positivismo Jurídico y el Derecho Natural Contemporáneo. Asociación de Filosofía del Derecho. Tucumán, 2008.
4. Bouvier, Hernán. "Reglas y Razones Subyacentes". Cuadernos de Filosofía del Derecho. Universidad de Alicante. Alicante, 2004.
5. Calsamiglia, Albert. "Ensayo sobre Dworkin". Prólogo a Los Derechos en Serio. Ariel. Barcelona, 1995.
6. Ruiz Manero, Juan. "Principios, Objetivos y Derechos. Otra Vuelta de Tuerca". Cuadernos de Filosofía del Derecho. Universidad de Alicante. Alicante, 2005.

Robert Alexy

Es profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Kiel. Gran parte de sus investigaciones se centran en la llamada "teoría de la argumentación jurídica" que, según Alexy, sería un caso especial de la argumentación práctica en general, caracterizada por su sujeción a la ley y su estrecha relación con los precedentes judiciales y la dogmática. La idea básica es la de un modelo que vincule dos procedimientos no institucionalizados -el de la argumentación práctica general y el de la argumentación de la dogmática jurídica- con dos procedimientos institucionalizados -el del procedimiento legislativo y el del proceso judicial-

Los ensayos que se incluyen en este libro constituyen una complementación esclarecedora de las dos obras de este autor ya publicadas en castellano: *Teoría de la argumentación jurídica* y *Teoría de los derechos fundamentales*.

Derecho ➤ Razón Práctica

Robert
Alexy

000001

FONTAMARA

ISBN 968-476-195-3

Diseño: Norberto Pinielo

30

BIBLIOTECA de ÉTICA, FILOSOFÍA del DERECHO y POLÍTICA

340.11
A204
1993
C.1

BIBLIOTECA DE ETICA, FILOSOFIA DEL
DERECHO Y POLITICA — 30
Dirigida por Ernesto Garzón Valdés (U. de Maguncia, Alemania)
y Rodolfo Vázquez (ITAM, México)

447378
313.11
A 384
1993
C 1

ROBERT ALEXY

DERECHO Y RAZON PRACTICA

ESTE LIBRO (REVISTA)
HA SIDO COMPRADO AL
Lb. Francisco de Cejeda
EL DIA Junio 1993
PRECIO \$ 4956



Distribuciones
Fontamara, S.A.

000002

Primera edición: 1993

Cuidado de la edición: Wistano Orozco

Composición tipográfica: Alma Camacho. Tel. 658-80-53

INDICE

Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica	9
Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional	23
Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la Moral	37
La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica	59

Reservados todos los derechos conforme a la ley

© Distribuciones Fontamara, S.A.
Av. Hidalgo No. 47-B - Colonia del Carmen
Deleg. Coyoacán - 04100 México, D.F.
Teléfonos: 544-47-28 y 549-57-81 Fax: 689-88-67

Impreso y hecho en México
Printed and made in Mexico

000003

SISTEMA JURIDICO, PRINCIPIOS JURIDICOS Y RAZON PRACTICA *

1. INTRODUCCION

Existe para todo caso jurídico una única respuesta correcta? Esta pregunta formula uno de los problemas más discutidos de la actual filosofía del Derecho. Quien desencadenó la discusión fue el filósofo del Derecho de Oxford, Ronald Dworkin. La tesis de Dworkin de que existe una única respuesta correcta para cada caso se incluye en una teoría de los sistemas jurídicos que se distingue fundamentalmente de teorías positivistas como las de Hart y Kelsen. Según la perspectiva positivista, el sistema jurídico es, al menos en lo esencial, un sistema de reglas que se pueden identificar como reglas jurídicas sobre la base de su validez y/o eficacia. Un tal sistema jurídico es siempre, por diversos motivos, un sistema abierto: sobre todo, por causa de la vaguedad del lenguaje del Derecho, la posibilidad de conflictos entre normas y la existencia de casos no regulados. Si un caso cae en un espacio vacío del sistema jurídico que no puede tampoco ser llenado en forma intersubjetivamente obligatoria con ayuda de la metodología jurídica, entonces por

Este texto integra la ponencia presentada por el autor en las IV Jornadas Internacionales de Lógica e Informática Jurídicas, celebradas en San Sebastián, en septiembre de 1988. Publicado en DOXA 5, Universidad de Alicante, 1988. Traducción de Manuel Atienza.

definición el juez no está vinculando por el sistema jurídico. Debe decidir por medio de fundamentos extrajurídicos. Su situación se asemeja en todo a la del legislador. En este caso no se puede hablar de una única respuesta correcta ya dada por el sistema jurídico, que sólo cabe reconocer.

Dworkin contrapone a este modelo de reglas del sistema jurídico un modelo de principios. Según el modelo de principios, el sistema jurídico está compuesto, además de por reglas, de un modo esencial, por principios jurídicos. Los principios jurídicos deben permitir que también exista una única respuesta correcta en los casos en que las reglas no determinan una única respuesta correcta. La única respuesta correcta o verdadera sería así la que mejor pueda justificarse a través de una teoría substantiva que contenga aquellos principios y ponderaciones de principios que mejor se correspondan con la constitución, las reglas de Derecho y los precedentes. Dworkin reconoce que con esto no se ha encontrado ningún procedimiento que muestre necesariamente la única respuesta correcta. Sin embargo, ello no constituye una objeción en contra de su existencia. Un juez ideal, al que Dworkin llama «Hércules», equipado con «superman skill, learning, patience and acumen», es decir, con habilidad, sabiduría, paciencia y agudeza sobrehumanas, estaría en situación de encontrar la única respuesta correcta. Al juez real le corresponde la tarea de aproximarse a este ideal lo más posible.

La teoría de Dworkin de una única respuesta correcta plantea una gran cantidad de cuestiones. Aquí sólo cabe considerar una parte de ellas. Mi intervención se dividirá en dos partes. El objeto de la primera parte es la teoría de los principios. Se tratará de mostrar que los criterios de Dworkin para la distinción entre reglas y principios afectan ciertamente a puntos importantes, pero no al núcleo. Si se los analiza a fondo, queda claro que una teoría de los principios por sí sola no está en condiciones de sostener la tesis de la única respuesta correcta, lo que, sin embargo, no hace que disminuya su importancia para la filosofía jurídica, la metodología jurídica y la dogmática jurídica. En la segunda parte pretendo captar los déficits de la teoría de los principios a través de una teoría de la argumentación jurídica orientada de acuerdo con el concepto de razón práctica. La unión de ambas teorías constituye la base de una teoría del Derecho en la que rige una versión débil de la tesis de la única respuesta correcta.

2. TEORIA DE LOS PRINCIPIOS

2.1 Reglas y principios

Tanto las reglas como los principios pueden concebirse como normas. En tal caso, de lo que se trata es de una distinción dentro de la clase de las normas. Los criterios de distinción que se ofrecen son numerosos y de diverso tipo.

2.1.1. La generalidad como criterio de distinción

El criterio de distinción más frecuentemente citado es el de la generalidad. Según ello, los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto, y las reglas, normas de un grado relativamente bajo. Un ejemplo de norma de un grado relativamente alto de generalidad es la norma de que todos gozan de libertad de creencias. En cambio, tiene un grado relativamente bajo de generalidad una norma que dice que todo recluso tiene el derecho de apartar a otros reclusos de sus creencias. Quien considera la generalidad como decisiva llega a la conclusión de que entre las reglas y los principios existe sólo una distinción de grado. Esto puede designarse como la «tesis débil de la separación». La tesis fuerte de la separación la representa, en cambio, quien afirma que la diferencia entre reglas y principios no es simplemente de grado, sino de tipo cualitativo. Esta tesis es correcta. Queda por saber cómo hay que fundamentarla.

2.1.2 Los criterios de distinción de Dworkin

Dworkin emplea dos argumentos. El primero dice que las reglas son aplicables en la forma todo-o-nada (all-or-nothing-fashion), pero en cambio los principios no. Si se da el supuesto de hecho de una regla, existen sólo dos posibilidades. O la regla es válida, y entonces deben aceptarse las consecuencias jurídicas, o no es válida, y entonces no cuenta para nada en la decisión. En cambio los principios, aun cuando según su formulación sean aplicables al caso, no determinan necesariamente la decisión, sino

que solamente proporcionan razones que hablan en favor de una u otra decisión. El segundo argumento, vinculado con el anterior, hace valer que los principios tienen una dimensión que las reglas no exhiben, es decir, una dimensión de peso (*dimension of weight*) que se muestra en las colisiones entre principios. Si colisionan dos principios, se da un valor decisivo al principio que en el caso de colisión tenga un peso relativamente mayor, sin que por ello quede invalidado el principio con el peso relativamente menor. En otros contextos, el peso podría estar repartido de manera opuesta. En cambio, en un conflicto entre reglas que sucede, por ejemplo, cuando una regla manda algo y otra prohíbe lo mismo, sin que una regla establezca una excepción para la otra, al menos una debe siempre ser inválida.

Puede dudarse de la solidez del argumento todo-o-nada si se tiene en cuenta la posibilidad de que con ocasión de la decisión de un caso se introduzca en una regla una nueva excepción hasta entonces desconocida. Pero en tal caso, el segundo argumento de Dworkin, la tesis de que los conflictos de reglas ofrecen una estructura enteramente distinta a la de las colisiones entre principios, ofrece un criterio de distinción adecuado. Esta tesis, lleva además directamente a un punto decisivo para la teoría de los principios. Por ello se analiza más detenidamente en relación con dos decisiones del Tribunal Constitucional alemán.

2.1.3 Conflictos de reglas y colisiones de principios como puntos de apoyo para la obtención de criterios de distinción adecuados

En la primera decisión se trata de un conflicto entre una norma jurídica del Estado federal (Bund) y una norma de un land.¹ La norma jurídica del land prohíbe la apertura de puestos de venta los miércoles desde las 13 horas, mientras que la norma federal lo permite hasta las 19 horas. El tribunal resuelve este caso según la norma de conflicto «El Derecho federal prevalece sobre el Derecho de land» (Art. 31 de la Ley Fundamental), mientras que declara nula la norma jurídica de land. Este es un caso clásico de un conflicto de reglas. Las dos normas son contradictorias. Una permite lo que la otra prohíbe. Si ambas fueran válidas, la apertura los miércoles por la tarde estaría tanto permitida como prohibida. La contra-

¹ BVerfGE. I. 283 (292).

dicción se elimina declarando a una norma nula, por tanto, no válida, y expulsándola así del orden jurídico.

De manera enteramente distinta procede el tribunal en una decisión sobre la celebración de un juicio oral contra un inculpado al que amenaza el peligro de un ataque de apoplejía y un infarto.² Las normas en colisión son, por un lado, la norma del Art. 2, ap. 2, párr. 1 de la Ley Fundamental, que reconoce al individuo un derecho fundamental de la vida y a la integridad física, y, por otro lado, el principio del Estado de Derecho, en cuanto que impone al Estado el deber de garantizar un eficiente funcionamiento de las instituciones del Derecho penal. Si existiera sólo el derecho fundamental, entonces la celebración de un juicio oral que pusiera en peligro la vida y la salud de un inculpado habría que calificarla sencillamente de prohibida. Si existiera sólo el deber del Estado de cuidar de un eficiente funcionamiento de las instituciones jurídicas, entonces habría que considerar el juicio oral simplemente como obligatorio o, cuando menos, permitido. El tribunal habría, por tanto, podido resolver el caso eliminando del ordenamiento jurídico bien el derecho fundamental, o bien el deber. Si hubiera hecho esto habría tratado la colisión de las correspondientes normas como una *contradicción* y, por ello, como un conflicto de reglas. El proceder del tribunal sin embargo es de un tipo enteramente distinto. No habla de una contradicción entre ambas normas, sino de una *tensión*, y subraya que ninguna de ellas goza «simplemente de primacía frente a la otra», lo que sería el caso si una de las normas, como en el conflicto de reglas, hubiese sido declarada inválida. El caso ha de ser resuelto más bien a través de una ponderación, con lo cual todo depende de si «el interés del inculpado contrario a la celebración, en el caso concreto pesa de un modo claro esencialmente más que los intereses a cuya protección debe servir la medida estatal». Este es un caso prototípico de colisión de principios. El factor decisivo lo constituye el principio al que le corresponde un peso relativamente mayor en el caso concreto. Al principio que juega en sentido contrario se le hace retroceder, pero no se le declara inválido.

² BVerfGE. 51, 324.

000006

2.1.4. El núcleo de la diferencia entre reglas y principios

Podría pensarse que con ello se ha dicho todo lo esencial sobre la estructura lógica de los principios, y que ahora, sobre esta base, podría comprobarse la corrección de la tesis de Dworkin de la única respuesta correcta. Sin embargo, esto sería precipitado. Se podría preguntar por qué colisionan los principios de la manera descrita. Sólo esta cuestión, no planteada por Dworkin, lleva al núcleo de la diferencia entre reglas y principios. Si no se capta esto, difícilmente puede esperarse extraer las conclusiones correctas de la presencia en el orden jurídico tanto de reglas como de principios.

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 por que 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 esa medida, pueden siempre ser sólo o cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. Las reglas contienen por ello *determinaciones* en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente. Lo importante por ello no es si la manera de actuar a que se refiere la regla puede o no ser realizada en distintos grados. Hay por tanto distintos grados de cumplimiento. Si se exige la mayor medida posible de cumplimiento en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, se trata de un principio. Si sólo se exige una determinada medida de cumplimiento, se trata de una regla.

2.1.5. Los principios y la separación entre Derecho y moral

No es difícil reconocer que la presencia de principios, por tanto, de mandatos de optimización, en el sistema jurídico tiene consecuencias en cuanto al carácter de éste y al concepto de Derecho, que sobrepasan con mucho el aspecto metodológico. Donde esto es más claro es en los princi-

pios constitucionales, como los de dignidad humana, libertad, igualdad, democracia, Estado de Derecho y Estado social. Si una constitución contiene estos seis principios, ello significa que se han incorporado a ella las formas principales del Derecho racional de la modernidad. El carácter de los principios significa que no se trata simplemente de normas vagas, sino que con ellas se plantea una tarea de optimización. Dicha tarea es, en cuanto a la forma, jurídica; en cuanto al fondo, sin embargo, es siempre también moral, a causa de su contenido moral. Puesto que algo análogo vale para muchos otros principios, la teoría de los principios ofrece un punto de partida adecuado para atacar la tesis positivista de la separación entre Derecho y moral.

El problema de la relación entre Derecho y moral ha de plantearse de nuevo bajo el aspecto de la vinculación entre la argumentación jurídica y la moral. Sobre la base del concepto de principio obtenido cabe preguntar ante todo si es posible una teoría de los principios que determine para cada caso justamente una respuesta.

2.2. Teoría de los principios y única respuesta correcta

2.2.1. Teorías fuertes y débiles de los principios

Supongamos que se pudiera crear una lista en cierto modo completa de los principios de un sistema jurídico. Puesto que no contendría nada sobre el peso relativo de los principios, es decir, sobre la relación de prioridad entre ellos, ciertamente podría decirnos qué es lo que hay que tomar en consideración, pero no qué es lo que tiene preferencia en cuanto al resultado. Por ello, no sería mucho más que un catálogo de puntos de vista o de topoi. Esta simple relación de principios representa, desde el punto de vista de su rendimiento, la variante más débil de una teoría de los principios. La variante más fuerte sería una teoría que contuviera, además de todos los principios, todas las relaciones de prioridad abstractas y concretas entre ellos y, por ello, determinara unívocamente la decisión en cada uno de los casos. Si fuera posible una teoría de los principios de la forma más fuerte, sería sin duda acertada la tesis de Dworkin de la única respuesta correcta.



2.2.2. Teoría de los principios y teoría de los valores

Para descubrir lo fuerte que pueda ser una teoría de los principios desde el punto de vista de su rendimiento, hay que fijarse en la semejanza que tienen los principios con lo que se denomina «valor». En lugar de decir que el principio de la libertad de prensa colisiona con el de la seguridad exterior, podría decirse que existe una colisión entre el valor de la libertad de prensa y el de la seguridad exterior. Toda colisión entre principios puede expresarse como una colisión entre valores y viceversa. La única diferencia consiste en que la colisión entre principios se trata de la cuestión de qué es debido de manera definitiva, mientras que la solución a una colisión entre valores contesta a qué es de manera definitiva mejor. Principios y valores son por tanto lo mismo, contemplado en un caso bajo un aspecto *deontológico*, y en otro caso bajo un aspecto *axiológico*. Esto muestra con claridad que el problema de las relaciones de prioridad entre principios se corresponde con el problema de una jerarquía de los valores.

2.2.3. Orden estricto

Los problemas de una jerarquía de los valores jurídicamente relevantes se han discutido con frecuencia. Se ha mostrado así que no es posible un orden que conduzca en cada caso precisamente a un resultado—a tal orden habría que llamarlo «orden estricto». Un orden estricto solamente sería posible si el peso de los valores o de los principios y sus intensidades de realización fueran expresables en una escala numérica, de manera calculable. El programa de semejante orden cardinal fracasa ante los problemas de una medición del peso y de la intensidad de realización de los principios jurídicos o de los valores jurídicos, que sea más que una ilustración de un resultado ya encontrado.

2.2.4. Orden débil

El fracaso de los órdenes estrictos no significa sin embargo que sean imposibles teorías de los principios que sean más que un catálogo de topoi. Lo que es posible en un orden débil que consista de tres elementos: 1) un

sistema de condiciones de prioridad, 2) un sistema de estructuras de ponderación y 3) un sistema de prioridades *prima facie*.

2.2.4.1. Condiciones de prioridad

El que las colisiones entre principios deban resolverse mediante ponderación en el caso concreto, no significa que la solución de la colisión sea solamente significativa para el caso concreto. Antes bien, pueden establecerse, con ocasión de la decisión para casos concretos, relaciones de prioridad que son importantes para la decisión de nuevos casos.

Un ejemplo lo ofrece el caso Lebach del Tribunal Constitucional alemán, en el que se trataba de una información televisiva repetida, no amparada ya por un interés informativo actual, sobre un delito grave, emitida poco antes de la excarcelación del autor.³ La argumentación del tribunal se desarrolla en tres niveles. En el primer nivel constata una colisión entre la protección fundamental e igual de la personalidad y la libertad de información. En el segundo nivel establece que bajo una condición determinada y relativamente abstracta, esto es, la de una información actual sobre un delito grave, existe una prioridad de principio o *prima facie* en favor de la libertad de información. En el tercer nivel decide finalmente que bajo cuatro condiciones que se dan en el caso Lebach, a saber, una 1) información televisiva repetida, 2) no amparada ya por un interés informativo, 3) sobre un delito grave, 4) que pone en peligro la resocialización del autor, la protección de la personalidad prevalece sobre la libertad de información. Esto significa que tienen validez las consecuencias jurídicas del principio prevaleciente y que, por tanto, la emisión del programa televisivo está prohibido bajo estas cuatro condiciones. Lo último lleva a una idea fundamental para la relación de los niveles de la regla y de los principios, que se puede formular en una ley de colisión: las condiciones, bajo las que un principio prevalece sobre otro, forman el supuesto de hecho de una regla que determina las consecuencias jurídicas del principio prevaleciente.

Las condiciones de prioridad establecidas hasta el momento en un sistema jurídico y las reglas que se corresponden con ellas proporcionan

³ BVerfGE. 35. 202.

información sobre el peso relativo de los principios. Sin embargo, a causa de la posibilidad de nuevos casos con nuevas combinaciones de características, no se puede construir con su ayuda una teoría que determine para cada caso precisamente una decisión. Pero de todos modos, abren la posibilidad de un procedimiento de argumentación que no se daría sin ellas. Este procedimiento, desde luego, debe ser incluido en una teoría completa de la argumentación jurídica.

2.2.4.2 Estructuras de ponderación

En contra del concepto de una teoría de los principios basada en condiciones de prioridad podría hacerse valer que, puesto que las condiciones de prioridad implican reglas, sólo se necesitaría tomar en consideración estas reglas. Esta objeción lleva a un segundo elemento fundamental de la teoría débil de los principios, a la ley de la ponderación. Los principios, en cuanto mandatos de optimización, exigen una realización lo más completa posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. La referencia a las posibilidades fácticas lleva a los bien conocidos principios de adecuación y necesidad. La referencia a las posibilidades jurídicas implica una ley de ponderación que puede ser formulada como sigue: Cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro. La ley de ponderación no formula otra cosa que el principio de la proporcionalidad en sentido estricto. Con ello se dice, grosso modo (lo que se puede demostrar de manera exacta) que el principio de proporcionalidad, con sus tres principios parciales ya mencionados, se sigue lógicamente del carácter principal de las normas, y éste de aquél. Esto no es sólo interesante para un examen teórico-estructural. Significa que una teoría de los principios conduce a estructuras de argumentación racional, lo que no vale para un simple catálogo de topoi. A pesar de esta contribución a la racionalidad práctica que no hay que infravalorar, es, sin embargo, también clara la urgencia con que la teoría de los principios necesita un complemento a través de una teoría de la argumentación jurídica de mayor alcance.

2.2.4.3. Prioridades prima facie

El tercer elemento de una teoría débil de los principios son las prioridades *prima facie*. Ya se mencionó un ejemplo. En una información actual sobre un delito grave, a la libertad de información le corresponde una prioridad *prima facie* frente a la protección de la personalidad. Las prioridades *prima facie* establecen cargas de la argumentación. De esta manera crean un cierto orden en el campo de los principios. Desde luego, no contienen una determinación definitiva. Si son más fuertes los argumentos en favor de una prioridad de un principio que juega en sentido contrario, se cumple suficientemente con la carga de la prueba. Con ello, el orden depende de nuevo de la argumentación.

3. ARGUMENTACION JURIDICA Y RAZON PRACTICA

3.1. Un modelo de tres niveles del sistema jurídico

Las reflexiones anteriores muestran que es imposible una teoría fuerte de los principios de forma que determine para cada caso precisamente una respuesta. Esto es así no sólo a causa de la limitación del poder del conocimiento humano, que podría superar un Hércules dworkiano, sino también por razones lógicas en sentido más amplio. Pero de todos modos es posible una teoría débil de los principios. Esta, sin embargo, no determina para cada caso una única respuesta correcta. Sin embargo, la idea de una única respuesta correcta no tiene por qué ser abandonada. Se puede seguir manteniendo por dos vías. La primera la recorre quien afirma que la existencia de una única respuesta correcta no depende de que exista un procedimiento que permita mostrarlo. Esta no se seguirá aquí. La segunda vía se abre con la comprensión de que la adición de un nivel de los principios al de las reglas no lleva todavía a un modelo completo del sistema jurídico. Los principios, como las reglas, no regulan por sí mismos su aplicación. Si se quiere lograr un modelo adecuado del sistema jurídico, entonces se debe añadir a estos dos niveles que expresan, en relación con la cuestión de la corrección de la decisión, el lado pasivo del sistema jurídico, otro lado activo referido a esta cuestión. Los niveles de la regla y

de los principios deben ciertamente complementarse con un tercero, a saber, con una teoría de la argumentación jurídica, que dice cómo, sobre la base de ambos niveles, es posible una decisión racionalmente fundamentada. Una respuesta concluyente a la cuestión de la única respuesta correcta sólo es posible refiriéndose a estos tres niveles.

3.2. Supuestos básicos de la teoría de la argumentación jurídica

El punto de partida de la teoría de la argumentación jurídica es que en la jurisprudencia se trata en definitiva siempre de cuestiones prácticas, por tanto, de lo que está ordenado, prohibido y permitido. La argumentación jurídica es por ello un caso especial de la argumentación práctica en general. Es un caso especial porque está situada bajo una serie de vínculos institucionales que brevemente pueden caracterizarse como la vinculación a la ley, al precedente y a la dogmática. Estos vínculos, que pueden concebirse mediante un sistema de reglas y formas específicas de la argumentación jurídica, no llevan sin embargo en cada caso precisamente a un resultado. Esto vale tanto para la subsunción bajo reglas como para la ponderación de principios. Por lo que respecta a los principios, ha quedado claro que su estructura, en cuanto mandatos de optimización, lleva a que, siempre que exhiban un contenido moral, en su aplicación haya que contestar siempre cuestiones morales. Este es un aspecto de la tesis general de que en todos los casos más o menos problemáticos son necesarias valoraciones que no pueden extraerse obligatoriamente del material autoritativamente fijado. La racionalidad de la argumentación jurídica depende por ello esencialmente de sí, y con qué alcance, estas valoraciones adicionales son susceptibles de un control racional.

3.3. Teoría procedimental

La cuestión de la racionalidad de la fundamentación jurídica lleva así a la cuestión de la posibilidad de fundamentar racionalmente los juicios prácticos o morales en general. La discusión de esta cuestión se ha visto obstaculizada largo tiempo por la oposición entre dos posiciones básicas extremas de las que siempre se presentan nuevas variantes: por un lado, las posiciones subjetivas, relativistas, decisionistas y/o irracionalistas y, por

otro lado, las posiciones objetivistas, absolutistas, cognocitivistas y/o racionalistas. No existe sin embargo ningún motivo para una semejante actitud todo-o-nada. Ciertamente no son posibles teorías morales *materiales* que para cada cuestión práctica permitan extraer con seguridad intersubjetivamente concluyente precisamente una respuesta, pero sí que son posibles teorías morales *procedimentales* que formulan reglas o condiciones de la argumentación o decisión práctica racional. Una versión especialmente prometedora de una teoría moral procedimental es la del discurso práctico racional.

3.4. Discurso, única respuesta correcta, razón práctica

3.4.1. Reglas del discurso

La pieza nuclear de la teoría del discurso está formada por un sistema de reglas del discurso y de principios del discurso, cuya observancia asegura la racionalidad de la argumentación y de sus resultados. En otro lugar he tratado de formular explícitamente este sistema a través de un sistema de 28 reglas. Las reglas se extienden desde aquellas que exigen no contradicción, claridad lingüística y verdad empírica, pasando por aquellas que expresan la idea de universalizabilidad, entre otras cosas asegurando a cada uno el derecho a tomar parte en el discurso y a cada uno la misma consideración en el discurso, hasta aquellas que rigen para la argumentación consecuencialista, la ponderación y el análisis de la formación de convicciones normativas. Este sistema de reglas que pretende formular algo así como un código de la razón práctica, no sólo complementa las reglas específicas del discurso jurídico, sino que constituye también la base para su justificación y crítica, en el marco de una justificación y crítica del sistema jurídico en su conjunto.

3.4.2. Única respuesta correcta

La cuestión de la única respuesta correcta depende esencialmente de sí el discurso práctico lleva a una única respuesta correcta para cada caso. Llevaría a ello si su aplicación garantizara siempre un consenso. Ya un simple esbozo muestra claramente que varias de sus exigencias, bajo

condiciones reales, sólo se pueden cumplir de manera aproximada. Esto ya excluye un consenso para cada cuestión. Por tanto, una única respuesta correcta para cada caso sólo podría admitirse recurriendo a cinco idealizaciones, a saber: 1) tiempo ilimitado, 2) información ilimitada, 3) claridad lingüística conceptual ilimitada, 4) capacidad y disposición ilimitada para el cambio de roles y 5) carencia de prejuicios ilimitada.

3.4.3. Razón y corrección relativa

Aquí queda aún por ver si sobre la base de semejantes idealizaciones es posible una única respuesta correcta para cada caso o si las diferencias antropológicas de los participantes en el discurso que obstaculizan el discurso hacen que, pese a las idealizaciones, puedan existir casos sin una única respuesta correcta. En todo caso, está claro que en la realidad no existe ningún procedimiento que permita, con una seguridad intersubjetivamente necesaria, llegar en cada caso a una única respuesta correcta. Esto último no obliga sin embargo a renunciar a la idea de la única respuesta correcta, sino que únicamente da ocasión para determinar su *status* con más precisión. El punto decisivo aquí es que los respectivos participantes en un discurso jurídico, si sus afirmaciones y fundamentaciones han de tener un pleno sentido, deben, independientemente de si existe o no una única respuesta correcta, elevar la pretensión de que su respuesta es la única correcta. Esto significa que deben presuponer la única respuesta correcta como idea regulativa. La idea regulativa de la única respuesta correcta no presupone que exista para cada caso una única respuesta correcta. Sólo presupone que en algunos casos se puede dar una única respuesta correcta y que no se sabe en qué casos es así, de manera que vale la pena procurar encontrar en cada caso la única respuesta correcta. Las respuestas que se encuentren, en el marco de este intento, sobre la base del nivel de la regla y de los principios, de acuerdo con los criterios de la argumentación jurídica racional, que incluyen los de la argumentación práctica general, también responden entonces, aunque no sean las únicas respuestas correctas, a las exigencias de la razón práctica y, en este sentido, son al menos relativamente correctas.

DERECHOS, RAZONAMIENTO JURIDICO Y DISCURSO RACIONAL*

Mi tesis es que hay una relación interna entre la teoría de los derechos y la teoría del razonamiento jurídico. No puede haber una teoría de los derechos sin tener una teoría del razonamiento jurídico, y una teoría del razonamiento jurídico adecuada, presupone una teoría de los derechos. Este es un primer paso. No es suficiente conectar simplemente la teoría de los derechos con la teoría del razonamiento jurídico. Se necesita una razón para hacer necesaria dicha relación. Esta razón puede encontrarse en la teoría del discurso racional que está en la base del sistema en su totalidad. Este es el motivo por el que el título de mi conferencia es: "Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional".

Mi artículo se divide en tres partes. La primera parte trata de la teoría de los derechos. En la segunda parte diré algo acerca del papel de los derechos en el razonamiento jurídico. El tema de la tercera parte es la relación entre los derechos fundamentales y el discurso racional.

* Texto leído en el Simposio sobre Problemas de Argumentación en el marco del Primer Seminario Eduardo García Máynez, ITAM-Escuela Libre de Derecho, México, 1991. Traducción de Pablo Larrañaga.

000011

I. TEORIA DE LOS DERECHOS

1. El concepto de derecho

Es imposible presentar aquí una teoría elaborada de los derechos y, afortunadamente, es también innecesario. Me limitaré a dos distinciones que forman la base de mi argumento.

a) Conceptos fuerte y débil de los derechos

La primera diferencia es la distinción entre un concepto fuerte y uno débil de los derechos. Un concepto fuerte de derecho es un concepto de acuerdo al cual todos los rasgos que se consideran importantes en conexión con los derechos, son elementos del concepto de derecho. Se pueden encontrar ejemplos famosos de conceptos fuertes en la teoría de Jhering que define a los derechos como "intereses jurídicamente protegidos",¹ y en la definición de derecho de Windscheid como "un poder de la voluntad o superioridad de la voluntad que confiere el orden Jurídico".² Otras teorías que proponen un concepto fuerte son las teorías escépticas de los derechos, que primero tratan la existencia de un derecho como elemento del concepto de derecho y entonces —negando la existencia de derechos— pueden declarar fácilmente que el concepto de derecho es un concepto vacío. Todos los conceptos fuertes de derecho tienen una seria desventaja. Ellos transforman cuestiones substanciales de la teoría del derecho muy discutidas en problemas conceptuales.

Las concepciones débiles de los derechos tratan de evitar esto. De acuerdo con ellos, los derechos son relaciones jurídicas.³ Quizá la relación-derecho más importante es la de pretensión-derecho. Esta es una

¹ R. v. Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 3a parte, 5a ed., Leipzig 1906, p. 339.

² B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9a ed., rev. Th. Kipp, vol. 1., Frankfurt, 1906, p. 156.

³ Cf. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden 1985, (reimpresión: Frankfurt 1986), pp. 185-194.

relación normativa entre tres elementos: quien detenta un derecho (a), a quien se dirige el derecho (b), y el contenido del derecho (G). Usando el operador-derecho "R" podemos expresar una pretensión-derecho de la siguiente manera:

(1) R a b G.

La proposición *a* tiene un derecho oponible a *b* con respecto a *G* es equivalente a la proposición *b* tiene una obligación hacia *a* con respecto a *G*:

(2) O b a G.

Esta fórmula expresa una obligación relativa. Los derechos-pretensión y las obligaciones relativas son dos aspectos de la misma cosa. Son, para decirlo en términos lógicos, relaciones conversas.

El contenido de los derechos-pretensión puede ser de actos u omisiones. En el primer caso tenemos un derecho positivo, y en el segundo, un derecho negativo. En una constitución liberal predominan derechos constitucionales negativos contra el Estado. En una constitución socialista se pueden encontrar muchos derechos positivos oponibles al Estado, es decir, los derechos sociales.

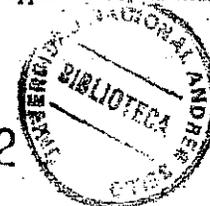
Este análisis podría ser mucho más elaborado. Nos llevaría entonces a tipos de derecho más básicos, a las libertades y los poderes, y a una lógica de los derechos que podría seguir ideas de Bentham,⁴ Bierling⁵ y Hohfeld.⁶ Para nuestros propósitos es suficiente una idea que se puede extraer fácilmente de lo que se ha dicho: los derechos son tipos especiales de normas. No es verdad que todas y cada una de las normas expresan un derecho. Pero si hay un derecho, entonces hay una obligación relativa, y si

⁴ J. Bentham, *Of Laws in General*, ed. por H.L.A. Hart, Londres 1970, pp. 57 s., 82 ss., 98, 119, 173 s.

⁵ E. R. Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, 2a parte, pp. 49 ss.

⁶ W. N. Hohfeld, "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", en: *Fundamental Legal conceptions as Applied in Judicial Reasoning and other Legal Essays*, New Haven, 1923, pp. 35 ss.

000012



hay una obligación relativa, entonces hay un derecho. Un enunciado que expresa una relación relativa es un enunciado que expresa una norma.⁷ Si todo esto es cierto, hablar acerca de derechos no es algo misterioso en absoluto. Cuando hablamos de derechos hablamos simplemente de un tipo especial de normas.

Volvamos ahora a la distinción entre conceptos fuertes y débiles de derechos. El concepto débil propuesto aquí permite hacer una distinción clara entre derechos y razones para derechos.⁸ La protección de la voluntad libre o de los intereses fundamentales no son elementos del concepto de derecho, pero son posibles razones para derechos y, como razones para derechos, son razones para normas. Aún más, no son las únicas razones posibles para derechos. En principio, cada razón para una norma puede ser una razón para un derecho.⁹ Así, por ejemplo, la eficiencia de la economía, que es un bien colectivo, puede ser considerada como una razón para el derecho individual de propiedad. También nosotros tenemos una solución simple al problema de la existencia de derechos. Existe un derecho cuando la norma a que corresponde es válida. Esto significa que un derecho jurídico existe cuando hay una norma jurídica válida a la cual corresponde. Incluso parece que el problema de la relación entre derechos jurídicos y argumentación jurídica está resuelto. La argumentación relativa a los derechos jurídicos parece ser la misma argumentación conectada con la aplicación de normas en general. Parece que no hay un discurso especial de los derechos. Que esto no es completamente erróneo pero que, no obstante, es algo superficial en un punto crucial parecerá obvio una vez que veamos nuestra segunda distinción. Esta es la distinción entre reglas y principios o, entre derechos definitivos y derechos *prima facie*.

⁷ R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, (nota 4), p. 163.

⁸ *Ibid.*, pp. 165 ss.

⁹ De acuerdo con la Corte Constitucional Federal de Alemania, hay dos razones para considerar la libertad de expresión como un derecho fundamental o constitucional: el bien individual del desarrollo libre de la personalidad y el bien colectivo de la libre comunicación (cf. BVerfGE 82, 43 (52); 82, 236 (268)), que a su vez es condición necesaria para otro bien colectivo, el proceso democrático (cf. BVerfGE 82, 272 (281)).

b) Reglas y principios

La segunda distinción es una distinción entre dos tipos de normas, esto es, entre reglas y principios.¹⁰ Las reglas son normas que, dadas determinadas condiciones, ordenan, prohíben, permiten u otorgan un poder de manera definitiva. Así, pueden caracterizarse como "mandatos definitivos". Los derechos que se basan en reglas son derechos definitivos. Los principios son normas de un tipo completamente distinto. Estos ordenan optimizar.¹¹ Como tales, son normas que ordenan que algo debe hacerse en la mayor medida fáctica y jurídicamente posible. Las posibilidades jurídicas, además de depender de reglas, están esencialmente determinadas por otros principios opuestos, hecho que implica que los principios pueden y deben ser ponderados. Los derechos que se basan en principios son derechos *prima facie*.¹²

2. Aplicación y justificación de derechos

La distinción entre reglas y principios tiene consecuencias de largo alcance para la aplicación y justificación de derechos. Primero atenderé a la aplicación de derechos.

a) La aplicación de derechos

El concepto de aplicación de un derecho suena algo extraño. Es bastante claro lo que significa tener un derecho, pero ¿qué se podría querer decir

¹⁰ Esta distinción ha sido ampliamente discutida. Cf. J. Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 3a ed., Tübingen, 1974; R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 2a ed., Londres 1978, pp. 1480; J. Raz, "Legal Principles and the Limits of Law", en: *The Yale Law Journal* 81 (1972), pp. 851 ss.; R. Alexy, "Zum Begriff des Rechtsprinzips", en *Rechtstheorie*, suplemento 1 (1979), pp. 59 ss.; J. R. Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden, 1990.

¹¹ R. Alexy, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", en *Doxa* 5 (1988), pp. 143 ss.

¹² Cf. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, (nota 4), pp. 75 ss.

por la aplicación de un derecho? Para estar seguros, hablando estrictamente es siempre la norma que otorga un derecho la que se aplica. Sin embargo, tiene sentido hablar de la aplicación de un derecho. Trataré de demostrar esto refiriéndome a los derechos fundamentales o constitucionales.

Los derechos fundamentales o constitucionales son derechos abstractos. Es típico en las constituciones modernas que se otorgue primero un derecho fundamental y que después se añada una cláusula que autorice al parlamento, o a la administración, a delimitar o restringir dicho derecho. Esto crea un problema bien conocido que puede resolverse si se usa la distinción entre reglas y principios. El problema es que un derecho constitucional oponible al Estado, que incluye la cláusula que habilita al Estado a delimitar o restringir dicho derecho, parece no tener ningún valor, o casi ningún valor. Y de hecho, no tiene ningún valor, o casi ningún valor, si se considera que el derecho lo otorga una regla. En este caso, sería una regla que admite cualquier excepción. Haciendo excepciones se podría remover el derecho por completo. El derecho como tal no podría desarrollar ningún poder propio contra las restricciones o limitaciones.¹³ Naturalmente, se podría tratar de introducir una regla adicional estableciendo límites a la limitación del derecho. En la constitución de la República Federal de Alemania se puede encontrar una cláusula que prohíbe eliminar la esencia de un derecho constitucional (art. 19 sec. 2). Pero, ¿cómo se puede determinar la esencia? y, lo que es más importante, ¿debe ser el Estado completamente libre en la delimitación de derechos a condición de que no elimine su esencia?

El panorama cambia completamente si se considera que el derecho es otorgado por un principio.¹⁴ El problema de delimitación se convierte en un problema de optimización. Esto significa que los derechos constitucionales tienen que realizarse en la mayor medida posible, fáctica y jurídicamente. Las posibilidades fácticas dependen de cursos de acción alternativos. Si no es necesaria la limitación de un derecho constitucional para alcanzar los objetivos del legislador, especialmente si hay medios aptos para alcanzar el objetivo del legislador que interfieran menos intensamente con el principio, entonces hay una posibilidad fáctica mayor

¹³ Cf. R. Alexy, "Rechtssystem und praktische Vernunft", en: *Rechtstheorie* 18 (1987), p. 411.

¹⁴ R. Alexy, *Theorie der Grundrechte* (nota 4), pp. 78 ss., 100 ss.

de realización del derecho y la delimitación queda prohibida por el principio que está en la base del derecho. Las posibilidades jurídicas de la realización, además de depender de reglas, están determinadas esencialmente por medio de otros principios opuestos. Esos principios opuestos pueden ser o bien principios en conflicto, o bien, otros bienes individuales o colectivos. En la determinación tanto de las condiciones fácticas de realización como de las jurídicas, el derecho constitucional tiene una fuerza por sí mismo. Esta es la razón para concebir a los derechos constitucionales como derechos *prima facie*, esto es, como derechos basados en principios. Si seguimos esta propuesta, la aplicación de un derecho es algo más que la mera subsunción de un caso bajo una regla. Es un proceso de ponderación o balanceo. En el siguiente capítulo se dirá más sobre esto.

b) La justificación de derechos

No sólo se afecta la aplicación de derechos al concebirlos como derechos *prima facie* basados en principios. Lo mismo se puede decir de su justificación. La proposición de derechos *prima facie* es una proposición bastante débil. No se decide nada acerca de lo que está definitivamente obligado. Un socialista, siempre que no sea un fanático, puede aceptar un derecho general a la libertad como un derecho *prima facie*. Podemos tener la esperanza de que lo acomode, a través de un proceso de ponderación, dentro de sus ideales políticos. Un liberal, considerando de nuevo que no es un fanático, puede aceptar el derecho social general a la asistencia social como un derecho *prima facie*. Aquí, también, podemos esperar que lo reduzca a través de un proceso de ponderación de acuerdo a sus ideales políticos, por ejemplo, que lo transforme en un derecho definitivo con un contenido mínimo.

De esta manera, parece que es posible que la teoría de los derechos fundamentales consista en una lista de derechos fundamentales abstractos que pueden ser tomados en consideración. Tal teoría sería bastante débil, quizá incluso una teoría pobre y, sin embargo, no dejaría de tener algún valor. Contendría el principio de los discursos acerca de los derechos definitivos. La debilidad de tal lista es una explicación de por qué, incluso en los años más duros de la guerra fría, han sido posibles acuerdos internacionales sobre derechos humanos. Esto muestra que tal lista es

sólo un primer paso. El segundo paso es la determinación de los pesos relativos de los distintos derechos *prima facie*. Esto nos lleva a la segunda parte de mi argumento, que trata del papel de los derechos en el razonamiento jurídico.

II. DERECHOS Y RAZONAMIENTO JURIDICO

A la distinción entre reglas y principios le corresponden dos tipos diferentes de aplicación de normas: la subsunción y la ponderación. El concepto de un derecho es compatible con ambas. Un sistema jurídico puede contener muchos derechos individuales que no se sostengan en principios. Es fácil dar ejemplos de derechos otorgados por reglas que pueden aplicarse por subsunción sin necesidad de pasar a través del proceso de ponderación. Podrían aducirse los derechos que resultan de la aplicación de las leyes sobre contratos, del derecho penal, del derecho fiscal y del derecho administrativo. En muchos casos, estar seguro de la aplicación de reglas en este tipo de derechos definitivos no es una tarea fácil. Hay muchos casos en que la vaguedad, la ambigüedad, la apertura valorativa o las lagunas, no permiten llegar a una decisión por medio de simple deducción. En estos casos, la subsunción es simplemente un marco dentro del cual tiene que tener lugar el razonamiento jurídico, para llegar a una decisión racional.¹⁵ Pero este tipo de razonamiento jurídico no tiene ninguna relación especial con el concepto de un derecho. Se trata de razonamiento jurídico en general.

El panorama cambia si el sistema jurídico tiene derechos que se sostienen en principios. Antes de pasar a los casos, habría que preguntarse bajo qué condiciones un sistema jurídico contiene derechos que se sostienen en principios.

1. Sistemas jurídicos perfectos e imperfectos

En un sistema jurídico como el de la República Federal de Alemania es fácil contestar esta pregunta. La constitución contiene un catálogo de

¹⁵ R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, 1989, pp. 213 ss.

derechos fundamentales y, lo que es más, el art. 1 sec. 3 declara explícitamente que éstos son derechos directamente aplicables que obligan a los legisladores, a la administración y a la judicatura. La fuerza obligatoria de los derechos fundamentales es controlada por la Corte Constitucional Federal, la cual, para este propósito, tiene un poder extensivo. Este sistema puede llamarse un sistema de derechos fundamentales perfectamente institucionalizado. En un sistema de este tipo cada aplicación de reglas envuelve—de hecho o potencialmente—derechos fundamentales. En casos de vaguedad, por ejemplo, el juez tiene que tomar en cuenta el impacto de los derechos fundamentales que pueden ser afectados por su decisión.¹⁶ Un juez que simplemente aplica una regla tiene que estar seguro de que su aplicación estricta no infringe ningún derecho fundamental.

No hay duda de que las cosas son diferentes en sistemas que no son sistemas de derechos fundamentales perfectamente institucionalizados, por ejemplo, por carecer de derechos fundamentales en el nivel constitucional, o porque no hay un tribunal constitucional. Sin embargo, mi tesis es que, no obstante, —siempre que se trate de sistemas de tipo democrático constitucional occidentales— los derechos fundamentales juegan un papel importante en los sistemas jurídicos, por lo menos desde un punto de vista substancial. En esos sistemas jurídicos, el papel de los derechos fundamentales se debe a la práctica jurídica, y dentro de la práctica jurídica éste se manifiesta en el razonamiento práctico. Desde un punto de vista crítico se podría decir que los derechos fundamentales deben ser promovidos por la práctica jurídica e institucionalizados por decisión política.

2. Ponderación y argumento

Ahora podríamos preguntarnos cómo afecta la existencia de derechos fundamentales básicos al razonamiento jurídico. El punto crucial ya ha sido mencionado. Es el concepto de ponderación o balanceo. El concepto de ponderación es un concepto discutido. Algunos autores opinan que no

¹⁶ BVerfGE 7, 198 (205 ss.).

es más que un camuflaje a meras decisiones o intuiciones.¹⁷ Esta crítica sería correcta si no se tratara de un procedimiento de ponderación racional. Mi tesis es que hay un procedimiento racional de ponderación.

El procedimiento de ponderación racionalmente estructurado lo provee la teoría de los principios. Los principios son mandatos de optimización. Como tales, implican lo que en la terminología jurídica alemana se llama la regla de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*).¹⁸ Esta regla comprende tres subreglas: la regla de adecuación (*Grundsatz der Geeignetheit*), la regla de necesidad (*Grundsatz der Erforderlichkeit*), y la regla de proporcionalidad en sentido estricto (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*). Me referiré primero a la primera y segunda reglas, esto es, la regla de adecuación y la regla de necesidad. Ambas están implicadas por el hecho de que los principios son reglas que ordenan que algo debe realizarse en la mayor medida fácticamente posible. Supongamos que el legislador introduce la norma *N* con la intención de mejorar la seguridad del Estado. *N* infringe la libertad de expresión. La seguridad del Estado puede ser concebida como materia un principio, dirigido a un bien colectivo. A este principio le podemos llamar *P*₁. La libertad de expresión puede ser concebida como un derecho individual fundamental que se basa en un principio. A este principio le llamaremos *P*₂. Supongamos ahora que la norma *N* no es adecuada para promover *P*₁, esto es, la seguridad del Estado, y sin embargo, infringe *P*₂, o sea, la libertad de expresión. En este caso de inadecuación, existe la posibilidad fáctica de cumplir ambos principios conjuntamente en una mayor medida, declarando inválida *N*, que aceptando la validez de *N*. Aceptar la validez de *N* no conlleva ninguna ganancia para *P*₁ sino sólo pérdidas para *P*₂. Tal solución no sería un óptimo de Pareto. Los derechos como principios exigen óptimos de Pareto.

La deducción de la segunda regla, la regla de la necesidad, es muy similar. Supongamos que hay una alternativa *N'* a *N*, que es suficientemente adecuada para promover *P*₁, y que infringe menos *P*₂ que *N*. En esta situación, *P*₁ y *P*₂ prohíben conjuntamente *N*. *N* no es necesaria para

¹⁷ Cf. E. Forsthoff, "Die Umbildung des Verfassungsgesetzes", en: *Festschrift for C. Schmitt*, ed. por H. Barion, E. Forsthoff y W. Weber, Berlín 1959, pp. 35 ss.; C. Schmitt, "Die Tyrannei der Werte", en: *Sakularisation und utopie, Festschrift for E. Forsthoff*, Stuttgart/Berlín/Colonia/Maguncia 1967, pp. 37 ss.

¹⁸ Cf. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, (nota 4), pp. 100.

realizar *P*₁, porque *P*₁ puede ser cumplido con un costo menor. De nuevo se trata de un óptimo de Pareto.

La tercera subregla de la regla de proporcionalidad, la regla de proporcionalidad en sentido estricto, tiene un carácter distinto. Esta regla se vuelve relevante cuando un acto realizado por el Estado es adecuado y necesario. Consideremos a un legislador que quiere prevenir, de la manera más perfecta posible, que la gente contraiga SIDA. Propone una ley que prescribe que todos los sujetos infectados de SIDA deben ser puestos en cuarentena de por vida. No hay duda de que la salud pública y, por lo tanto, la protección de las personas no infectadas es una meta valiosa. Ahora supongamos que la cuarentena de por vida es una medida tanto adecuada como necesaria para que el SIDA sea controlado en la mayor medida posible. En esta situación, la regla de proporcionalidad en sentido estricto requiere que se tome en cuenta el derecho de aquéllos infectados de SIDA. Prohíbe que se siga sólo un principio, esto es, el ser fanáticos. El contenido de la idea de proporcionalidad en sentido estricto puede expresarse de la siguiente manera:

Cuanto más intensa sea la interferencia en un principio, más importante tiene que ser la realización del otro principio.¹⁹

La regla nos dice cómo argumentar cuando sólo se puede cumplir un principio a costa de otro. Tenemos que investigar la intensidad de la interferencia; en nuestro ejemplo, la intensidad de la interferencia con los derechos de aquéllos que serían puestos en cuarentena de por vida, y la importancia de las razones para tal interferencia. Pero es claro que la regla sólo nos dice la dirección del argumento. No prescribe ningún resultado. Alguien que no considere a los derechos individuales como algo con gran valor puede aplicar la regla para favorecer el bien colectivo de la salud pública. Al hacer esto, llegaría al resultado de que la cuarentena de por vida está justificada. Alguien para quien los derechos individuales son muy valiosos llegaría al resultado contrario aplicando la misma regla de ponderación.

Un crítico de la teoría de los principios podría sostener que la posibilidad arriba señalada de llegar a resultados divergentes muestra que toda esta teoría, o al menos el concepto de ponderación, es inútil. Pero esto sería un error. En el razonamiento práctico general, así como en el razonamiento jurídico, no se puede esperar el tener un método que nos

¹⁹ *Ibid.*, p. 146.

000016

permita llegar a una solución definitiva para cada caso difícil. Lo que se puede crear son estructuras racionales para el razonamiento. Es difícil negar que las estructuras implicadas al concebir los derechos como principios son racionales. Por ello, me gustaría proponer, como resultado intermedio, que los derechos fundamentales basados en principios implican una estructura racional de argumentación orientada a través del concepto de ponderación, y que una estructura racional de argumentación jurídica implica que los derechos fundamentales tienen que basarse en principios. Con esto tenemos algo más que nada, pero todavía no es suficiente. Para llegar más lejos, debemos ver ahora la relación entre los derechos y el discurso racional.

III. LOS DERECHOS Y EL DISCURSO RACIONAL

1. La idea de discurso racional

Un discurso racional práctico es un procedimiento para probar y fundamentar enunciados normativos y valorativos por medio de argumentos. La racionalidad del discurso se define por un conjunto de reglas del discurso.²⁰ Estas reglas garantizan el derecho de cada ser humano a participar en el discurso y el derecho de cada participante de presentar y criticar cualquier argumento. Otras reglas, por ejemplo las que prohíben contradicciones o las que exigen claridad lingüística, la verdad empírica, la consideración de las consecuencias y la investigación de la génesis de las convicciones normativas, no son de especial interés aquí. Para el argumento que quiero presentar ahora, sólo necesito la idea de libertad e igualdad *en los argumentos*, que es la base normativa de la teoría del discurso. La teoría del discurso sostiene que una argumentación que excluye o suprime personas o argumentos —excepto por razones pragmáticas que tienen que ser justificadas— no es una argumentación racional, y que las justificaciones que se obtienen de la misma son defectuosas. No trataré aquí de argumentar en favor de esto, por el momento lo daré por sentado.

²⁰ Cf. R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, (nota 16), pp. 185 ss.

2. El discurso racional y la justificación de los derechos individuales

Un discurso es una empresa colectiva. Sin embargo, la teoría del discurso no expresa, en absoluto, ningún ideal colectivista. Que los individuos tengan que discutir unos con otros para ser racionales es una expresión del ideal de que todas, y cada una de las personas, deben ser tomadas en serio. Lo que es verdad en los argumentos racionales acerca de cuestiones jurídicas o políticas tiene implicaciones para las respuestas que se den a tales cuestiones. Mi tesis es que el resultado de un discurso racional sería un sistema de derechos fundamentales que incluya una preferencia *prima facie* de los derechos individuales sobre los bienes colectivos.²¹ La solución de la cuarentena de por vida para el problema del SIDA no sobreviviría a la prueba del discurso racional, porque éste imposibilita dicha preferencia.

3. El discurso racional y la aplicación de derechos

En muchos casos la respuesta no es clara. La teoría del discurso no es una máquina que nos permita determinar exacta, objetiva y definitivamente el peso de cada derecho, pero muestra que son posibles los argumentos racionales acerca de los derechos. Y por esto, muestra que la inclusión de derechos fundamentales en el sistema jurídico conduce a una conexión entre Derecho y Moral.

²¹ R. Alexy, "Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft". Conferencia presentada en el 15 Congreso Mundial sobre Filosofía del Derecho y Filosofía Social, Göttingen 1991.

000017

SOBRE LAS RELACIONES NECESARIAS ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL*

¿Hay relaciones necesarias entre el Derecho y la Moral? La respuesta a esta cuestión tiene consecuencias de largo alcance. Estas cubren casi desde la definición del concepto de sistema jurídico hasta la teoría de la argumentación. Es, al fin y al cabo, una cuestión de la manera en que se entiende el Derecho y de cómo la ciencia y la práctica jurídicas se ven a sí mismas. Esto explica por qué no se ha encontrado todavía una respuesta generalmente satisfactoria pese a los grandes esfuerzos que se han dedicado a encontrarla.

—Mi tesis es que hay una relación conceptual necesaria entre el Derecho y la Moral que supone que el positivismo jurídico falla como teoría general. Para dilucidar y justificar esta tesis tenemos que revisar primero la tesis positivista de la separación y su contraparte, la tesis no positivista de la conexión.

I. LAS TESIS DE LA SEPARACION Y DE LA CONEXION

—Todas las teorías positivistas argumentan a favor de la tesis de la separación. Esta dice que el concepto de Derecho ha de definirse de manera que no incluya, en absoluto, ningún elemento de la Moral. Consecuentemente, para una teoría positivista, sólo quedan dos elementos definitorios: el elemento de la decisión de la autoridad y el elemento de la efectividad

* Publicado en *Ratio Juris*, Vol. 2, No. 2, July 1989 (167-183). Traducción de Pablo Larrañaga.

social.¹ La gran cantidad de modificaciones del positivismo jurídico (cf. Ott 1976, 33-98) resultan de las diferentes interpretaciones y evaluaciones de estos dos elementos de la definición (Dreier 1986a, 890).

En contraste con esto, todas las teorías no positivistas argumentan en favor de la tesis de la conexión. La tesis de la conexión tiene por objeto definir el concepto de Derecho de manera que incluya elementos de la Moral. Sin embargo, ningún no positivista serio excluye del concepto de Derecho los elementos de la decisión de la autoridad y la efectividad social. La diferencia entre éstos y los positivistas se establece más bien por su tesis de que el Derecho ha de definirse de una manera que, además de estos rasgos que se refieren a los hechos, incluya también elementos de la Moral. Una vez más, son posibles interpretaciones y evaluaciones muy divergentes.

Las tesis de la separación y de la conexión nos dicen cómo ha de ser definido el concepto de Derecho. De esta manera, formulan el resultado de una argumentación sin mostrar los argumentos en las que se sostiene. Los argumentos que pueden aducirse en favor de ellas pueden dividirse en tres categorías: los analíticos, los empíricos y los normativos. Aquí me limitaré sólo a la consideración de los argumentos analíticos y normativos. Estos son los argumentos que se encuentran legítimamente en el centro de la discusión acerca del positivismo jurídico.²

¹ Los dos elementos de la definición se refieren a la dimensión de validez. Existe, desde luego, la posibilidad de definir el concepto de derecho excluyendo la dimensión de validez (cf. abajo II.1). Una teoría positivista que quiera hacer uso de esta posibilidad tendrá, por lo tanto, que determinar un elemento ajeno a la Moral que no se refiera a la dimensión de validez. Sin embargo, esto no se proseguirá aquí.

² Los argumentos empíricos pueden ser tanto aquéllos que se basan en la descripción de cierto uso del lenguaje o práctica como aquéllos que se refieren a necesidades fácticas. Los argumentos de este tipo sólo pueden mostrar que la relación entre Derecho y Moral es necesaria para cierto uso del lenguaje o para cierta práctica, pero no que es necesaria en general. Para mostrar lo anterior, el uso del lenguaje o la práctica analizada tienen que ser señalados de alguna manera. Los argumentos del segundo tipo pueden basarse en tesis empíricas como la de que el sistema jurídico que no protege la vida, la libertad o la propiedad, no tendrá una validez duradera. La protección de la vida, la libertad y la propiedad es, sin embargo, también un requerimiento moral. Por lo tanto, se puede decir que satisfacer ciertos requerimientos es fácticamente necesario para que el derecho tenga una validez duradera y, consecuentemente, que esto es necesario para la

El principal argumento analítico en favor de la tesis positivista de la separación es que no hay un nexo conceptualmente necesario entre el Derecho y la Moral o, entre cómo es el Derecho y cómo debe ser. Este argumento es frecuentemente catalogado como "la tesis de la separación". Nadie objetará a esto, excepto por el peligro de confundir este argumento analítico con la tesis de que el concepto de Derecho tiene que definirse independientemente del de Moral.³ El hecho de que los dos no deben confundirse se vuelve obvio con el talento de los no positivistas para conceder que no hay una conexión conceptual necesaria. Los no positivistas pueden fundamentar su tesis de que el concepto de Derecho tiene que definirse con elementos de la Moral por medio de argumentos no analíticos.

Tanto la tesis de la separación como la tesis de la conexión se sostienen con un argumento normativo, cuando se señala que es necesaria la exclusión o la inclusión de elementos de la Moral en el Derecho se hace para alcanzar cierto objetivo o para cumplir una norma. Las conexiones o separaciones que se justifican de esta manera pueden llamarse "normativamente necesarias".⁴ Hay argumentos normativos enrevesados, e.g. si se argumenta en favor de la tesis de la separación señalando que ésta lleva a una claridad lingüística y conceptual que garantiza la seguridad jurídica. Lo mismo ocurre si se argumenta en favor de la tesis de la conexión señalando que ésta facilita la mejor solución a los problemas de la injusticia en el Derecho.⁵

existencia de un sistema jurídico (cf. Hart, 1961, 188 ss.). También en esta versión, el argumento empírico queda incompleto, en lo que se refiere al problema de la conexión conceptual necesaria entre el Derecho y la Moral. Para decir, a partir de la tesis de que satisfacer ciertos requerimientos morales mínimos es necesario para la validez permanente del sistema jurídico, que tales requerimientos tienen que incluirse en el concepto de Derecho, se necesitan más premisas.

³ Una confusión puede encontrarse, e.g., en Hoerster (1986, 2480).

⁴ Tiene que haber una distinción estricta entre necesidad normativa y necesidad conceptual. Decir que algo es normativamente necesario no significa otra cosa que decir que es obligatorio. La validez de una obligación puede ser negada sin caer en una contradicción, pero no la existencia de una necesidad conceptual. Por ello, queda claro que la necesidad normativa es una necesidad sólo en un sentido más amplio.

⁵ Para la comparación de argumentos normativos en favor y en contra del positivismo jurídico, cf. Ott (1988, 345-56).

000019

Los debates recientes acerca del concepto de Derecho han sugerido que el término "derecho" es ambiguo y vago en tal medida, que los argumentos acerca del positivismo jurídico no pueden establecerse por medio del análisis conceptual. Se dice que la esencia del argumento es "una estipulación normativa, una sugerencia para una definición" (Hoerster 1986, 2481; Hoerster 1987, 187 ss.), que sólo puede justificarse por argumentos normativos. Debe enfatizarse que no es la "apertura" del concepto de Derecho en todos aspectos lo que se afirma aquí, esto es, que de acuerdo con consideraciones normativas se puede dar la determinación de cualquier sentido de éste. La afirmación sólo se refiere a una apertura con respecto a la conexión entre Moral y Derecho. Esta es equivalente a la tesis de que la conexión entre Derecho y Moral no es ni conceptualmente necesaria ni conceptualmente imposible.

El positivismo tiene buenas razones para transferir el problema a un nivel normativo. La tesis positivista de la separación dice que el concepto de Derecho debe definirse de tal manera que excluya elementos morales, no sólo en algunas, sino en todas sus aplicaciones. La tesis de la separación en su versión universal sólo podría basarse en argumentos analíticos si la inclusión de la Moral fuese conceptualmente imposible en todas sus aplicaciones. Este no es el caso, y se vuelve obvio cuando observamos situaciones en las que un enunciado como: "La norma *N* ha sido correctamente establecida y es socialmente efectiva, pero no es Derecho porque viola los principios fundamentales" no contiene una contradicción, y la pregunta "¿La norma *N* ha sido creada correctamente y es socialmente efectiva, pero, es Derecho? no carece de sentido. Lo único que puede probarse por argumentos analíticos por sí solos es el hecho de que hay algunas aplicaciones del término "derecho" en los que la Moral no puede ser incluida por razones conceptuales. Sin embargo, esto no es lo que dice la tesis de la separación.

Un positivista que quiera defender la versión universal de la tesis de la separación con alguna posibilidad de éxito tiene que sostener dos pretensiones. Primero, tiene que negar cualquier relación conceptual necesaria entre el Derecho y la Moral en un nivel analítico; segundo, en el nivel normativo, tiene que sostener que hay mejores razones para una definición independiente de la Moral que para una definición que la incluya. El no positivista, por otra parte, tendrá éxito defendiendo la tesis de la conexión si puede refutar cualquiera de las dos tesis. Refutaría la primera tesis mostrando que existe alguna conexión conceptual necesaria entre el

Derecho y la Moral, cualquiera que ésta sea. Tratar de hacer esto es especialmente atractivo por la importancia de los argumentos conceptuales. Por consiguiente, en adelante consideraremos conexiones conceptualmente necesarias.

II. UN MARCO CONCEPTUAL

La justificación de mi tesis de que hay una relación conceptual necesaria entre el Derecho y la Moral tendrá lugar dentro de un marco conceptual que consiste en cuatro distinciones.

1. Concepto y validez

La primera distinción es entre un concepto de Derecho que incluye el concepto de validez y otro que no lo incluye (cf. Kantorowicz 1958, 16 ss.). Es fácil ver que esta distinción debe hacerse. Así, se puede decir sin caer en contradicción: "*N* es una norma jurídica, pero *N* ya no es válida —en este momento— todavía". Incluso es posible imaginar un sistema jurídico ideal y afirmar lo siguiente sin contradecirse: "Este sistema jurídico nunca será válido". Por otra parte, alguien que se refiera a una norma válida no tiene que referirse a la validez. Puede decir simplemente: "La ley lo exige". Así, es claro que tanto en concepto de Derecho que incluye el de validez como el que no lo incluye son posibles.

Para discutir el positivismo jurídico es recomendable escoger un concepto de Derecho que incluya el de validez. De esta manera puede evitarse una trivialización del problema. Lo anterior radicaría en definir el Derecho como una clase de normas, e.g. una conducta externa sin referencia a la dimensión de validez (cf. Dreier 1987, 374 s.), para decir entonces, que puede no haber una relación necesaria entre Derecho y Moral, porque podemos imaginar normas para una conducta externa con cualquier contenido posible. La inclusión de la validez en el concepto de Derecho significa la inclusión del contexto institucional de promulgación, aplicación y la coacción del Derecho. Este contexto puede ser importante para la cuestión de la conexión conceptual necesaria.

000020

2. Norma y procedimiento

La segunda distinción es entre el sistema jurídico como un sistema normativo y como sistema de procedimientos.⁶ Como sistema de procedimientos, el sistema jurídico es un sistema de acciones basadas en, y guiadas por, reglas por medio de las cuales se crean, se justifican, se interpretan, se aplican y se coaccionan normas. En tanto que la tesis de la conexión se refiere al sistema jurídico como sistema de normas, se refiere a los resultados o productos de algún proceso de creación. Se puede decir, consecuentemente, que la tesis de la conexión, en esta versión, se refiere a las *externalidades* del sistema jurídico. Por otra parte, se envuelven aspectos *internos* si se propone que hay conexiones necesarias entre el sistema jurídico como procedimiento y la Moral.

3. El observador y el participante

La tercera distinción es aquella entre la perspectiva del observador y la del participante. Esta dicotomía es ambigua (MacCormick 1978, 275-92). Aquí se seguirá la siguiente interpretación: *La perspectiva del Participante* la ocupa alguien que, dentro del sistema jurídico, toma parte en el debate acerca de lo que el sistema obliga, prohíbe y permite, y acerca de los poderes que éste confiere. El juez es el centro de la perspectiva del participante. Si otros participantes, por ejemplo, teóricos del derecho, abogados o ciudadanos interesados en el sistema jurídico, presentan argumentos en favor o en contra de ciertos contenidos del Derecho se refieren, al final, a cómo el juez debería haber decidido, si hubiese querido tomar la decisión jurídica correcta. *La perspectiva del observador* la ocupa alguien que no pregunta cuál es la decisión correcta de acuerdo con determinado sistema jurídico, sino que se pregunta cómo son tomadas, de hecho, tales decisiones dentro de un sistema jurídico. Un ejemplo de tal observador es el americano blanco de Norbert Hoerster, que quiere viajar a Sud Africa

⁶ Para el sistema jurídico como sistema de procedimientos, c.f. Alexy (1981, 185 ss.). La distinción de Fuller entre "el esfuerzo deliberado que se dirige a la elaboración del Derecho y el resultado que emerge" puede ser muy similar a la distinción entre norma y procedimiento que aquí se hace (c.f. Fuller 1969, 193).

con su esposa negra y considera los aspectos jurídicos del viaje (Hoerster 1986, 24-81).

4. Definición e ideal

La cuarta distinción se refiere a dos tipos de conexiones conceptuales necesarias entre el Derecho y la Moral. Las del primer tipo son llamadas conexiones "*definitorias*", las del segundo tipo, "*calificativas*". Una conexión conceptual "*definitoria*" está en juego si a una norma o sistema de normas, que no satisface cierto criterio moral, se le niega el carácter de norma jurídica o sistema jurídico. Una conexión conceptual "*calificativa*" esta en juego si alguien afirma que una norma o sistema de normas, que no satisface cierto criterio moral, puede ser considerado como norma jurídica o como sistema jurídico, aunque se puede decir, no obstante, que es un una norma jurídica o sistema jurídico defectuoso por razones conceptuales. Lo que es decisivo aquí es que el defecto que se señala es jurídico y no sólo de carácter moral. Los argumentos que se deben a conexiones conceptuales calificativas se basan en la asunción de que los ideales jurídicos están contenidos en la realidad de un sistema jurídico. En lugar de una conexión "calificativa" podría hablarse de una conexión "ideal".

5. Combinaciones

El marco conceptual trazado anteriormente hace obvio que se puede aludir a varias cosas cuando se dice que hay una conexión necesaria entre el Derecho y la Moral. Si se suma la distinción entre una conexión necesaria normativa y una conceptual⁷ a las cuatro distinciones del marco conceptual, es decir, a la distinción entre el concepto de Derecho que incluye y el que excluye la validez; entre norma y procedimiento; entre observador y participante, y, entre conexiones definitorias y calificativas, es posible

⁷ Para poder combinar la distinción entre una conexión definitoria y una calificatoria con el concepto de conexión conceptual necesaria se tiene que remover el rasgo de necesidad conceptual insertado en la distinción por motivos de simplificación. Esta es una operación poco problemática.

hacer 32 combinaciones de rasgos contenidos en estas distinciones. Para cada combinación se puede formular la tesis de que existe una conexión necesaria, o de que ésta no existe. Por lo tanto, el total es 64 tesis. Para el problema de la conexión hay, sin duda, relaciones de implicación entre estas 64 tesis. Así, la verdad o falsedad de algunas tesis implica la verdad o falsedad de otras tesis. También es posible que algunas combinaciones sean conceptualmente imposibles. Sin embargo, esto no cambia la idea básica de que en el argumento acerca de la relación necesaria entre Derecho y Moral entra en juego una variedad de afirmaciones bastante distintas entre sí. Una explicación de la plausibilidad de este argumento puede encontrarse en el hecho de que comúnmente los participantes en el debate no se percatan de que la tesis que defienden es diferente a la tesis que atacan, por lo que se trata, simplemente, de un mal entendido. Este argumento gana plausibilidad si se considera la posibilidad de otras distinciones a parte de las mencionadas aquí. El número de tesis puede exceder en mucho a las 64.

La multiplicidad de tesis ya se ha limitado aquí a dos aspectos: primero, sólo se examinarán las conexiones conceptualmente necesarias y, segundo, un concepto de Derecho que incluye el concepto de validez será la base de la argumentación. Consecuentemente, sólo quedan ocho combinaciones, es decir, 16 tesis. Parecería que otra simplificación sería razonable. De las ocho combinaciones restantes sólo las dos extremas serán tratadas más detenidamente.

La primera la adoptaría alguien que vea al Derecho exclusivamente como un sistema de normas, que asume el punto de vista del observador y busca una conexión definitoria. Se puede decir que alguien busca este tipo de conexión cuando quiere saber, si por razones conceptuales, una violación de un criterio moral remueve el estatus de norma jurídica o sistema jurídico de la norma o sistema de normas en consideración. Quien quiera argumentar esta cuestión positivamente tiene que demostrar que las normas o sistemas de normas pierden necesariamente su carácter jurídico cuando sobrepasan ciertos límites de injusticia. Su argumento podría llamarse "el argumento de la injusticia" con referencia a Dreier (1980a, 890). Hay que enfatizar aquí que el argumento de la injusticia puede presentarse en formas muy variadas. En Dreier, éste se refiere a una conexión normativa necesaria que se justifica desde la perspectiva de un participante (Dreier 1986a, 894). Esta variación puede llamarse "interna" y "normativa". Lo único que habría que considerar aquí sería una

conexión conceptual necesaria para ser juzgada desde el punto de vista de un observador. Así, aquí sólo se discutirá una versión del argumento de la injusticia que puede llamarse "externa" y "analítica".

La contraparte de la perspectiva caracterizada por los conceptos de norma, de observador y de definición es la perspectiva caracterizada por los conceptos de procedimiento, de participante y de ideal. Quien quiera demostrar una conexión conceptual necesaria entre el Derecho y la Moral desde esta perspectiva puede tratar de mostrar que en los procesos de creación y aplicación del Derecho los participantes tienen, necesariamente, una pretensión de corrección, la cual incluye una pretensión de corrección moral. Las razones de esta tesis se pueden englobar como "el argumento de la corrección". Aunque en ambos casos una relación conceptual necesaria está en cuestión, al argumento de la injusticia puede llamársele "fuerte" mientras que al argumento de la corrección puede llamársele "débil". Analizaremos primero la tesis fuerte

III. EL ARGUMENTO DE LA INJUSTICIA

El argumento de la injusticia puede referirse a normas individuales de un sistema jurídico o al sistema jurídico en su totalidad.

1. Normas individuales

Posiblemente la versión más conocida del argumento de la injusticia referido a normas individuales es la que se origina en Gustav Radbruch. Su famosa fórmula es:

"El conflicto entre justicia y certeza jurídica puede resolverse de forma que se dé prioridad al derecho positivo, asegurado por la promulgación y el poder, incluso si éste no es razonable y es injusto en sus contenidos, excepto en el caso en que la contradicción entre el derecho positivo y la justicia se vuelva tan intolerable que

la condición de "derecho incorrecto" tenga que hacer lugar a la justicia. (Radbruch 1946, 353)⁸

La discusión acerca de esta fórmula se ha llevado a cabo casi exclusivamente⁹ con argumentos normativos. Para Radbruch, la fórmula es el resultado de sopesar los valores de justicia y de seguridad jurídica (Radbruch 1946, 352 s.), esto es, el resultado de una consideración normativa. Esta incorporación de elementos morales en el concepto de Derecho era necesaria para apoyar a los juristas contra el reto de un Estado injusto (Radbruch 1946, 354 s.). De acuerdo con Dreier, la fórmula de Radbruch es necesaria para remover las consecuencias jurídicas de un sistema injusto, incluso si el legislador permanece pasivo (Dreier 1986a, 891). Las críticas tampoco se sustentan en argumentos conceptuales. Hart menciona las ventajas de la claridad e integridad lingüístico-conceptual en favor de la tesis de la separación (Hart 1958, 619 s.), y Hoerster pone en duda si una definición planteada por la filosofía del Derecho puede incrementar la resistencia contra la injusticia jurídica (Hoerster 1987, 187 s.).

El único punto de interés aquí es si la fórmula de Radbruch, desde el punto de vista del observador que mira al sistema jurídico como sistema de normas, expresa una conexión conceptualmente necesaria o conceptualmente imposible. Como ejemplo se puede examinar la décimo primera regulación al *Reichsbürgergesetz* que data del 25 de noviembre de 1941, por la que se revoca a los emigrantes judíos la ciudadanía alemana por razones raciales. Con referencia a la fórmula de Radbruch, la Corte Constitucional Federal ha considerado la regulación como nula desde su creación (BVerfGE 23, 98 (106)). ¿Cómo describiría un observador con-

⁸ Para la recepción de la fórmula por las cortes de la República Federal de Alemania, cf. BVerfGE 3, 58 (119); 3, 225 (233); 6, 389 (414 ss.); 23, 98 (106); 54, 53 (67 ss.); BGHZ 3, 94 (107); 23, 175 (181); BGHt 2, 173 (177); 2, 234 (238); 3, 357 (36 ss.).

⁹ Una excepción es la tesis de Radbruch: "Porque no se puede definir el Derecho, el derecho positivo, de ninguna otra manera que como un orden o estatuto que está determinado en su propio sentido para servir a la justicia" (Radbruch 1946, 353). Es solamente en los últimos trabajos de Radbruch que esta tesis trata de una conexión definitiva. Que antes tenía un carácter calificadorio queda revelado en el hecho de que Radbruch argumenta en favor de esta tesis junto con la tesis de la separación (Radbruch 1970, 123, 178 s.).

temporáneo del sistema jurídico nacional-socialista, e.g. un jurista extranjero que quisiera escribir un artículo sobre el sistema alemán nazi para una revista de su país, el caso del judío expatriado A? Todos en su país podrían entender el enunciado:

(1) A es expatriado de acuerdo con el derecho alemán sin mayores explicaciones. Este no es el caso del enunciado:

(2) A no es expatriado de acuerdo con el derecho alemán.

Si no se añadiese más información al enunciado, daría información falsa o confundiría al lector. Esto muestra que en la combinación que examinamos aquí no es necesaria la incorporación de elementos morales. Además, hay que preguntarse si en esta combinación tal incorporación es conceptualmente imposible. Supongamos que el artículo de nuestro observador contiene el siguiente enunciado:

(3) A no es expatriado de acuerdo con el derecho alemán a pesar de que todos los tribunales alemanes y la administración lo tratan como expatriado y se refieren, como fundamento, al texto de una norma que ha sido promulgada correctamente de acuerdo con los criterios de validez vigentes en el sistema jurídico efectivo en Alemania.

Se puede asumir que este enunciado, en la combinación descrita, contiene una contradicción. Pues es claro que hay un uso del término "derecho" en la perspectiva del observador de acuerdo con la cual, la inclusión de elementos morales, como características definitorias en el concepto de Derecho, no es sólo conceptualmente innecesaria sino conceptualmente imposible.

El hecho de que nuestro observador pudiese finalizar su artículo con la siguiente pregunta abierta:

(4) A es expatriado correctamente de acuerdo con el criterio de validez en Alemania, y su expatriación es socialmente efectiva. Pero, ¿es éste derecho?

no es argumento contra ésta perspectiva. Con esta pregunta, la posición del observador ha sido abandonada. Y aún más, ahora queda muy poco claro si lo que está en cuestión es una conexión definitiva o calificativa. Así que la cuestión va más allá de la combinación que aquí se examina. Es por esto que hay que afirmar que la tesis de Radbruch para la combinación que se examina aquí, es decir, la tesis del observador que atiende normas particulares y pregunta por una conexión definitiva, no está fundamentada por una conexión conceptualmente necesaria entre el Derecho y la Moral. Debe notarse, sin embargo, que del hecho de que el positivismo esté en lo correcto, en lo que a las variaciones externa y analítica del argumento de la injusticia de normas individuales se refiere, nada se sigue en lo que respecta a corrección de la variante interna y normativa.

2. Sistemas jurídicos

Lo que es correcto para una norma individual no lo es automáticamente para el sistema jurídico en su totalidad (cf. Hart 1958, 621). La cuestión es, por lo tanto, si hay una relación conceptual necesaria entre el sistema jurídico en su totalidad y la Moral. De nuevo, la pregunta puede plantearse desde el punto de vista de un observador que mira al Derecho sólo como un sistema de normas y pregunta por una conexión definitiva.

Dos tipos de requerimientos morales pueden distinguirse en lo que pudiera ser una relación necesaria con el Derecho: requerimientos formales y materiales. Un ejemplo de las teorías que proponen una conexión necesaria entre criterios morales formales y el sistema jurídico es la teoría de Fuller sobre la moral interna del Derecho. Entre estos criterios Fuller incluye principios de legalidad como la generalidad del derecho, la promulgación y la prohibición de la aplicación retroactiva del Derecho (Fuller, 1969, 46 ss.). Por otra parte, la conexión entre criterios materiales y el sistema jurídico está en juego cuando Otfried Höffe rechaza sistemas de normas que no satisfacen ciertos criterios de justicia, es decir, que no satisfacen su carácter jurídico (Höffe, 1987, 159, 170). El determina esos criterios fundamentales de justicia por medio del principio de ventaja distributiva que incluye el principio de seguridad colectiva que exige, entre otras cosas, la prohibición de matar, Así como de robar, a todos los miembros del sistema jurídico (Höffe 1987, 169 ss.).

Al discutir tales conexiones hay que distinguir claramente entre conexiones fácticas y conexiones conceptuales.¹⁰ Un sistema jurídico que no contiene normas generales ni para proteger la libertad ni la propiedad de sus miembros, no tiene ninguna oportunidad de validez continua y, por lo tanto, de existencia permanente en el mundo con personas realmente existentes. Este es un hecho simple pero empíricamente importante, sin embargo, no lo examinaré más profundamente aquí. Más bien, la pregunta es si tal sistema puede incluirse dentro del concepto de sistema jurídico.

Hay dos tipos de órdenes sociales que no pueden ser sistemas jurídicos por razones conceptuales, sin importar si tienen, o no, validez continua: el orden sin sentido y el orden predatorio. Tenemos un orden *sin sentido* cuando un grupo de individuos se rige de una manera que ni revela consistentemente la intención de quien, o quienes establecen las reglas; ni permite una continua prosecución de los intereses de los súbditos. Imaginemos a algunas personas regidas por un grupo de forajidos armados. Los súbditos no tienen ningún derecho. Dentro del grupo armado se permite cualquier acción armada. Con excepción de esta permisión, no hay ninguna otra regla general.¹¹ Los forajidos dan a los sujetos órdenes concretas parcialmente contradictorias, siempre cambiantes y parcialmente imposibles de satisfacer. Siempre que los súbditos obedecen lo hacen únicamente por miedo a la violencia. Este sistema no es un sistema jurídico por razones conceptuales.

Un orden sin sentido se convierte en *predatorio* cuando los forajidos se transforman en bandidos organizados. Esto presupone, al menos, la prohibición de violencia y la jerarquización entre los bandidos. Supongamos que se establece un sistema de reglas para los súbditos con la intención continuar la explotación de éstos. Para tomar un ejemplo extremo: una de las principales fuentes de ingreso de los bandidos en el asesinato regular de algún súbdito para vender sus órganos internos. Para mantener a las víctimas lo más sanas posible, prohíben a los súbditos fumar, beber o la existencia de cualquier tipo de violencia. Las reglas no establecen, sin

¹⁰ En este sentido, Kelsen se refiere a un "mínimo de seguridad colectiva" como "condición para una validez relativamente permanente" pero no como un elemento moral necesario del concepto de Derecho (Kelsen 1960, 49 s.).

¹¹ Kelsen no hablaría aquí siquiera de una "banda de asaltantes", ya que por la falta de una prohibición de la violencia entre los forajidos, no hay una comunidad y, por lo tanto, no hay ninguna "banda" (Kelsen 1960, 48).

embargo, ningún derecho respecto a los bandidos. El propósito de la explotación es conocido por todos. Los bandidos no tratan de encubrirlo de ningún modo. Se puede argumentar acerca de si el sistema válido entre los bandidos es un sistema jurídico, pero el sistema en su totalidad no lo es, sólo por razones conceptuales. Para justificar ésto tenemos que atender ahora a un tercer orden.¹²

A largo plazo, el orden predatorio no sirve para sus intenciones. Por lo tanto, los bandidos luchan por legitimación. Se convierten en legisladores y, con ello, el sistema de bandidos se transforma en un *sistema de reglas* (rulersystem). Continúan explotando a los súbditos. Pero ahora llevan a cabo la explotación por medio de actividades guiadas por reglas. Afirman que tal práctica es correcta, porque sirve a algún prósito superior, como, por ejemplo, el desarrollo del pueblo. Es posible matar y robar, en cualquier momento, a cualquier súbdito para alcanzar los propósitos de la explotación de los dirigentes. Sin embargo, los gobernantes son castigados si no matan o roban de acuerdo con cierta forma, por ejemplo, mediante la decisión de tres miembros del grupo dominante; y si sus actos no están públicamente justificados por el propósito de desarrollar al pueblo. La mayoría de los súbditos aceptan esta justificación, y la mayoría de los gobernantes también creen en ella.

Con este paso se ha cruzado la línea. Sin duda, el sistema es muy injusto. Pero ya no es conceptualmente imposible llamarlo "sistema jurídico". Así, se puede preguntar qué hace la diferencia entre un sistema de reglas y un sistema de forajidos-bandidos. La diferencia no es la introducción de ciertas reglas generales, porque éstas ya aparecen en el sistema de los bandidos. La diferencia tampoco puede ser el hecho de que el sistema de reglas otorga cierta ventaja para todos mediante la protección de la vida, la libertad y la propiedad, pues robar y matar sigue siendo posible en cualquier momento. El punto decisivo es que una *pretensión de corrección* está enraizada en la práctica del sistema de reglas y ésta se sostiene contra cualquiera. La pretensión de corrección es un elemento necesario del concepto de Derecho. La conexión entre Derecho y Moral se establece mediante ella. Ahora esto debe ser justificado. Si la justificación tiene éxito,

¹² El sistema de los bandidos es un caso del argumento de la banda de ladrones de San Agustín para negar la cualidad jurídica. Cf. *De Civitate*, VI, 4: "Remota itaque iustitia quid sunt regna nisi magna latrocinia? quia et latrocinia quid sunt nisi parva regna?"

entonces el positivismo fracasa en lo que se refiere a sistemas jurídicos, incluso en la combinación más favorable para ello, esto es, aquélla compuesta por los conceptos de norma, observador y definición.

IV. EL ARGUMENTO DE LA CORRECCION

En el último ejemplo, el sistema jurídico ya era algo más que un simple sistema de normas establecidas y efectivas. Ahora se adoptará una perspectiva completamente nueva que se caracteriza por la pregunta de cuándo hay una conexión conceptual necesaria, al menos de carácter calificativo, entre el Derecho y la Moral, si se asume que el sistema jurídico también es un sistema de procedimientos y, si es visto desde el punto de vista de un participante, e.g., desde el punto de vista del juez.

Mi respuesta a esta pregunta se basa en dos teorías: la teoría de la pretensión y la teoría del discurso, con la tesis del caso especial. Se podría añadir una tercera teoría: la teoría del principio (cf. Dreier 1986b, 27 ss.). Sin embargo, esta teoría no se discutirá aquí. Estas teorías expresan distintos aspectos de la idea de corrección jurídica. Y la idea de la corrección nos lleva a una conexión conceptual necesaria entre el Derecho y la Moral.

1. La teoría de la pretensión

La teoría de la pretensión sostiene que las normas jurídicas individuales y las decisiones judiciales, así como el sistema jurídico en su totalidad, necesariamente tienen una pretensión de corrección. Los sistemas de normas que no tienen esta pretensión, implícita o explícitamente, no son sistemas jurídicos. Por el momento, la teoría de la corrección es de carácter definitorio. Los sistemas jurídicos que tienen esta pretensión, pero que no la satisfacen, son sistemas defectuosos. En este sentido la teoría de la pretensión es calificativa. La teoría de la pretensión juega una papel exclusivamente calificativo en el caso de las normas individua-

les y de las decisiones judiciales. Éstas son jurídicamente defectuosas cuando no tienen, o no satisfacen, la pretensión de corrección.¹³

La teoría de la pretensión puede ser atacada por dos vías. En una se puede negar, primeramente, que esta pretensión esté conectada conceptualmente con el Derecho o, por otra parte, afirmar que si bien la pretensión está conectada conceptualmente con el Derecho, su contenido es trivial y que no incluye implicaciones morales.

Para refutar la primera objeción hay que echar mano de dos ejemplos. El primer ejemplo es el primer artículo de una nueva constitución del Estado X, en el cual, una minoría domina a la mayoría. La minoría desea seguir disfrutando de las ventajas que resultan del dominio de la mayoría, pero al mismo tiempo desean ser honestos. Su asamblea constituyente acuerda el siguiente enunciado como artículo primero de la constitución:

(1) X es una república soberana, federal e injusta.

Este artículo constitucional es, en cierto modo, defectuoso.¹⁴ La pregunta es: ¿En qué consiste este defecto?

Se podría pensar que el defecto consiste exclusivamente en el hecho de que el artículo no sirve adecuadamente a su propósito. La minoría quiere mantener una situación injusta. Las posibilidades de éxito se debilitan si no existe, por lo menos, la pretensión de que es justo. Aquí, de hecho, tenemos un *defecto técnico*. Sin embargo, esto no explica la naturaleza defectuosa del artículo. Supongamos que el nuevo artículo suprime una monarquía para crear una república. Supongamos, además, que la mayoría dominada adoraba al antiguo monarca, por lo que la situación presente se pone igualmente en riesgo por la introducción de una república, que por calificar a ésta de injusta. Si introducir la cláusula de la injusticia fuese solamente un defecto técnico, se cometería el mismo error introduciendo la cláusula de la república. Este no es el caso.

¹³ Si se tuviese que mostrar que carecen de carácter jurídico o de validez jurídica, esto se podría hacer mediante argumentos normativos. Este es el momento para emplear la versión de Dreier del argumento de injusticia. Para la fuerza del argumento normativo sería importante que esté relacionado con algo defectuoso desde el principio, por razones conceptuales. Sin embargo, este punto no será desarrollado aquí.

¹⁴ Para un argumento similar, cf. MacCormick (1986, 141).

Por consiguiente, debe haber otra explicación de la deficiencia del artículo. Se podría asumir un *defecto moral*. Aquí tenemos una incorrección moral, pero podemos ver fácilmente que esta no es una explicación completa. Supongamos que la injusticia consiste en negar algunos derechos a miembros de cierta raza. En lo que concierne al defecto moral, no habría ninguna diferencia si se removiese la cláusula de la injusticia y fuese remplazada por un segundo artículo que negase dichos derechos a los miembros de esa raza. Sin embargo, restaría alguna diferencia en el carácter "defectuoso".

Una explicación de esto podría ser el hecho de que se ha violado una convención muy extendida, pero no necesaria, acerca de la manera en que deben escribirse los textos constitucionales, esto es, que tenemos un *defecto convencional*. Indudablemente, una convención ampliamente aceptada ha sido violada. Pero, por sí misma, esta explicación tampoco es suficiente. La regla violada es más que una mera convención. Esto se hace obvio por el hecho de que no puede ser cambiada, aun en condiciones cambiantes o por un cambio de preferencias. Esto se confirma porque un artículo como:

(2) X es un Estado justo es redundante.

Así que sólo queda el *defecto conceptual*. Una pretensión de corrección se relaciona necesariamente con el acto de establecer una constitución, y en este caso se trata, principalmente, de una pretensión de justicia. El autor de una constitución comete una contradicción performativa si en el contenido de su acto constituyente niega esta pretensión.¹⁵

En un segundo ejemplo un juez enuncia el siguiente veredicto:

(3) El acusado es —equivocadamente— sentenciado a cadena perpetua.

El enunciado necesita interpretación. El juez puede querer decir que el veredicto contradice al derecho positivo. Puede querer decir también que el veredicto corresponde al derecho positivo, pero que es injusto. Estas

¹⁵ En cierto modo, hay alguna analogía con el famoso ejemplo de Austin: "El gato está en el felpedo, pero no lo creo". (Austin 1970, 63 s.).

y otras interpretaciones nos llevan a numerosos problemas que no quiero tratar aquí. Sólo debe interesarnos la siguiente interpretación:

(4) El acusado es –equivocadamente, porque el derecho ha sido interpretado incorrectamente– sentenciado a cadena perpetua.

Si duda, el juez deja su papel social y viola reglas del derecho positivo que, posiblemente en todos los sistemas, lo obligan a interpretar correctamente el derecho válido. Sin embargo, también violaría reglas sociales si pronunciase el veredicto sin haberse afeitado y vistiendo una toga sucia. El veredicto también violaría reglas del derecho positivo si la interpretación fuese incorrecta, aunque el juez creyera, y pretendiera, que es correcta. Y a la inversa, también se cometería una falta, si el juez supusiese que su interpretación era incorrecta y, anunciando este error, no violase el derecho positivo. Es obvio que lo que tenemos aquí es algo más que una irregularidad social o jurídica.¹⁶ El juez comete una contradicción performativa y, en este sentido, un error conceptual. Una decisión judicial pretende siempre aplicar correctamente el derecho, sin importar qué tan relevante sea el caso. El contenido del veredicto contradice la pretensión hecha por el acto institucional de enunciar la sentencia.

Los dos ejemplos muestran que los participantes en un sistema jurídico, en los distintos niveles, tienen necesariamente una pretensión de corrección. Pero esto todavía no prueba que esta pretensión nos lleve a una relación conceptual necesaria entre el Derecho y la Moral. Para explicar esto, tenemos que examinar ahora la teoría del discurso junto con la tesis del caso especial.

2. La teoría del discurso

El punto de partida es, de nuevo, la pretensión de corrección. La pretensión de corrección implica la pretensión de justificabilidad. Ahora, se pueden concebir muchas maneras distintas de justificación de decisiones judiciales. El espectro va desde meras referencias a tradiciones o autori-

¹⁶ En desacuerdo, Neumann (1986, 88 ss.) se refiere al siguiente ejemplo: "En nombre del pueblo, el Sr. N es sentenciado a diez años de prisión, aunque no hay buenas razones para ello".

dades hasta la argumentación racional que considera todos los aspectos. El punto decisivo es que la pretensión de justificabilidad permite una perspectiva crítica. El hecho de que una decisión judicial no esté justificada del todo, o que esté justificada de acuerdo con estándares irracionales, o mal justificada, no la priva de su carácter de decisión judicial. En lo que a esto respecta, la pretensión de justificabilidad no tiene un carácter definitorio sino calificativo. Sin embargo, la pretensión de justificabilidad crea la posibilidad de oponer mejores contraargumentos que pueden cambiar la práctica de la justificación para el futuro. En este sentido, la pretensión de justificabilidad que se presenta necesariamente, significa, por sí misma, la posibilidad de establecer niveles de justificación más altos como los desarrollados en los sistemas jurídicos modernos.

Cualquiera que justifique algo acepta, como mínimo, que la otra persona es un igual, al menos en un discurso en el que no ejerce coerción, o que no es apoyado por la coerción que ejercen otros. Además, pretende no sólo que es capaz de defender su tesis contra su adversario, sino contra cualquiera. Estas pretensiones de igualdad y universalidad provienen de la base de una ética procedimental que se construye sobre la idea de generalizabilidad. Esta es la ética discursiva (cf. Habermas 1983, 55 ss.; Alexy 1988, 43 ss.; Alexy 1989, 177 ss.). La conexión que la teoría del discurso crea entre los conceptos de corrección, de justificación y de generalizabilidad puede transportarse al Derecho con la ayuda de la tesis de que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general (cf. Alexy 1989, 212 ss.; Habermas 1981, 62 s.; MacCormick 1978, 272 ss.; Kriele 1979, 34.) Si esta tesis es verdadera, se podría establecer una relación necesaria entre Derecho y Moral directamente válida para los sistemas jurídicos modernos, y probablemente justificable para los sistemas jurídicos pre-modernos, dentro del marco de una teoría normativa de la evolución jurídica. Si –y esto es lo único que se puede decir aquí– es verdad la tesis de que la moral universalista que ha encontrado (en el Derecho) expresión en los derechos básicos y en los principios de la democracia, es la –o una– moral correcta, entonces se encontraría alguna conexión entre el Derecho y la –o una– Moral correcta.

Se han presentado varias objeciones a la tesis del caso especial (cf. e.g. Neumann 1986, 84 ss.; Kaufmann 1986, 436 s.; Tuori 1989). En lo que se refieren a la comprensión de los procedimientos jurídicos institucionalizados, no serán tomadas en cuenta aquí. En este momento sólo importa si la argumentación jurídica como tal, esto es, independientemente de los

procedimientos institucionalizados que tienen lugar si se trata de decisiones obligatorias, es una argumentación que puede interpretarse como una contribución, concreta o posible, al discurso práctico.

El problema más importante proviene del hecho de que las decisiones judiciales no pretenden estar justificadas en un sentido absoluto, sino sólo dentro del marco de un sistema jurídico particular. Este es el caso sólo si pueden justificarse tras la consideración de la ley, de precedentes o de la dogmática (Alexy 1989, 214, 220, 289). Ulfrid Neumann (1986, 90) afirma que estos límites constitutivos de la argumentación jurídica conducen a una diferencia cualitativa entre la argumentación jurídica y la argumentación práctica general. Afirma que la argumentación jurídica puede depender de una ley no razonable. Esta separación entre la racionalidad discursiva y la racionalidad jurídica es apresurada y pasa por alto dos aspectos. El primero es que, tomando en cuenta el carácter abierto de los resultados de un proceso racional, se pueden dar razones para la institucionalización de procedimientos de decisión como la legislación parlamentaria, de tal modo que, los límites del discurso jurídico no lo priven de su carácter de procedimiento racional (Alexy 1981, 185 s.). El segundo aspecto, que es más importante aquí, es que la decisión jurídica que aplica correctamente una ley no razonable o injusta, no satisface en absoluto la pretensión de corrección que ésta plantea necesariamente en todos los aspectos de la misma. Y como esta pretensión, en lo que respecta a las decisiones individuales, no es de carácter definitorio, esto significa que si la ley no razonable o injusta es válida, entonces, la decisión es jurídicamente válida. También es posible que principios formales (cf. Alexy 1985, 120) como el de seguridad jurídica y el separación de poderes exijan sumisión a leyes injustas, o no razonables. Aun Así, a causa del carácter calificativo de la pretensión de corrección, la decisión sufre de un defecto jurídico. No es una decisión jurídicamente perfecta.

Así, mi argumento a favor de una conexión conceptual necesaria entre el Derecho y la Moral está cerrado. La base está formada por la pretensión de corrección. Esta sólo tiene carácter definitorio para el sistema jurídico en su conjunto, aparte de que su carácter calificativo se hace obvio si el sistema jurídico se ve como un sistema de procedimientos, desde el punto de vista de un participante. La explicación de esta pretensión dentro del marco de la teoría del discurso deja claro que el Derecho tiene una dimensión ideal conceptualmente necesaria que conecta al Derecho con una moral procedimental universalista.

REFERENCIAS

- Alexy, Robert. 1981, "Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation", *Rechtstheorie*, Beiheft 2, pp. 177-188.
- 1985, *Theorie der Grundrechte*, BadenBaden: Nomos.
- 1988, "Problems of Discourse Theory", *Crítica* núm. 20, pp. 43-64.
- 1989, *A Theory of Legal Argumentation*, Trad. inglesa de R. Adler y N. MacCormick, Oxford University Press, Oxford. (primera edición en alemán 1978) Existe traducción en castellano de M. Atienza e I. Espejo, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- San Agustín, *De civitate Dei contra Paganos*, 6 vols., Heinemann, Londres 1957-1968.
- Austin, John L. 1962, *How to Do Things with Words*, Oxford University Press, Oxford. Existe traducción en castellano, de Genaro Carrió, *Cómo hacer cosas con palabras*, Buenos Aires.
- "The meaning of a Word", en J.L. Austin, *Philosophical Papers*, Oxford University Press, Oxford, pp. 55-75. Dreier, Ralf. 1986a, "Der Begriff des Rechts", *Neue Juristische Wochenschrift* 39, pp. 890-896.
- 1986b, *Rechtsbegriff und Rechtsidee*, Metzner, Frankfurt.
- 1987, "Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus?", *Rechtstheorie* 18, pp. 368-385.
- Fuller, Lon L. 1969, *The Morality of Law*, Edición revisada, Yale University Press, New Haven Conn.
- Habermas, Jürgen. 1981 *Theorie des Kommunikativen Handelns*, Vol. 1, Suhrkamp, Frankfurt. Edición en castellano, Taurus, Madrid.
- 1983 "Diskursethik Notizen zu einem Begründungsprogramm" en Jürgen Habermas, *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, Suhrkamp, Frankfurt, pp. 53-125.
- 1987, "Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?" *Kritische Juris* 20, pp. 1-16.
- Hart, H.L.A. 1958, "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review* 71, pp. 593-629. Edición en castellano en Ronald Dworkin (comp), *Filosofía del Derecho*, F.C.E., México, pp. 35-74.

000028

-----, 1961, *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford.
Edición en español, *El concepto de Derecho*, Trad. Genaro Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Hoerster, Norbert. 1986, "Zur Verteidigung des Rechtspositivismus", *Neue Juristische Wochenschrift* 39, pp. 2480-2482.

-----, 1987, "Die rechtsphilosophische Lehre vom Rechtsbegriff", *Juristische Schulung* 27, 181-188.

Höffe, Otfried. 1987, *Politische Gerechtigkeit*, Suhrkamp, Frankfurt.

Kantorowicz, Hermann. 1958, *The Definition of Law*, Editado por A. H. Campbell, Cambridge University Press, Cambridge.

Kaufmann, Arthur. 1986, "Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts- und Sozial-philosophie* 72, pp. 425-442.

Kelsen, Hans. 1960, *Reine Rechtslehre*, 2a Ed. Deuticke, Viena. Edición en español, *Teoría pura del Derecho*, traducción de Roberto Vernengo, UNAM, México.

Kriele, Martin. 1979, *Recht und Praktische Vernunft*, Vandenhoeck und Ruprecht, Gotinga.

MacCormick, Neil. 1978, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford.

-----, 1986, "Law, Morality and Positivism", en Neil MacCormick y Ota Weinberger, *An Institutional Theory of Law*, Reidel, Dordrecht, pp. 127-144.

Neumann, Ulfrid. 1986, *Juristische Argumentationslehre*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt.

Ott, Walter. 1976, *Der Rechtspositivismus*, Ducker und Humboldt, Berlin.

-----, 1988, "Die Radbruch'sche Formel", *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 107, pp. 335-357.

Radbruch, Gustav. 1946, "Gesetzliches Unrecht und ubergesetzliches Recht", en Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 7a Ed. Koehler, Stuttgart, pp. 347-357. Edición en castellano, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Traducción de Ernesto Garzón Valdés, F.C.E., México.

-----, 1970, *Rechtsphilosophie*, 7a Ed., Koehler, Stuttgart.

Tuori, Kaarlo. 1989, "Discourse Ethics and Legitimacy of Law", *Ratio Juris* 2, pp. 125-143.

LA IDEA DE UNA TEORIA PROCESAL DE LA ARGUMENTACION JURIDICA*

I

En el campo de la teoría jurídica de la argumentación, existe actualmente un amplio consenso en el sentido de que los modelos simples son insuficientes. Pueden, por cierto, dilucidar algunos aspectos pero son insuficientes como teoría de la argumentación jurídica. Esta tiene que ocuparse de un objeto complejo al que sólo puede hacerse justicia si se abarca la pluralidad de sus aspectos.

Como ejemplos de teorías que procuran hacerlo pueden ser mencionadas las de Aarnio¹ y la de Peczenik.² En la teoría de Aarnio, el concepto wittgensteniano de forma de vida juega un papel decisivo; en la de Peczenik, el de *cultural progress*. Aquí han de ser presentadas algunas observaciones acerca de una teoría que se orienta hacia un tercer concepto: el de la razón práctica o racionalidad práctica. Mis consideraciones se limitan

* Publicado en Ernesto Garzón Valdés (comp.), *Derecho y Filosofía*, Fontamara, Col: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política; No. 18, México, 1992. Traducción de Ernesto Garzón Valdés.

¹ A. Aarnio, *On Legal Reasoning* Turku 1977; del mismo autor, *Legal Point of view. Six Essays on Legal Philosophy*, Helsinki 1978.

² A. Peczenik, "Non-Equivalent Transformations and the Law" en A. Peczenik y J. Uustialo (comps), *Reasoning on Legal Reasoning*, Vammala 1979, págs. 47 y ss.; del mismo autor, *Formalism, Rule-Scepticism and Juristic Operationalism*, conferencia pronunciada en el 9º Congreso mundial de filosofía del derecho y filosofía social, Basile 1979 (se publicará en las Actas de este congreso).

aquí a algunos aspectos de la estructura formal de esta teoría, que ha sido expuesta detalladamente en otro lugar.³

El recurso al concepto de la razón práctica o de la racionalidad práctica carece de valor mientras no se aclare qué es lo que ha de entenderse por este concepto. Una tal aclaración, al igual que una explicación del concepto de la argumentación jurídica racional, puede llevarse a cabo dentro del marco de una *teoría procesal*.⁴

Parto aquí del hecho de que la argumentación jurídica es un caso especial de la argumentación práctica en general.⁵ La discusión de la estructura y de los problemas de una teoría procesal de la argumentación jurídica, que se orienta hacia el concepto de la razón práctica, tiene que comenzar, por lo tanto, con la teoría de la argumentación práctica en general

El paradigma de una tal teoría es la teoría del discurso racional.⁶ De acuerdo con esta teoría, un enunciado normativo es correcto o -presuponiendo una teoría liberal de la verdad- verdadera⁷ cuando puede ser el resultado de un determinado procedimiento, es decir, el del discurso racional. La relación entre corrección y procedimientos es característica de todas las teorías procesales. Si *a* es el representante de una teoría

³ R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Francfort del Meno 1978 (Alexy 1978a). También se orienta por el concepto de la razón práctica la teoría de Neil MacCormick (*Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978).

La cuestión acerca de hasta qué punto las tesis aquí expuestas son conciliables o hasta coinciden con las de MacCormick quedará aquí abierta. Sin embargo, sin necesidad de llevar a cabo un detallado análisis comparativo, puede afirmarse que ambas teorías llegan a los mismos resultados en algunos puntos esenciales, tales como el que en la argumentación jurídica no siempre exactamente una es la respuesta correcta.

⁴ Para la evaluación histórica de estas teorías como así también con respecto a su conexión con los conceptos de justificación y legitimación, Cfr. J. Habermas, "Legitimationsprobleme in modernen Staat", en *Politische Vierteljahresschrift*, Sonderheft 7 (1976), págs. 39 y ss.

⁵ Alexy 1978a, pág. 32 y ss., 263 y ss.

⁶ Cfr. al respecto Alexy 1978a, págs. 221 y ss. en donde, sobre la base de una discusión de las teorías de Wittgenstein, Austin, Stevenson, Hare, Toulmin, Baier, Habermas, Lorenzen, Schwemmer y Peralman, se esboza una teoría general del discurso práctico racional.

⁷ Para una exposición de los argumentos sobre la capacidad de verdad de los enunciados normativos, cfr. A.R. White, *Truth*, Londres 1970.

procesal que ha de ser construida sobre el procedimiento *P*, a la pregunta acerca de si un enunciado normativo *N* es correcto responde diciendo:

D: Un enunciado normativo *N* es correcto si y sólo si puede ser el resultado de un procedimiento *P*.⁸

Dentro del marco de las teorías procesales hay muy diferentes formas de presentación de *P*. Las diferencias pueden clasificarse según que se refieran (i) a los individuos que participan en el procedimiento o (ii) a las exigencias que se imponen al procedimiento. De la manera como sea estructurado el procedimiento con respecto a los individuos y a las exigencias del mismo depende (iii) la peculiaridad del proceso de decisión.

(i) Con respecto a los *individuos*, hay que diferenciar de acuerdo con su número y tipo. *P* puede ser realizado por un solo individuo pero en *P*

⁸ *D* reproduce la forma de respuesta de un partidario del procedimiento *P*, cualquiera que sea la manera como este último sea determinado. Naturalmente, con la ayuda del término "*P*-correcto", puede formularse una versión neutral que no presuponga la aceptación y tampoco la negación de *P*. "*P*-correcto" significa "correcto en relación con el procedimiento *P*". La versión neutral de *D*, *D'*, reza entonces: "Un enunciado normativo *N* es *P*-correcto si y sólo si puede ser el resultado de un procedimiento *P*".

Podría uno considerar la posibilidad de utilizar en *D* y *D'*, en lugar de las expresiones "correcto" y "*P*-correcto" las expresiones "fundamentable" y "*P*-fundamentable". Esta es en gran medida una cuestión terminológica ya que "fundamentable" y "*P*-fundamentable" serían definidas en *D* y en *D'* de la misma manera que "correcto" y "*P*-correcto". Pero pueden resultar interesantes variantes de teorías procesales cuando una de las expresiones es utilizada en *D* o en *D'* y la otra es definida de manera diferente.

D sólo indica si *N puede* ser el resultado de *P*, pero no que *N es* este resultado. Pero esto es tan inocuo como necesario. Es inocuo porque *N*, en todos los casos en los que *N* es el resultado de *P*, también puede serlo. Que además el uso de "puede" en lugar de "es" es necesario, se muestra claramente en teorías que parten de un procedimiento que ha de ser realizado por individuos realmente existentes. Si se utilizara "es", quedaría bloqueado el camino para la introducción de una hipótesis sobre los resultados de un procedimiento de este tipo en el sentido de que *N* es un resultado posible de *P* y, por ello, correcto. Como "correctos" podrían ser designados sólo aquellos enunciados normativos que son el resultado de procedimientos de fundamentación efectivamente realizados.

Estas ideas, lo mismo que la versión presentada de *D* fueron sugeridos por una crítica del profesor Weinberger, a quien deseo expresar mi agradecimiento. Agradezco también las importantes indicaciones del Dr. Stuhlmann-Laeisz.

pueden participar también varios o todos los individuos de una clase que puede ser definida de manera más o menos amplia. Por lo que respecta al tipo de los individuos, puede partirse de individuos realmente existentes o de individuos contruidos o ideales. Un ejemplo de un procedimiento que se basa, primero, en un solo individuo y, segundo, en un individuo ideal, es la variante de la teoría del *ideal-observer*, propuesta por Firth.⁹ En cambio, la teoría del discurso está caracterizada por el hecho de que en *P* puede participar un número limitado de individuos en la situación en que realmente existen.

(ii) Las exigencias pueden ser formuladas como condiciones o como reglas. Hasta qué punto una formulación puede ser transformada en otra sin que con ello se afecte el resultado del procedimiento¹⁰ es una cuestión que quedará aquí abierta, al igual que la de saber si ya el tipo de formulación condiciona diferencias sistemáticamente relevantes. En todo caso, las diferencias más importantes resultan de la fuerza de las exigencias. Sobre esto habrá que volver más adelante.

(iii) De las características de los individuos y de las exigencias depende el que el *proceso de decisión* incluya o no la posibilidad de la modificación de las convicciones normativas de los individuos existentes al comienzo del procedimiento. Cuando tal no es el caso, puede decirse sobre la base de la decisión empírica y normativa en un determinado momento. Un modelo teórico de decisión de este tipo es el previsto por Rawls para la elección de los principios de la justicia que él caracteriza como "the only choice consistent with the full description of the original position",¹¹ que puede ser tomada desde el "standpoint of one person selected at random".¹² En cambio, la teoría del discurso como modelo teórico de argumentación, está

⁹ R. Firth, "Ethical Absolutism and the Ideal Observer", en *Philosophy and Phenomenological Research* 12 (1952), págs. 320 y ss.; cfr. además R.B. Brandt, *Ethical Theory*, Englewood Cliffs, N.J. 1959, págs. 173 y ss.

¹⁰ Dudoso es sólo si una tal reformulación neutral con respecto al resultado es posible en todos los casos. Qué en algunos casos es posible puede ser mostrado con la ayuda de ejemplos. Así, a una condición tal como la del desconocimiento de la propia situación corresponde una regla que dice que no hay que formular argumentos que uno no formularía si uno se encontrara en otra situación. Cabe señalar además, que en teorías que trabajan con individuos contruidos, también las características de los individuos pueden ser consideradas como exigencias.

¹¹ J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge Mass. 1971, pág. 121.

¹² Rawls, pág. 139.

caracterizada por el hecho de que las convicciones fácticas y normativas de los individuos pueden ser modificadas en virtud de los argumentos presentados en el curso del procedimiento. En lo que sigue, será considerada sólo esta variante de una teoría procesal.

II

Como no contiene ninguna determinación especial con respecto a los individuos, la teoría del discurso puede ser íntegramente formulada a través de reglas. Por razones de simplificación, es conveniente formular, a más de reglas, formas de argumentos.¹³ Técnicamente no existe ninguna dificultad en transformar las formas en reglas que permitan o prescriban la aplicación de argumentos de una determinada forma. Por ello, en lo que sigue, se hablará sólo de reglas.

Las reglas del discurso práctico son de tipo muy diferente. Sobrepararía el marco de este trabajo formularlas aquí. El sistema de reglas expuesto en otro lugar¹⁴ y al que aquí se hará referencia, incluye, para dar algunos ejemplos, reglas de la lógica, reglas acerca de los derechos de participación e intervención oral, sobre cargas de la argumentación, diversas variantes de la idea de la universalidad, reglas para el examen del surgimiento de convicciones normativas y formas de argumentos deductivos.

El modelo del discurso ofrece no sólo ventajas. La deficiencia más notable consiste en que el sistema de reglas no determina el resultado en una serie de casos. Esto puede aclararse con un ejemplo simple. Se trata de la respuesta a la cuestión práctica *C*: Tres individuos, *a*₁, *a*₂ y *a*₃, participan en el procedimiento que, en adelante, será caracterizado como *P*^o. *P*^o es definido por las reglas *R*₁, ..., *R*_{*n*}.¹⁵ Al comienzo del procedimien-

¹³ Con respecto a este concepto, cfr. Alexy 1978a, pág. 121.

¹⁴ Alexy 1978a, págs. 234 y ss.; del mismo autor: "Eine Theorie des praktischen Diskurses" en W. Delmüller (comp.) *Normenbergründung - Normendurchsetzung. Materialien zur Normendiskussion*, tomo 2, Paderbon, 1978, págs. 36 y ss. (Alexy 1978b).

¹⁵ Muchas polémicas sobre cuestiones prácticas se debe a diferentes suposiciones empíricas *R*^o₁, ..., *R*^o_{*n*} contienen por ello una referencia a las reglas de la argumen-

to, en el momento t_1 , a_1 , a_2 y a_3 proponen cada uno diferentes respuestas reciprocamente excluyentes a $C: N_1, N_2$ y N_3 . Como $F^p(i)$ comienza sobre la base de las convicciones fácticamente existentes, (ii) no todos los pasos de la argumentación están determinados y (iii) contiene reglas que pueden ser satisfechas sólo aproximadamente,¹⁶ en el momento t_2 son posibles las siguientes formas de coordinaciones simples entre N 's y a 's:¹⁷

- (1) $a_1/N_1, a_2/N_1, a_3/N_1$
- (2) $a_1/-N_1, a_2/-N_1, a_3/-N_1$
- (3) $a_1/N_1, a_2/N_1, a_3/N_k$

tación empírica $R^e_{1, \dots, n}$, R^e_o (cfr. la regla (6.1) en Alexy 1978a, pág. 255). No obstante su importancia, aquí no pudo entrar a considerar $R^e_{1, \dots, n}$, R^e_o . Como $R^p_{1, \dots, n}$, R^p_o remiten a ellas $R^e_{1, \dots, n}$, R^e_o serán consideradas como incluidas cuando se hable de $R^p_{1, \dots, n}$, R^p_o .

¹⁶ Cfr. Alexy 1978a, pág. 255 y ss.

¹⁷ Las tres formas de coordinación que reproduce esta tabla están caracterizadas por el hecho de que en ellas se trata, por una parte, de formas simples, y por otra, de formas puras. Las formas son simples porque las a 's están siempre coordinadas con una N negada o no negada. Son puras porque representan consenso positivo perfecto (1), consenso negativo perfecto (2) y disenso negativo perfecto (3). Se percibe de inmediato que en la tabla faltan tanto el disenso negativo perfecto, como así también los consensos positivos y negativos no perfectos (parciales) que son posibles como partes de coordinaciones positivas, negativas o mixtas. Tampoco es posible presentar mediante (1) - (3) que una a no es coordinada ni con una N_1 ni con $-N_1$ (ordinación neutral). La razón de la limitación introducida en el texto es que sobre la base de (1) - (3) las modalidades discursivas pueden ser suficientemente explicadas. Pero como su presentación completa requiere un tratamiento de estas formas, habrán de ser aquí brevemente consideradas.

Cuando se trata de dos N 's que se excluyen reciprocamente pero que no son contradictorias, las formas simples no bastan para presentar las relaciones lógicas entre todas las coordinaciones posibles y las modalidades discursivas. Así, por ejemplo, en el caso de $a_1/N_1, a_2/N_1, a_3/-N_1$ no se sabe si N_1 sólo es discursivamente posible o también necesaria, pues a_3 puede ser coordinada tanto con $-N_1$ como con N_1 y con $-N_1$. Por lo tanto, una presentación completa de la lógica de las coordinaciones sólo es posible dentro del marco de las coordinaciones compuestas. Bajo los presupuestos del caso del ejemplo, que deben ser precisados agregando que (a) en el punto t_2 tres a 's son coordinadas con tres N 's en donde (b) las N 's son mutuamente incompatibles pero ninguna N se encuentra en relación de contradicción con otra N y (c) que es posible que las a 's sean coordinadas con las N 's negadas, hay 64 coordinaciones completas compuestas consistentes, pues bajo los presupuestos (b) y (c), en n N 's y m a 's, son posibles $(n+1)^m$ ordenaciones compuestas completas y consistentes. Un ejemplo de una coordinación de este tipo, que corresponde a la forma (1) de la tabla, es (i) $a_1/N_1 - N_2 - N_3 - a_2/N_1 - N_2 - N_3 - a_3/-N_1 - N_2 - N_3$. Esto pone claramente de manifiesto que las coordinaciones compuestas no ofrecen

ninguna ventaja frente a las coordinaciones positivas simples. Tal es el caso sólo con respecto a coordinaciones simples negativas o mixtas. Así, tanto (ii) $a_1/-N_1, N_2 - N_3, a_2/-N_1 - N_2, N_3, a_3/-N_1 - N_2, N_3$ como también (iii) $a_1/-N_1 - N_2 - N_3, a_2/-N_1 - N_2, N_3, a_3/-N_1 - N_2, N_3$ son casos de (2). Coordinaciones compuestas de este tipo son completas porque en ellas no hay coordinaciones neutrales, es decir, no se da el caso de que para algunas a 's (por ejemplo, porque no saben estas a 's si deben prestar su aprobación a N_1 o a $-N_1$) no estén coordinadas positiva o negativamente con N que a su vez, esté coordinada positiva o negativamente con otras a 's. Un caso especial elemental de coordinaciones compuestas constituye la coordinación de sólo una N , en forma negada o no, en el cual en n a 's siempre hay 2ⁿ coordinaciones.

Las modalidades discursivas surgen siempre en forma definida de las coordinaciones positivas completas. Cuando por lo menos una a esté coordinada con N_1 y por lo menos una $a - N_1, N_1$ y $-N_1$ son discursivamente posibles. Cuando N_1 esté coordinada con todas las a 's N_1 es discursivamente necesaria. Cuando N_1 está coordinada con todas las a 's es discursivamente imposible.

Casos interesantes resultan de coordinaciones compuestas incompletas que se dan cuando algunas a 's no están coordinadas ni positiva, ni negativamente con una N que a su vez esté coordinada positiva o negativamente con otras a 's. Para tales casos, hay que modificar la definición que se ha dado de la posibilidad discursiva de la siguiente manera: N_i ($-N_i$) es discursivamente posible si N_i ($-N_i$) está coordinada por lo menos con una a . Cabe señalar que merece ser considerada la posibilidad de introducir los conceptos de necesidad e imposibilidad discursivas débiles. N_i podría ser definida como "discursivamente débilmente necesaria" cuando por lo menos una a está coordinada con N_i y ninguna a está coordinada con $-N_i$ y como "discursivamente débilmente imposible" cuando por lo menos a esté coordinada con $-N_i$ y por lo menos una a no esté coordinada ni con N_i ni con $-N_i$ y ninguna a está coordinada con N_i .

Sobre el trasfondo de estas precisiones, la tabla del texto es suficiente—aun cuando sólo reproduce un fragmento de las posibles coordinaciones— para la explicación de las modalidades discursivas. Cabe mencionar aún, que no sólo puede ser completada de la manera aquí expuesta, sino que también puede ser ampliada con relación a variaciones de a y variaciones de N .

en el caso (1), N_1 en relación a $R^p_{1, \dots, n}$ y $a_1 - a_3$ en el tiempo t_2 es *discursivamente necesario*. En el caso (2), N_1 es *discursivamente imposible*. En el caso (3) N_p , N_i y N_k (que no necesitan ser idénticos a N_p , N_2 y N_3) son *discursivamente posibles*. Lo importante es que el tiempo t_3 y en caso de que participen otros individuos, el cuadro puede ser diferente.

Las deficiencias y los problemas son pues obvios. El concepto "correcto", que fuera utilizado más arriba en D, es relativizado de múltiple manera: (i) el resultado de la discusión puede ser tanto un enunciado normativo (casos (1) y (2)) como así también consistir en diferentes enunciados (caso (3)). En este caso, todos los enunciados discursivamente posibles tienen que ser calificados como "correctos". (ii) El resultado depende de los participantes a_p, \dots, a_1 y (iii) de las reglas $R^p_{1, \dots, n}$. ¿Cómo pueden estas últimas ser justificadas como racionales? (iv) Además, el resultado en el tiempo t_3 pueden ser diferente al del tiempo t_2 . A estas debilidades se agrega un problema de tipo más básico: (v) En muchos, quizás en la mayoría, de los casos en los que uno desea saber si N es correcto, el procedimiento no puede ser realizado prácticamente. ¿Cómo se sabe cuáles con sus resultados?

Las dificultades aquí presentadas son considerables. Sin embargo, no hacen caer la teoría. Por el contrario, algunas de estas debilidades constituyen también su fuerza.

(i) El que puedan ser posibles discursivamente varios N 's es sólo una deficiencia si uno presupone que en cuestiones prácticas hay exactamente una respuesta correcta.¹⁸ Pero este supuesto debe ser puesto en duda. Lo importante es tener en cuenta que del hecho de que sean posibles respuestas diferentes no se infiere que todo sea posible.¹⁹ Un aporte

¹⁸ En el ámbito de la teoría de la argumentación jurídica, esta tesis es sostenida por Dworkin (R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Londres 1977, pág. 81; del mismo autor, "No Right Answer?" en P.M.S. Hacker/J. Raz (comps.), *Law Morality and Society, Essays in Honor of H.L.A. Hart*, Oxford 1977, págs. 58 y ss.). Una actitud crítica al respecto: A.D. Woolley, "No Right Answer" en *The Philosophical Quarterly* 29 (1979), págs. 25 y ss.; cfr. además, R. Alexy, "Zum Begriff des Rechtsprinzips" en *Rechtstheorie*, Beiheft 1 (1979), págs. 59 y ss.

¹⁹ El hecho de que con relación a P^p sean discursivamente posibles enunciados contradictorios N_i y $\neg N_i$, no tiene la fatal consecuencia de que P^p pueda inferirse todo. Y esto porque N_i y $\neg N_i$ en primer lugar, son sólo discursivamente posibles y segundo, porque están coordinados con diferentes individuos.

esencial del procedimiento consiste en la exclusión de posibilidades (caso (2)).

(ii) La relativización con respecto a los participantes no es sólo un inconveniente. Toda discusión tiene que tener un punto de partida. No puede comenzar en la nada. Este punto de partida consiste en las convicciones normativas de los participantes fácticamente existentes. La teoría del discurso no es nada más que un procedimiento para su tratamiento racional y aquí, cada convicción normativamente relevante es un candidato para una modificación basada en una argumentación racional.²⁰ En esta limitación a la estructuración racional de la argumentación reside una importante ventaja de la teoría del discurso. Una teoría que trata no sólo de estructurar racionalmente el proceso de argumentación y de decisión sino que también, al establecer, por ejemplo, determinadas premisas iniciales, trata de determinarlo racionalmente, está no sólo expuesta a objeciones en contra de las premisas iniciales elegidas por el respectivo teórico de la argumentación o de la decisión, que por lo general son más difíciles de responder que las objeciones en contra de las reglas del discurso, sino que además está expuesta a la objeción básica de que de esta manera el teórico penetra en un campo que, ya por el hecho de que sus convicciones normativas no son en general más correctas que las de los participantes, queda mejor librado a estos últimos, tanto más cuanto que en todo momento al teórico le queda abierta la posibilidad de actuar como participante. Si se quiere utilizar los conceptos clásicos de la relatividad y objetividad de las normas morales,²¹ puede decirse que el resultado del discurso no es ni sólo relativo ni sólo objetivo. Es relativo en la medida en

²⁰ Esto diferencia a la teoría aquí esbozada de la de Aarnio que, siguiendo la teoría de Wittgenstein sobre la forma de vida, considera que "the ultimate link in the chain of arguments for a value judgement is not within the reach of rational justification" (A. Aarnio, "linguistic Philosophy and legal Theory. Some Problems of Legal Argumentation" en *Rechtstheorie* Beiheft 1 (1979), pág. 37). Con respecto a la crítica de esta tesis, cfr. R. Alexy, "Aarnio, Perelman und Wittgenstein, Einige Bemerkungen zu Aulis Aarnios Begriff der Rationalität der juristischen Argumentation" en A. Peczenick y J. Usitalo (comps.) *Reasoning and Legal Reasoning*, 1979, págs. 121 y ss.

²¹ Cfr. al respecto G. Patzig, "Relativismus und Objektivität moralischer Normen" del mismo autor, *Ethik ohne Metaphysik*, Gotinga 1971, págs. 62 y ss. (hay traducción castellana de E. Garzón Valdés, *Ética sin metafísica*, Estudios Alemanes, Buenos Aires 1974).

que está condicionado por las peculiaridades de los participantes y es objetivo en la medida en que depende de las reglas. De esta manera, la teoría del discurso evita tanto las debilidades de las teorías morales relativistas como las de las teorías morales objetivistas.

(iii) El problema central de la teoría del discurso es la formulación y justificación del sistema de reglas. Por una parte, tiene que ser lo más fuerte posible y excluir lo más posible a fin de aumentar su significación de decisión. Por otra parte, debe ser lo más débil posible a fin de que pueda encontrar amplia aceptación. Sistemas que no poseen ningún contenido moral habrán de satisfacer la segunda, pero no la primera exigencia. Quien, por ejemplo, sólo exige el respeto de las reglas de la lógica, la verdad de las premisas empíricas utilizadas y que se tomen en cuenta las reglas de la funcionalidad, encontrará amplia aceptación como respecto a cada una de estas exigencias, pero su sistema, bajo el presupuesto de participantes con diferentes concepciones normativas, no excluye casi nada. Además, no logra agotar los múltiples aspectos del concepto de racionalidad.

Los valores opuestos de fuerte y débil pueden ser colocados en una relación óptima si, a más de una serie de otras exigencias, se recogen, sobre todo, las diferentes manifestaciones de la idea de universalidad como reglas del procedimiento en R^1, \dots, R^n . El sistema que de esta manera surge puede ser definido como "kantiano".²² Aquí se ha partido de la suposición de que estas reglas, al igual que las demás reglas del discurso, son fundamentables bajo el presupuesto de un concepto amplio de fundamentación.²³ La razón práctica puede ser definida como la facultad que, siguiendo este sistema de reglas, llega a intelecciones prácticas.

(iv) El que los resultados de P^p en el tiempo t_3 puedan ser diferentes a los del tiempo t_2 se debe a muchas razones. Una de ellas reside en el hecho

²² Cfr. al respecto Alexy 1978a pág. 153, como así también R. Dreier, "Zur Einheit der praktischen Philosophie Kants. Kants Rechtsphilosophie im Kontexto seiner Moralphilosophie" en *Perspektiven der Philosophie, Neues Jahrbuch* 5 (1979) págs. 5 y ss.

²³ Cfr. al respecto Alexy 1978a, págs. 225 y ss. en donde se distinguen cuatro formas de fundamentación: la técnica, la empírica, la definitiva y la universal-pragmática, que pueden ser utilizadas en el discurso teórico-discursivo, para la fundamentación de las reglas de discusión.

de que entre t_2 y t_3 pueden ser eliminadas muchas deficiencias que existían hasta t_2 . Ya por ello no puede hablarse de un inconveniente.

(v) Si uno quisiera saber si N es correcto y —como sucede en muchos casos, quizá en la mayoría de ellos— no es posible llevar a cabo en la realidad P^p , entonces, de acuerdo con la definición D , queda sólo la posibilidad de preguntarse si N puede ser el resultado de P^p . Para ello, quien se formula la pregunta debe realizar mentalmente el procedimiento. Las dificultades que en este caso surgen son considerables. Se requieren hipótesis sobre los argumentos y el comportamiento argumentativo de los virtuales participantes. El saber empírico para ello necesario es alcanzable sólo en medida limitada. Sin embargo, esto no hace que el criterio carezca de sentido. No es imposible imaginarse los argumentos de los otros y los intereses que ellos expresan. Con respecto a casi toda cuestión práctica se han expuesto ya argumentos. Ellos pueden ser tratados como argumentos de posibles participantes. Lo importante es que se conserve el carácter hipotético de los resultados de los procedimientos llevados a cabo mentalmente.²⁴ La inseguridad de este criterio no fundamenta ninguna objeción. En la medida en que no pueda ser presentado otro más seguro y convincente, es mejor contar con criterios inseguros a renunciar totalmente a ellos.

III

El que las debilidades de P^p en parte sean aceptables bajo el presupuesto de la falta de alternativas más aptas y en parte constituyan su fortaleza, dice todavía poco acerca de su valor práctico. Este lo obtiene P^p plenamente sólo en una teoría del Estado y del derecho. Una teoría tal es posible no sólo como una manifestación especial de la teoría del discurso sino que, además, por razones teóricas internas, su desarrollo es necesario.

Al amplio campo de lo discursivamente posible no puede corresponder un campo igualmente amplio de lo jurídicamente permitido. Si así no fuera ello significaría que los conflictos sociales podrían ser solucionados sobre

²⁴ Cfr. Alexy 1978b, pág. 53.

000034

la base de reglas contradictorias. Los límites de la determinación del resultado de P^p fundamentan así la necesidad de fijar precisiones en el ámbito de lo discursivamente posible a través de la legislación positiva. A esto se agrega el hecho de que aun cuando discursivamente sólo hubieran resultados necesarios o imposibles, sería también indispensable su transformación en normas jurídicas.²⁵ La aceptación de una regla por todos los participantes en el discurso no trae necesariamente como consecuencia su obediencia por parte de todos. En una serie de normas, cuando algunos no pueden cumplirlas sin más, no puede requerirse de nadie su cumplimiento.²⁶

Así pues, hablando en términos generales, la estructura de P^p fundamenta la necesidad del derecho. La necesidad del derecho fundada en P^p puede dividirse en la necesidad de otros tres procedimientos: (i) el de la creación estatal del derecho (P^d), (ii) el de la argumentación jurídica (P^a) y (iii) el del proceso judicial (P^j). En lo siguiente, se formularán algunas observaciones con respecto a P^d , P^a y P^j como así también acerca de las relaciones entre P^p , P^d , P^a y P^j .

(i) Existen procedimientos muy diferentes de la creación estatal del derecho (P^d). Aquí debe interesarnos sólo el hecho de que P^d , al igual que todo sistema de reglas, puede ser objeto de P^p .²⁷ Es más fácil ponerse de acuerdo sobre procedimientos para la creación de reglas que sobre reglas de contenido. Sin embargo, no puede suponerse que siempre exactamente un P^d es el resultado de P^p . Por lo tanto, con relación a P^p son siempre posibles discursivamente varios P^d . Y aquí es posible que una clase parcial de las reglas de P^d , R^d_1, \dots, R^d_q , sea discursivamente necesaria. El que un P^d sea discursivamente posible y cuál sea fácticamente válido, depende de

²⁵ Cfr. al respecto M. Kriele, *Recht und praktische Vernunft*, Gotinga 1979, págs. 47 y ss.

²⁶ Que la teoría del discurso conduce de esta manera a la teoría del Estado es interesante desde el punto de vista histórico, pues, como ha señalado Kriele, puede ser considerada como una reforma filosófico-moral de los teoremas "de la teoría clásica de la democracia que se basa en la idea de que mediante la discusión pública se puede alcanzar la razón y el progreso" (Kriele, pág. 30).

²⁷ Basta señalar que las diferencias de la teoría procesal pueden aplicarse sólo al procedimiento de la creación estatal del derecho, sino que por primera vez han sido formuladas ampliamente en la teoría del Estado; así, por ejemplo, la distinción entre la participación de todos, algunos o sólo uno.

hechos históricos. Pero esto, al igual que lo que en general sucede con las teorías procesales orientadas por el concepto de la razón práctica, es sólo un aspecto.

Al poder ser P^d objeto de P^p , puede P^d ser objeto tanto de la crítica racional como de la legitimación racional y, por lo tanto, objeto de modificación y de conservación racionales. P^d puede ser criticado tanto directamente tomando en cuenta las reglas que definen P^d como mediatamente, a través de las normas creables con la ayuda de estas reglas. Los argumentos presentados y las decisiones adoptadas dentro del marco de P^d pueden ser orientadas hacia P^p y evaluadas sobre la base de P^p .

(ii) No es posible ningún P^d que pueda facilitar a los sometidos al derecho y a quienes lo aplican, a más tardar en el momento en que surge una cuestión jurídica, normas a partir de las cuales, conjuntamente con las premisas empíricas pueda o bien inferirse lógicamente o, con la ayuda de las reglas del método jurídico, pueda fundamentarse inequívocamente lo que está ordenado jurídicamente en el caso particular. Esto fundamenta la necesidad de la teoría de la argumentación jurídica. Existen numerosos casos de los que, con relación al material autoritativo producido por P^d , son posibles varias decisiones jurídicas. La tarea de la argumentación jurídica consiste en cerrar esta laguna de racionalidad.

Una teoría de este tipo tiene, por lo menos, que satisfacer cuatro condiciones de adecuación. Tiene que satisfacer la exigencia de los juicios jurídicos (i) dentro del marco de las normas jurídicas vigentes, (ii) tomando en cuenta los precedentes judiciales y (iii) enmarcada en la dogmática elaborada por la ciencia del derecho practicada institucionalmente, (iv) ser fundamentable correcta o racionalmente.²⁸ Estas exigencias pueden ser tomadas en cuenta dentro del marco de un tercer modelo procesal, el del discurso jurídico racional (P^a).

Al igual que P^p , P^a puede renunciar a formular las exigencias acerca de las propiedades de los individuos. Ellas pueden ser captadas mediante un sistema de reglas y formas.²⁹ Características de P^a son las relaciones con P^p y con P^d . Mientras que la relación con P^d consiste en que los resultados de P^d son el punto de partida de P^a , la relación con P^p consiste en que dentro de P^a tienen que ser respondidas cuestiones que sólo pueden ser

²⁸ Cfr. al respecto Alexy 1978a, págs. 264 y ss.

²⁹ Para un sistema de este tipo, cfr. Alexy 1978a, págs. 273 y ss.

respondidas sobre la base del *procedimiento* P^p . Ya esto pone claramente de manifiesto que P^a es definido por dos clases de reglas y formas: por una parte por las reglas y formas específicas del discurso jurídico ($R^a_{1,...}$, R^a_m), que, dicho brevemente, expresan la sujeción a la ley, a los precedentes judiciales y a la dogmática y, por otra, por las reglas y formas del discurso práctico en general ($R^p_{1,...}$, R^p_n), sin las cuales no puede tomarse en cuenta la exigencia de que los juicios jurídicos tienen que ser racionalmente fundamentables dentro del marco del orden jurídico vigente. $R^p_{1,...}$, R^p_n rigen en el marco de $R^a_{1,...}$, R^a_m . Este es el sentido de la tesis del caso especial.³⁰ A esto se agrega el hecho de que numerosas R^a_1 son casos especiales de R^p_n .³¹ Con respecto a las ventajas e inconvenientes de P^a puede hacerse referencia expresa a lo ya dicho acerca de P^p .³² Aquí basta destacar sólo dos cosas. A causa de las limitaciones normadas por $R^a_{1,...}$, R^a_m , por ejemplo, debido a la vinculación con los resultados de P^d , P^a está caracterizado con respecto a P^p por los límites de la argumentación racional. Sin embargo, la teoría general del procedimiento racional práctico aquí esbozada y que vincula los distintos procedimientos particulares, pone claramente de manifiesto que estas limitaciones pueden actuar no sólo reduciendo sino aumentando la racionalidad.³³ Desde luego, por lo que respecta a P^a , este aumento de racionalidad no conduce hasta el punto de la seguridad del resultado. Como P^a es definido también haciendo referencia a $R^p_{1,...}$, R^p_n , P^a queda afectado también por el hecho de que con la relación a P^a son discursivamente posibles, y en este sentido correctos, varios resultados.

³⁰ Martin Kriele, yendo más allá de la tesis del caso especial, ha hablado de "la amplia identidad del discurso ético con el jurídico". Esta existiría bajo dos condiciones: "primero, que el derecho dado pretenda ser la ética condensada en el Estado constitucional democrático, y segundo, que también la crítica político-jurídica al derecho tenga que valer como elemento constitutivo del discurso jurídico" (Kriele, pág. 34). Esta tesis no puede ser entendida en un sentido estricto. Las distinciones entre P^p y P^a excluyen no sólo una identidad plena sino también una "identidad amplia". En cambio, en sentido amplio, esta tesis es correcta. Como se ha expuesto, P^a no es una complementación casual del P^p sino su desarrollo necesario a partir de razones internas a la teoría.

³¹ Cfr. al respecto Alexy 1978a, págs. 352 y ss.

³² Especial importancia tiene lo expuesto supra bajo (v) sobre P^p .

³³ Cfr.: Alexy 1978a, págs. 307 y ss.

(iii) Ya estas debilidades de P^a como criterio de la corrección hace necesario como cuarto procedimiento el del proceso judicial (P^j). El resultado de P^j depende, además de $R^p_{1,...}$, R^p_n y de $R^a_{1,...}$, R^a_m , de las reglas del proceso $R^j_{1,...}$, R^j_k . $R^j_{1,...}$, R^j_k están conformadas de una manera tal que al concluir P^j siempre hay sólo una posibilidad; en P^j al igual que en P^a , no sólo se argumenta sino que también se decide. Sin embargo, la necesidad de la decisión no significa ningún abandono de la razón. El que en un procedimiento como P^j se decida es razonable teniendo en cuenta las estructuras de P^p , P^d y P^a . Cuáles sean las reglas de $R^j_{1,...}$, R^j_k y cómo se decide en P^j puede fundamentarse racionalmente sólo haciendo referencia a P^p y P^a .

RONALD DWORIN

ESTUDIOS EN SU HOMENAJE

REVISTA
DE CIENCIAS
SOCIALES

PUBLICACION DE LA
FACULTAD
DE DERECHO Y
CIENCIAS SOCIALES

UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
(CHILE)



VALPARAISO

Nº 38
PRIMER Y SEGUNDO SEMESTRE
DE 1993

000037

REVISTA DE CIENCIAS SOCIALES

Representante legal: Profesor Italo Paolinelli Monti,
Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias
Sociales. Director: Profesor Agustín Squella Nar-
ducci. Director reemplazante: Profesor Edgardo Ló-
pez Pescio. Administrador: Arturo Salas Cáceres.
Dirección Postal: Casilla 211-V, Valparaíso, Chile.
La *Revista de Ciencias Sociales* es una publicación
de circulación interna.

000038

TRES ENFOQUES DE LOS PRINCIPIOS JURIDICOS

MANUEL ATENZA y JUAN RUIZ MANERO *

1. Introducción. Tipos de principios.

1.1. Diversos sentidos de 'principio jurídico'.

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 las que regulan un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales. Por ejemplo, el art. 1.091 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 una norma sea general es cuestión relativa y graduable: la anterior

* Profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante, España.

000039

norma —o principio— es más general que las que se aplican exclusivamente a los contratos de arrendamiento (por ejemplo, el art. 1.545: "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) 'Principios' 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 supuestos 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, 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).

000040

1.2. 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.

1.2.1. 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 acepción 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.

1.2.2. 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 y los principios en cuanto dirigidos a guiar el ejercicio de poderes normativos públicos (la creación o aplicación de normas) de los órganos jurídicos. Esta distinción es exhaustiva, pero no excluyente. Hay, sin duda, principios cuya virtualidad se limita a guiar el ejercicio de poderes normativos públicos, pero no principios que guíen sólo la conducta de los súbditos: todos los principios de los que puede predicarse que guían la conducta de los destinatarios de las normas jurídicas en general, guían también la conducta normativa de al menos los órganos de aplicación.

1.2.3. 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.

2. 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 tres enfoques característicos que suelen

000041

adoptarse en relación con las normas y que nosotros proyectaremos al problema que nos ocupa. Al primero de estos enfoques podría llamarse 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 segunda 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 tercera aproximación consiste en ver las normas no en términos de casos y soluciones o de razones para la acción y razonamiento práctico; sino en conexión con los intereses y relaciones de poder existentes en la sociedad. Por un lado, las normas jurídicas pueden verse como el resultado o el efecto de determinadas relaciones sociales; por otro lado, las normas jurídicas conforman relaciones entre sujetos atribuyendo poderes y protegiendo intereses de unos frente a otros; y, finalmente el poder que las normas jurídicas pone a disposición de ciertos individuos —o grupos— es utilizado por éstos para modificar —o, en general, para incidir en— las propias relaciones sociales. Este tercer tipo de enfoque en relación con las normas —más bien ligado a la sociología del Derecho o a la crítica ideológica del Derecho— está en general ausente de las principales direcciones de la teoría del Derecho contemporánea lo que, en nuestra opinión, supone una limitación importante de la misma. Como luego trataremos de mostrar, tomar en consideración también esta tercera perspectiva contribuye de una manera fundamental a aclarar el lugar de los principios en la vida del Derecho. 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 cuál sea la perspectiva escogida para considerar las normas.

2.1. 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 en o haga referencia al ejercicio de un poder normativo público, 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.

2.1.1. 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 (o más cerrada). Con ello queremos decir que mientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y 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

000042

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 esa 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 alcancen un grado extremo que no permitan que se hable ya de *determinación* de las condiciones de aplicación y/o 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.

2.1.2. 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 tendientes 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...').

2.2. 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 el contexto del sistema secundario, esto es, 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'), esto es, aquellos órganos a quienes el propio Derecho confiere el *poder normativo* para resolver *autoritativamente* las disputas y les impone el deber de hacerlo *jurídicamente* (funda-

mentando sus resoluciones en las pautas identificadas como jurídicas). Nos olvidamos también por el momento de la distinción entre principios en sentido estricto y directrices.

2.2.1. Pues bien, en este contexto, la distinción —y las relaciones— entre reglas, principios explícitos y principios implícitos aparece 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.

2.2.1.1. Tomando como punto de partida una conocida caracterización del último Hart (1982), cabe considerar a las *reglas jurídicas* de mandato⁽¹⁾ 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 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

1. Las reglas permisivas quedan fuera de la cuestión porque no pueden constituir razones operativas.

condición suficiente para que los órganos jurisdiccionales deban considerarlas como razones perentorias.

2.2.1.2. 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.

2.2.1.3. 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 Díez 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 cómo operan en él; y que los principios implícitos, en fin, no son autorita-

tivos 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.

2.2.2. 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.

2.2.3. 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 funcionan como 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.

000045

2.3. Principios, reglas, poder e intereses.

Para aclarar cómo el concepto de principios jurídicos puede recibir una luz importante a partir de los de poder e interés, quizás convenga empezar por enfrentarse con estas dos últimas nociones, que no dejan de ser problemáticas.

2.3.1. El concepto de 'poder' puede ser considerado con buenas razones como ejemplo paradigmático de concepto "esencialmente contestado". Cabe decir, sin embargo —como lo ha mostrado Stevens Lukes, utilizando una distinción paralela a la introducida por Rawls entre concepto y concepciones de la justicia—, que lo que resulta contestado no es tanto el concepto como las diversas concepciones o enfoques del poder. Así, es posible formular un concepto de poder que subyace a todas o, por lo menos, a la mayoría de las concepciones del poder que se suelen manejar en las ciencias sociales. De acuerdo con Lukes, este concepto subyacente a las diversas concepciones sobre el poder podría definirse así: "A ejerce poder sobre B cuando A afecta a B en sentido contrario a los intereses de B" (Lukes, 1985, p. 29).

Ahora bien, este concepto resulta todavía, para nuestros efectos, excesivamente estrecho, y por dos razones, en primer lugar, porque no nos interesa sólo el *ejercicio del poder*, sino también el *tener poder* en cuanto tal; en segundo lugar, porque nos interesa una noción de poder que no deje fuera los supuestos en que no se afecta *negativamente* los intereses de otros. Para evitar estos inconvenientes, nuestra definición de poder será ésta: "A tiene poder sobre B cuando A tiene la capacidad de afectar a los intereses de B". Esta definición —si se quiere, este concepto de poder— puede interpretarse de diversas maneras, puede dar lugar a diversas concepciones del poder. De todas ellas, la más general —y es la que adoptamos aquí— se caracteriza por entender: 1) que A y B pueden ser tanto individuos como grupos: clases sociales, grupos de presión, etc.; 2) que para "tener capacidad" basta, por un lado, con que B crea que A la tiene aunque de hecho no sea así y, por otro lado, A puede tener capacidad aunque no lo sepa o no sea consciente de ella; 3) que la capacidad de A para afectar a los intereses de B puede ser en sentido negativo (esto es, poder para afectar los in-

tereses de B en sentido contrario a los intereses de este último) o en sentido positivo (el poder ejercido en beneficio de otro —por ejemplo, el poder del padre sobre el hijo cuando se ejerce correctamente— también es poder); 4) que puede tratarse tanto de intereses subjetivos como de intereses reales u objetivos de B. Por estos últimos entendemos aquellos intereses de los que B no es consciente, pero que es razonable suponer que percibiría como sus intereses, sobre la base de lo que el propio B considera como sus intereses últimos, si dispusiera de la información relevante acerca de las conexiones causales pertinentes (?). En definitiva, lo que queda es una noción de poder amplísima pero que conecta de manera esencial a esta noción con la de interés: el poder es un tipo de relación en que los sujetos que participan en ella están en una situación de desigualdad en cuanto que unos pueden afectar los intereses de los otros.

2.3.2. Ahora bien, las normas jurídicas, en general, están conectadas de diversas maneras con los intereses y, por tanto, con el poder. Como antes se ha dicho, por un lado son el resultado de intereses y de relaciones de poder; por otro lado, configuran jurídicamente relaciones de poder; y, finalmente, el ejercicio de esos poderes produce como efecto determinadas alteraciones en las relaciones de poder existentes en la sociedad. Ahora nos interesa la segunda de estas conexiones entre las normas y el poder; lo que se trata de resaltar aquí es que, en relación con las normas jurídicas, el poder no aparece únicamente en el momento de su establecimiento o de su aplicación, sino que ellas mismas configuran una estructura de poder; esto es, otorgan a ciertos individuos o grupos la capacidad de afectar a los intereses de otros individuos o grupos.

2. Como puede verse, usamos la expresión 'intereses objetivos' en lo que podríamos llamar un sentido mínimo: para referirnos no a algo en lo que un agente debiera, sin más, estar interesado, sino a algo en lo que, aún no estando interesado, debiera estarlo a la luz de sus intereses subjetivos últimos. Para una crítica de otros conceptos más fuertes de la noción de 'intereses objetivos', cfr. Bayón, 1991, pp. 114 y ss. En general, en la noción de "interés" y, más tarde, en la de "valor" seguimos de manera un tanto libre, a Bayón, op. cit.

000046

Una justificación mínima de la existencia del ordenamiento jurídico como tal reside en el dato de que los individuos y grupos son portadores de intereses cuya articulación recíproca no parece posible dejarla a la espontaneidad de la vida social. O, dicho de otra manera, si no existieran normas jurídicas, la vida social sería imposible o, cuando menos, sumamente costosa. Ahora bien, esta función de articulación —de normativización— de intereses puede llevarse a cabo de diversas formas.

2.3.2.1. Una de ellas consiste en hacerlo por medio de disposiciones jurídicas que posibiliten a sus destinatarios desarrollar su plan de vida sin necesidad de ponderar en cada ocasión de qué manera su acción podría afectar a los intereses de otros sujetos sociales. Esta forma de proceder es típica de las normas jurídicas a las que hemos llamado "reglas", especialmente de las reglas pertenecientes a lo que, siguiendo a Alchourrón y Bulygin, hemos llamado el "sistema del súbdito" (y que por otra parte integran, de acuerdo con el "sistema del juez", el criterio sobre cuya base éste ha de valorar la conducta de los "súbditos"). Tales reglas consiguen evitar la necesidad de ponderación en cada ocasión mediante tres mecanismos: en primer lugar, imponiendo restricciones recíprocas a la persecución por cada cual de sus propios intereses (las reglas que imponen deberes positivos o negativos); en segundo lugar, garantizando, en la persecución por parte de cada uno de sus propios intereses, una esfera de no interferencia por parte de otros sujetos sociales (las reglas permisivas); en tercer lugar, posibilitando que los individuos alteren y enriquezcan, dentro de ciertos límites, el anterior entramado normativo (las reglas que confieren poderes normativos privados).

2.3.2.2. Sin embargo, esa forma de operar es insuficiente cuando se entiende que el Derecho —las normas— no tiene como función única la de delimitar el terreno dentro del cual cada uno puede perseguir sus propios intereses, sino también el de promover activamente determinados intereses sociales. Para conseguir este propósito, no resultan ya suficientes las reglas, sino que deben establecerse directrices o normas de fin (las reglas serían "normas condicionales" en la terminología de Luhmann), cuyo tratamiento de los intereses es característicamente diferente. Pero la diferencia no consiste en que este último tipo de normas no presuponga como el otro

la existencia de conflicto de intereses (las directrices no son normas técnicas que presupongan una unidad de fines, de manera que el único problema a plantear sea el de cuáles son los medios adecuados para alcanzar ese fin). La diferencia estriba más bien en que las directrices no delimitan *ex ante* la articulación de los intereses o conflicto —o de las finalidades al menos relativamente incompatibles— sino que exigen en cada caso una ponderación de esos intereses que desemboque en una determinación del peso relativo de cada uno de ellos. Las directrices —cabría decir— no determinan los espacios de poder de una vez por todas y haciendo abstracción de los intereses realmente en presencia en cada caso —como sucede con las reglas—, sino que hacen depender dicha determinación de circunstancias variables y no determinables a priori, esto es, no contenidas en las normas.

Finalmente, los ordenamientos jurídicos imponen restricciones a la persecución de intereses por parte de los diversos sujetos sociales mediante la asunción de valores que se consideran como *razones categóricas frente a cualesquiera intereses*. De ahí que —como se ha dicho— las normas que recogen tales valores —los principios en sentido estricto— prevalezcan frente a las directrices y jueguen un papel predominantemente negativo: los principios en sentido estricto no tratan de ordenar la concurrencia de intereses ni de promover unos u otros intereses sociales, sino de evitar que la persecución de cualesquiera intereses pueda dañar a dichos valores. El que dichos valores se consideren como razones categóricas frente a cualesquiera intereses no excluye, obviamente, la posibilidad de conflicto entre ellos. Los ordenamientos jurídicos liberal-democráticos, al menos, recogen una pluralidad de valores cuya jerarquía interna no siempre se encuentra predeterminada por el ordenamiento mismo. De ahí la posibilidad de que se produzcan conflictos que sólo cabe resolver tras una ponderación de la que resulte cuál es el valor que tiene un mayor peso, dadas todas las circunstancias del caso. En este aspecto, los principios en sentido estricto se asemejan a las directrices.

2.3.3. Lo que se acaba de exponer nos parece que sirve para establecer —desde esta tercera perspectiva acerca de las normas— en qué consiste la diferencia entre reglas y principios y entre los dos

tipos de principios distinguidos al comienzo: las directrices y los principios en sentido estricto. Lo que ahora cabe plantearse es si este tipo de análisis puede proseguirse en relación con las otras distinciones antes efectuadas a propósito de los principios jurídicos.

2.3.3.1. Por lo que se refiere a la distinción entre principios explícitos e implícitos, quizá la cuestión que tenga un mayor interés considerar desde esta perspectiva es si los principios implícitos (no importa ahora si se trata de directrices o de principios en sentido estricto) están conectados con la prevalencia encubierta en el ordenamiento de determinados intereses o con la incorporación también encubierta al mismo de determinadas relaciones de poder (y sin que importe ahora si quienes dictan o aceptan las normas son o no conscientes de ello). En nuestra opinión, la conexión se da en ocasiones, pero no siempre. O, dicho de otra manera, el que los principios de un sistema jurídico no aparezcan siempre claramente explicitados se debe, en parte, a razones técnicas que tienen que ver con la propia naturaleza de los principios: por un lado, la dinámica social hace que surjan constantemente nuevos objetivos o finalidades que no podían preverse por los órganos de producción normativa; por otro lado, los principios dependen de las reglas y son, al mismo tiempo, fuertemente interdependientes entre sí; de manera que la modificación de las reglas o principios explícitos genera constantemente nuevos principios implícitos; finalmente, al menos algunos de los que hemos llamado principios en sentido estricto descansan en lo que cabe llamar "formas de vida" de una sociedad que, como se sabe, no son fáciles de caracterizar en todos sus contornos. Pero, por otro lado, el poner de manifiesto —desvelar— cuáles son los principios implícitos de un ordenamiento jurídico constituye, en nuestra opinión, uno de los núcleos de un análisis ideológico del Derecho; el otro consiste en mostrar el carácter contradictorio —o potencialmente contradictorio— del conjunto de principios que integran un ordenamiento jurídico moderno.

2.3.3.2. En relación con la distinción entre principios en el contexto del sistema primario y principios en el contexto del sistema secundario, lo que quizá valga más la pena destacar, desde la perspectiva desde la que estamos contemplando ahora las normas, es que, dadas las peculiaridades de los principios frente a las reglas,

aquellos otorgan a los órganos de aplicación del Derecho un poder (una capacidad de afectar —positiva y negativamente— los intereses de los súbditos) muy superior al de las reglas. Por eso, la importancia creciente de los principios en los ordenamientos jurídicos —como se ha observado muchas veces— corre paralela a la progresiva judicialización del Derecho.

3. Dimensiones explicativa, justificatoria y legitimadora de los principios.

El último punto a tratar aquí consistirá en mostrar cuáles son las funciones más importantes que los principios cumplen en el Derecho. El punto de partida en este caso será la distinción entre la dimensión de explicación, de justificación y de legitimación y control del poder que realizan los principios. Cada una de esas tres funciones —como en seguida veremos— se conecta, de una manera muy especial, con uno de los tres enfoques posibles sobre las normas jurídicas que venimos distinguiendo: el análisis estructural lleva a destacar, sobre todo, la función de explicación y de sistematización del Derecho; la consideración de las normas como razones para la acción lleva a considerar cómo operan éstas en cuanto esquemas de justificación del razonamiento jurídico; y la contemplación de las normas en relación con los intereses y con el poder lleva finalmente a plantearse el problema del uso, de la legitimación y del control jurídico del poder.

3.1. 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 explicati-

000048

va 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 igualmente obvios, aunque no siempre se haya entendido así), a saber: en cuanto que su punto de vista es normativo (el punto de vista de la dogmática no es el punto de vista externo en relación con las normas) y, en cuanto que 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.

3.2. 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.

3.2.1. El razonamiento jurídico, en cuanto tipo especial de razonamiento práctico, es, por supuesto, una actividad compleja que puede envolver elementos de muy diverso género. Cifrándonos 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. Pues si una regla es aceptada y ella es aplicable al caso que nos ocupa entonces se evita tener que entrar en un proceso de ponderación de razones en pro y en contra de una determinada decisión; 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 ac-

000049

ción 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'.

3.2.2. 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.

3.2.2.1. En primer lugar, parece que tiene que haber una diferencia entre principios primarios y secundarios, 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 trate 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 cómo 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 juris-

000050

dicionales 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 abando-

no de la deliberación y la adopción como base de la resolución de una razón perentoria.

3.2.2.2. 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 contrastamos las razones de corrección a las razones de carácter instrumental o estratégico. Ahora podemos añadir nuestro acuerdo con la afirmación de Summers de que las *rightness reasons* y las *goal reasons* constituyen los principales tipos de razones substantivas (que se contraponen a las razones autoritativas), las cuales, a su vez, vienen a ser el núcleo de la argumentación jurídica en los casos difíciles.

3.2.2.3. 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 adscribirseles 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. Pero ello queda ya fuera de los límites de este trabajo.

3.3. Principios, control y legitimación del poder.

El problema que debemos plantearnos ahora —el de cómo inciden los principios jurídicos en el uso, la legitimación y el control del poder— viene a ser uno de los aspectos del problema más

000051

general de las funciones sociales del Derecho. Obviamente, los principios están conectados con la realización de todas las funciones sociales desempeñadas por el Derecho, pero aquí nos interesa sólo la que tiene que ver con la utilización del poder para realizar ciertos objetivos sociales (para configurar las condiciones de vida de la sociedad) y con su legitimación y control; en cierto modo, una y otra vienen a ser caras distintas de una misma realidad.

La primera de estas funciones —o, si se quiere, el lado positivo de esta función compleja— se conecta con la nueva realidad del Estado contemporáneo —del Estado del bienestar— que genera un Derecho que no se conforma ya con desempeñar las clásicas funciones de represión y de garantía, sino que pretende operar también como una técnica de ingeniería social. La importancia creciente que se atribuye a las directrices en todos los ordenamientos jurídicos de las sociedades desarrolladas refleja, precisamente, este hecho.

Ahora bien, junto con esta tendencia a acrecentar —por así decirlo— el poder del Derecho en la sociedad, aumenta también la demanda de que ese poder esté limitado por criterios morales que los ordenamientos jurídicos tienden a incorporar bajo la forma de derechos humanos o derechos fundamentales. Por eso, los principios jurídicos —en este caso, sobre todo, los principios jurídicos en sentido estricto— encuentran una formulación, cada vez más explícita, en las declaraciones de derechos recogidas en las Constituciones. Naturalmente, la necesidad de legitimar y controlar el poder no es una cosa nueva. Pero lo que quizás sea nuevo es la manera de obtenerlo. Como ha escrito Aulis Aarnio, "en las culturas jurídicas occidentales, la fe en las autoridades ha experimentado una fuerte merma en comparación con las décadas anteriores", lo que ha venido a traducirse en un refuerzo de la exigencia de justificación de sus decisiones. El eje de la consideración como legítimo del ejercicio de los poderes públicos reside hoy en que éstos sean capaces de perseguir —y de lograr— objetivos sociales sin vulnerar los derechos fundamentales de los individuos. El logro de este difícil equilibrio —que viene a ser el principio regulativo del jurista contemporáneo— dependerá, en buena medida, de que se desarrolle una teoría y una práctica adecuadas de los principios jurídicos.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

AARNIO, Aulis: *Lo racional como razonable*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

ALCHOURRON, 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.

BAYON MOHINO, Juan Carlos: *La normatividad del Derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

CARRIO, Genaro R.: "Principios jurídicos y positivismo jurídicos", en *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986 (3ª edición).

DIEZ-PICAZO, Luis, y GULLON, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 1989.

DWORKIN, Ronald: *Taking Rights Seriously*, Duckworth, Londres, 1978.

DWORKIN, Ronald: *Law's Empire*, Fontana Press, Londres, 1986.

GUASTINI, Riccardo: "Principi di 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.

000052

LÜHMANN, Niklas: *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad. de Ignacio de Otto, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

LUKES, Steven: *El poder. Un enfoque radical*, trad. de Jorge Deike. Siglo XXI, Madrid, 1985.

RAZ, Joseph: *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y moral*, trad. de Ronaldo Tamayo, UNAM, México, 1982.

RAZ, Joseph: *Razón práctica y normas*, trad. de Juan Ruiz Manero, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

SUMMERS, Robert: "Two Types of Substantive Reasons", en *Cornell Law Review*, Nº 63, 1978.

000053

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

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

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

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

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

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

Por Eduardo Barbarosch

Introducción

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

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

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

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

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

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

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

Derecho natural, positivismo excluyente e incluyente.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸ Cfr., ob. cit., p. 69

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

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

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

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

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

¹¹ *Ibid.* p. 199.

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

Contenidos del positivismo excluyente.

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

¹² Ibid, p. 200.

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

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

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

Contenidos del positivismo incluyente.

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

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

¹⁵ *ib.*, cit, p. 65.

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

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

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

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

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

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

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

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

La versión moderna del derecho natural.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Una crítica al positivismo jurídico incluyente.

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

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

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

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

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

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

De ahí que sea correcto lo que sostiene Bayón con toda agudeza: "... Vistas así las cosas, se ha señalado que cualquier forma genuina de positivismo incluyente se enfrenta con un dilema. Para decir que esas normas que formarían parte del derecho en virtud de su contenido son realmente derecho preexistente (y que el recurso a las mismas no representa por tanto el mero ejercicio de discrecionalidad por parte del aplicador), han de poseer alguna clase de objetividad: pero entonces, o

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

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

se afirma que son objetivas porque su existencia es convencional [...] o se debe aceptar alguna clase de objetivismo moral"³⁰.

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

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

³⁰ *Ibid.*, p. 73

D O X A

CUADERNOS DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO

<http://cervantesvirtual.com/portal/doxa>

000064

Seminario de Filosofía
del Derecho de la
Universidad de
Alicante

Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alicante

Reservados todos los derechos

© Departamento de Filosofía del Derecho
Universidad de Alicante

I. S. S. N.: 0214-8676
Depósito legal: M-27661-1989

Preimpresión e impresión:  Espagráfica San Juan de Alicante

Impreso en España

Printed in Spain

000065

Alicante, 2004

REGLAS Y RAZONES SUBYACENTES¹

Hernán Bouvier
CONICET, Argentina

RESUMEN. No es cierto que siempre tras el dictado de una norma existan razones subyacentes. No parece obvio que las normas emanadas de la legislatura posean siempre esa carga de racionalidad que le pretenden atribuir enfoques como el de Frederick Schauer ó el de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. Su problema está en que han confundido la noción de razón necesaria para interpretar un lenguaje (razón conceptual) con la idea de razón práctica (razón evaluativa). Afirman que los valores sustanciales de tipo moral son precompromisos epistemológicos para comenzar a interpretar el lenguaje jurídico; no obstante que la atribución de razones *evaluativas* no es ni *lógicamente* necesaria en el comienzo de una interpretación, ni *empíricamente* necesaria al final de la investigación lingüística. Esta mala interpretación de nociones fundamentales de la teoría del lenguaje no hace posible describir el derecho tal y como realmente se desarrolla en los procesos de decisión colectiva, además de que juega un rol ideológico en la medida que les atribuye una propiedad de racionalidad de la cual ellos carecen.

ABSTRACT. It is not true that there are always underlying reasons behind the issue of a norm. It is not necessarily clear that norms derived from the legislature always possess the load of rationality which approaches such as those of Frederick Schauer or Manuel Atienza and Juan Ruiz Manero seek to attribute to them. Their problem lies in the fact that they have mistaken the notion of reason necessary to interpret a language (conceptual reason) for the idea of practical reason (evaluative reason). They hold that substantial values of a moral type are epistemological pre-commitments used in order to start interpreting legal language. Nevertheless, the attribution of evaluative reasons is neither logically necessary when beginning an interpretation nor empirically necessary at the end of the linguistic research. This misinterpretation of fundamental notions in the theory of language makes it impossible to describe law as it is really carried out in processes of collective decisions. Moreover, it plays an ideological role in as far as it attributes to them a property of rationality which they lack.

¹ El presente trabajo es una versión revisada de "RAZONES, REGLAS E INTERPRETACIÓN. El regreso del legislador racional en el ámbito de la filosofía del derecho" a publicarse en la revista *Ideas y Derecho*, de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho (Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2005). Agradezco a la Asociación y en especial al Profesor Ricardo Guibourg por permitirme publicar algunas de las ideas de ese artículo en la presente publicación.

I. Introducción

En las discusiones contemporáneas de teoría del derecho resulta un lugar común dar cuenta del derecho y las reglas jurídicas en términos de razones. Un subgrupo de teóricos del derecho considera que la noción de razón, por un lado, otorga una dimensión explicativa sobre el fenómeno práctico del derecho y que, por el otro, esa noción posee primacía conceptual. Se explican las reglas a través de las razones y no a la inversa. Entender las reglas jurídicas en función de las razones que les subyacen (o en función de las razones que aquéllas desplazan) ha sido asumido —en este subgrupo de teóricos— como una categoría central a partir de la cual dar cuenta de diferentes fenómenos centrales del derecho como el de la autoridad o de la interpretación de las normas jurídicas. El alcance y rendimiento de la categoría de razón, sin embargo, no siempre ha sido utilizada de forma consecuente. Es posible sostener que algunos teóricos han extraído conclusiones injustificadas con respecto a la forma en que ella debe utilizarse. La adopción de la idea de razón como central en la empresa teórica ha llevado a suponer que todo derecho y toda regla no puede ser entendida sin la noción de razón. En este sentido, el derecho y las reglas jurídicas serían para todo caso una función de un grupo de razones que o bien hay que presuponer o bien hay que encontrar. Cualquiera sea el caso —se sostiene— no es posible dar cuenta del fenómeno práctico del derecho y de las reglas jurídicas sin la noción de razón. En este trabajo se tratará de mostrar que un subgrupo de quienes sostienen o bien la necesidad de presuponer razones, o bien la necesidad de encontrar razones, han incurrido en un *non-sequitur* con respecto a los puntos teóricos de partida. Este salto en el razonamiento será llamado aquí *non-sequitur interpretativo*. Asimismo se sostendrá que ello ha determinado en un sentido importante la revitalización de una antigua presuposición contraria al espíritu del iuspositivismo clásico: la idea del legislador racional. Se tratará de mostrar que quienes han dado este salto injustificado han confundido la noción de razón necesaria para interpretar un lenguaje (que aquí se llamará *razón conceptual*), con la idea de razón práctica (que aquí se llamará *razón evaluativa*). Se sostendrá principalmente que esta confusión:

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

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

Por último se tratará de señalar que la *ideología* del legislador racional pone en riesgo precisamente la posibilidad de detectar y denunciar el paso de premisas descriptivas a prescriptivas (del ser al deber ser). La subestimación o el olvido de la *guillotina* de Hume no sólo impide la actividad teórica de quienes (como en el caso de los iuspositivistas exclusivos, o iuspositivistas a secas) consideran como un *valor* la posibilidad de describir fenómenos sociales, sino también de quienes creen (como en el caso de los filósofos críticos del derecho) que lo importante es contar con herramientas a partir de las cuales detectar cuándo se encubren ciertas prácticas de poder bajo el eufemismo de la *racionalidad*.

Se sostendrá en definitiva:

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

II. La idea de razón subyacente en Frederick Schauer

Una de las utilizaciones más refinadas de la noción de razón en el terreno del derecho es la presentada por Frederick Schauer². Según este autor, toda

² F. Schauer, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life* (Oxford: Clarendon Press, 1991). Recientemente traducida al español con estudio preliminar de Claudia Orunesu y Jorge L. Rodríguez con el título *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basadas en reglas en el derecho y la vida cotidiana* (Madrid: Marcial Pons, 2004).

000067

regla posee un conjunto de razones subyacentes que tarde o temprano (y esto dependerá de qué modelo de *decisión* se adopte) generará el efecto de *sobre* e *infrainclusión* con respecto a las consecuencias elegidas como relevantes por la regla. Así, una regla de tránsito que prohíbe superar los 60 km. por hora y que posee como razón subyacente la protección de la integridad de los transeúntes y ciudadanos en general, será *sobreincluyente* en el caso de una ambulancia que necesita transportar a un herido imprimiendo a la ambulancia una velocidad mayor a los 60 km., y será *infraincluyente* en el caso de aquéllos que manejan bajo esa velocidad pero poseen, p.ej., propensión a sufrir ataques epilépticos o desmayos en estaciones de elevada temperatura. La *pretensión* de la regla (sus razones subyacentes) perseguía, de una forma u otra, evitar accidentes y maximizar la integridad física en el tráfico. Claramente esa justificación subyacente no se satisface ni en el caso de la ambulancia (la regla incluye algo que de acuerdo a la justificación subyacente *debería* no ser comprendido por ella, de ahí la *sobreinclusión*), ni en el caso de quien sufre desvanecimientos repentinos (la regla no incluye un caso que de acuerdo a la máxima "maximicemos la seguridad en las calles" *debería* estar incluido, de ahí la *infrainclusión*).

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

La posibilidad de evitar la tensión potencial o actual que se suscita entre razones subyacentes y consecuencias previstas por una regla no dependerá, en todo caso, de la existencia o no de razones subyacentes (ya que ellas siempre están presentes) sino de la actitud que se decida adoptar frente a esta tensión. Básicamente puede optarse por: i) un modelo opaco de las reglas con respecto a sus razones subyacentes (modelo *atrincherado* de las reglas o *basado en reglas*), ii) un modelo permeable o transparente con respecto a las razones subyacentes (modelo no atrincherado o *particularista*). Lo que no elimina en ningún caso esta presentación es la existencia para todo caso de dichas razones subyacentes. En todo caso el aplicador puede tomar las reglas *como* si fueran opacas con respecto a las razones subyacentes. La elección por uno u otro modelo, por tanto, no es impuesto por la *ausencia* de razones subyacentes (lo cual impondría tomar sólo las reglas y sus consecuencias con independencia de toda otra consideración) sino por la postura o decisión que se tome con respecto a qué modelo sería más conveniente adoptar en un Estado de Derecho³. Es decir, dado que se generará una ten-

³ Esto, a su vez, pone la discusión en términos de dos opciones: aquélla que sostiene que hay buenas razones para tener en cuenta las razones subyacentes versus aquélla que sostiene

sión entre tomar un modelo basado en reglas o uno particularista, habrá que sopesar las razones que cada modelo aduce en su favor⁴.

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

- i) la *ventaja* consiste en que el legislador elige un preciso estado de cosas (no viajar a más de 60 km. por hora) que concuerda (pero no se superpone completamente) con las razones subyacentes, e impide que se reabra (al nivel de aplicación del derecho) el balance de razones sobre los estados de cosas que maximizarían la satisfacción de las razones subyacentes. En este sentido, se clausura la posibilidad de decisión discrecional del juez y se impide que un órgano no elegido democráticamente decida sobre cuestiones privativas del Poder Legislativo⁵. Las ventajas *políticas*, en este sentido, consisten en que, en primer lugar, se evita la delegación de poder legislativo clausurando la reapertura del balance de razones por parte del juez; en segundo lugar, se refuerza el ideal de *certeza* o *seguridad jurídica*. Mediante reglas claras y precisas se favorece que el ciudadano conozca de antemano en forma exhaustiva cuál es el estado de cosas que debería evitar o al cual debe ajustar su conducta.
- ii) la *desventaja* consiste precisamente en el fenómeno de la *sobre* e *infrainclusión*. Siempre podrán suscitarse casos extravagantes en que resulte costoso adoptar un sistema de reglas atrincherado. En el caso de la *sobreinclusión* porque se estima que existe un estado de cosas

que hay buenas razones para basarse en un modelo de reglas. Esta distinción da lugar en Schauer a dos tipos de justificaciones o razones en favor de los modelos: la justificación *sustantiva* y la justificación para *generación de reglas*. Según la definición del propio autor:

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

⁴ El mismo problema o tensión entre estos dos modelos puede analizarse en términos de los *costes* de la taxatividad, esto es, de un modelo basado en reglas. Al respecto puede verse el análisis exhaustivo del problema que lleva adelante Víctor Ferreres Comella con copiosa referencia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Suprema de EEUU, en *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia* (Madrid: Civitas, 2002).

⁵ Esta es paradigmáticamente una de las formas en que puede discutirse en el terreno de la Filosofía Política y el Derecho Constitucional el problema del argumento *contramayoritario* o del *activismo judicial*. Es decir, la posibilidad y conveniencia de que los jueces tomen para sí potestades que deberían estar en manos de órganos democráticos. Cfr. Gargarella, Roberto. "Los jueces frente al 'coto vedado'". Revista *Discusiones*. Número 1. Ed. de la Universidad Nacional del Sur. 2000. pp. 53-65. En lo que concierne a la relevancia de la discusión en el ámbito constitucional puede verse Ferreres Comella, Víctor. "Una defensa de la rigidez constitucional". Revista *Doxa* 23. Universidad de Alicante. 2000. pp. 29-49.

que debería ser excluido del alcance de la norma; en el caso de la *infrainclusión* porque se estima que algo que no cae bajo el alcance de la norma *debería* (de acuerdo a sus razones subyacentes) estar incluido en ella. La desventaja precisamente consiste en que existen estados de cosas que se querría favorecer o desalentar pero que, dada la técnica de atrincheramiento y opacidad, son regulados de forma *subóptima*⁶.

Por el contrario, el segundo modelo (no atrincherado o no focalizado en decisiones en base a reglas) puede considerar que la satisfacción de las razones subyacentes es un valor supremo por lo cual se justifica adoptar fórmulas legislativas que en vez de precisar un estado de cosas de forma exhaustiva, se limite a expresar más o menos claramente las razones o valores que se quiere favorecer. Así, por ejemplo, se puede optar por cambiar la técnica legislativa, abandonando el modelo de las reglas y formulando un principio que (en nuestro ejemplo) tendría el siguiente contenido "debe sancionarse los actos que pongan en peligro o efectivamente dañen a transeúntes y automovilistas en el tráfico" o "debe maximizarse la seguridad en el tráfico". La adopción del segundo modelo también posee un grupo claro de ventajas y un grupo claro de desventajas:

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

⁶ Sobre el carácter subóptimo de las reglas, Cfr. F. Schauer, ob. Cit. pp. 100-101 versión inglesa y 160-161 versión española.

que no se les informa previamente de las reglas y condiciones a partir de las cuales podrían diseñar un cierto plan de vida⁷.

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

Así:

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

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

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

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

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

⁷ Es decir, no se provee de reglas claras, prospectivas, públicas e irretroactivas. Sobre la relación entre certeza, autonomía y plan de vida puede consultarse, en el marco de esta discusión a Bayón, Juan Carlos. "Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado Constitucional" en *Jueces para la Democracia*, n° 27, noviembre, 1996, pp. 41-49.

000069

de propósitos, o sin la previsión de ciertos fines u objetivos a proteger o alcanzar. Se excluye, en definitiva, reglas sin razones subyacentes. Este puede considerarse el primer paso hacia la revitalización de la idea del legislador racional. Toda norma, cualquiera sea el caso, tendrá una razón subyacente la cual, por motivos políticos, morales o prudenciales podemos elegir dejar de lado mediante la adopción de un modelo de reglas atrincherado y opaco. No se sostiene que existen casos en que hay reglas que no tienen razones o que han sido emanadas sin la más mínima consideración de qué estado de cosas se querría favorecer. Se sostiene, en cambio, que siempre existen estas consideraciones las cuales podemos o no tomar como relevantes a la hora de decidir un caso y ello dependerá de los valores (certeza, autonomía, división de poderes, etc.) que se pretenda proteger. Se aduce, en definitiva, que no hay reglas sin razones. Más adelante se regresará sobre este argumento tratando de mostrar cómo ello contribuye a una tergiversación (idealización) de la forma en que realmente son tomados los procesos de decisión colectiva y cómo un análisis tal impide dar cuenta o describir los casos (bastante usuales) en que el legislador obra por error, desinterés o desconocimiento del tipo de intereses o valores que está favoreciendo. Excluye, en definitiva, distinguir entre lo que llamaríamos un buen legislador (reflexivo, abierto a la discusión y al balance de razones) y un mal legislador (aquél que no tiene en cuenta el conjunto de valores que se están en juego al momento de legislar)⁸. Previo analizar más detalladamente los posibles orígenes de esta posición por parte de Schauer, se analizará un discurso teórico que se encuentra en la misma línea de Schauer y que intenta extraer de esta teoría consecuencias concretas para la interpretación de determinadas instituciones jurídicas como el abuso del derecho y el fraude a la ley. Me refiero al análisis que llevan adelante Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero en *Ilicitos atípicos*⁹ (de ahora en adelante *IA*).

⁸ Como se verá, el análisis a la Schauer impide hacer uso, en primer lugar, de la conocida máxima según la cual *una cosa es el derecho otra su mérito o demérito* (que para el caso debería transformarse en *una cosa son las reglas o leyes otra es si efectivamente son el producto de una decisión racional o que tiene en cuenta razones*); en segundo lugar impide tomar en cuenta los casos en que el legislador es completamente inconsciente del tipo de valores (suponiendo que existan) o ideología que está favoreciendo, lo que constituye un elemento de análisis central para quienes creen que es posible que los funcionarios (y cualquier ciudadano en general) actúen como *vehículo inconsciente de poder* (Foucault). Es decir, actuando los intereses ajenos y fortaleciendo ciertas estructuras de poder sin notarlo.

⁹ Atienza, M. y Ruiz Manero, J. *Ilicitos atípicos* (Madrid: Editorial Trotta, 2000).

III. Reglas y principios en Atienza y Ruiz Manero

Tomando la estructura de Schauer previamente descripta los autores distinguen claramente entre dos tipos de normas: las reglas y los principios. Las reglas, a su vez, son subdivididas en dos tipos: las reglas de acción y las de fin. Las reglas de acción son pautas específicas de conducta que establecen mandatos o permisiones y detentan la siguiente estructura: un antecedente o condición de aplicación, que contiene un conjunto *cerrado* de propiedades (en el ejemplo de más arriba "velocidad máxima de 60 km por hora"), y un consecuente o solución normativa con dos elementos, una acción o clase de acciones y su calificación deóntica (v.g. "obligatorio sancionar con multa de 200 a 1000 pesos")¹⁰. Las reglas de fin, por su parte, prevén como solución o consecuencia normativa no la realización de una acción (castigar, sancionar, etc.) sino la consecución de un cierto estado de cosas¹¹. Para nuestro análisis bastará concentrarse en el primer tipo de reglas.

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

"...que su antecedente o condición de aplicación no se contiene otra cosa sino la propiedad de que haya una oportunidad de realizar la conducta prescripta en el consecuente; y en este último se contiene una prohibición, un deber o permisión prima facie de realizar una cierta acción (en el caso de los principios en sentido estricto) o de dar lugar a un cierto estado de cosas en la mayor medida posible (en el caso de las directrices o normas programáticas)...[...]De esta forma, los principios -a diferencia de las reglas- no pretenden excluir la deliberación del destinatario como base de la determinación de la conducta a seguir sino que, bien al contrario, exigen tal deliberación..."¹²

Para estos autores, la diferencia central entre reglas y principios radica precisamente en que en el antecedente de la regla figuran condiciones cerradas, mientras en los principios figuran condiciones abiertas de aplicación las cuales fuerzan (o estimulan) la deliberación sobre el estado de cosas que se correspondería con el propósito del principio. Como segunda diferencia, mientras que las reglas estipulan la acción que se sigue como consecuencia de la verificación de las condiciones de aplicación (v.g. la consecuencia de sancionar, castigar, etc.) los principios estipulan consecuencias que tienen el peso o valor de deberes o calificaciones deónticas *prima facie*, es decir

¹⁰ Esta forma de presentar las reglas como compuestos de condiciones de aplicación y soluciones puede encontrarse (de forma mucho más sofisticada) en la presentación de las normas que hacen Alchourrón y Bulygin como compuestos de casos genéricos y soluciones normativas. Cf. Alchourrón, C. y Bulygin, E. *Introducción a la metodología de las ciencias sociales y jurídicas* (Buenos Aires: Astrea, 1975) p. 79. Sobre la noción de caso genérico *ibidem*, p. 59.

¹¹ Atienza M., Ruiz Manero, J., *IA*, ob. cit. pp. 16 y 17.

¹² Atienza M., Ruiz Manero, J., *IA*, ob. cit. pp. 18 y 19.

000070

que se aplican en ausencia de otros principios que *derroten* al principio en cuestión¹³. Por otra parte, y en lo que a nuestra discusión interesa, los autores distinguen (como se ha visto en el párrafo citado) entre principios en *sentido estricto* y principios como *directrices* o *normas programáticas*. Los principios en sentido estricto tienen como función fundamental la de brindar la justificación subyacente a las reglas. Así la regla de velocidad máxima en el tráfico posee un principio en sentido estricto que le otorga justificación, según el cual "es valioso maximizar la seguridad en el tráfico" o, si se quiere "se debe minimizar las situaciones de peligro o daño a terceros". Para los autores, la función primordial de los principios es otorgar la justificación subyacente a las reglas, lo cual los acerca todavía más a la posición de Schauer en el sentido que afirman lisa y llanamente que las reglas poseen este aspecto subyacente del cual podremos luego (si nos parece importante) desembarazarnos tomando en cuenta sólo el estado de cosas *atrincherado* por la regla, desechando su base justificativa. Es esta concepción de las reglas la que les permite a los autores distinguir entre el elemento propiamente *directivo* de las normas y el aspecto *justificativo*. En sus palabras:

"...[habría] que distinguir entre el elemento propiamente directivo de las normas: su función de dirigir la conducta, y el elemento justificativo: lo que hace que la conducta prohibida aparezca como disvaliosa, la obligatoria como valiosa, y la permitida como indiferente. Hoy pues, una relación intrínseca entre las normas y los valores, puesto que el establecer, por ejemplo, la obligatoriedad de una acción y implica necesariamente atribuir a esa acción un valor positivo..."¹⁴ (el subrayado es mío).

Aquello a lo que los autores refieren con la expresión "lo que hace que la conducta aparezca como disvaliosa, valiosa, o indiferente" es precisamente la idea de valor, razón o justificación subyacente. Es decir, aquello que subyace a toda directiva y que les permitirá decir luego, siguiendo a Schauer, que todas las reglas presentarán este defecto endémico o estruc-

¹³ La diferencia entre deberes absolutos y *prima facie* tiene origen en una distinción proveniente de la Filosofía Moral y atribuida a David Ross (aunque tributaria en realidad de las ideas de Prichard). Cf.: Ross, David. *Lo correcto y lo bueno*. (México: Ed. Sigüeme, 2001). Trad. de Leonardo Rodríguez Duplá. La terminología ha sido adoptada también en el terreno del derecho con el propósito de dar cuenta de la distinción propuesta por Ronald Dworkin entre principios y reglas. Según Dworkin las reglas poseen una dimensión todo o nada (agotan el espacio lógico de aplicación) mientras los principios poseen una dimensión de peso que permite la relación de conflicto y superación entre ellos (derrotabilidad). También se ha pretendido hablar o reconstruir las reglas en términos de deberes *prima facie* y derrotabilidad. La literatura en ese sentido está comenzando a tornarse inabarcable. Al respecto puede verse, como mínimo, Alchourrón, Carlos E. "Para una lógica de las razones *prima facie*", *Análisis Filosófico* XVI (2) (1996), pp. 113-124. Resume con precisión el estado de la cuestión Bayón, Juan Carlos, "¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?", *Doxa*, 24, 2001, pp. 35-62.

¹⁴ *Id.*, ob. cit., pp. 20-21.

tural de la *sobre e infrainclusión* con respecto a las razones que motivaron su promulgación. Este compromiso teórico lleva a los autores a terminar asumiendo que:

"no se puede descartar la posibilidad de que en un determinado supuesto, lo que ordena (o permite) la regla difiera de lo ordenado o permitido por su justificación subyacente (el principio o principios de los cuales la regla es una especificación)"¹⁵

Parece seguirse claramente de lo transcripto, y en especial de la parte resaltada, que los autores están dispuestos, al igual que Schauer, a partir del supuesto que toda norma posee al menos un principio que le subyace o una razón que la justifica. Asumen, por tanto, que toda regla posee una razón, y que ella puede expresar un juicio de desaprobación (si es prohibitiva), de aprobación (si es obligatoria) o de indiferencia (si es permitida). Lo que no se ve hasta el momento es porque si estamos comprometidos con la descripción de las normas emanadas del poder legislativo, tenemos que comprometernos con asumir que toda norma que expresa una obligación posee una razón subyacente o una base justificativa que el legislador ha tenido en cuenta al momento de emanar la norma. Parece perfectamente imaginable la situación de un Poder Legislativo que sancione leyes continuamente sin entender qué es lo que está sancionando, sin tener en cuenta las razones que favorece, o sin pensar en razón o estado de cosas alguno al cual favorecer o proteger. Parece totalmente posible contar con legisladores (malos legisladores, debe decirse) que sancionen leyes sin ningún mérito, razón o justificación. Una vez más, los actos de la legislatura son una cosa (y es eso a lo que debería limitarse a describir un teórico del derecho) sus méritos o deméritos, otra¹⁶. En la próxima sección se analizará la relevancia de la noción de razón en el ámbito de la interpretación del lenguaje, tratando de mostrar que el tipo de razones que son necesarias para interpretar el lenguaje de un tercero no tienen porque suponer el tipo de razones en las que están pensando Schauer y Atienza-Ruiz Manero.

¹⁵ *Id.*, ob. cit., p. 23.

¹⁶ Los autores pueden estar pensando, en cambio, en la idea de regla como razón que es tributaria del pensamiento de Hart, y más precisamente de la noción de regla del segundo Wittgenstein. Pero si eso fuera el caso (y sobre ello se regresará más adelante) la tergiversación es doble. Porque ni Hart ni Wittgenstein creen que *tras* la regla subsisten razones, sino más bien que la regla *es* una razón para quien la sigue, i.e. que ve un motivo para seguirla, y está dispuesto a partir de ella a formular un juicio de reproche ante el desvío o desobediencia. Este concepto de regla no incluye algo subyacente (algo *en virtud* de lo cual una cosa deviene o se presenta como otra; v.g. una regla como función de sus razones subyacentes) sino la noción de identidad según el cual *tener* una regla es *tener* una disposición a seguirla y a criticar su desobediencia. La noción Wittgensteiniana-Hartiana de regla no necesita algo subyacente: una regla *es* una razón.

000071

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

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

Luego del giro "postpositivista" de la filosofía anglosajona en los años cincuenta del siglo pasado se ha asumido —como respuesta a los desafíos escépticos— que la noción de interpretación y traducción de un lenguaje está íntimamente ligada con la necesidad conceptual de atribuir razones en el hablante o sujeto a ser interpretado¹⁷. En especial se considera que no es posible intentar interpretar un lenguaje (jurídico, o práctico en general) si no se parte de ciertos supuestos o atribuciones en las intenciones del hablante. Según este modo de ver las cosas, sería una empresa imposible tratar de averiguar el contenido semántico de un lenguaje sin partir de la base que la persona interpretada asume, al menos, algunos de los presupuestos que el intérprete tiene en cuenta para construir su manual de traducción (para el caso, un texto de dogmática, o cualquier obra de doctrina que intente descifrar *qué quiso decir el legislador*). Se sostiene que, si se partiera de la base que el hablante no cumple con ciertas condiciones mínimas del lenguaje, la actividad de interpretar constituiría un sinsentido y la caída en el escepticismo, inevitable. Es en este contexto que se enmarca, fundamentalmente, la obra de Donald Davidson y en especial dos de sus artículos que intentan, por un lado, salir del escepticismo y, por el otro, dar cuenta de los compromisos teóricos mínimos que se deben asumir a la hora de interpretar el lenguaje de un tercero¹⁸.

¹⁷ Sobre el impacto del postpositivismo en el terreno del derecho: Patterson, Dennis, "Post-modernism", en Dennis Patterson (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (Cambridge, Massachusetts: Blackwell, 1996). Sobre ese giro en el ámbito exclusivamente filosófico (con un análisis de la obra del segundo Wittgenstein y sus conexiones con Quine): Hacker, P.M.S., *Wittgenstein's Place in Twentieth-Century Analytic Philosophy* (Oxford: Blackwell Publishers, 1996), pp. 103-110, en donde se analiza puntualmente lo que el mismo autor llama el *repudio del análisis*.

¹⁸ Me refiero a Davidson, D. "On the Very Idea of a Conceptual Scheme" (de ahora en adelante *OVICS*) en, Id. *Inquiries into Truth and Interpretation* (Oxford: Clarendon Press, 1984) pp. 183-198 y "A Coherence Theory of Truth and Knowledge" (de ahora en adelante *CTTK*) en Id. *Truth and Interpretation. Perspectives on the Philosophy of Donald Davidson*. Ernest LePore (ed.) (Oxford: Blackwell, 1986) pp. 307-319. En realidad la teoría de Davidson enlaza estrechamente la teoría de la acción con la del lenguaje e interpretación. Los puntos básicos de la teoría de la acción en Davidson (con repercusión en *OVICS* y *CTTK*) se encuentran en id. *Actions, Reasons and Causes* en White, A. (ed.) *Philosophy of Action* (Oxford: Oxford University Press, 1969).

Retomando la noción del principio de *Caridad* utilizada por Quine (que a su vez éste toma de Wilson¹⁹), Davidson sostiene que se deben asumir ciertos presupuestos conceptuales o lógicos en el hablante interpretado. En especial, el principio de caridad incluye la atribución en el hablante de ciertas categorías que aquí se llamarán *conceptuales*. De acuerdo a ellas, debemos suponer que el hablante utiliza el principio de no contradicción y tercero excluido como lo hacemos nosotros, y que la información que da sobre el mundo es verídica (es decir, no padece de alucinaciones ni pretende, en general, engañarnos sobre las cosas a las cuales refiere o sobre las cosas en presencia de las cuales emite un sonido, señala, nombra o juzga). Por último, debemos interpretar el lenguaje de forma *teleológica o intencional*, es decir, en términos de qué quiso hacer la persona que se pretende interpretar. Aquí surgen dos posibilidades: o atribuimos al hablante la *intención o actitud proposicional* de describir el mundo (i.e. la expresión de una creencia) o atribuimos al hablante la *intención o actitud proposicional* de que cierto estado del mundo cambie en determinado aspecto (i.e. la expresión de un deseo). Así, si el hablante expresa que no desea que los automóviles circulen a más de 60 km. por hora debemos *presuponer* al menos (y esto luego puede ser refutado dependiendo de otras pruebas empíricas) que cuando dijo automóvil no se refería vehículos tracción a sangre (principio de identidad), que no está de acuerdo al mismo tiempo con que se circule y *no* se circule a más de 60 km. (principio de no contradicción), que no ha intentado engañarnos, y que desea que el mundo cambie en *ese* aspecto. Es decir, que su expresión o acción se explica por su voluntad de que los vehículos no alcancen esa velocidad, y no por, p.ej. por otra creencia mítica o irrazonable. Presuponemos que el individuo considera indeseable esa velocidad.

Puede verse hasta aquí qué rol juega en la situación de interpretación la atribución o presuposición de estos esquemas o categorías en el hablante (principio de no contradicción, identidad, veracidad, etc.). Si no pudiésemos partir de estos presupuestos, si no pudiésemos partir del presupuesto que el hablante identifica *minimamente* el mundo como lo hace el intérprete y tampoco pudiésemos atribuir a sus deseos una cierta explicación en términos de lo que el sujeto quería y no quería que sucediese, sería imposible embarcarse en cualquier actividad teórica de interpretación²⁰. Digamos que es necesario

¹⁹ Cfr. Sanchez Durá y Vidarte, V.S. "Interpretación: radical y cultural" en Dascal, M. (ed.) *Filosofía del Lenguaje II. Pragmática. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*. (Madrid: Trotta, 1999), p. 172.

²⁰ Para Davidson constituye una especie de contradicción (teórica) en los términos sostener que existe un lenguaje pero no es traducible: "...nada puede contar como evidencia de que cierta actividad o práctica no puede ser interpretada en nuestro lenguaje sin implicar, al mismo tiempo, una prueba de que en realidad ese lenguaje no es una instancia de comportamiento

atribuir al hablante (o conjunto de hablantes) un *mínimum* de racionalidad sin el cual no puede comenzarse la traducción. Llamemos a este conjunto de precompromisos conceptuales *razones conceptuales o lógicas*. Como puede verse, ellas constituyen una serie de presupuestos *epistemológicos* a partir de los cuales elucidar qué significan (qué contenido tienen) las palabras o textos de otros²¹. Estas razones o presupuestos conceptuales, a su vez, pueden utilizarse sólo bajo ciertas restricciones. En especial las restricciones se refieren a qué o cuánto es admisible *atribuir o presuponer* en el hablante a la hora de interpretarlo. Si simplemente se presupusiera en el hablante *todas* nuestras categorías, creencias y convicciones, la línea entre descripción e invención (tergiversación de datos) desaparecería. Todo lo que al teórico le parece que *debería* pensar o creer el hablante se transformaría en *todo* lo que el hablante piensa o cree. No habría, en definitiva, distinción entre creencias y mundo, entre hipótesis y realidad. En palabras de Acero, Bustos y Quesada:

*"el intérprete ha de imputar al hablante aquellas creencias e intenciones que optimizan el mutuo acuerdo sobre cuál sea la causa racional de la preferencia. Es decir, el Principio de Caridad le pide al intérprete que atribuya al hablante las creencias e intenciones que constituirían para el primero una racionalización de la preferencia. Obviamente este principio es válido dentro de ciertos límites, y la primera restricción a que ha de someterse es la que no nos lleve a pensar que el hablante tiene deseos y/o creencias explícitamente contradictorios, y que lo sabe. Si se alcanzase una conclusión así, habría que admitir que el intérprete habla cometido algún error en sus asignaciones previas, y sería forzoso proceder a su localización. Por otro lado, este principio tampoco nos abre las puertas a atribuir al hablante cualesquiera creencias y deseos, y por consiguiente cualquier atribución tal está siempre a expensas de ulterior información. En definitiva, la racionalización que el intérprete haga de las preferencias de los hablantes tiene todo el carácter de una hipótesis empírica susceptible de ser confirmada o de ser definitivamente falsada. El Principio de Caridad no es en absoluto incompatible con las exigencias de la investigación científica"*²² (el subrayado es mío)

lingüístico..." [La traducción es mía, en el original "...nothing could count as evidence that some form of activity could not be interpreted in our language that was not at the same time evidence that that form of activity was not speech behaviour..."]. Cfr. *OVICS*, p. 185.

²¹ En realidad la teoría de Davidson se completa con dos principios más: el principio de *autonomía semántica* y el *principio del triángulo*. Cfr. Acero, J.J., Bustos, E., Quesada, D. *Introducción a la filosofía del lenguaje*. (Madrid: Cátedra, Colección Teorema, 1989) pp. 235-239. No es necesario a los fines de este trabajo hacer referencia a ellos. Si en cambio cabe aclarar, para evitar confusiones, que no existe relación entre la noción de autonomía semántica davidsoniana y la que tiene en mente Schauer en ob. Cit. pp. 53-62 de la versión inglesa, pp. 113-122.

²² Acero, Bustos, Quesada, ob. cit. p. 236.

De lo dicho se sigue que si bien es cierto que se deben atribuir razones de un cierto tipo a la persona que expresa sus deseos en un lenguaje, esas razones no tienen porqué ir (aunque de hecho puedan ir) más allá de lo mínimo necesario para comprender en qué aspecto este individuo pretende que cambie el mundo. Se parte del presupuesto que el hablante cuando dice lo que dice cree que es conveniente que el mundo se adapte a ese deseo, pero de ello no se sigue necesariamente que el individuo posea una concepción sobre cuáles son los hechos o razones subyacentes a sus deseos. Su deseo se *explica* en virtud de que atribuimos cierta *intención* pero de ello no se sigue que esa intención, a su vez, pueda ser racionalizada *necesariamente* en una concepción más amplia sobre qué considera valioso sobre el mundo o sobre el tráfico. No necesitamos más que presuponer, en orden a *comenzar* a interpretar su lenguaje, razones de tipo conceptuales que indican qué quiso decir lo que dijo y qué quiere que el mundo cambie exactamente con respecto al estado de cosas que ha expresado (para nuestro ejemplo, que nadie circule a más de 60 km/h).

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

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

finalizar nuestra investigación dogmática, descubramos que el legislador no tenía en mente ninguna concepción del bien, o seguridad en el tráfico. Como puede verse, no existe espacio dentro del modelo de Schauer-Atienza-Ruiz Manero para una conclusión similar. Llamaré a este razonamiento inválido—según el cual si hay que atribuir razones entonces hay que atribuir razones evaluativas—el *non-sequitur interpretativo*.

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

Algunos autores han sostenido (en contra de lo que se ha dicho en la subsección precedente) que la teoría misma del derecho es imposible si no se intenta al menos dar cuenta de un aspecto central del derecho y de las reglas: su referencia a valores y principios sustantivos²³. Este enfoque es algo diferente y más amplio que aquél que sostiene que debemos presuponer valores o razones subyacentes a la hora de interpretar. Mientras que el modelo de más arriba sostiene (incurriendo en el *non-sequitur interpretativo*) que se deben presuponer razones evaluativas como *presupuesto epistemológico o interpretativo*, este modelo sostiene, más bien, que de *hecho* el derecho es una cuestión de valores y principios sustanciales de tipo moral, agregando que la descripción de valores sólo puede hacerse *a través* de evaluaciones análogas a las descriptas. Así, en este caso, parece sumarse al presupuesto epistemológico de la sección anterior un presupuesto ontológico: aquél según el cual el derecho, como hecho práctico, consiste en razones justificantes regularmente independientes de las fuentes sociales (de su *pedigree*). Dworkin, por ejemplo, ha sostenido que el derecho en sí mismo es un concepto interpretativo, i.e., un concepto que no podemos entender a menos que entendamos el valor u objeto del derecho el cual, para el autor, consiste principalmente en la justificación del ejercicio del poder coercitivo por parte del estado²⁴. No pretendo entrar en la discusión sobre los problemas de este enfoque. Una respuesta rápida a esta concepción (lo que la hace, a su vez, rápidamente contestable) puede darse sosteniendo que aunque admitiésemos que la tarea central de un teórico del derecho es dar cuenta del aspecto central del derecho y, aún admitiendo que el propósito central del derecho

²³ Paradigmáticamente Dworkin R. *Law's Empire* (Cambridge: Harvard University Press, 1986) y Finnis, J. *Natural Law and Natural Rights* (Oxford: Clarendon Press 1980).

²⁴ Cfr. Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, ob. cit. p. 190: "...una concepción del derecho debe explicar cómo lo que se considera derecho provee una justificación para el ejercicio del poder coercitivo por parte del estado..." [la traducción es mía. En el original "...a conception of law must explain how what it takes to be law provides a general justification for the exercise of coercive power by the state..."]

es tratar de proporcionar algún tipo de justificación, de ello no se sigue que quien describe el derecho deba enrolarse en argumentos de tipo evaluativos como desea Dworkin (aunque como se verá, esta respuesta puede ser objetiva). En este sentido la debilidad del enfoque de Dworkin es doble ya que:

- i) si asumimos que el objetivo central del derecho es justificar la coerción estatal de acuerdo a determinados valores (morales o evaluativos de cualquier tipo) de ello no se sigue que para describir esa actividad de justificación debamos *nosotros* los intérpretes, ingresar en actividades evaluativas²⁵;
- ii) no hay porqué asumir (y esta es la crítica principal que se le dirige a Dworkin) que *todo* derecho o todo sistema jurídico de hecho se proponga como fin fundamental justificar la forma en que se ejerce el control social²⁶.

²⁵ Salvo que se presuponga que la descripción de valores sólo puede ser hecha mediante otros valores. Si, en cambio, lo que se quiere decir es que para describir un valor, se necesita comprender el valor o entender más o menos lo mismo que se entiende por dicho valor en la comunidad bajo análisis, entonces no existe ninguna contradicción en sostener, sin juicio de valor alguno, "ellos consideran a X bueno". Hart resume esta intuición sosteniendo que "una descripción puede todavía ser una descripción, incluso cuando lo que se describe consiste en una evaluación". En realidad tras esta discusión se encuentra el problema de en qué medida es posible comprender e interpretar un conjunto de valores sin enrolarse para esa misma empresa en argumentos evaluativos. El problema radica en la posibilidad de describir una cierta actitud interna frente a hechos prácticos desde el punto de vista externo. En lo que se ha llamado el *giro hermenéutico* de la obra Hartiana, se intenta explorar la posibilidad de describir o explicar las prácticas de una comunidad sin necesidad de colapsar la descripción en la valoración. Hart considera que no existe ninguna contradicción entre el hecho de comprender una práctica desde el punto de vista externo y su descripción *como* si fuésemos participantes en esa práctica (i.e. como individuos que ven en ciertas reglas algo más que mera regularidad). Desde esta perspectiva un analista de una práctica puede asumir un punto de vista externo *no-extremo o hermenéutico* que posibilita describir el punto de vista interno de aquéllos que aceptan dicha práctica y ven en ella una razón para la acción. Como se verá más adelante, esta creencia Hartiana de que ciertas prácticas pueden ser descriptas sin utilizar términos evaluativos—contrariamente a lo que pretende un Dworkiniano o un Finnisiano—está supeditada a la creencia que el derecho (o sus casos centrales) de *hecho* no recurren en todo caso a categorías evaluativas. Sobre el giro hermenéutico en Hart, cfr. McCormick, Neil. *H.L.A. Hart* (Londres: Edward Arnold, 1981) pp. 37-40. Raz, por su parte, parece sostener que es posible describir *a pesar* de que para ello debamos enrolarnos en argumentos evaluativos. Cfr. Raz, J. "Two Views of the Nature of the Theory of Law. A Partial Comparison" en Coleman, Jules (ed) *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2001) p. 21.

²⁶ Lo que se le critica a Dworkin precisamente es que la caracterización que termina ofreciendo del derecho es de tipo *provincial o local*, es decir, que termina por reconstruir como características de todo derecho lo que en realidad serían (y esto todavía está en discusión) características propias del derecho norteamericano. Cfr. Raz, J. "Two Views of the Nature of the Theory of Law. A Partial Comparison" en Coleman, Jules (ed) *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2001) pp. 27-28 y 35-37.

No obstante, se ha sostenido en el último tiempo que el verdadero desafío a la teoría iuspositivista no es el presentado por Dworkin, sino en realidad el propuesto por Finnis²⁷. Una de las razones que justifica esta afirmación radica en que es posible afirmar que Finnis ha aceptado un aspecto metodológico central del giro hermenéutico hartiano, i.e.: ha concedido que dar cuenta de un fenómeno como el derecho sólo puede llevarse a cabo comprendiendo lo que los participantes ven (punto de vista interno) en las reglas. En este sentido, Finnis ha sostenido que:

"...las acciones, prácticas, etc., sólo pueden ser entendidas mediante la comprensión de sus cometidos centrales, es decir, entendiendo sus objetivos, sus valores, su significado e importancia en la misma forma en que es concebida por las personas que los tienen en cuenta y adhieren a ellos..."²⁸

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

"...la última observación, sin embargo, no implica una disputa entre la teoría descriptiva de Hart, ya que Hart mismo acepta la restricción hermenéutica propia de las descripciones de los fenómenos sociales, es decir, aquella según la cual una descripción adecuada de una práctica humana y social debe hacerse cargo de cómo los participantes en la práctica entienden su significado y propósito..."²⁹

²⁷ Cfr. Leiter, Brian. "Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence" en *American Journal of Jurisprudence*, 48, 2003, pp. 17-51. Aunque estoy de acuerdo con parte de los postulados de Leiter, considero algo exagerado sostener que el verdadero desafío al iuspositivismo lo constituye el iusnaturalismo. Es posible mostrar, cosa que no haré aquí, que iuspositivistas clásicos como Kelsen comparan con iusnaturalistas ciertos aspectos metodológicos (los cuales unos imputan a la racionalidad y otros a la naturaleza). En todo caso habría que distinguir entre dos tipos de desafíos al iuspositivismo: uno interno al discurso anglosajón (en donde Finnis sí representaría el máximo interlocutor del iuspositivismo) y uno externo que es representado por la Escuela Crítica que dirige sus ataques tanto a las reconstrucciones iusnaturalistas como a las iuspositivistas: No entraré en esta discusión aquí. Al respecto puede verse Ruiz, A.E.C., "Derecho, Democracia y teorías críticas al fin del siglo" en en Cortés, C. (comp.) *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho* (Buenos Aires: Eudeba, 2001) pp. 10 y 11 y más en general Cárcova, C. "Iusnaturalismo y positivismo jurídico: un debate superado", en *Derecho, Política y Magistratura*, Biblos, Buenos Aires, 1996.

²⁸ [La traducción es mía, en el original "...the actions, practices, etc., can be fully understood only by understanding their point, that is to say their objective, their value, their significance or importance, as conceived by the people who performed them, engaged in them, etc."]. Cfr. Finnis, J. ob. cit. p. 3.

²⁹ [La traducción es mía, en el original "...the latter observation, however, states no dispute with Hart's descriptive jurisprudence, since Hart too accepts the hermeneutic constraint on accounts of social phenomena: to wit, that an adequate description of a human social practice must attend to how the participants in the practice understand its meaning and purpose..."]. Cfr. Leiter, B. ob. cit. p. 33.

En consecuencia, sostiene Leiter, la auténtica disputa entre Hart y Finnis consiste en que el último afirma que si la preocupación teórica radica en dar cuenta de los casos centrales del derecho, y estos hacen referencia a cuestiones evaluativas basadas sobre las nociones de importancia, relevancia y razonabilidad práctica [*practical reasonableness*], entonces se debe echar mano a esas categorías al momento de describir. Un teórico del derecho debe, dice Finnis, considerar no sólo la existencia del derecho sino dar cuenta (cosa que no haría Hart) de por qué es valioso o relevante para una comunidad el poseer eso que poseen, esto es: el derecho³⁰. Para Leiter, esto constituye en Finnis un *non-sequitur* con respecto a las premisas teóricas de partida (punto de vista interno, concepción hermenéutica, etc.). Veamos ahora cuáles son para Leiter las premisas a partir de las cuales Finnis incurre en este *non-sequitur*.

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

- i) está en disputa que los compromisos prácticos del grupo analizado consistan en ver en el derecho ciertas propiedades evaluativas o morales,

³⁰ Dice Finnis "...In relation to law, the most important things for the theorist to know and describe are the things which in the judgement of the theorist, make important from a practical viewpoint to have law...". Cfr. Finnis, J. ob. cit. p. 16.

ii) concediendo "i", ello no nos fuerza a aceptar que el teórico deba utilizar esas mismas categorías para el análisis del objeto (el derecho);

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

En palabras de Leiter:

"...en la formulación de Finnis el non-sequitur tiene lugar... como resultado de lo que llamaré 'la Verdad o Afirmación Banal' según la cual '...las evaluaciones... constituyen un componente indispensable y decisivo en la selección o formación de cualesquiera conceptos a ser utilizados en la descripción de los aspectos de las cuestiones humanas tales como el derecho o el orden jurídico...' del cual se seguiría la afirmación de que la evaluación en cuestión implica '...decidir cuáles son las exigencias de razonabilidad práctica [practical reasonableness] que realmente existen...'. Yo considero como la 'Verdad o Afirmación Banal' el legado innegable de la filosofía de la ciencia post-Kuhniana y post-Quineana según el cual no existe tal cosa como la investigación carente de presuposiciones, o a partir de hechos que estén privados de 'carga teórica'. Pero eso está bastante lejos de la afirmación según la cual las presuposiciones propias de la empresa descriptiva requieren juicios o enunciados del tipo que Finnis llama 'razonabilidad práctica'... o que el punto de vista desde el cual esos enunciados sobre la 'importancia' o 'relevancia' son hechos corresponda necesariamente a un 'punto de vista práctico'..."³¹

³¹ [La traducción es mía, en el original "... In Finnis's formulation, the non-sequitur occurs in the slide from what I will refer to as the "Banal Truth" that "evaluations... are an indispensable and decisive component in the selection or formation of any concepts for use in description

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

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

Sin embargo, en los párrafos que siguen me gustaría sostener que: aunque es innegable que Finnis asume el punto de vista hermenéutico; y es consciente del problema de la carga teórica o valorativa de los enunciados descriptivos, no es en *virtud* de ello que concluye que debe darse cuenta del derecho a través de esos valores. En definitiva, que aunque puede ser cierto que Finnis asume i-ii, no es cierto que, como cree Leiter, *por ello* concluye iii. Es más, trataré de poner en duda que la conclusión de Finnis sea precisamente la que quiere extraer Leiter del análisis de su trabajo. Simplemente trataré de mostrar que no surge tan claro del texto y párrafo citados que Finnis esté afirmando lo que Leiter pretende, i.e., que dado que nuestros juicios son teórico-dependientes [*theory laden*] por ello son moral o evaluativamente-dependientes [*morally-laden*]. Mi estrategia será mostrar que Finnis concuerda con Hart en "i" y disiente sobre el resultado de dicho punto de partida. Esto es, sobre el tipo de hechos que se verifican o constatan en el derecho (el contenido de las sentencias, la actitud de los participantes hacia las reglas, etc.).

Como se ha dicho previamente, existe un punto de convergencia entre la teoría de Hart y la de Finnis: ambos autores estarían de acuerdo en cuanto a las bases epistemológicas a partir de las cuales puede realizarse

of such aspects of human affairs as law or legal order" to the claim that the evaluation in question involves "decid[ing] what the requirements of practical reasonableness really are." I take the Banal Truth to be the uncontested legacy of post-Kuhnian and post-Quinean philosophy of science: there is no such thing as a presuppositionless inquiry, of facts that are 'theory-free,' and so on. But that goes no distance at all to establishing that the presuppositions of the descriptive enterprise require judgments about what Finnis calls "practical reasonableness" or that the viewpoint from which 'importance' and 'significance' are assessed is the 'practical view point'..." Cfr. Leiter, B. op. cit. p. 34.

una investigación en el terreno social (i). El punto de partida hermenéutico precisamente sostiene (como respuesta, p.ej. a los desafíos realistas) que si se quiere dar cuenta de la dimensión social de las reglas es necesario no sólo describir su seguimiento como mera regularidad, sino también dar cuenta de lo que los seguidores de reglas ven en ellas. Para Hart, paradigmáticamente, los participantes de una práctica observan a la regla como una razón para adecuarse a lo que ella impone y para criticar su desvío o violación. Aceptan a ella como razón para guiar sus conductas y para criticar la de los demás. Sin dar cuenta de este punto de vista interno hacia las reglas, un análisis del derecho se perdería de toda una dimensión explicativa del derecho como fenómeno social, debiendo reducirse a la mera constatación estadística de la regularidad y a la previsión de las reacciones futuras de los participantes. Hasta aquí el consenso entre Hart y Finnis. Sin embargo, gran parte de las críticas que se le han dirigido a Hart consisten en sostener que éste no ha tomado partido por el *contenido* de esas razones. Se sostiene que existirían buenos motivos para pensar que lo que los participantes ven como razón es en realidad una razón basada en valores morales. Por tanto, se sostiene, reconstruir el seguimiento de las reglas jurídicas en términos de razones es una condición necesaria para una descripción completa del fenómeno social del derecho, pero no suficiente. Se necesita, además, dar cuenta del contenido de esas razones que los participantes aceptan el cual no podría ser otro, se concluye, que moral o evaluativo. Hart, en respuesta a esto, ha sostenido claramente que el hecho que los individuos tomen a una regla como razón para la acción, la acepten y estén dispuestos a criticar su desobediencia, no implica necesariamente que dicho contenido sea de tipo moral. Es perfectamente posible, sostiene Hart, aceptar una regla por los más diversos motivos, los cuales no pueden reducirse (so pena de arbitrariedad) a meros motivos o razones morales. El derecho y sus reglas, sostiene Hart, pueden ser aceptados por las razones más diversas: como el oportunismo, cálculo, inercia, etc.³². Finnis, en cambio, está convencido de que los participantes conciben a las reglas jurídicas como algo inextricablemente ligado a la evaluación y a los valores morales. Mientras que Hart sostiene que la aceptación y contenido de las reglas no necesariamente incluye (en las sociedades modernas) contenidos de tipo moral, Finnis sostiene que observando las mismas prácticas a las que hace alusión Hart, pueden obtenerse conclusiones diversas. En este sentido puede sostenerse que Hart y Finnis concuerdan sobre la metodología ("i") pero disienten sobre los hechos: mientras que uno cree haber constatado que de hecho existen reglas no basadas o no aceptadas por razones

³² Cfr. H.L. Hart, *The Concept of Law* (1961), ed. por S. Bullock y J. Raz (Oxford: Clarendon 1994), p. 203.

morales, el otro cree que todas las reglas son seguidas en base a razones morales y aceptadas en virtud de cuestiones evaluativas (al menos en los casos centrales del derecho). Como puede verse de esta reconstrucción, el diseño entre Finnis y Hart parece ser de tipo empírico o fáctico. Ambos concuerdan sobre las precauciones que habría que tomar para analizar un fenómeno social (enfoque hermenéutico) pero no concuerdan en los resultados que arroja la investigación, una vez tomadas esas precauciones. No resulta para nada claro cómo podría zanjarse una disputa de este género, i.e. sobre cuáles son los hechos que realmente existen en nuestras prácticas jurídicas (si aquéllos que toman a la regla como una razón sin tener en cuenta razones evaluativas o morales, o aquéllos que toman a la regla como una razón conectada con consideraciones morales). En todo caso está lejos de ser claro cuál sería el *tribunal* que debería decidir o mensurar el resultado de estas dos investigaciones, declarando el error de una y el acierto de la otra sobre los *hechos prácticos*³³. Una gran cantidad de casos judiciales muestran que los jueces siguen reglas sin tener en cuenta necesariamente razones de tipo moral (e identificando y aplicando el derecho de acuerdo al pedigree o su fuente social) mientras que otra gran cantidad no menos importante muestra que los jueces conciben al derecho como algo dependiente de fuentes sustanciales o morales. En todo caso parece claro que si Hart asumiese como resultado de su observación lo mismo que Finnis (i.e. que las actitudes hacia el derecho de los participantes incluyen aspectos evaluativos o morales) *aceptaría* la necesidad de dar cuenta del derecho en términos de valores y no de fuentes sociales. Si fuese cierto que todas las razones que ven los participantes en las reglas se reconducen a valores morales ello forzaría de una manera u otra a dar cuenta de ello de una forma análoga a como dan cuenta los participantes, i.e. mediante juicios y enunciados de valor. Si dar cuenta de lo que *ellos* ven en el derecho supone al menos dar cuenta de eso *en los mismos* términos en que lo hace el grupo analizado (so pena de pérdida del poder explicativo de nuestra teoría), parece forzosa la conclusión de que en el caso de que le asista razón a Finnis, sólo podría describirse el derecho utilizando al menos categorías y enunciados análogos a los que tienen en cuenta el grupo bajo análisis, i.e. mediante la utilización de términos conectados o relacionados con la valoración moral³⁴.

³³ Con *tribunal* me refiero aquí expresamente a la expresión acuñada por Quine según la cual se plantea la posibilidad y conveniencia de reconducir nuestras disputas al tribunal de la experiencia (método empírico) o a otro diverso (como querría un racionalista o iusnaturalista).

³⁴ Hart podría redoblar la apuesta, sosteniendo que ello tampoco nos compromete con utilizar términos evaluativos o morales a la hora de describir las prácticas (que ya hemos asumido como valorativas o conectadas con la moral). Si esa fuese la respuesta, ello acarrearía un

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

- i) que la empresa teórica de descripción del derecho debe partir de un punto de vista *hermenéutico*;
- ii) que el derecho es una cuestión de valores morales o de actitudes morales hacia el derecho;

efecto dominó precisamente sobre su punto de partida hermenéutico porque estaría afirmando que podemos dar cuenta de un punto de vista interno (en este caso eminentemente moral o valorativo) en términos *completamente extraños* al lenguaje en que son formulados y reconocidos dichos valores. Estaría en definitiva, abandonando la idea según la cual una explicación es mejor que otra si acerca lo más posible a los términos en que la comunidad analizada concibe un fenómeno. Parece existir una cierta contradicción en sostener que estamos comprometidos en describir y dar cuenta de los fenómenos sociales de un grupo de acuerdo *a como ellos los conciben* y el sostener, a su vez, que podemos hacer ello en términos *completamente extraños* a la terminología y concepción analizada.

- iii) que las descripciones no están privadas de valoración o carga teórica [*theory-free*];
- iv) que dado que "i" y "ii" son verdaderas, no puede realizarse un análisis del derecho, sin que ello implique necesariamente asumir en el análisis el tipo de valoraciones que se tienen en cuenta en el fenómeno analizado;

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

*"...una característica central de la explicación de Hart acerca de la naturaleza del derecho se refiere a que este, en última instancia, es absolutamente independiente de su contenido [sustancial]. Es decir, que los criterios fundamentales para decidir la validez, aquellos cuya existencia no presupone a su vez otros, son completamente y en última instancia independientes de su contenido. La teoría del derecho sostiene que los sistemas jurídicos son sistemas con cierta estructura (que incluye autoridades de producción y aplicación de leyes). Pero, más allá de ello, todo lo demás es contingente. El contenido del derecho y la específica identidad y poder de sus instituciones es completamente dependiente de la prácticas de cada país, esto es, de su regla de reconocimiento..."*³⁵

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

³⁵ [la traducción es mía, en el original: "...a central feature of Hart's explanation of the nature of law is that it is just about absolutely content-independent at bottom. That is, the fundamental criteria for validity, those whose existence does not presuppose others, are almost entirely content-independent at bottom. Jurisprudence stipulates that legal systems are systems with a certain structure (including law-making and law-applying authorities). But beyond that, all is contingent. The content of the law and the specific identity and powers of its institutions are entirely dependent on the relevant practices in the country, i.e. on its rule of recognition...."] Raz, Joseph. "Two Views of the Nature of the Theory of Law. A Partial Comparison" en Coleman, Jules (ed) *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2001).

En síntesis, aunque puede ser discutible la afirmación empírica o fáctica de Finnis, parece cierto que dicha afirmación no se debe a un non-sequitur como cree Leiter. Finnis sostiene que una vez analizados los hechos con cierta cautela, ellos muestran una cierta conexión lógica con ciertos valores. Y que dado que hemos asumido describir estos hechos sociales de la forma más cercana a como se realiza en la comunidad analizada, no queda otra salida que tratar de dar cuenta de esos valores utilizando en la medida de lo posible las nociones que los participantes usan. Hart en cambio, no cree que los participantes de todo sistema jurídico utilicen esas nociones con contenido sustancial. Por tanto puede mantenerse respetuoso al *approach* hermenéutico ("describe los hechos dando cuenta de la clase de cosas que ellos ven en esas prácticas") formulando sus análisis en términos no evaluativos. Creo que es posible concluir que si Hart aceptara "ii" (coincidiera con Finnis sobre la *naturalidad* de los hechos prácticos analizados) se vería obligado por el *approach* hermenéutico a dar cuenta de esos hechos al menos en términos no absolutamente extraños a los términos en que se expresan y actúan los participantes, i.e. utilizando términos valorativos. Independientemente de esto, parece claro que Finnis no incurre en la banalización del legado post-Quineano y post-Kuhniano como pretende Leiter. Finnis no sostiene que dado que nuestros enunciados son teórico-dependientes, entonces son evaluativo-dependientes. Más bien está diciendo que nuestros enunciados son teórico-dependientes y que deben utilizarse con cierta cautela metodológica. Y que una vez tomada en cuenta la debida cautela, su investigación arroja como resultado que los hechos así analizados tienen contenido moral o evaluativo. En síntesis, el *non-sequitur descriptivo* no sería atribuible a Finnis dado que él no sostiene que nuestras descripciones son moral o evaluativamente-dependientes porque son teórico-dependientes, sino más bien porque cree que de hecho el derecho consiste en valores. Su afirmación se reduce a sostener que nuestros enunciados descriptivos son evaluativamente-dependientes porque el derecho es evaluativamente-dependiente.

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

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

Uno de los aspectos más discutidos en Filosofía analítica —al menos hasta el segundo tercio del siglo XX— ha sido la posibilidad de derivar enunciados prescriptivos de enunciados descriptivos o, más simplemente, de derivar una obligación de una descripción [*Ought from Is*]. En base a postulados que

encuentran sus raíces en Hume, se ha sostenido que existe un cierto salto o abismo lógico entre enunciados de estos dos tipos. La problemática y desafío que se genera a raíz de las afirmaciones de Hume ha sido denominada como el problema de la *Guillotina de Hume*³⁶. Esta discusión se relaciona estrechamente con la posibilidad de construir a su vez una lógica de normas. Si la noción de consecuencia lógica está íntimamente ligada con la noción de verdad y falsedad de los enunciados contenidos en un razonamiento, y si es cierto que las normas no son verdaderas ni falsas, entonces parece cierto que no puede construirse una lógica de normas. Los problemas, entonces, se subdividen en dos grandes grupos³⁷:

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

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

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

³⁶ La expresión proviene de Max Black. "The Gap between 'Is' and 'Should'", *Philosophical Review*, 73 (1964).

³⁷ Sigo en este punto la presentación hecha por G.H. Von Wright en "Is and Ought" en Bulygin E., Gardes, J-L y Niiniluoto, I. (eds.) *Man, Law and Modern Forms of Life* (Boston: Kluwer Academic Publishers, 1985) pp. 263-281.

000079

volitivo (en el prescriptivismo) tiene una capacidad constitutiva de un deber. Se debe porque se desea³⁸.

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

Independientemente de esta discusión (en la que no pretendo entrar en este trabajo), parece innegable que un iuspositivista coherente debería sin duda ubicarse en el campo no-cognitivistista o prescriptivista de las normas y de allí sostener que aquéllo que parece un salto lógico es en realidad un producto de la decisión humana individual o grupal (v.g. del Poder Legislativo). La guillotina de Hume sirve precisamente para desenmascarar (si es que se asume que hay algo que desenmascarar) el paso de premisas descriptivas a prescriptivas encubierto bajo afirmaciones iusnaturalistas como "...*existe, por tanto es bueno; es bueno, por tanto es debido...*". Lo que trata de mostrar un prescriptivista (y un iuspositivista en general) es que entre estas tres premisas existe al menos una decisión de un grupo de personas dirigida a lograr que el mundo cambie o se adapte en algún aspecto. Dicho más simplemente, que existe una decisión imputable a alguien y toca a nosotros ver quién la ha realizado, **cuál es su contenido** y en qué medida ella se encuentra justificada de acuerdo a otros valores (políticos, prudenciales, etc.). Por tanto el rendimiento de esta categoría radica precisamente en que reduce la existencia de obligaciones jurídicas a la decisión de sujetos y, como consecuencia, no reconstruye a esos deberes como imputables a cómo es el mundo o a cómo es la naturaleza. La actividad del científico del derecho en este caso consiste en detectar cuándo se ha decidido que un cierto estado de cosas tenga lugar (se ha dictado una norma), **cuál es su contenido** y porqué esa decisión puede ser plausible, razonable o criticable. Parece claro que esto no puede ser hecho sino se detecta cierto problema en el paso de

³⁸ En términos de Von Wright "el asentir (o aceptar) una norma no es afirmar su verdad -y el no asentirla (o no aceptarla) no implica negar su verdad. Aseverar o rechazar una norma se parece más a un acto de legislación o de otorgamiento de una norma a uno mismo" [la traducción es mía, en el original "...to assent a norm is not to affirm a truth -and to dissent is not denial (of truth). To assent (or dissent) is more like an act of legislation or norm-giving itself....", ob. cit. p. 278.

premisas descriptivas a prescriptivas y no se asume que hay alguien que ha decidido que el mundo debe ser así. El prescriptivismo, el iuspositivismo en general, de la mano de la guillotina de Hume pretende sostener:

- i) por un lado que no existen deberes *per se*, o naturales;
- ii) por el otro, que es necesario aceptar un salto lógico entre ser y deber ser si queremos encontrarnos en condiciones de detectar dónde se ha cometido el salto y quién lo ha llevado a cabo³⁹;
- iii) y, por "ii", que el contenido y alcance de esos deberes depende del contenido y alcance de la decisión humana, esto es, de la efectiva forma en que esos sujetos han decidido ordenar el mundo y qué cosas han tenido en cuenta al formular una norma;

Enfoques como los de Schauer-Aienza-Ruiz Manero mezclan injustificadamente estas máximas iuspositivistas con ciertas nociones iusnaturalistas y asumen que las decisiones humanas (las normas promulgadas) tienen *necesariamente* un cierto contenido (razones subyacentes o base justificante) lo cual, como se mostró más arriba, constituye un non-sequitur *interpretativo*. Si asumimos que los deberes son un producto humano (fuentes sociales) y que, por tanto, el contenido de ese deber *creado* depende de lo que ese grupo humano realmente tenía en mente al momento de dictarlo (y no aquéllo que idealmente deberían tener en cuenta al momento de legislar) se puede concluir que no es cierto que siempre tras el dictado de una norma (tras la decisión prescriptivista) existan razones subyacentes (entendidas en sentido evaluativo). La guillotina de Hume en conjunción con el prescriptivismo muestra que los deberes tienen el contenido que tienen dependiendo de lo que quiso o no el grupo de sujetos que los promulga y no el contenido que *deberían* tener de acuerdo a otros sistemas de valores. En todo caso, que la adecuación entre los deberes existentes (dictados por la autoridad) y cierto sistema de valores es un aspecto contingente. No sólo puede ser cierto que

³⁹ En realidad la tesis de, p. ej. Von Wright, trata de mostrar que no habría tal cosa como un salto porque el deber en cuestión no nace de los hechos, sino de cierta decisión normativa. En todo caso lo que Von Wright estaría asumiendo es que o bien asumimos que el puente entre ser y deber es insalvable, o bien asumimos que no estamos saltando de un punto hacia el otro, sino que siempre nos hemos movido en el terreno de los deberes y las consecuencias que se siguen de ellos. En este sentido me aventuro a decir que la estrategia de Von Wright es precisamente la negación de la estrategia naturalista. Esta dice que no hay necesidad de un puente porque todos los aspectos se encuentran en el mismo ámbito del ser, mientras que Von Wright estaría sosteniendo que no hay necesidad de un puente, porque seguimos hablando (si somos prescriptivistas) de deberes y las consecuencias que se siguen de ellos. Agrega, en esta línea, que la sensación de este salto viene dada por una confusión de planos entre lo que la norma prescribe y el estado de cosas que debería existir en el mundo para que esa norma fuese satisfecha (diferencia entre deber "normativo" y deber "técnico" relativo a la relación entre medios y fines). Cfr. ob. cit. pp. 276 y 277.

el poder legislativo tenga en cuenta una base axiológica distinta a la que poseemos nosotros (caso de discordancia entre dos esquemas axiológicos) sino que puede ser también cierto que la autoridad no tenga en cuenta ninguno. Asumir que el legislador en cada promulgación de una norma tiene en cuenta *al menos* una base axiológica o justificante a partir de la cual decide lo que decide es precisamente asumir lo que un iuspositivista debería negar. Siempre y cuando se pretenda conservar la posibilidad de distinguir entre lo que el derecho de *hecho es*, y lo que *debería ser*. Un iuspositivista traiciona sus puntos de partida metodológicos no sólo cuando colapsa el sistema axiológico utilizado por el legislador en su propio sistema de valores, sino también cuando asume que sea cual sea el caso, el legislador siempre tiene *al menos* un sistema de valores que pretende favorecer o desalentar.

A su vez, la conjunción de estas herramientas metodológicas (diferenciación entre hecho y valor, indivisibilidad del ser del deber ser, guillotina de Hume, normas como producto de decisiones humanas, prescriptivismo, etc.) no sólo constituye una herramienta de análisis fundamental para quien, como el iuspositivista, decide limitarse a describir los aspectos estructurales o conceptuales de un sistema jurídico, sino también para quien decide describirlos y someterlos a crítica (apelando a la historia, la economía, la sociología, la política, etc.)⁴⁰. Es precisamente la vertiente *Crítica* quien ha insistido en la necesidad de desmitificar los procesos de legislación y decisión colectiva, invitando a deconstruir los verdaderos factores que motivan una decisión legislativa (ideológicos, económicos, políticos). No hay porqué pensar que el proceso de legislación se reduzca necesariamente (aunque sería bueno que lo hiciese) a promulgar normas teniendo en cuenta el mejor estado de cosas posible para una determinada comunidad. Más bien, los datos que provienen de la sociología y la historia muestran que en la decisión legislativa intervienen aspectos de los cuales el legislador puede ser completamente consciente

⁴⁰ Es posible sostener que críticos e iuspositivistas discrepan precisamente sobre cuáles son los hechos de los que debería dar cuenta una teoría para considerarse *completa o satisfactoria*. Hasta donde alcanzo a ver la teoría Crítica en general (y la Argentina en particular) no sostiene que los análisis positivistas (basados en la lógica y la filosofía del lenguaje) sean falsos, sino que son reduccionistas y por tanto insuficientes. En este sentido la escuela Crítica no objeta la incorrección de esas herramientas sino la idea que el análisis del derecho pueda reducirse a esos y sólo a esos aspectos. En este sentido, p. ej., Cárcova afirma "...sin embargo, los positivistas vernáculos suelen incurrir en este respecto en equívocos teóricos y excesos retóricos...., es el carácter reductivo y por lo tanto insuficiente de esa concepción, que sólo considera la dimensión normativa del fenómeno jurídico, dejando 'afuera', esto es, declarando impertinentes, sus dimensiones éticas, políticas, teleológicas, etc., lo que facilita la aureola de sistematicidad de que es portadora..." (el subrayado es mío) Cfr. Cárcova, C.M. "Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho" en Courtis, C. (comp.) *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho* (Buenos Aires: Eudeba, 2001) p. 20.

(favorecimiento de un grupo mayoritario en detrimento de las minorías, favorecimiento de un interés de clase en detrimento de las mayorías, etc.) o completamente inconsciente de la base justificante de sus actos (actuando como *vehículo inconsciente de poder*, para utilizar una frase acuñada por Foucault, i.e. con desconocimiento de cuáles son los valores políticos o morales que está favoreciendo).

En todo caso, la existencia *tras* la regla de una concepción de cómo debería ser el mundo o qué cosa maximizaría el bienestar de un grupo es un aspecto contingente, que dependerá de la calidad y legitimación de cada órgano legislativo en particular. No es para nada obvio que las normas emanadas de la legislatura posean siempre esa carga de *racionalidad* que le pretenden atribuir enfoques como los que incurra en el *non-sequitur interpretativo*. En todo caso sería valioso que el legislador fuese *racional* (y aún resta decidir bajo qué condiciones diríamos que alguien es *racional*) pero de ello no se sigue que de hecho lo sea. Y tampoco se sigue que sea necesario, en el plano interpretativo, atribuir más que una modesta carga de racionalidad basada en lo que aquí se ha llamado *razones conceptuales*.

VI. Conclusiones

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

000081

reduce a sostener que nuestros enunciados descriptivos son evaluativamente-dependientes *porque* el derecho es evaluativamente-dependiente;

v) Reconstrucciones como la de Schauer-Atienza-Ruiz Manero contradicen abiertamente los puntos de partida iuspositivistas (prescriptivismo, tesis de las fuentes sociales, distinción entre ser y deber) dado que sostienen como *necesarias* características del derecho que son sólo *contingentes*;

vi) La distinción entre ser y deber ser y las precauciones metodológicas a las que invita la guillotina de Hume son tanto útiles para un iuspositivista como para quien pretende describir y luego someter a crítica el tipo de relaciones de poder que se suscitan y que explican los procesos de decisión colectivos;

No resulta para nada inusual que algunos teóricos mitifiquen ciertos aspectos del derecho. Esto alcanza por igual a iuspositivistas y iusnaturalistas. En todo caso, sigue siendo valioso esforzarse por mostrar cómo ciertas estrategias conceptuales y semánticas (como las del derecho entendido en función de razones) pueden tanto prestar un valioso servicio teórico como *naturalizar* una cierta forma de pensamiento. La *naturalización* de cierta forma de pensamiento es y será siempre un síntoma o indicio de cierta ideología que merece ser (al menos) revisada y, en el peor de los casos, desechada. El desafío continúa siendo, creo, tratar de detectar cuándo algo que se presenta como necesario es meramente contingente, y qué consecuencias se siguen de tal descubrimiento para la teoría, la política y la moral.



Ariel Derecho

Ronald Dworkin

Los derechos en serio

Editorial Ariel, S.A.
000083 *Barcelona*

Diseño cubierta: Nacho Soriano

Título original:
Taking Rights Seriously
Gerald Duckworth & Co. Ltd., Londres

Traducción de
MARTA GUASTAVINO

1.ª edición: septiembre 1984
1.ª reimposición: diciembre 1989
2.ª reimposición: septiembre 1995

© 1977: Ronald Dworkin

Derechos exclusivos de edición en castellano
reservados para todo el mundo
y propiedad de la traducción:
© 1984 y 1995: Editorial Ariel, S. A.
Córcega, 270 - 08008 Barcelona

ISBN: 84-344-1508-9

Depósito legal: B. 36.918 - 1995

Impreso en España

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño
de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida
en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico,
químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia,
sin permiso previo del editor.

ENSAYO SOBRE DWORKIN

Ronald Dworkin es actualmente el sucesor de Hart en su cátedra de la Universidad de Oxford y uno de los principales representantes de la filosofía jurídica anglosajona. El libro que se presenta a los lectores de habla castellana está formado por un conjunto de artículos escritos en la última década.

Crítico implacable y puntilloso de las escuelas positivistas y utilitaristas, Dworkin —basándose en la filosofía de Rawls y en los principios del liberalismo individualista— pretende construir una teoría general del derecho que no excluya ni el razonamiento moral ni el razonamiento filosófico. En este sentido Dworkin es el *antiBentham* en tanto considera que una teoría general del derecho no debe separar la ciencia descriptiva del derecho de la política jurídica. Por otra parte —y también frente a Bentham que consideraba que la idea de los derechos naturales era un disparate en zancos— propone una teoría basada en los derechos individuales, lo cual significa que sin derechos individuales no existe «el Derecho».

La obra de Dworkin ha originado una polémica muy importante que ha trascendido más allá de los círculos académicos. Las tesis de Dworkin han tenido más detractores que seguidores. Un lector imparcial se encontrará con la paradoja de que sus críticos le hayan dedicado tanta atención y, sin embargo —si se atiende al contenido de sus críticas—, sostengan que no merece la pena tomárselo en serio.¹ Es muy posible que la paradoja sea más aparente que real porque la filosofía jurídica de Dworkin constituye un punto de partida interesante para la crítica del positivismo jurídico y de la filosofía utilitarista. Por otra parte pretende fundamentar la filosofía política liberal sobre unas bases más sólidas, progresistas e igualitarias. Todo ello explica el impacto de su obra en el marco de la filosofía jurídica actual.

En Europa continental la obra de Dworkin no es muy conocida. Recientemente se ha traducido al italiano este mismo libro y algunos autores le han dedicado atención. Una de

000084

las razones por las cuales las tesis de Dworkin no han merecido atención aquí se debe a que el autor americano ha prescindido de los desarrollos de la filosofía jurídica europea continental. Genaro Carrió —uno de sus críticos más relevantes de habla castellana— se sorprende de que en la obra de Dworkin (que constituye un importante ataque al positivismo) no merezcan atención los autores más representativos de las doctrinas positivistas de nuestros tiempos como Bobbio o Ross.² Posiblemente esta falta de atención hacia las escuelas europeas haya reducido el ámbito de influencia de las teorías de Dworkin. Muchos autores —que lo citan— se limitan a etiquetarle de «apologeta del sistema americano» o de «neoiusnaturalista»³ para evitar un enfrentamiento directo con la *incomodidad* que producen sus tesis. Y, ciertamente, es un autor incómodo porque pone en cuestión los presupuestos del positivismo jurídico, de la filosofía política utilitarista y, además, rescata la filosofía liberal del conservadurismo

LAS TESIS SOBRE EL POSITIVISMO

Ronald Dworkin es un autor que rechaza explícitamente las doctrinas positivistas y realistas que han dominado el pensamiento jurídico en los últimos tiempos. Y precisamente rechaza el positivismo desde la *perspectiva metodológica*, única vía que permitía unificar la diversidad de escuelas positivistas.⁴ Una concepción del derecho que niegue la separación absoluta entre el derecho y la moral, y que no acuda a principios de justicia material preestablecidos —como hacía el viejo iusnaturalismo— es una *doctrina peligrosa*. Y es peligrosa porque Dworkin demuestra que en la práctica jurídica de los tribunales, la distinción entre el derecho y la moral no es tan clara como sostienen los positivistas. Acudir al derecho que se aplica y obedece para demostrar que la moral interviene en el derecho, es muy peligroso para la doctrina positivista porque pone de manifiesto la debilidad de su enfoque. La crítica del supuesto de la distinción rígida entre el derecho y la moral es el objetivo fundamental de su «ataque al positivismo». Dworkin toma como punto de referencia la teoría de Hart porque considera que es la versión más depurada del positivismo jurídico.

Normas, directrices y principios

El «ataque al positivismo» se basa en una distinción lógica entre normas, directrices y principios. Según Dworkin el modelo positivista sólo tiene en cuenta las normas que tienen la particularidad de aplicarse en *toto* o no aplicarse. El modelo positivista es estrictamente normativo porque sólo puede identificar normas y deja fuera del análisis las directrices y los principios. El concepto de una norma clave —como la regla de reconocimiento— permite identificar las normas mediante un test que él denomina *el test de su pedigree o de su origen*.^{*} Dworkin considera que el test de pedigree es un test adecuado si se afirma —con el positivismo— que el derecho es un conjunto de normas. Pero precisamente pretende demostrar que esa visión del derecho es unilateral. Junto a las normas, existen principios y directrices políticas que no se pueden identificar por su origen sino por su contenido y fuerza argumentativa.

El criterio de la identificación de los principios y de las directrices no puede ser el test de origen. Las directrices hacen referencia a objetivos sociales que se deben alcanzar y que se consideran socialmente beneficiosos. Los principios hacen referencia a la justicia y la equidad (*fairness*). Mientras las normas se aplican o no se aplican, los principios *dan razones para decidir* en un sentido determinado, pero, a diferencia de las normas, su enunciado no determina las condiciones de su aplicación. El contenido material del principio —*su peso específico*— es el que determina cuándo se debe aplicar en una situación determinada.

Los principios —además— informan las normas jurídicas concretas de tal forma que la literalidad de la norma puede ser desatendida por el juez cuando viola un principio que en ese caso específico se considera importante. Para dar fuerza a su argumento Dworkin da una serie de ejemplos de pro-

* Las doctrinas positivistas más desarrolladas han utilizado como criterio de identificación del sistema jurídico una norma clave. Tal es el caso de la norma fundamental de Keisen o la regla de reconocimiento de Hart. La regla de reconocimiento de Hart consiste en una práctica social que establece que las normas que satisfacen ciertas condiciones son válidas. Cada sistema normativo tiene su propia regla de reconocimiento y su contenido varía y es una cuestión empírica. Hay sistemas normativos que reconocen como fuente del derecho un libro sagrado, o la ley, o las costumbres, o varias fuentes a la vez. La regla de reconocimiento es el criterio que utiliza Hart para identificar un sistema jurídico y fundamenta la validez de todas las normas derivadas de ella.

blemas difíciles resueltos por la Corte Constitucional americana y demuestra el papel que de hecho juegan los principios.⁵

Los positivistas —ante la crítica de Dworkin— han reaccionado de modos muy diversos. Algunos, como Carrió,⁶ han sostenido que el ataque de Dworkin al positivismo es más aparente que real y que se mueve todavía en el ámbito del positivismo. Otros han señalado que una modificación de la regla de reconocimiento sería suficiente para invalidar la crítica. Mientras que desde otras perspectivas se ha afirmado que Dworkin representa un nuevo renacimiento del iusnaturalismo.

La regla de reconocimiento

La distinción entre normas y principios es el instrumento que se utiliza para rechazar la regla de reconocimiento como criterio para la identificación del derecho. Genaro Carrió sostiene que esta crítica no da en el blanco porque la regla de reconocimiento no sólo permite identificar normas sino también principios. Carrió pone el siguiente ejemplo: «Imaginemos un país que carece de Constitución escrita. Imaginemos además que en aquella comunidad los jueces y funcionarios rechazan sistemáticamente como normas válidas ... las que son contrarias a los preceptos del Corán. Este criterio no haría referencia exclusivamente al modo de origen o pedigríe de la norma porque tendría en cuenta el contenido».⁷

Otros autores —más cercanos a Dworkin—, como Sartorius en *Individual Conduct and Social Norms*, mantienen la tesis de que «es posible encontrar un criterio complejo por medio del cual se puede determinar que ciertos principios y directrices forman parte del derecho de la misma forma que las normas y los precedentes judiciales».⁸ Este objetivo se puede conseguir ampliando un poco el contenido de la regla de reconocimiento.

Estos autores tratan de integrar la distinción entre normas y principios en la tradición positivista mediante una modificación de la regla de reconocimiento.

Una postura distinta mantiene Raz. Este autor —discípulo de Hart— ha puesto de manifiesto las debilidades de la regla de reconocimiento como criterio de identificación del sistema jurídico. Pero, de la insuficiencia de la regla de reconocimiento no se puede inferir —como hace Dworkin— la

imposibilidad de encontrar un criterio que permita identificar el derecho.⁹

El neoiusnaturalismo de Dworkin

La reacción positivista no se ha limitado a la mera modificación de la regla de reconocimiento (Carrió o Sartorius) o a la búsqueda de criterios distintos (Raz) para la identificación del derecho. Algunos autores han interpretado la obra de Dworkin como una nueva versión del iusnaturalismo. Richards sostiene que «la interpretación del razonamiento judicial ha sido utilizada por Dworkin para defender una forma de iusnaturalismo en oposición al positivismo de Hart. El razonamiento jurídico, según Dworkin, invoca y utiliza principios que los tribunales desarrollan lentamente mediante un largo proceso de razonamiento y de creación de precedentes. Estos principios son específicamente morales. En consecuencia, el razonamiento jurídico depende del razonamiento moral, en el sentido de que los principios morales juegan un papel muy importante en el razonamiento jurídico, especialmente en los casos difíciles. Y, por tanto, la tesis central del positivismo —la separación entre el derecho y la moral— es falsa; no se puede separar el razonamiento jurídico del razonamiento moral. Para Dworkin una interpretación teórica aceptable del razonamiento jurídico requiere «la verdad del iusnaturalismo».¹⁰

Sin embargo, Dworkin no es un autor iusnaturalista porque no cree en la existencia de un derecho natural que está constituido por un conjunto de principios unitarios, universales e inmutables. La teoría del autor americano no es una *caja de caudales trascendental* que permite solucionar todos los problemas y que fundamenta la validez y la justicia del derecho. Dworkin rechaza el modelo de razonamiento típico del naturalismo —que se basa en la existencia de una moral objetiva que el hombre puede y debe descubrir. El autor americano intenta construir una tercera vía —entre el iusnaturalismo y el positivismo— fundamentada en el *modelo re-constructivo* de Rawls.¹¹ Se parte del presupuesto de que el razonamiento moral se caracteriza por la construcción de un conjunto consistente de principios que justifican y dan sentido a nuestras intuiciones. Las intuiciones de nuestros juicios son los datos básicos, pero esos datos y esos juicios deben acomodarse al conjunto de principios. Esta tarea recons-

tractivo-racional del pensamiento moral no es exclusiva de éste, ya que Dworkin la extiende al pensamiento jurídico. Por eso se puede afirmar con Neil MacCormick¹² que el propósito de Dworkin es reinstaurar la relación íntima entre el razonamiento moral y el razonamiento jurídico que desde Bentham y Austin se habían separado radicalmente y desde entonces ha constituido el auténtico hilo conductor de las doctrinas positivistas.

Pero la relevancia de su tesis no se encuentra en este nivel de restauración de la relación entre el derecho y la moral. Con su poderoso aparato analítico rechaza el iusnaturalismo prebenthamiano y pone en cuestión muchas de las tesis que han sostenido los positivistas. Dworkin ha descrito el sistema y el funcionamiento Constitucional de Estados Unidos (su teoría no es conceptual sino descriptiva como observa Soper¹³) y ha puesto de manifiesto la fusión entre los principios morales y jurídicos. Con esta descripción ha pretendido demostrar que el modelo positivista es incapaz de describir correctamente el derecho. Sobre este punto Carrió ha señalado que «la descripción de Dworkin de las actitudes de los jueces americanos es correcta pero no puede ser invocada como contraejemplo del positivismo... La Constitución americana ha incorporado algunos *standards* morales como criterios de validez jurídica y los jueces americanos aplican estos *standards* como criterios últimos de validez. A causa de esta circunstancia, la conexión existente en aquel país entre el derecho y la moral, aunque sea importante y estrecha, no es una conexión necesaria o conceptual sino fáctica».¹⁴

En resumen, la crítica al presupuesto de la separación absoluta entre el derecho y la moral, le conduce a la construcción de una teoría del derecho en la cual la moral y la política ocupan un lugar relevante. Dworkin se ha preocupado de analizar las relaciones entre el derecho y la moral. No ha desgajado ambas parcelas como lo habían hecho los metodólogos de la pureza.

Pero eso no lo hace en nombre del irracionalismo o de un nuevo iusnaturalismo ontológico prebenthamiano. La tercera vía —frente al iusnaturalismo y el positivismo— que pretende abrir el autor americano tiene su propio aparato analítico: el modelo de la reconstrucción racional aplicado al conocimiento —y a la crítica— del derecho.

LA FUNCIÓN JUDICIAL

Según Dworkin el modelo positivista hartiano es incapaz de dar cuenta de la complejidad del derecho. Para poner a prueba las tesis positivistas plantea el problema de la función judicial. En la tradición positivista más desarrollada (el caso de Hart en su obra *The Concept of Law*) se mantiene la tesis de la discreción judicial. En caso de que no exista una norma exactamente aplicable el juez debe decidir discrecionalmente. El derecho no puede ofrecer respuesta a todos los casos que se plantean. El positivismo hartiano sostiene que en los *casos difíciles* no existe respuesta correcta previa a la decisión del juez, que tiene un marcado carácter discrecional. Dworkin atacará la teoría de la función discrecional de los jueces enunciando la tesis de la respuesta correcta.

Los casos difíciles

El análisis de los casos difíciles y la incerteza del derecho que supone es la estrategia elegida por el autor americano para criticar el modelo de la función judicial positivista. Un caso es difícil si existe incerteza, sea porque existe varias normas que determinan sentencias distintas —porque las normas son contradictorias—, sea porque no existe norma exactamente aplicable.

Dworkin sostiene que los casos difíciles tienen respuesta correcta. Los casos insolubles son extraordinarios en derechos mínimamente evolucionados. Es evidente que puede haber situaciones a las que no pueda aplicarse ninguna norma concreta, pero eso no significa que no sean aplicables los *principios*. Dworkin señala que el material jurídico compuesto por normas, directrices y principios es suficiente para dar una respuesta correcta al problema planteado. Sólo una visión del derecho que lo identifique con las normas puede mantener la tesis de la discreción judicial.

El autor americano reconstruye casos resueltos por la jurisprudencia y muestra que su teoría justifica y explica mejor los casos difíciles que la teoría de la discreción judicial. Cuando nos encontramos frente a un caso difícil no es una buena solución dejar libertad al juez. Y no es una buena solución porque el juez no está legitimado ni para dictar nor-

mas ni mucho menos para dictarlas de forma retroactiva si es que nos tomamos la democracia —y su sistema de legitimación— en serio. Al juez se le debe exigir la búsqueda de criterios y la construcción de teorías que justifiquen la decisión. Y ésta debe ser consistente con la teoría.

Los jueces en los casos difíciles deben acudir a los principios. Pero como no hay una jerarquía preestablecida de principios es posible que éstos puedan fundamentar decisiones distintas. Dworkin sostiene que los principios son dinámicos y cambian con gran rapidez y que todo intento de canonizarlos está condenado al fracaso. Por esa razón la aplicación de los principios no es automática sino que exige el razonamiento judicial y la integración del razonamiento en una teoría. El juez ante un caso difícil debe balancear los principios y decidirse por el que tiene más peso. El *reconstructionismo* conduce a la búsqueda incesante de criterios objetivos.

Dworkin propone un modelo de juez omnisciente —el célebre Hércules— que es capaz de solucionar los casos difíciles y encontrar respuestas correctas para todos los problemas. Para ello recurre a la construcción de una teoría coherente. Pero es posible que se construyan teorías que justifiquen respuestas distintas. En ese caso, Dworkin recomienda acoger la teoría que justifique y explique mejor el derecho histórico y el derecho vigente.

Pero aquí se encuentran nuevas dificultades. ¿Cómo se va a saber si la teoría A es mejor que la teoría B? ¿Acaso no se necesitaría un criterio de evaluación de teorías que permitiera decidir entre ellas? ¿No se tendrá la tentación de absolutizar la propia teoría y considerarla como la «mejor»? Sobre este punto Dworkin no ofrece respuesta.

Por otra parte, como ha señalado MacCormick, el modelo constructivo del razonamiento se transforma en el modelo natural.¹⁵ Este Hércules ¿acaso no ejerce un papel semejante a Dios o a la Razón en la reflexión iusnaturalista? Es posible que la tesis de la respuesta correcta exija un criterio absoluto de evaluación de las teorías, y al absolutizar un criterio la tesis de la respuesta correcta no surge de la utilización del modelo de reconstrucción sino de una hipotética ordenación valorativa absoluta. Por eso muchos autores han considerado la filosofía jurídica de Dworkin como una inteligente restauración del viejo iusnaturalismo.

El núcleo más importante de la crítica al modelo de la función judicial positivista está centrado en el tema de los

casos difíciles. Dworkin sostiene que cuando existen contradicciones o lagunas el juez no tiene discreción porque está determinado por los principios. Esta tesis está fundamentada en dos argumentos: A) cualquier norma se fundamenta en un principio; B) los jueces no pueden crear normas retroactivas. Tienen la obligación de aplicar los principios porque forman parte esencial del derecho. Los principios no son pseudorreglas. En el análisis de los principios aparece con claridad meridiana la relación entre el razonamiento moral y el razonamiento jurídico.¹⁶

Pero el rechazo de la discrecionalidad del juez tiene también motivos políticos. Si se admite la discreción judicial entonces los derechos de los individuos están a merced de los jueces. La tesis de la discrecionalidad supone retroactividad. Los derechos individuales sólo son derechos si triunfan frente al gobierno o la mayoría. Dejar a la discrecionalidad del juez la cuestión de los derechos significa no tomarse en serio los derechos. Frente al poder político del juez —poder creador de derecho discrecional— Dworkin propugna la función garantizadora —no creadora— del juez.

La crítica al positivismo y al realismo tiene el mérito de haber abierto una vía de análisis y crítica, pero corre el riesgo propio de todo aquel que se enfrenta a doctrinas bien establecidas. La distinción lógica entre normas y principios, el modelo de reconstrucción (heredado de Rawls), la fusión entre moral y derecho (heredada de Fuller) y la tesis de la respuesta correcta son las principales herramientas de crítica al positivismo.

La incerteza y la función de la teoría

Una de las claves del éxito de la obra del autor americano se encuentra en su preocupación por el tema de la *certeza* del derecho. Su teoría tiene la originalidad de enfocar el análisis del derecho desde la perspectiva de los casos difíciles y de las incertezas que producen. Los casos difíciles plantean problemas que la teoría debe resolver. Este planteamiento le proporciona una dimensión práctica y funcional muy importante. La teoría sirve —efectivamente— para la reducción de la incertidumbre.

El expediente positivista ante el caso difícil es abandonar el problema a la irracionalidad y al sentimiento subjetivo del juez. Dworkin mantiene la tesis de la «búsqueda de la racio-

nalidad». Por muy criticable que sea la tesis de la respuesta correcta, y por mucho que consideremos que la incerteza es «particularmente difícil de destruir en cualquier teoría jurídica»¹⁷ se debe reconocer el mérito a autores como Dworkin o Sartorius de haber buscado la reducción de la irracionalidad. Estos autores han puesto de manifiesto el alto precio que se paga si se concede al juez la discrecionalidad. Los positivistas pagan ese precio sin darse cuenta de que están aceptando leyes retroactivas.¹⁸

Profundamente relacionado con el problema de la certeza se encuentra la idea de Dworkin acerca de la función de la teoría. Según el autor americano la teoría del derecho tiene la función de reducir la incerteza del derecho. La mejor teoría de Hércules no sólo tiene funciones descriptivas sino que sirve para solucionar casos difíciles. Dworkin considera que toda teoría jurídica debe tener un aspecto descriptivo y otro aspecto prescriptivo. La teoría no sólo sirve para conocer el derecho vigente sino que también es un auxiliar indispensable para el juez. Dworkin destruye el supuesto metodológico positivista de la separación absoluta entre la descripción y la prescripción. En un caso difícil la teoría sirve para que el juez decida con fundamento racional. La teoría es el fundamento de la validez de la tesis de la respuesta correcta. Sin una teoría del derecho no es posible solucionar los casos difíciles. El juez al utilizar la teoría como criterio para la resolución de los conflictos sociales aplica el derecho. La teoría no sólo describe sino que forma parte del derecho.

Es posible que los juristas educados en la tradición positivista se rasguen las vestiduras ante tamaña blasfemia, pero, tal como lo enfoca Dworkin sus tesis exigen respuestas. ¿No es posible demostrar que las teorías jurídicas se utilizan para resolver casos difíciles?

LA TESIS DE LOS DERECHOS

La filosofía jurídica de Dworkin está fundamentada en los derechos individuales. Ello significa que los derechos individuales —y muy especialmente el derecho a la igual consideración y respeto— son *triumfos* frente a la mayoría. Ninguna directriz política ni objetivo social colectivo puede triunfar frente a un auténtico derecho.

La filosofía política de Dworkin es antiutilitarista e individualista. En la base de las teorías utilitaristas se encuen-

tran fines colectivos a los cuales se deben subordinar los derechos individuales. Bentham —desde su específica perspectiva utilitarista— afirmó que la idea de unos derechos naturales individuales era un disparate en zancos. Dworkin rechaza el utilitarismo porque no se toma en serio los derechos y se alinea en esa dirección de pensamiento que opone al utilitarismo una auténtica teoría de los derechos. El planteamiento de Dworkin es cercano al pensamiento de Stuart Hampshire. Este autor en un libro reciente¹⁹ ha sostenido que durante décadas el utilitarismo ha sido una doctrina progresiva que ha facilitado y promovido la sociedad del bienestar, pero en los últimos tiempos se ha convertido en un serio obstáculo para el progreso moral. Dworkin sostiene que los objetivos sociales sólo son legítimos si respetan los derechos de los individuos. Una verdadera teoría de los derechos debe dar prioridad a los derechos frente a los objetivos sociales.

Ahora bien, ¿cómo entiende los derechos? Los positivistas consideran que los únicos derechos existentes son los reconocidos por el sistema jurídico. Frente al positivismo Dworkin mantiene que junto a los derechos legales existen derechos morales. Los derechos jurídicos y los derechos morales no pertenecen a órdenes conceptuales distintos. En caso de conflicto entre derechos morales y jurídicos éstos no triunfan necesariamente sobre aquéllos. Si el juez decide que las razones derivadas de los derechos morales son tan fuertes que le imponen la obligación moral de hacer todo lo que pueda por apoyar esos derechos, entonces es posible que deba mentir. Según Dworkin el problema de los derechos no se resuelve mediante el mero reconocimiento legal porque el umbral entre derechos morales y jurídicos es difuso.

La garantía de los derechos individuales es la función más importante del sistema jurídico. El derecho no es más que un dispositivo que tiene como finalidad garantizar los derechos de los individuos frente a las agresiones de la mayoría y del gobierno.

Un ejemplo servirá para explicar la concepción de los derechos como triunfos frente a la mayoría. Imaginemos que cuatro personas deciden asociarse para practicar deporte. Crean una sociedad y en sus estatutos estipulan que las decisiones se tomarán por el acuerdo de la mayoría. Una vez constituida la sociedad se decide por unanimidad la construcción de una pista de tenis. Una vez construida la pista, los socios deciden por mayoría que una de las personas aso-

ciadas —que es de raza negra— no puede jugar porque no quieren negros en la pista. ¿Acaso la ley de la mayoría es una ley justa? Si eso se puede hacer, ¿qué sentido tiene el derecho a la igual consideración y respeto?

Una teoría que se tome en serio los derechos no considerará válido este acuerdo porque la persona discriminada tiene un derecho individual que puede triunfar frente a la mayoría. El derecho a no ser discriminado adquiere relevancia frente a los bienes colectivos y sólo es un auténtico *derecho* si puede vencer a la mayoría.

El esquema que utiliza Dworkin para explicar la tesis de los derechos está centrado en el análisis de las controversias judiciales. Se podría sintetizar del siguiente modo: A) En todo proceso judicial existe un juez que tiene la función de decidir el conflicto; B) Existe un derecho a vencer en el conflicto y el juez debe indagar a quién corresponde vencer; C) Este derecho a vencer existe siempre aunque no exista norma exactamente aplicable; D) En los casos difíciles el juez debe conceder la victoria a una parte basándose en principios que le garantizan el derecho; E) Los objetivos sociales están subordinados a los derechos y a los principios que los fundamentan; F) El juez —al fundamentar su decisión en un principio preexistente— no inventa un derecho ni aplica legislación retroactiva: se limita a garantizarlo.

Este esquema ha sido objeto de numerosas críticas. En primer lugar, para que el esquema funcione es preciso especificar cuáles son los principios aplicables y ésa no es una tarea fácil, pues como ya afirmó Dickinson «los más amplios y fundamentales principios del derecho casi nunca se pueden aplicar directamente como criterios de decisión en las controversias. Por una parte, el principio es demasiado general —por ejemplo, el respeto al derecho de propiedad... y puede ser sostenido por las dos partes en el conflicto... Por otra parte si el principio es más restringido, quizá puede expresar y defender el interés de una parte y entonces puede colisionar con otro principio igualmente válido que defiende el interés de la otra parte».²⁰

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que —como afirma Hart— «la decisión judicial, especialmente en temas de importancia constitucional, implica la elección entre valores morales y no meramente la aplicación de un solo principio moral; por tanto es una locura pensar que donde el sentido del derecho es dudoso la moralidad siempre puede dar respuesta».²¹

En tercer lugar, la mayoría de las constituciones de los países desarrollados —como, por ejemplo, Alemania, Francia, Italia— son sociedades pluralistas. Sus constituciones son fruto de compromisos entre ideologías políticas distintas y por tanto un conflicto entre principios es posible y muy frecuente en razón de su pluralismo.

Estas objeciones son serias. Dworkin reconoce que los conflictos entre principios se pueden producir. Pero Dworkin sostiene que cuando existe un conflicto no puede dejarse el tema en manos de la discreción del juez. Éste debe dar el triunfo al principio que tenga mayor fuerza de convicción. La tarea del juez será la justificación racional del principio elegido. Sartorius —en la línea de Dworkin— sugiere un criterio no sustantivo sino meramente formal. La decisión correcta será aquella que satisfaga el máximo de adhesión.²² Y esa adhesión la tendría la teoría del juez omnisciente. Hércules.

Dejar las cosas como las deja Hart —dando libertad discrecional al juez— significa no apurar el campo de las decisiones racionales. Dworkin —a pesar de las dificultades— mantiene que la mejor teoría del derecho será capaz de reducir la incerteza y la inseguridad mediante la justificación de criterios objetivos.

La tesis de los derechos ha recibido numerosas críticas. Por ejemplo MacCormick ha señalado que la resolución de un conflicto entre principios no supone la creación de un nuevo derecho ni la aplicación de una norma retroactiva. Simplemente se trata de la *elección entre derechos*.²³ Sería imposible aquí citar las críticas que ha suscitado la tesis de los derechos. Es indudable que Dworkin plantea temas de fundamental importancia para todo aquel que esté interesado en el estudio de los derechos. No hay que olvidar que los temas que trata Dworkin están basados en conflictos que se han presentado ante la Corte Constitucional y que sus análisis pueden ser de gran utilidad a la hora de analizar las decisiones del Tribunal Constitucional.²⁴ En muchas ocasiones se ha afirmado que el Tribunal está subordinado a la Constitución. Los positivistas y realistas —por lo menos algunos de entre ellos— han considerado que esa afirmación no era más que una mentira piadosa, que servía para ocultar el poder político del juez. Posiblemente las tesis de Dworkin pueden contribuir a comprender lo que el hombre de la calle ya sabe: que los jueces no tienen un gran poder político. Los jueces y tribunales no tienen libertad para *inventarse* derechos e interpretaciones. A la doctrina de los tribunales se le

exige coherencia y adhesión y, en realidad, la función creadora de derecho de los jueces es bastante limitada.

MODELOS DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

Dworkin propone un nuevo modelo de la función judicial que contrasta con los modelos tradicionales. En la historia del pensamiento jurídico se encuentran varias concepciones. Entre ellas las más importantes son las siguientes:

A) El modelo *silogístico* defendido por el formalismo jurídico. Según esa concepción, la tarea del juez es lógico-mecánica. El problema del juez es la subsunción del caso en una norma preestablecida. Si no existe norma aplicable entonces el juez debe rechazar la demanda. En el derecho no existen casos difíciles porque todo lo que no está prohibido está permitido. El derecho siempre ofrece respuesta a los problemas que se plantean. La función del juez está subordinada a la ley.

B) El modelo *realista* defendido por muchas corrientes antiformalistas. Según ese modelo las decisiones de los jueces son fruto de sus preferencias personales y de su conciencia subjetiva. El juez primero decide y luego justifica su decisión mediante normas. Por eso Llewellyn afirmaba que las normas no son más que juguetes vistosos. En ese modelo carece de sentido plantear el tema de los casos difíciles porque no se dan en la realidad. El juez siempre soluciona los casos que se le plantean. El juez tiene por tanto poder político y en realidad no está subordinado a la ley. Este modelo justifica el apartamiento del juez de la ley. Concede al poder judicial un auténtico poder político que no es congruente con el sistema de legitimación del estado democrático ni con el postulado de la separación de poderes.

C) El modelo positivista de la *discreción judicial*. Este modelo reconoce la existencia de casos difíciles en los cuales no existe norma aplicable. En páginas anteriores se ha analizado este modelo defendido por autores como Hart o Bobbio. En los casos difíciles el juez tiene discrecionalidad en el sentido fuerte del término. Este modelo defiende el poder político del juez y le permite la aplicación de normas retroactivas. El derecho no ofrece respuestas correctas sino una variedad de posibles respuestas. El juez elige discrecionalmente entre ellas.

D) El modelo de Dworkin de la *respuesta correcta*. Según ese modelo el juez siempre encuentra respuesta correcta

en el derecho preestablecido. El juez carece de discreción y por tanto de poder político. La verdadera respuesta corresponde a la teoría que es capaz de justificar del mejor modo los materiales jurídicos vigentes.

El modelo de Dworkin evita varios problemas importantes: el primero, que el juez no se constituya en legislador, lo cual significa que el poder judicial tiene como función garantizar derechos preestablecidos.

En segundo lugar: la tesis de Dworkin es compatible con el postulado de la separación de poderes puesto que el juez está subordinado a la ley y al derecho. El poder judicial es «nulo» —como afirmaba Montesquieu— porque su función es garantizar derechos.

En tercer lugar: el modelo de la respuesta correcta rechaza la teoría del silogismo, pero acepta su principio político básico: el juez no tiene ni puede tener poder político. La función del juez es garantizar los derechos individuales y no señalar los objetivos sociales. La función judicial es distinta a la legislativa o a la ejecutiva.

En cuarto lugar: en los casos difíciles los jueces no basan sus decisiones en objetivos sociales o directrices políticas. Los casos difíciles se resuelven en base a principios que fundamentan derechos.

Sin lugar a dudas todas estas teorías de la función judicial pueden ser criticadas. Pero quizá la teoría de Dworkin de la función judicial deba tomarse en serio porque no incurre en las exageraciones de las teorías silogísticas y realistas (que negaban los casos difíciles). Tampoco incurre en las contradicciones de la teoría de la discreción judicial (pues de un modo u otro conceder poder político al juez supone traicionar el sistema de legitimación del estado democrático y también supone la aceptación de leyes retroactivas).

La línea de análisis de Dworkin sugiere la negación del poder político del juez sin reducir su actividad a una mera operación mecánica. En su modelo el juez es garantizador de derechos y no creador de ellos, y, en este sentido, es un fiel seguidor de Montesquieu para quien el poder judicial era *nulo*. Por otra parte el análisis de Dworkin no supone una quiebra del sistema de legitimación del estado democrático ni la creación de normas retroactivas. Por último el modelo de Dworkin concuerda con la idea de que el poder judicial no tiene el poder político supremo en los casos difíciles. El hombre de la calle sabe que el poder supremo no se encuentra en los jueces y sostener «en bruto» la teoría de la

discreción judicial supone reconocer —en última instancia— que los jueces pueden desvirtuar mediante interpretación no sólo las leyes sino incluso la Constitución. Para todos aquellos que crean que el poder judicial está subordinado a principios superiores (sean legales, constitucionales o morales) el modelo de Dworkin de la función judicial será atractivo.

EL NUEVO LIBERALISMO

Una de las claves del éxito de la obra de Dworkin se encuentra en su pretensión de fundamentar el liberalismo progresista. Pretende construir y justificar una teoría política liberal superadora del liberalismo «conservador». La crítica al positivismo jurídico —que es la manifestación por excelencia de la teoría jurídica liberal tradicional— y la crítica al utilitarismo —que hasta hoy ha sido una de las manifestaciones de la filosofía política liberal— ocupa un lugar muy importante como prolegómeno del «nuevo liberalismo progresista».

Dworkin pretende rescatar el liberalismo de las garras del positivismo jurídico y de la filosofía utilitarista. Su «ataque al positivismo» queda reforzado por su «ataque a la filosofía utilitarista». La tesis de los derechos es uno de los instrumentos más eficientes que usa para demostrar la debilidad de los argumentos utilitaristas cuando se plantea el tema de los derechos individuales.

Dworkin restaura el liberalismo individualista *radical*. Fundamentado en un poderoso aparato analítico —heredado de Rawls—, el nuevo liberalismo es progresista por sus opiniones favorables a la desobediencia civil o a la discriminación inversa.

Dworkin se preocupa de mantener las distancias con la filosofía utilitarista liberal. Su liberalismo no es utilitarista sino igualitario. Dworkin afirma que «es popular la opinión de que una forma de utilitarismo, que considera que el desarrollo es un valor en sí, es constituyente del liberalismo... pero esta opinión es errónea. El desarrollo económico fue un elemento derivado del liberalismo del *New Deal*. Parecía que desempeñaba un papel útil para lograr la compleja distribución igualitaria de los recursos que exige el liberalismo. Si ahora parece que el desarrollismo económico perjudica más de lo que ayuda a la concepción liberal de la igualdad, entonces el liberal es libre de rechazar o cortar el crecimiento

como estrategia».²⁵ La oportunidad de la obra de Dworkin —en un momento en que el liberalismo había dejado de ser tutor eficaz del equilibrio entre los derechos individuales y el bienestar social— explica la trascendencia de esta obra.²⁶

Como buen liberal Dworkin considera que uno de los objetivos principales del sistema jurídico es controlar y limitar la acción del gobierno. Pero, la defensa de los derechos individuales —y muy especialmente la defensa del derecho a la igual consideración y respeto— no le lleva a posiciones conservadoras sino progresistas.

A veces, esa filosofía individualista coherentemente aplicada debería conducirse a posiciones conservadoras como en los casos estudiados de *Affirmative Action* y discriminación inversa. Como ha señalado Sandel, «Dworkin defiende la *Affirmative Action*... su argumento básico es un argumento de utilidad social... La *Affirmative Action* está justificada porque es un medio efectivo para atacar un problema nacional... Pero Dworkin, como Rawls, cree que ningún objetivo social se puede justificar —incluso si sirve al bienestar general— si viola derechos individuales».²⁷ Los «saltos» en los cuales incurriría Dworkin han dado lugar a críticas contradictorias. Por una parte Raz ha sostenido que su teoría es «conservadora» mientras que Mackie la ha considerado radical. El propio Dworkin afirma refiriéndose a Raz que su acusación de conservador «me encanta porque representa un antídoto a la opinión generalizada de que mi teoría jurídica es radical».

A pesar de las posibles incoherencias que existen en el planteamiento y el desarrollo de la teoría liberal de Dworkin, es preciso reconocer su esfuerzo realizado con el objetivo de rescatar el núcleo de la moral liberal de los excesos utilitaristas y consecuencialistas. La rehabilitación del derecho a la igual consideración y respeto —como el primer y auténtico derecho individual de la moral liberal— le permite un nuevo diseño de la filosofía liberal que se aleja del liberalismo tradicional conservador. Dworkin (en su trabajo *Liberalismo*) considera que los principios del liberalismo utilitarista están en crisis y que hay que abandonar la estrategia utilitarista. Pero eso no significa que el liberalismo esté definitivamente muerto. Para Dworkin la fundamentación del liberalismo igualitario es necesaria para la rehabilitación del liberalismo progresista.

El radicalismo igualitarista de Dworkin le conduce a tesis exageradas que han sido objeto de numerosas críticas. Por ejemplo, sostiene que «no existe un derecho a la libertad».

Y no existe tal derecho a la libertad —en el sentido fuerte del derecho— porque el estado puede limitar la libertad de los ciudadanos basándose en políticas de bienestar general. Si los derechos se definen como triunfos frente a los intereses generales, entonces el derecho a la libertad no es un auténtico derecho que compita con el derecho a la igualdad. Evidentemente esta tesis ha provocado numerosas críticas de los liberales conservadores que han privilegiado el derecho de la libertad sobre el derecho a la igualdad. Precisamente Dworkin sostiene —frente a la teoría dominante— que esos derechos no están en tensión porque el verdadero liberal respeta el principio de igualdad como el primer y superior derecho y como el auténtico derecho. Neil MacCormick, por ejemplo, criticando a Dworkin señala que «en ciertas materias la gente tiene derecho a la libertad y que en otras ciertas materias tiene derecho a la igualdad».²⁸ Husak en «Ronald Dworkin and the Right of Liberty»²⁹ pretende demostrar que el derecho a la libertad existe y que las razones dadas por Dworkin para su rechazo son insatisfactorias y son insatisfactorias porque «cualquier argumento que se use contra el derecho a la libertad puede usarse también contra el derecho a la igualdad». Y pone el ejemplo de los impuestos progresivos que violan el derecho a la igualdad pero que se justifican por los beneficios sociales que suponen. Para Husak las «consideraciones utilitaristas pueden justificar la negación de los derechos en algunos casos y en otros no». Husak no sólo se limita a mostrar esta «tesis de la variedad»³⁰ sino que además señala que el propio Dworkin la acepta implícitamente y, si es así, entonces Dworkin tampoco se toma tan en serio los derechos como aparenta (p. 127). «Si los derechos deben tomarse seriamente no debemos permitir que la simpatía por el liberalismo nos lleve a creer que el derecho a la libertad no existe» (p. 130).

El radicalismo igualitario de Dworkin es coherente con su tesis de los derechos y el carácter axiomático del derecho a la igualdad. Sin embargo, Dworkin no sólo ha intervenido en debates técnico-jurídicos sino que ha intervenido en los debates políticos desde la palestra liberal *New York Review of Books*. Una aplicación coherente del principio de igualdad entendida como derecho individual a la igualdad debería rechazar cualquier «política de igualdad» llevada a cabo por el gobierno que favorece la igualdad pero que viola el derecho a la igual consideración y respeto individual. Pero éste no es el camino seguido por Dworkin, porque forzando los

argumentos justifica con razones utilitaristas las políticas de igualdad que violan el derecho a la igualdad. Las simpatías por el liberalismo progresista pesan más que su declaración primigenia de considerar el derecho como un mecanismo que sirve para proteger al individuo frente al poder del gobierno y de las mayorías. En el propio Dworkin a veces las consideraciones utilitaristas sirven para negar los derechos individuales y a veces no. Esa es una buena prueba de que también Dworkin acepta implícitamente la *tesis de la variedad*. Aunque es evidente que en este caso la incoherencia del pensamiento de Dworkin es manifiesta puesto que ningún derecho puede ser violado (si es un derecho en el sentido fuerte) por consideraciones utilitaristas según su propia definición de los derechos como triunfos frente a las mayorías y a los objetivos sociales. La tesis de la variedad y la definición de derechos dada por Dworkin son incompatibles, y —sin embargo— el autor americano las mantiene las dos a la vez. La inconsistencia del argumento en este punto es clara.

Conclusiones

Los trabajos de Dworkin reunidos en este libro constituyen un elemento imprescindible para la reflexión filosófica, política y jurídica actual. El lector encontrará importantes argumentos para la superación del positivismo jurídico metodológico que domina en nuestras latitudes. Encontrará una teoría de los casos difíciles y de la incerteza del derecho que va a poner en cuestión las tesis tradicionales de la función judicial. Es indudable que la novedad de las tesis dworkinianas y su radicalismo pueden producir ciertas sorpresas, pero no hay que olvidar que si esta obra ha producido tan importante literatura es porque la merecía.

En segundo lugar: en estos trabajos se muestran las necesarias conexiones existentes entre el derecho, la moral y la política. Las escuelas analíticas se han esmerado en mostrar las diferencias y las autonomías absolutas entre ellas. Dworkin pretende construir los puentes que las escuelas analíticas han destruido.

En tercer lugar: Dworkin construye una teoría de los derechos basada en el derecho a la igualdad que difiere de las teorías puramente positivistas y lleva la discusión a la «construcción» del argumento moral y de los derechos morales.

Las líneas de demarcación entre derechos morales y jurídicos quedan difuminadas.

En cuarto lugar: Dworkin rehabilita el liberalismo radical igualitario como una filosofía política determinada y coherente, distinta en la estrategia del liberalismo tradicional pero con un núcleo moral y político justificador del nuevo liberalismo progresista.

En quinto lugar: creo que para los juristas continentales puede ser de gran utilidad el contacto con la filosofía jurídica norteamericana. La teoría y la filosofía jurídica europea se ha caracterizado por su academicismo y por su método de la abstracción generalizante. El formalismo se ha considerado como uno de los bastiones frente a las teorías y filosofías irracionalistas y aliberales. Dworkin, siguiendo una antigua tradición americana, parte de problemas muy concretos y no acepta el postulado formalista de la separación absoluta entre el aspecto descriptivo de una teoría y su aspecto normativo. La teoría jurídica de Dworkin no sólo tiene funciones cognoscitivas sino también funciones prácticas de adecuación del derecho al cambio social. La utilización de las capacidades humanas para resolver problemas justifica la existencia de la teoría jurídica. El enfoque de problemas concretos y el análisis de sus consecuencias son necesarios en un ámbito cultural como el nuestro en el que el saber jurídico más desarrollado —la dogmática— se ha refugiado en un esplendoroso aislamiento para evitar la debilidad de sus planteamientos.

Por último: el aparato analítico utilizado por Dworkin permite plantear y resolver problemas de forma novedosa. Pero, como cualquier método, tiene sus limitaciones de las cuales el propio Dworkin es muy consciente. Con el aparato analítico de Dworkin sólo se puede observar un sector de la realidad jurídica. Quien crea que con ese aparato analítico se puede resolver cualquier problema confunde un método con una concepción del mundo.

Todas éstas son razones que avalan la publicación de esta importante obra aquí en España; precisamente en un momento de especial efervescencia —política, social y jurídica— puede ser de especial utilidad la lectura de una obra en la cual los temas candentes de la política jurídica están presentes, con toda la radicalidad —y en algunos casos incoherencia— que suponen.

El propio Dworkin —en una carta de 28 de diciembre de 1983 que se publicará en la revista *Doxa* de la Universi-

dad de Alicante— resumió con especial clarividencia y en muy pocas palabras su posición filosófica jurídica: «De modo general puedo decir que me he ido concienciando progresivamente de la importancia de considerar la filosofía jurídica como parte importante de la filosofía moral y política y por tanto de la filosofía. Creo que nuestra materia ha sufrido aislamiento, en el sentido que los conceptos legales pueden ser explorados por sí mismos de un modo útil, lo cual da como resultado un trabajo analítico estéril. He intentado poner especial énfasis en el hecho de que los conceptos jurídicos fundamentales, incluyendo la idea misma de derecho, son conceptos contestados o interpretativos; de tal modo que no pueden explicarse utilizando las formas convencionales de análisis conceptual o lingüístico que se usan para explicar por ejemplo el concepto de justicia. Por tanto cualquier teoría del derecho competente debe ser ella misma un ejercicio de teoría moral y política normativa. Este punto de vista me ha llevado recientemente a estudiar la idea de interpretación como algo más importante para la teoría jurídica de lo que se había considerado, y también a estudiar la filosofía política cuando mi mayor preocupación ha sido la idea de igualdad. He intentado desarroar una teoría de la competencia judicial que una esos campos con el estudio del proceso legal.»

Sin lugar a dudas para los juristas formados en el marco positivista, para los filósofos formados en el ámbito del utilitarismo, para los liberales y los marxistas, Dworkin es un autor *incómodo* porque pone en cuestión los presupuestos fundamentales comúnmente aceptados. Por eso las tesis de Dworkin exigen también respuesta en nuestro ámbito cultural.

A. CALSAMIGLIA

Lloret, Juny 1984

NOTAS

1. Véase sobre este punto D. H. Regan, "Glosses on Dworkin: Rights, Principles and Policies", en *Michigan Law Review*, vol. 76, pp. 1213 y ss. (1978). Véase también al crítico de Dworkin de la escuela hartiana J. Raz, "Prof. Dworkin's Theory of Rights", *Political Studies* 1978, 123.
2. Véase Genaro Carrió, "Le opinioni del prof. Dworkin sul positivismo giuridico", en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, vol. X, n.º 1, 1980, p. 145.
3. Véase, por ejemplo, G. Rebuffa, "Costituzionalismo e Giusnaturalismo: Ronald Dworkin e la riformulazione del Diritto Naturale", en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, vol. X, n.º 1, 1980, p. 219.

000094

4. Véase sobre las características del positivismo metodológico N. Bobbio, "Sul positivismo giuridico", en *Rivista di Filosofia*, vol. LII. Véase también el trabajo de U. Scarpelli, *Cos'è il Positivismo Giuridico?*, Milán, Ed. Comunità, 1965. Véase también Alf Ross, *El concepto de validez y otros ensayos*, Buenos Aires, CEAM, 1969.
5. Véase el caso Riggs-Palmer resuelto en 1889 por la Corte de New York en el cual la Corte condenó por asesinato a un nieto que mató a su abuelo para cobrar una herencia y además le privó de la herencia —en contra de la letra de la ley— justificando el apartamiento de la literalidad de la ley en el principio de que "nadie se puede beneficiar de sus propios delitos".
6. Véase G. Carrió, *Principios Jurídicos y Positivismo Jurídico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970, p. 74. Para la crítica de la escuela de Hart a Dworkin véase Hart: "Un nuevo desafío al positivismo jurídico", en *Sistema*, 1980. Véase también Kent Greenawalt, "Discretion and Judicial Decision: The Elusive Quest for the Fetters that Bind the Judges", en *Columbia Law Review*, 1975.
7. Véase G. Carrió, "Le opinioni del prof. Dworkin sul positivismo giuridico", *op. cit.*, p. 169.
8. Véase R. Sartorius, *Individual Conduct and Social Norms*, Encino, Dickenson, 1971, pp. 191 y ss.
9. Véase J. Raz, "Legal Principles and the Limits of Law", en *Yale Law Journal*, 1972, epigrafe C. Para la crítica de Raz a la regla de reconocimiento, véase Raz, *The Concept of a Legal System*, Oxford, 1970; y *Practical Reason and Norms*, London, 1975.
10. Véase Richards, "Rules, Policies and Neutral Principles", en *Georgia Law Review*, 1977, pp. 1.081 y ss. Véase también, del mismo autor, *The Moral Criticism of Law*, Encino, Dickenson, 1977.
11. Véase sobre este punto la noción de "equilibrio reflexivo" en John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge Mass., Harvard University Press (3.ª ed 1972), pp. 48-51.
12. Véase el interesante trabajo de Neil MacCormick, "Taking the Rights Thesis Seriously", en su libro *Legal Right and Social Democracy*, Oxford, Clarendon Press, 1982, p. 128.
13. Véase E. Ph. Soper, "Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart-Dworkin Dispute", en *Michigan Law Review*, vol. 75, 1976, pp. 476 y ss. Soper sostiene la tesis de que las críticas de Dworkin al positivismo son integrales por el propio positivismo como tal. Para Soper, Dworkin representa un positivismo refinado y sofisticado. Véase sobre este punto Reynolds, "Dworkin as Quixote", en *University of Pennsylvania Law Review*, 123, 574. Para la distinción entre teorías descriptivas, conceptuales y normativas véase la p. 473 del trabajo citado de Soper.
14. Véase Genaro Carrió, "Le opinioni del prof. Dworkin...", *op. cit.*, p. 175.
15. Véase el trabajo citado de MacCormick, p. 136.
16. Véase el artículo citado de G. Rebuffa, pp. 214 y ss.
17. Véase sobre este punto el interesante trabajo de J. Farago, "Judicial Cybernetics: The Effect of Selfreference in Dworkin Right Thesis", en *Valparaiso University Law Review*, vol. 14, 1980, p. 381.
18. Véase el trabajo citado de Sartorius, *Individual Conduct and Social Norms*. Véase también Sartorius, "The Justification of Judicial Decision", en *Ethics*, 1968, pp. 171 y ss.; y "Social Policy and Judicial Legislation", en *American Philosophical Quarterly*, 1971, p. 160.
19. Véase Stuart Hampshire, *Moral Pública y Privada*, México, Fondo de Cultura Económica, 1983, p. 9.
20. Véase J. Dickenson, "The Law Behind Law", en *Columbia Law Review*, 1929, p. 298.
21. Véase H. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961, p. 200.
22. Véase Sartorius, "The Justification of Judicial Decision", *op. cit.*, p. 183.
23. Véase el trabajo citado de MacCormick, p. 147.
24. Sobre este punto, véase el magnífico trabajo de Francisco Laporta, "Norma Básica, Constitución y Decisión por Mayorías", en *Revista de las Cortes Generales*, n.º 1, 1984.
25. Véase R. Dworkin, "El Liberalismo", en Stuart Hampshire (ed.), *Moral Pública y Privada*, *op. cit.*, p. 163.

26. Véase sobre este punto Hart, "Between Utility and Rights", en A. Ryan (ed.), *The Idea of Freedom*, Oxford, 1979. Véase también, J. Pennock y J. Chapman (eds.), *Ethics, Economics and the Law*, Nomos XIV, New York University Press, 1982. La parte segunda está dedicada al tema "Utilidad Social y Derechos", con importantes contribuciones de Lyons, Greenawalt, Hare, Gewirth, Flathman y Fletcher.
27. Véase M. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge University Press, 1982, p. 135.
28. Véase el citado trabajo de MacCormick, p. 147.
29. Publicado en *Ethics* en el año 1979.
30. La tesis de la variedad la define Husak, en la p. 126 de su trabajo citado. del siguiente modo: "A veces las consideraciones utilitaristas justifican la negación de un derecho mientras que en otras no... la tesis de la variedad es verdadera para cada uno de los derechos".

000095

D O X A

CUADERNOS DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO

<http://cervantesvirtual.com/portal/doxa>

000096

Seminario de Filosofía
del Derecho de la
Universidad de
Alicante

Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alicante

Reservados todos los derechos

© Departamento de Filosofía del Derecho
Universidad de Alicante

I. S. S. N.: 0214-8676
Depósito legal: M-27661-1989

Preimpresión e impresión:  Espagrac San Juan de Alicante

Impreso en España

Printed in Spain

000097

Alicante, 2005

PRINCIPIOS, OBJETIVOS Y DERECHOS. OTRA VUELTA DE TUERCA

Juan Ruiz Manero
Universidad de Alicante

RESUMEN. En el libro publicado en 1996 *Las piezas del Derecho*, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero criticaron la tesis de Robert Alexy de los principios como mandatos de optimización y sostuvieron que tal caracterización resultaba adecuada únicamente para aquellos principios (en sentido genérico) que es usual llamar directrices o normas programáticas, pero no para lo que los autores llamaban principios en sentido estricto. Esta crítica ha sido discutida después en diversos trabajos entre los que Ruiz Manero destaca artículos debidos al propio Robert Alexy, a Gloria Lopera y a Josep Aguiló, así como una entrevista a Alexy realizada por Atienza. En este artículo, Ruiz Manero trata de responder a las críticas contenidas en estos trabajos a la posición desarrollada por Atienza y él mismo. Entre los puntos discutidos vale la pena mencionar los siguientes: la contribución de principios en sentido estricto y de directrices a la configuración de derechos; los sentidos en los que cabe hablar de modalidades graduables de cumplimiento de una norma; la distinción, a propósito de las relaciones entre acciones y estados de cosas, entre relaciones conceptuales y relaciones causales; la vinculación entre diferentes tipos de principios y diferentes tipos de valores.

ABSTRACT. In "*Las piezas del Derecho*", published in 1996, Manuel Atienza and Juan Ruiz Manero criticized Robert Alexy's thesis of principles as optimization commands, and they maintained that such a characterization was only appropriate with regard to those principles (in the generic sense) which are usually called policies or programmatic norms, but the said characterization were not appropriate with regard to what the authors called principles in the strict sense. This criticism has since been queried in a number of papers, amongst which Ruiz Manero mentions articles by Robert Alexy himself, by Gloria Lopera and by Josep Aguiló, as well as an interview with Alexy carried out by Atienza. In this article, Ruiz Manero seeks to answer the criticism which these papers contain of his and Atienza's position. Of the points discussed, the following are worth mentioning: the contribution of principles in the strict sense and policies to the shaping of rights; the senses in which one can speak of gradable forms of fulfilling a norm; the distinction, made regarding the relationships between actions and the state of affairs, between conceptual relationships and causal relationships; the connection between different types of principles and different types of values.

000098

1. Introducción. La tesis de Alexy y nuestra crítica

Desde la publicación de la primera edición de *Las piezas del Derecho*¹ –y aun antes, en trabajos que constituyeron versiones preliminares de lo que acabó siendo el primer capítulo de ese libro²– Manuel Atienza y yo mismo sometimos la tesis de Robert Alexy de los principios como mandatos de optimización a una crítica directa. Crítica directa que hemos mantenido, con cambios de acento pero no sustantivos, y con algún desarrollo colateral, en trabajos posteriores³. Como es bien sabido, la teoría de los principios de Alexy tiene como uno de sus puntos centrales la consideración de que los principios son mandatos de optimización que pueden cumplirse en diversos grados, mientras que las reglas exigen cumplimiento pleno. En los propios términos de Alexy, el “núcleo” o “punto decisivo” de la distinción entre reglas y principios sería el siguiente:

“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 esa medida, pueden ser sólo cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. Las reglas contienen por ello *determinaciones* en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente [...]. Si se exige la mayor medida posible de cumplimiento en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, se trata de un principio; si sólo se exige una determinada medida de cumplimiento, se trata de una regla”⁴.

Pues bien: a este planteamiento oponíamos Atienza y yo la necesidad de distinguir entre dos tipos de principios –principios en sentido estricto y di-

¹ M. Atienza y J. Ruiz Manero: *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996. En adelante me referiré a este libro como *Las piezas*. Hay una segunda edición de 2004 que incorpora diversos cambios y añadidos.

² M. Atienza y J. Ruiz Manero: “Sobre principios y reglas”, en *Doxa*, n.º 10, 1991; “Objeciones de principio. Respuesta a Aleksander Peczenik y Luis Prieto Sanchos”, en *Doxa*, n.º 12, 1992; “Tre approcci al principi di diritto”, en *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, 1993.

³ M. Atienza y J. Ruiz Manero: “Rules and Principles Revisited”, en *Associations. Journal for Legal and Social Theory*, vol. 4, n.º 1, 2000; *Illicitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Trotta, Madrid, 2000.

⁴ R. Alexy: “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Doxa*, n.º 5, 1988, pp. 143-44. En el mismo sentido, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. cast. de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 86 ss.

rectrices o normas programáticas– y ello tanto si contemplamos las normas desde una perspectiva estructural (esto es, atendiendo a cómo están internamente organizados sus elementos) como si lo hacemos desde la perspectiva de la manera cómo pretenden incidir en el razonamiento práctico de sus destinatarios (esto es, atendiendo a las razones para actuar de que pretenden proveer). Desde la primera perspectiva, las normas que llamamos principios en sentido estricto están compuestas, de acuerdo con nuestra reconstrucción, por un antecedente en el que no figura otra cosa más que el que exista una posibilidad de realizar (u omitir) una cierta acción y un consecuente en el que figura el deber *prima facie* de realizar (u omitir) tal acción. De esta forma, los principios en sentido estricto pueden ser vistos como normas *categoricas* (en el sentido de von Wright⁵, esto es, que no establecen condiciones de aplicación distintas de las que se derivan de su contenido) que generan deberes meramente *prima facie*; si, en relación con un cierto caso, deseamos saber si ese deber *prima facie* deviene deber concluyente hemos de añadir al antecedente, constituido por la existencia de una posibilidad de realizar (u omitir) la acción modalizada deónticamente en el consecuente, una cláusula de “a menos que”: el deber *prima facie* deviene deber concluyente siempre que sobre el caso en cuestión no incida otro principio que tenga, en relación con él, un peso mayor y que, por ello, derrote, en relación con el caso, al principio bajo consideración. De esta forma, los principios en sentido estricto pueden ser vistos como *normas hipotéticas* (asimismo en el sentido de von Wright⁶, esto es, que establecen condiciones de aplicación adicionales a aquellas que se derivan de su contenido) que generan deberes concluyentes. La diferencia con las reglas (que también establecen condiciones de aplicación adicionales a aquellas que se derivan de su contenido) es que, en el caso de las reglas, esas condiciones de aplicación están determinadas (o, lo que es lo mismo, se presentan, como preferíamos decir en *Las piezas*, en *forma cerrada*), mientras que en el caso de los principios en sentido estricto tales condiciones de aplicación están indeterminadas (o, lo que es lo mismo, se presentan, como preferíamos decir en *Las Piezas*, en *forma abierta*). De lo que se sigue la tan conocida circunstancia de que, así como la manera en que una regla se aplica a ciertos casos es mediante

⁵ G. H. von Wright: *Norma y acción. Una investigación lógica*, trad. cast. de P. García Ferrero, Tecnos, Madrid, 1979, p. 91: “Llamaremos a una norma (que no sea una regla ideal) *categorica* si su condición de aplicación es la condición que tiene que cumplirse para que exista una oportunidad de hacer aquello que constituye su contenido, y ninguna otra condición”.

⁶ *Ibid.*, p. 91: “Llamaremos a una norma (que no sea una regla ideal) *hipotética* si su condición de aplicación es la condición que ha de cumplirse para que exista una oportunidad de hacer aquello que constituye su contenido y alguna otra condición adicional” (corrijo aquí una errata evidente de la traducción castellana).

000099

la subsunción de estos en aquella, la manera en que un principio se aplica a ciertos casos es mediante su ponderación en relación con cada uno de esos casos con otros principios que resulten concurrentes. Si las reglas pueden aplicarse sin ponderación es porque en ellas se encuentran determinadas las propiedades genéricas que constituyen sus condiciones de aplicación; como tales propiedades genéricas no se encuentran determinadas en el caso de los principios, la ponderación es aquí inescapable. Las reglas pueden, pues, ser vistas como razones perentorias⁷ (como razones para hacer lo ordenado excluyendo la deliberación sobre otras razones en pro o en contra de ello) precisamente porque determinan en qué condiciones debe hacerse (concluyentemente) lo ordenado; los principios no pueden ser vistos más que como razones de primer orden (como razones para hacer lo ordenado cuyo peso frente a otras razones en contra de ello no puede establecerse más que mediante deliberación) precisamente porque no determinan en qué condiciones debe hacerse (concluyentemente) lo ordenado. Pero, si en relación con un cierto caso, el principio bajo consideración no resulta derrotado por otros eventualmente concurrentes, éste exige, declamos en *Las Piezas*, un cumplimiento pleno: la acción u omisión ordenada se realiza o no se realiza, esto es, se cumple o no se cumple con lo exigido por el principio, pero no caben modalidades graduables de cumplimiento. Pensemos, por ejemplo, en el caso constituido por un concurso para el reclutamiento de médicos para hospitales de la Seguridad Social al que aspiran titulados que religiosamente se definen como testigos de Jehová y que, por tanto, consideran que las transfusiones sanguíneas están sujetas a una prohibición divina absoluta. Se concordará en que aquí concurren, de un lado, el principio de prohibición de trato desigual por razón de las creencias religiosas y, por otro, el principio de protección de la vida humana. Supongamos que entendemos que las cosas se plantean de forma distinta en el caso de los nutricionistas, por un lado, y en el de los especialistas en cuidados intensivos, por otro. En el caso de los nutricionistas entendemos que un médico testigo de Jehová no supone un riesgo apreciable para la vida de los pacientes, pues en esta especialidad

⁷ Lo que no excluye que, en relación con ciertos casos pueda ocurrir que, aun constituyendo *prima facie* instancias del caso genérico configurado en las condiciones de aplicación de la regla, no estén, sin embargo, dentro del alcance justificado de la misma, bien (1) porque las principales razones que respaldan la regla no se apliquen en absoluto en ese caso, bien (2) porque aun aplicándose esas razones se aplique también otra razón más fuerte (que no pertenece a las que respaldan la regla) y que exige una distinta solución normativa, bien (3) porque las razones que respaldan la regla se aplican en un grado ínfimo o insignificante. Al tratar de responder aquí a críticas referidas a nuestra teoría de los principios, y no a nuestra teoría de las reglas, dejaré de lado por completo estas complicaciones. En todo caso, sobre ello véase M. Atienza y J. Ruiz Manero *Ilícitos atípicos, cit.*, y también Ángeles Ródenas: "Entre la transparencia y la opacidad. Análisis del papel de las reglas en el razonamiento judicial", en *Doxa*, n°21/I, 1998.

no es usual la prescripción de transfusiones sanguíneas y, en todo caso, al no tener los tratamientos carácter de urgencia, siempre podría intervenir un médico de distinta adscripción religiosa. El caso es distinto, nos parece, en el caso de los médicos especialistas de cuidados intensivos. Estos tienen que tomar rápidamente decisiones en contextos en los cuales la realización o no de una transfusión sanguínea es, literalmente, cuestión de vida o muerte para los pacientes. Supongamos que entendemos que, en virtud de estas consideraciones, en el caso del reclutamiento de nutricionistas prevalece el principio de prohibición de trato desigual por razón de las creencias religiosas, mientras que en el caso del reclutamiento de especialistas en cuidados intensivos prevalece el principio de protección de la vida humana. En el primer caso (en el de los nutricionistas), pues, excluir a los testigos de Jehová estaría concluyentemente prohibido. En el segundo caso (en el de los especialistas en cuidados intensivos) excluir a los testigos de Jehová sería concluyentemente obligatorio. Y estas prohibiciones y obligaciones concluyentes no pueden más que cumplirse o incumplirse. No hay una tercera posibilidad; no hay modalidades graduables de cumplimiento.

Las cosas son distintas si lo que examinamos no son lo que llamábamos principios en sentido estricto, sino las directrices o normas programáticas, entendiendo por tales las normas que establecen la obligatoriedad de perseguir determinados objetivos colectivos, esto es, de maximizar ciertos rasgos o propiedades del mundo social. Por ejemplo, la disposición constitucional que ordena que la política económica esté orientada al pleno empleo. De acuerdo con lo que sosteníamos en *Las Piezas*, estas normas deben reconstruirse como no conteniendo, en su antecedente, más que el que haya una oportunidad de realizar la conducta ordenada en el consecuente (contribuir a maximizar el empleo). Son, pues, de nuevo en el sentido de von Wright, normas categóricas, pues no contienen en su antecedente ninguna propiedad adicional a la de que haya una oportunidad de realizar la conducta ordenada en el consecuente. Esta conducta ordenada en el consecuente presenta, por su parte, cuatro rasgos importantes. Primero, no se trata de una acción, sino de un estado de cosas que puede mantener relaciones causales con acciones muy heterogéneas entre sí: puede fomentarse el pleno empleo mediante políticas salariales, comerciales, educativas, fiscales, de función pública, etc. Segundo, estas acciones, a su vez, pueden mantener relaciones causales asimismo muy heterogéneas con estados de cosas ordenados por directrices diversas: cierta política fiscal puede, de entrada, contribuir a fomentar el pleno empleo, pero contribuir a deteriorar la estabilidad económica, estado de cosas al que apunta otra directriz constitucional; y este deterioro de la estabilidad económica puede, a su vez, acabar teniendo efectos negativos sobre el empleo. Tercero, la propiedad que caracteriza al estado de cosas

ordenado por cada directriz es una propiedad graduable y lo ordenado es maximizar tanto como sea posible esa propiedad, trazando políticas que articulen la procura de esa maximización con la procura de la maximización de las propiedades caracterizadoras de los estados de cosas cuya persecución ordenan otras directrices. Cuarto, ese deber de maximización no es un deber meramente *prima facie*, sino concluyente.

De forma que la necesidad de deliberación, común a todos los principios, se plantea de forma distinta según que se trate de principios en sentido estricto o de directrices: en el primer caso (principios en sentido estricto), se trata de determinar la prevalencia o no del principio bajo consideración en relación con otros principios eventualmente concurrentes; determinada esta prevalencia, el principio en cuestión exige un cumplimiento pleno; en el segundo caso (directrices o normas programáticas), se trata de diseñar y llevar a cabo políticas que procuren el mayor grado de satisfacción posible de los diversos objetivos, interdependientes entre sí, a los que apuntan las diversas directrices. De ahí que concluyéramos Atienza y yo en *Las Piezas* que “la teoría de Robert Alexy de los principios como mandatos de optimización resulta [...] distorsionadora en relación con los principios jurídicos en sentido estricto, pero perfectamente adecuada para dar cuenta de las directrices”⁸.

En un trabajo que se publica en este mismo número de *Doxa*, Josep Aguiló ofrece un cuadro en el que sintetiza muy adecuadamente nuestra caracterización de la oposición entre principios en sentido estricto y directrices de la siguiente forma:

Principios	Principios en sentido estricto	Directrices
Pertencen al género normas regulativas	Normas de acción	Normas de fin
Función directiva que cumplen.	Imponen límites	Ordenan objetivos
Medida de cumplimiento	Cumplimiento pleno; todo o nada.	Mandatos de optimización; cumplimiento en la mayor medida...
Tipo de relación entre acciones y estados de cosas.	Vinculación conceptual o intrínseca, no causal, entre acciones y estados de cosas.	Vinculación causal o extrínseca, no conceptual, entre acciones y estados de cosas.
Juicios de adecuación de la conducta a las normas.	Juicio de corrección no graduable	Juicio de eficacia graduable
Valores sustantivos que incorporan	Valores últimos	Valores utilitarios

⁸ M. Atienza y J. Ruiz Manero: *Las piezas del Derecho*, cit., p. 11.

La mayor parte de los contenidos de estos casilleros se han visto reflejados, creo, en los párrafos que anteceden. No se ha hecho referencia hasta ahora, sin embargo, a los tipos de relación entre acciones y estados de cosas característicos de principios en sentido estricto y de las directrices ni tampoco a los valores sustantivos que incorporan unos y otras –consideración vinculada a la tesis, defendida por nosotros, de la prioridad de los principios en sentido estricto sobre las directrices. Sobre estos puntos me extenderé con cierta amplitud más adelante.

Desde la primera edición de *Las Piezas*, se han publicado diversos textos que han vuelto, en todos los casos de forma aguda, sobre esta crítica nuestra a Alexy y los problemas involucrados en ella. Las páginas que siguen tratan de dar cuenta y de responder a estos trabajos.

De entre ellos, el artículo de Robert Alexy “Sobre la estructura de los principios jurídicos”⁹ contiene una respuesta –adelantaré que, en mi opinión, no convincente– a nuestra crítica.

Posteriormente, Atienza y Alexy han vuelto sobre estos problemas en la entrevista que el primero hizo al segundo en el número 24 de *Doxa*¹⁰. Adelantaré que, en mi opinión, tanto lo que aquí expone Atienza (en forma de pregunta) como lo que contesta Alexy, está lastrado por el uso de malos ejemplos, de ejemplos que, a mi juicio, conducen la discusión fuera del punto y sirven para enredarla en malentendidos.

En el número anterior de *Doxa*, Gloria Lopera¹¹, en un trabajo que resulta a la vez profundo y brillante, propuso una manera de entender la tesis de Alexy de los principios como mandatos de optimización a partir de la cual la divergencia entre esta tesis y lo que defendimos Atienza y yo en *Las piezas* sería puramente aparente o, lo que es lo mismo, meramente verbal. Nuestra posición sería perfectamente compatible con la de Alexy, tal como es reformulada por Lopera. Adelantaré que creo que, si concordamos en que la mejor interpretación de un texto es la que ofrece la mejor versión posible de lo que ese texto sostiene, la interpretación propuesta por Lopera es, sin duda, la mejor interpretación de Alexy. Pero creo también que eso no quita para que haya una diferencia importante entre las posiciones de Alexy y las nuestras, que la interpretación de Lopera difumina. Y esta diferencia acarrea

⁹ R. Alexy: “Sobre la estructura de los principios jurídicos”, en R. Alexy: *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, presentación y traducción de Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, 2003. Publicado originalmente como “Zur Struktur der Rechtsprinzipien”, en B. Schilcher et al. (eds.): *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Verlag Österreich, Vienna, 2000.

¹⁰ M. Atienza: “Entrevista a Robert Alexy”, en *Doxa*, n° 24, 2001.

¹¹ G. Lopera: “Los derechos fundamentales como mandatos de optimización”, en *Doxa*, n° 27, 2004.

000101

una ventaja para nuestra construcción, pues ésta posibilita dar cuenta de dos maneras diferentes en que principios de dos tipos diferentes de estructura (principios en sentido estricto y directrices) pretenden regular la conducta e incidir sobre el razonamiento práctico de sus destinatarios; la construcción de Alexy, por su parte, presenta indiferenciadamente la estructura y la manera de operar de uno y otro tipo de principios.

Finalmente, también en este mismo número de *Doxa*, Josep Aguiló formula, con título de apariencia inocente, "Tres preguntas sobre principios y directrices"¹². Pero sus tres preguntas son capitales para cualquier teoría de los principios y una construcción que no fuera capaz de proporcionar una respuesta adecuada a las mismas debería, sólo por eso, ser abandonada o, cuando menos, reelaborada a fondo. La tesis implícita de Aguiló es que esto es precisamente lo que ocurre en nuestro caso. Supongo que no es una sorpresa para nadie si adelanto que, a mi juicio, no tiene razón.

2. Una réplica de Alexy

En su trabajo "Sobre la estructura de los principios jurídicos" Robert Alexy señala acertadamente que, de acuerdo con nuestra reconstrucción de los principios en sentido estricto, éstos "no deben cumplirse en diferente grado, sino que sólo pueden seguirse o no seguirse"¹³ y también que lo esencial en nuestra reconstrucción es la cláusula que, de acuerdo con lo que antes veíamos, permite pasar del debe *prima facie* al debe concluyente. Escribe, en relación con el mismo ejemplo que nosotros utilizamos, citando el texto de la edición inglesa de *Las Piezas*, que "la parte decisiva de esta reconstrucción del artículo 14 de la Constitución española es la cláusula 'and there is no countervailing principle of higher weight in the case at hand', que no se encuentra en el texto constitucional"¹⁴. A partir de aquí, Alexy concuerda con nosotros en que una norma como el artículo 14, entendida como provista de semejante cláusula, "sin duda alguna [...] no puede cumplirse en diferente grado". Pero, inmediatamente a continuación, añade: "Sin embargo, su propiedad de poder ser sólo cumplida o incumplida, es trivial. Cada principio puede asimilarse a una norma todo-o-nada mediante una cláusula general de reserva como aquella que establece: 'y cuando otro principio contrario con mayor peso no ordene otra cosa' [...] Atienza y Ruiz Manero están en lo cierto cuando afirman que el artículo 14 de la Constitución española, en la reconstrucción emprendida por ellos, establece una consecuencia jurídica

¹² J. Aguiló Regla: "Tres preguntas sobre principios y directrices", en este número de *Doxa*.

¹³ R. Alexy: "Sobre la estructura de los principios jurídicos", *cit.*, p. 119.

¹⁴ *Ibid.*, p. 120.

definitiva. No obstante, esto se deriva únicamente de la cláusula no escrita introducida por ellos"¹⁵. La cuestión es si esa cláusula no escrita introducida por nosotros da cuenta o no adecuadamente de la manera cómo los principios se aplican a los casos y si este dar cuenta es, o no, trivial. En cuanto a lo primero, Alexy no parece negar la virtualidad de la cláusula, porque escribe que, de acuerdo con ella, "todo desemboca en una ponderación"¹⁶. Por supuesto: pues ponderación es precisamente el nombre de la operación destinada a determinar el peso relativo, en relación con las propiedades de un cierto caso, de diversos principios en concurrencia. Pero, a partir de ahí, y sin más base que la expuesta, Alexy se limita a enunciar aquello que, al constituir el objeto de la controversia, debería demostrar: "Hay que tener en cuenta que los objetos de la ponderación sólo pueden reconstruirse de manera racional como principios entendidos en el sentido de la tesis de la optimización. [...] En cuanto principios, en el sentido de mandatos de optimización, éstos pueden cumplirse de manera gradual"¹⁷. De manera que, si resumimos lo dicho por Alexy, resulta: 1) que éste acepta que, de acuerdo con nuestra reconstrucción, de los principios se derivan mandatos definitivos que sólo pueden cumplirse o incumplirse, sin posibilidad de gradualidad en el cumplimiento; 2) pero afirma que ésta es una tesis trivial; 3) y es trivial, a juicio de Alexy, porque depende de una cláusula no hace otra cosa sino indicar que de los principios sólo se derivan deberes concluyentes tras la ponderación; y 4) sin argumentos adicionales, afirma que para reconstruir adecuadamente los objetos de la ponderación hay que aceptar la tesis de los mandatos de optimización y de la posibilidad de cumplimiento gradual. Pero esta es precisamente la cuestión bajo disputa y, por ello, la argumentación de Alexy parece contener una petición de principio.

3. Los malos ejemplos de Atienza y Alexy

En el número 24 de *Doxa* se publicó una entrevista a Robert Alexy realizada por Manuel Atienza, que resulta de un interés notable en relación con diversos aspectos del pensamiento de Alexy. Su examen habrá de limitarse aquí, sin embargo, a las cuestiones de teoría de los principios respecto de las cuales se produce la divergencia entre las posiciones de Alexy y las que sostuvimos conjuntamente Atienza y yo mismo. A este respecto, Atienza introduce una pregunta en la que alude a algunos rasgos de la teoría de los principios defendida por nosotros, y especialmente a las tesis de la prioridad de los principios en sentido estricto sobre las directrices y del cumplimiento pleno,

¹⁵ *Ibid.*, pp. 120-1.

¹⁶ *Ibid.*, p. 122.

¹⁷ *Ibid.*, p. 122.

sin posibilidad de gradualidad, exigido por los primeros. Y, en este sentido, escribe: "la aplicación de las directrices (por ejemplo, la preservación del medio) supone un aspecto de gradualidad que parecería raro predicar de otro tipo de principios (la dignidad humana no parece ser una cuestión de más o menos)"¹⁸. Este señalar a la dignidad humana como ejemplo de principio en sentido estricto y, como tal, no susceptible de modalidades graduables de cumplimiento, resulta, en mi opinión, desafortunado porque la dignidad humana se halla en un nivel justificativo superior al de los casos centrales de principios jurídicos en sentido estricto y ello hace que sus exigencias operen de distinta manera a como operan los que consideramos como casos centrales de principios. Me refiero a lo siguiente: el principio de dignidad humana no está sujeto a ponderación en virtud de la cual pueda verse desplazado, en el caso que se considere, por algún otro principio concurrente. El deber de tratar a cualquiera de acuerdo con su dignidad humana es así, no sólo un deber de cumplimiento no graduable —como indica, en mi opinión con toda razón, Atienza— sino también un deber que resulta concluyente sin necesidad de ponderación, esto es un deber no sujeto a excepciones. Dicho de otra forma: en los casos centrales de lo que llamamos principios jurídicos en sentido estricto —como, por ejemplo, el principio de prohibición de discriminación entre personas por su diferente adscripción religiosa, al que se aludía antes, o el principio de respeto a la libertad de expresión— estos contienen un deber *prima facie* que sólo deviene deber concluyente tras haber determinado, por medio de la ponderación, que ese principio no se ve desplazado, en el caso de que se trate, por otro principio que tenga, en relación con ese caso, un mayor peso. Y es por ello por lo que resulta completamente natural hablar de casos justificados de discriminación a quienes sostienen ciertas creencias religiosas o de casos justificados de interferencia en la libertad de expresión (porque en ellos prevalezca la protección del honor, o de la intimidad, etc.). Pero no ocurre lo mismo con la dignidad humana; la expresión "trato justificado no acorde con la dignidad humana" es una expresión autocontradictoria; las exigencias de la dignidad humana no se ponderan ni ceden en ningún caso frente a otras exigencias que resulten concurrentes. El deber de respeto a la dignidad humana es, así, absoluto.

Esto es lo que explica que, en su respuesta, Alexy pueda impugnar, a mi juicio con razón, la pertinencia del ejemplo del principio de la dignidad humana en relación con los problemas que plantean los casos centrales de principios. Escribe así: "La dignidad humana tiene, como todos los derechos que están tanto en la bóveda como en el fundamento del edificio, una estructura distinta a la de los otros derechos fundamentales. En los derechos

¹⁸ M. Atienza: "Entrevista a Robert Alexy", *cit.*, pp. 676-7.

fundamentales normales una intromisión no significa todavía una lesión. Una intromisión se convierte en una lesión cuando no está justificada. La dignidad humana carece de esa estructura de intromisión/límites. En ese sentido tiene un carácter de regla. Toda intromisión en la dignidad humana significa su lesión"¹⁹.

Pero si Alexy parece tener razón en que el principio de dignidad no es, por las razones expuestas, un buen ejemplo de principio, el ejemplo del que él se sirve para combatir la tesis según la cual los principios en sentido estricto prevalecen siempre frente a las directrices —el derecho de propiedad— tampoco es un ejemplo adecuado; y no lo es porque se basa, a mi juicio, en una asimilación apresurada, y por ello, no justificada, entre principios en sentido estricto y derechos individuales. En efecto, Alexy parece suponer que nuestra distinción entre principios en sentido estricto y directrices o normas programáticas es completamente coextensiva con la distinción "entre principios que tienen como objeto derechos individuales y principios cuyo objeto son bienes colectivos"²⁰. Y esto no es así, por la razón de que la adscripción de derechos individuales es una técnica que puede emplearse tanto como plasmación de principios en sentido estricto como en cuanto instrumento para el logro de objetivos colectivos (o para alguna combinación de ambas cosas)²¹. De forma que, de entre los derechos individuales debemos distinguir entre derechos que corresponden a principios en sentido estricto (que serían, en nuestra concepción, derechos provistos de justificaciones últimas), derechos que se configuran para contribuir a implementar directrices (que, para esta concepción, serían derechos provistos de justificaciones utilitarias) y derechos que en parte corresponden a principios en sentido estricto y en parte se orientan a implementar directrices (que serían derechos provistos de justificaciones mixtas).²² Corresponden a principios en sentido estricto (o, lo que es lo mismo, están provistos de justificaciones últimas) aquellos derechos que se orientan a la protección de bienes o intereses que se consideran dignos de igual protección para todos y cada uno de los seres

¹⁹ "Entrevista a Robert Alexy", *cit.*, p. 678.

²⁰ "Entrevista a Robert Alexy", *cit.*, p. 677.

²¹ En sentido similar a lo aquí sostenido, sin embargo, y en contraste con lo que en esta entrevista manifiesta, véase R. Alexy: "Individual Rights and Collective Goods", en donde éste, de forma enteramente correcta en mi opinión, escribe que "detrás de un derecho individual puede existir un haz de razones muy diferentes y diferentes derechos pueden apoyarse en razones muy diferentes [...] Es posible considerar como razones para los derechos no sólo bienes individuales tales como los intereses de los titulares de los derechos de que se trate o su libre voluntad, sino también bienes colectivos" (R. Alexy: "Individual Rights and Collective Goods", en C. S. Nino —ed.— *Rights*, Dartmouth, Aldershot, 1992, p.164).

²² Sigo aquí lo expuesto por M. Atienza y yo mismo en *Ilícitos atípicos*, *cit.*, pp. 49 ss.

000103

humanos. Se trata de derechos que se adscriben universalmente, esto es, derechos de los que son titulares todos y cada uno de los individuos y en los que los bienes o intereses que se trata de proteger o promover son bienes o intereses del propio titular del derecho. Un ejemplo de este tipo de derechos sería el derecho de todos a no ser "sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes" (art. 15 CE). Corresponden, por el contrario, a directrices (o, lo que es lo mismo, están provistos de justificaciones utilitarias) aquellos derechos que se orientan a la protección o promoción de bienes o intereses colectivos, de bienes o intereses distintos, pues, de los del propio titular del derecho. Un ejemplo de derecho de este tipo es el derecho "a la cláusula de conciencia y al secreto profesional" de que gozan, de acuerdo con el art. 20.1 CE, los individuos de una cierta clase, los periodistas. La justificación de estos derechos se halla en que ellos sirven para maximizar un bien colectivo y público, el de la información públicamente disponible. Como ha escrito Francisco Laporta, es para "incentivar el fluido de información en una sociedad deliberante" para lo que se protegen mediante el secreto las fuentes de la información; algo análogo ocurre con la cláusula de conciencia: con ella no se trata de proteger la conciencia del periodista —que no se considera que tenga, como tal, un valor superior a la conciencia de un empleado de pajarería, trabajador de la construcción o profesor de universidad— sino el evitar, dicho de nuevo con palabras de Laporta, que "algunas informaciones u opiniones sobre aspectos de la realidad, cuyo vehículo es un informador o grupo de informadores, dejen de acceder al ámbito del discurso público como consecuencia de un condicionamiento económico de carácter personal"²³.

Por lo que se refiere al derecho de propiedad éste es, claramente, el caso paradigmático de derecho provisto de una justificación mixta. Pues resulta claro que en la configuración de ese derecho intervienen tanto consideraciones de principio o justificaciones últimas —consideraciones que exigen que ese derecho se adscriba universalmente— como consideraciones en términos de directrices —consideraciones que posibilitan una distribución desigualitaria de ese derecho. La justificación en términos últimos o de principio del derecho de propiedad se halla en la conexión entre ese derecho y la autonomía personal: un cierto *quantum* de propiedad —esto es, de control individual de recursos— es condición necesaria para la elección y materialización de cualesquiera planes de vida. Lo que esta justificación de principio de la propiedad exige es meramente la adscripción a todos y cada uno del control individual sobre el *quantum* de recursos necesarios

²³ F. J. Laporta: "El derecho a informar y sus enemigos", en *Claves de Razón Práctica*, n.º 72, 1997, pp. 16-7.

para poder llevar a cabo una existencia autónoma. Pero en la configuración concreta del derecho de propiedad (esto es, en el sistema de reglas en que consiste esa configuración) cuentan, además de esta razón de principio, razones de directriz —justificaciones utilitarias—, que pueden incidir a la hora de diseñar esa configuración concreta de forma que resulte funcional para muy diversos objetivos colectivos. Entre ellos, cabe mencionar, de un lado, la maximización de la riqueza social, que explica que la configuración de la propiedad privada sea más amplia (en cuanto a los bienes susceptibles de devenir propiedad privada de alguien, en cuanto a las facultades del propietario —por ejemplo, por lo que hace a la transmisibilidad hereditaria— y en cuanto a la posibilidad de acumulación de propiedad) de lo que exigiría la mera razón de la autonomía. Y, de otro, un amplio listado de objetivos heterogéneos (como, por limitarnos a algunos que aparecen mencionados en una Constitución como la española, el logro de una distribución de la renta personal y regional más equitativa, la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos, el acceso al trabajo, la conservación del patrimonio histórico, cultural y artístico, el acceso a una vivienda digna y adecuada, la protección de los consumidores y usuarios, la protección de la familia, etc.) que pueden operar como razones para acotar de una u otra manera —en muchas ocasiones, según la naturaleza de los bienes— el alcance de las posiciones normativas que las reglas configuradoras de la propiedad asignan al propietario.

Alexy, como he indicado antes, asimila, de un lado, principios en sentido estricto con "principios que tienen como objeto derechos individuales" y, de otro, directrices con "principios cuyo objeto son bienes colectivos". Y, en relación con el derecho de propiedad, presenta las cosas como si el derecho de propiedad fuera el correlato de un principio en sentido estricto, de forma que las limitaciones del derecho de propiedad (en atención, por ejemplo, a la protección del medio) aparecen como otros tantos triunfos de directrices frente a ese principio en sentido estricto. De esta forma, no habría diferencia entre las colisiones entre principios en sentido estricto y las colisiones entre principios y directrices y resultaría falsa nuestra tesis de la prioridad de los principios en sentido estricto sobre las directrices. Escribe, así, que "el fundamento jurídico para una intromisión tiene que ser tanto más fuerte, cuanto más intensa sea la intromisión. Esto vale tanto para la colisión entre derechos individuales, como para la colisión entre derechos individuales y bienes colectivos. Para justificar una débil intromisión en la propiedad basta con que por medio de ella se produzca una mejora del medio ambiente relativamente poco importante. Una intromisión muy grave en la propiedad, por el contrario, sólo es lícita si es de una gran importancia para la protección

000104

del medio²⁴. Pero, tal como hemos visto, en derechos como el de propiedad la persecución de bienes colectivos no opera como límite de un derecho que, en cuanto tal, apareciera como ilimitado, sino como fundamento justificativo de la propia configuración del derecho. De forma que el que la propiedad privada no sea un derecho ilimitado no muestra que, en ocasiones, haya directrices que prevalezcan sobre principios en sentido estricto, sino que principios en sentido estricto y directrices inciden sobre la configuración en forma de reglas del derecho de propiedad. Los primeros –el principio de autonomía– exigiendo que en relación con un cierto quantum de bienes sea accesible a todos un haz de posiciones normativas que sea reconocible como lo que tradicionalmente se ha llamado propiedad privada; las segundas –prácticamente todas las directrices– contribuyendo a diseñar el sistema de reglas constitutivo de ese haz de posiciones normativas de forma que resulte funcional para el logro de los más diversos objetivos colectivos.

4. Dos sentidos de gradualidad

En el número 27 de *Doxa* se publicó el trabajo de Gloria Lopera “Los derechos fundamentales como mandatos de optimización”, uno de los trabajos más penetrantes sobre teoría de los principios que he podido leer en los últimos años. No voy a entrar aquí en sus diversos meandros, llenos todos ellos de sugerencias que, cuanto menos, resultan dignas de ser discutidas, sino solamente en la manera en cómo presenta la tesis de Alexy de los principios como mandatos de optimización. De acuerdo con Lopera, esta tesis de Alexy puede –debe– entenderse de acuerdo con una distinción que hace que la crítica a la que la sometimos Atienza y yo mismo resulte completamente irrelevante. Pues, escribe Lopera, la idea

“de los principios como mandatos de optimización, normas que ordenan que algo se realice ‘en la mayor medida posible’ [...] puede ser entendida en dos sentidos: 1) como *intensidad* de la aplicación: predicable en el caso de aquellas normas que admiten un cumplimiento gradual o aproximativo (en una escala de 0 a 100%) como sucede con la mayoría de los principios que prescriben la obtención de un *estado de cosas* (las directrices, en el lenguaje de Atienza y Ruiz Manero): garantizar un medio ambiente sano, el acceso a una vivienda digna, la protección de los consumidores, etc.; 2) como *frecuencia* de la aplicación. Tal es el sentido que adquiere la exigencia de cumplimiento ‘en la mayor medida posible’ respecto de aquellos principios cuyo objeto no admite una realización aproximativa (‘no matar’, ‘no discriminar’), caso en el cual la exigencia que incorpora el mandato de optimización es una exigencia de cumplimiento ‘en el mayor número de ocasiones posible’. En este sentido cabe entender la gradualidad incorporada a la noción de mandato de optimización en el caso de aquellos

²⁴ “Entrevista a Robert Alexy”, *cit.*, pp. 677-8.

principios que prescriben la realización de *acciones*. De este modo –concluye Lopera–, la caracterización de los principios como mandatos de optimización sería predicable tanto de las directrices (prescriben estados de cosas) como de los principios en sentido estricto (prescriben acciones)²⁵.

Realmente, no parece haber nada que objetar, desde nuestra perspectiva, a lo sostenido por Lopera. Y ello porque lo que hace Lopera es completar la teoría de los principios de Alexy con la distinción entre principios en sentido estricto y directrices en los términos en los que nosotros los trazamos, de forma que la tesis del mandato de optimización se entienda de forma que resulte compatible con nuestra tesis del cumplimiento pleno en el caso de los principios en sentido estricto y graduable en el caso de las directrices. Queda así aceptado que principios en sentido estricto y directrices son tipos diferentes de principios que tienen una estructura diferente y que guían la conducta de forma asimismo diferente. Queda, pues, aceptado, lo esencial de las tesis que Atienza y yo oponíamos a la concepción de Alexy. Queda tan sólo, en relación con la integridad de nuestras tesis, la conexión de los principios en sentido estricto con valores últimos y de las directrices con valores utilitarios, por un lado, y por otro, la tesis según la cual los principios en sentido estricto prevalecen en todo caso definitivamente sobre las directrices (y no tienen sólo una mera prevalencia *prima facie*). Pero de estas cuestiones me ocuparé a propósito de las cuestiones planteadas en el texto de Aguiló.

5. Tres preguntas no inocentes

5.1. Relaciones conceptuales y relaciones causales; principios en sentido estricto y directrices.

Aunque Aguiló titula su texto “Tres preguntas sobre principios y directrices”, de hecho pone en cuestión bastante más de tres aspectos parciales de lo sostenido al respecto por Atienza y yo. El primer punto a que hace referencia críticamente Aguiló es el de la distinción entre relaciones conceptuales y relaciones causales entre estados de cosas y acciones. Debo decir que, en este punto, Atienza y yo no hicimos otra cosa que seguir estrictamente a von Wright. La distinción entre relaciones conceptuales y causales entre acciones y estados de cosas corresponde exactamente a la que media entre resultado y consecuencia de las acciones. El resultado de una acción guarda con esa acción, dice von Wright, una relación intrínseca o conceptual, mientras que las consecuencias de una acción guardan con esa acción una relación causal²⁵. Dicho de otra forma: si alguien afirma que se

²⁵ G.H. von Wright: *Norma y acción*, *cit.*, pp. 56-7: “[...] el nexo entre el acto y su resultado es intrínseco. El acto no puede verdaderamente ser descrito como un acto de la categoría en cuestión, a menos que efectúe un cambio o termine en un estado de cosas de la especie en

ha realizado una acción, pero que no se ha producido su resultado, incurre en un error analítico o conceptual: su proposición es autocontradictoria; por el contrario, las proposiciones que afirman que se han seguido tales o cuales consecuencias de una acción, al aludir a nexos causales, son verdaderas o falsas empíricamente. Por ejemplo, si afirmamos que Juan ha matado a Pedro, pero que Pedro no ha resultado muerto emitimos un enunciado autocontradictorio, que resulta falso en virtud del significado de sus términos; si afirmamos que, como consecuencia de la realización de esa acción, la viuda de Pedro está muy afligida, o muy alegre, emitimos un enunciado que resultará verdadero o falso según sea, en efecto, el estado de ánimo de la viuda de Pedro. Pero supongamos que, en efecto, la viuda de Pedro está afligida: en tal caso, podemos afirmar con verdad que matar a Pedro ha sido un medio para entristecer a su esposa (tras la realización de la acción, viuda) pero nunca que matar a Pedro sea una "forma" de entristecer a su esposa, si es que, como es usual en la literatura al respecto, el término "forma" lo reservamos para relaciones conceptuales y no causales. Esto es, "matar con veneno" y "matar con puñal" son, en efecto, "formas" de matar; pero "suministrar veneno" o "apuñalar" no son "formas" de matar, sino, en su caso, meros "medios" para ello: la proposición "Juan mató con veneno [o con puñal] a Pedro, pero Pedro no resultó muerto" es autocontradictoria, pero la proposición "Juan suministró veneno [o apuñaló] a Pedro, pero Pedro no resultó muerto" es sólo empíricamente verdadera, o falsa. Es por ello por lo que Aguiló no tiene razón cuando escribe que

"tanto en el caso de la directriz como en el de los principios la relaciones entre acciones y estado de cosas es primero causal y como consecuencia de ello también conceptual. En el caso de la directriz, la relación entre la acción que se realiza (por ejemplo, imponer las pruebas de detección del virus [del SIDA]) y el estado de cosas ordenado o debido (que la salud de los ciudadanos esté protegida) tiene que ser causal. La acción tiene que ser un medio para el fin. Una vez afirmada esta relación causal, podemos establecer una relación conceptual entre la acción de imponer las pruebas de detección del virus (la acción) y la

cuestión, que llamaremos su resultado. Un acto no puede verdaderamente ser llamado un acto de abrir la ventana, a menos que termine (resulte) en que la ventana esté abierta—por lo menos durante un corto tiempo—[...] Cuando el mundo cambia en un determinado respecto puede suceder que, por virtud de la llamada necesidad causal o natural, también llegue a transformarse en otro determinado respecto. Entonces decimos que la segunda transformación es una *consecuencia* de la primera. Si la primera transformación se efectúa a través de una acción, es el resultado de un acto; entonces la segunda es una consecuencia de la acción, una consecuencia de ese acto [...] Que una determinada transformación sea causa de que otra determinada transformación tenga lugar o no, normalmente dependerá de la presencia o ausencia de un cierto número de otras características del mundo, además de los estados asociados con las dos transformaciones mismas [...] A diferencia de la relación entre un acto y su resultado, la relación entre un acto y sus consecuencias es *extrínseca* (causal)".

protección de la salud de los ciudadanos (el estado de cosas) y, en consecuencia, afirmar que imponer las pruebas de detección del virus es una "forma" (junto con otras posibles) de proteger la salud [...]. Me parece que la cosa no es distinta en el caso de los principios en sentido estricto (o en las normas de acción en general). Sólo una vez que hemos determinado la relación causal, admitimos la relación conceptual entre lo que se hace y el estado de cosas debido [...]. Empecemos con un ejemplo sencillo. Si tomamos la prohibición de matar como ejemplo de norma de acción, entonces todas aquellas acciones que causalmente provocan el resultado muerte, en efecto las consideramos "formas de matar": disparar, apuñalar, envenenar, etc. las consideramos formas de matar. Pero lo importante es que las consideramos así porque afirmamos la relación causal"

Pues bien: no. Cuando afirmamos la existencia de una relación causal entre una cierta acción y un cierto estado de cosas, afirmamos sólo eso: la existencia de una relación causal. A partir de ahí, como hemos visto, no podemos afirmar legítimamente la existencia de relación conceptual alguna. "Disparar", "apuñalar", "envenenar" no son "formas" de matar porque ninguna de esas acciones implica conceptualmente el resultado "muerte".

Todo esto no tiene más importancia que la de aclarar la distinción entre relaciones conceptuales y relaciones causales entre acciones y estados de cosas que Aguiló ha entendido, en mi opinión, de forma inadecuada. En todo caso, la distinción, entendida como se acaba de presentar, era vinculada por Atienza y yo a la distinción entre principios en sentido estricto y directrices, en el sentido de que, en el caso de los principios en sentido estricto, la relación relevante entre acciones y estados de cosas es la relación analítica o conceptual, mientras que, en el caso de las directrices, la relación relevante es la causal. Ilustremos esto con un par de ejemplos. Pensemos, como ejemplo de principio en sentido estricto, en el principio de libertad de expresión del art. 20 a) CE, contemplado como principio que ordena, *prima facie*, abstenerse de interferir en la expresión y difusión de los pensamientos, ideas y opiniones²⁶. La pregunta relevante en relación con la acción es aquí la de ¿en qué consiste "interferir"? Y una buena respuesta podría ser, de entrada, que "interferir" consiste en impedir, en prohibir o en sancionar actos de expresión o difusión de pensamientos, ideas u opiniones. "Impedir", "prohibir" o "sancionar" son formas de interferir, no medios para la interferencia: "impedir", "prohibir" o "sancionar" implican conceptualmente "interferir"; aquí no hay ninguna relación causal involucrada. Las cosas son distintas si pasamos a las directrices. Pensemos como

²⁶ Sobre que las libertades constitucionales implican prohibiciones de interferencia, pero no pueden reducirse a ellas, véase el apéndice al capítulo 3 de *Las Plezas* y también M. Atienza y J. Ruiz Manero: "Permissions, Principles and Rights. A Paper on Statements Expressing Constitutional Liberties, en *Ratio Juris*, vol 9, n° 3, 1996.

ejemplo en el deber de los poderes públicos de "promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas" y, a los fines de paralelismo en el ejemplo, entendámoslo como referido a la libertad de expresión. Aquí, desde luego, cabe como relevante la pregunta de ¿en qué consiste que la libertad de expresión sea real y efectiva? Y la respuesta puede ser que ello consiste en que todos los individuos y grupos puedan (en el sentido de capacidad y no meramente en el de permisión) efectivamente ejercer la libertad de expresión. Pero, junto con esa pregunta, surge otra pregunta relevante, la pregunta de ¿cómo se puede lograr ese estado de cosas en el que todos los individuos y grupos pueden efectivamente ejercer la libertad de expresión? Y aquí las respuestas aluden ya a acciones muy heterogéneas que se consideran o no medios idóneos para ello: por ejemplo, y por no alargar excesivamente el listado, adoptar medidas que contribuyan a incrementar el nivel cultural de la población (o de los segmentos con menor nivel educativo); facilitar el acceso a la propiedad de periódicos o de emisoras de radio a asociaciones representativas de grupos numerosos cuya ubicación social sea más bien subalterna (como sindicatos, asociaciones vecinales, juveniles, de mujeres o de minorías étnicas, etc.), utilizar el sistema escolar para inculcar en los jóvenes el hábito de leer periódicos y discutir pertinentemente lo que leen, y un sinnúmero de acciones más que podamos imaginar. Todas estas acciones son, en su caso, medios de lograr el estado de cosas ordenado, mantienen con él una relación causal y no conceptual: no hay nada conceptualmente incorrecto en decir que se realizó alguna (o varias) de estas acciones y, sin embargo, no se logró el estado de cosas pretendido, o se logró en una medida muy pequeña (o muy grande, o extraordinaria, etc.). Y, de otro lado, que estas acciones u otras que pudieran imaginarse sean, efectivamente, medios idóneos para hacer real y efectiva la libertad de expresión es, con seguridad, asunto altamente controvertible, como, aun aceptando que lo sean, es también altamente controvertible que deban emplearse precisamente estas medidas y no otras (de las que pueda pensarse que son más eficaces o de menor coste). Y es que, en efecto, la concreción de fines y de sus medios de realización que el cumplimiento de directrices entraña implica necesariamente, de un lado, una cierta priorización (desde luego, no lexicográfica) de los diversos fines ordenados (priorización que no se desprende del propio sistema jurídico y a la que, por ello, podrían oponerse otras priorizaciones asimismo admisibles) y de otro, juicios sobre relaciones medio-fin (cuya verdad no viene determinada por el sistema jurídico y a los que, por ello, podrían oponerse en la mayor parte de las ocasiones, otros juicios sobre tales relaciones igualmente plausibles

e incompatibles con los anteriores)²⁷. De ahí que el establecimiento de estas priorizaciones y la asunción de estos juicios sobre relaciones medio-fin sea asunto centralmente encomendado a los órganos de deliberación y decisión democráticamente legitimados.

Pero, en todo caso, la distinción entre relaciones conceptuales y relaciones causales entre acciones y estados de cosas no es, como sugiere Aguiló, "ideológica" ni tiene como función el llevar a cabo ninguna "ocultación" sino que, bien al contrario y adecuadamente entendida, arroja, creo, una luz importante sobre dos maneras distintas que tienen las normas de guiar la conducta, posibilita entender por qué la aplicación de directrices supone discrecionalidad y la de principios en sentido estricto no la supone y también por qué, en materia de directrices, la función de los tribunales no va, en los casos centrales, más allá de controlar que los órganos democráticamente legitimados no han desbordado los márgenes de esa discrecionalidad.

Sin embargo, si Aguiló impugna la distinción entre relaciones conceptuales y relaciones causales entre acciones y estados de cosas es, básicamente, para prepararse el terreno para atacar la tesis, defendida en *Las Piezas*, según la cual los principios en sentido estricto prevalecen siempre sobre las directrices: "en mi opinión -escribe- la insistencia en la relación conceptual [...] frente a la causal es en el mejor de los casos una necesidad interna de la propia teoría para poder seguir sosteniendo que los principios en sentido estricto prevalecen siempre sobre las directrices". He argumentado hasta ahora por qué esa distinción entre relaciones conceptuales y relaciones causales es, a mi juicio, clarificadora, pero de lo que se trata ahora es de abordar la crítica de Aguiló a la tesis de la prevalencia de principios sobre directrices. Aguiló pone en cuestión dicha tesis con la ayuda de una argumentación que podríamos llamar "de sentido común", de forma que, después de haber acompañado a Aguiló en su argumentación, uno puede quedarse con la impresión de que sólo un fanático principialista, por completo insensible a los costes, podría seguir sosteniendo dicha prevalencia. Veámoslo. Aguiló empieza por relatar la respuesta que, en una conferencia a la que asistió, daba la conferenciante a la cuestión de si cabe, en nuestro Derecho, establecer la obligatoriedad de las pruebas de detección del virus del sida. La conferenciante, nos dice, admitía que establecer dicha obligatoriedad podría ser muy eficaz para la protección de la salud (fin cuya persecución viene ordenada por el art. 43 CE), pero sostenía que el establecimiento de dicha obligatoriedad estaba excluido en nuestro Derecho "porque entraba en contradicción con los principios/derechos a la dignidad (art. 10), a la integridad física y moral (art. 15) y a la intimidad personal (derecho a excluir a los

²⁷ Véase *Las piezas*, 2ª edición, cit., pp. 37-38.

000107

demás del conocimiento de aspectos de la propia persona) (art. 18)". De ahí, sigue relatando Aguiló, la conferenciante "concluía que conforme a nuestro ordenamiento las pruebas de detección del sida siempre deben ser voluntarias y requieren consentimiento libre [...] las pruebas de detección del virus no pueden imponerse a los pacientes ni a los profesionales sanitarios". A partir de aquí, Aguiló propone un "imaginemos que" que concluye en la descalificación de nuestra teoría, por cuanto, de acuerdo con su relato, ésta desembocaría, o bien en consecuencias fanáticas que nadie razonable estaría dispuesto a suscribir, bien en una construcción cuya artificiosidad salta a la vista y que no tendría más finalidad que tratar de salvar la teoría eludiendo al tiempo la carga del fanatismo. Permítaseme en este punto citar a Aguiló con cierta extensión:

"Imaginemos por un momento que la evolución de la infección fuera muy negativa y que, en consecuencia, el nivel de contagios se disparara; es decir, imaginemos que empieza a generarse la urgencia de proceder a un control más efectivo de la enfermedad. Imaginemos también que se produce un avance tal en las técnicas de detección de la enfermedad que permite que en lugar de tener que extraer, por ejemplo, 5 ml de sangre fuera suficiente una gota de la yema de un dedo. Y finalmente supongamos que dados todos estos cambios pensásemos que el control de la enfermedad bien merece este 'pequeño' sacrificio. ¿Cuál sería la forma correcta de describir dicho cambio en relación con el derecho a la integridad física de las personas? Una primera alternativa consiste en decir que mientras que extraer 5 ml de sangre atenta contra la integridad física de las personas (es una forma de lesionar la integridad física), la extracción de una gota de sangre, no. Esta sería la forma de describir el cambio que se sigue de la presentación de Atienza y Ruiz Manero. La evolución de la infección no sería relevante, porque la protección de la salud (valor utilitario) no puede balancearse (sopesarse) con la integridad física (valor último). El cambio relevante tiene que ver sólo con la modificación de las técnicas de detección de la enfermedad. Otra descripción posible consiste en balancear el estado de la evolución de la infección con los diferentes costes que para la integridad física de las personas tienen las diferentes pruebas de detección de la enfermedad. Así, dado el diferente coste que para la integridad física tienen las diferentes pruebas, justificar unas y no otras dado un cierto estado de evolución de la enfermedad".

De acuerdo, pues, con Aguiló, la eventual obligatoriedad de las pruebas de detección del sida entraría en contradicción con los principios/derechos a la dignidad, a la integridad física y a la intimidad. Como nosotros sostenemos la prevalencia de los principios en sentido estricto sobre las directrices, en el caso de que se dispararan las cifras de contagio de esta enfermedad, nos veríamos obligados a escoger una de estas dos alternativas: o bien seguir afirmando que, sean cuales sean los costes, la obligatoriedad de las pruebas de detección de la enfermedad debe considerarse prohibida en nuestro Derecho por entrar en contradicción con principios del mismo o bien, utilizando el resquicio de que ha habido un avance en las técnicas

de detección, afirmar que, mientras que la extracción de 5 ml de sangre sí atenta contra estos principios (y en concreto contra la integridad física), la extracción de una sola gota de sangre no lo hace. Esta última tesis —de la que Aguiló afirma que, como forma de describir el cambio, "se sigue de la presentación de Atienza y Ruiz Manero"— en mi opinión es altamente artificiosa y, desde luego, no la hago mía en modo alguno. Por qué diablos piensa Aguiló que "se sigue" de lo que hemos sostenido Atienza y yo es para mí un completo misterio. Y, desde luego, si nuestra teoría tuviera que incurrir en artificiosidades de este tipo para evitar la conclusión fanática de que nunca, sean cuales sean las circunstancias, puede considerarse justificada en nuestro Derecho la imposición obligatoria de pruebas de detección del sida, si fueran así las cosas, digo, nuestra teoría debería, desde luego, ser inmediatamente abandonada. Pero las cosas no son, naturalmente, así. Y ello porque lo que, en mi opinión, debe rechazarse es el punto de partida que Aguiló nos atribuye sin vacilar, a saber, que hay razones de principio que vedarían, en todo caso, la imposición de la obligatoriedad de las pruebas de detección del sida. Estas razones de principio se referirían, según dice Aguiló al inicio de su exposición del asunto, a la dignidad, a la integridad física y a la intimidad. De la dignidad, en todo caso, no vuelve a hablar posteriormente y dado que se suele considerar que el derecho a la intimidad constituye una concreción de exigencias derivadas de la dignidad, me referiré únicamente al derecho a la integridad física y al derecho a la intimidad como posibles razones de principio en contra del establecimiento de la obligatoriedad de las pruebas de detección del sida. Y lo primero que hay que decir a este respecto es que Aguiló no ofrece una sola razón por la que haya que considerar a los derechos a la integridad física y a la intimidad como constitutivos de razones de principio en contra de tal posibilidad. Empecemos por el derecho a la integridad física: sólo se me ocurre como explicación para considerar que el derecho a la integridad física impide la obligatoriedad de pruebas que requieran de extracciones de sangre (sea la cantidad de ésta 5 ml o una gota) un entendimiento radicalmente literal de lo que significa "integridad física", de forma que se pasa de la consideración usual de que el derecho a la integridad física prohíbe privar a una persona contra su voluntad de órganos o miembros de su cuerpo (lo que tiene relevancia, por ejemplo, para la ética de los trasplantes), a considerar que tal derecho prohíbe privar a una persona contra su voluntad de cualquier elemento de su cuerpo, por ejemplo, de 5 ml de su sangre, privación de la que no se deriva ningún cambio perceptible en la vida ulterior de la persona. Pero este entendimiento radicalmente literal de lo que significa "integridad física" vuelve imposible, a mi juicio, integrar el "derecho a la integridad física", así entendido, en alguna construcción justificativa acep-

table. En cualquier construcción de este género, me parece, el alcance del derecho a la integridad física ha de depender de las razones que respaldan a ese derecho. Y no se ven razones para un derecho —que, como derecho fundamental, implica la acotación de un espacio de indisponibilidad para el legislador—, que proteja frente a la privación de cualquier elemento corporal (¿también de la fracción del cabello o de las uñas que solemos cortar?) aun si éste resulta irrelevante para la vida ulterior de la persona. Si hay razones de principio en contra de la obligatoriedad de las analíticas de sangre, éstas no se encuentran, pues, de ningún modo, me parece, en el derecho a la integridad física.

El derecho a la intimidad parece constituir, de entrada, un mejor candidato. Pues aquí se trata de vedar al conocimiento público ciertos aspectos de la vida y la personalidad de cada cual. El problema aquí es el del alcance del derecho: ¿qué aspectos de la vida y de la personalidad de cada uno pueden sustraerse legítimamente en todo caso a las pesquisas de los demás? Es obvio que no puede tratarse de aquellos aspectos que cada uno decida: hay datos que hemos de proporcionar. Por ejemplo, nuestro nivel de estudios o nuestra profesión son datos que somos requeridos a manifestar con relativa frecuencia, así como —por seguir con los ejemplos— el nombre de nuestro cónyuge. Tenemos derecho a no proporcionar a nuestros conciudadanos información sobre nuestros ingresos, pero tenemos el deber de proporcionar esa información a las autoridades fiscales, etc., etc. ¿Qué ocurre con los datos relativos a nuestra salud? No estoy en condiciones de diseñar aquí ni siquiera un esbozo de una teoría acerca del alcance de la intimidad en el terreno de la salud, pero sí de decir algunas cosas. La primera es que la determinación del alcance de ese derecho depende también, como no puede ser de otro modo, de cuáles sean las razones que justifican el mismo. Y parece que esas razones tienen que ver con la dignidad y con la autonomía. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la intimidad implica “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario —según las pautas de nuestra cultura— para mantener una calidad mínima de la vida humana” (STC 231/1988, de 2 de diciembre) y asimismo que “la intimidad personal y familiar es un bien [...] sin el cual no es realizable, ni concebible siquiera, la existencia en dignidad que a todos quiere asegurar la norma fundamental”. Y Carlos Nino ha indicado que el valor de la intimidad tiene que ver “con la necesidad de que los demás no adquieran un poder indebido sobre nuestra persona, de que nos sometan a situaciones de murmuración, burla y ridiculización, dada la intolerancia que a veces se tiene sobre otros hábitos de vida o rasgos de la personalidad, y el respeto a la libertad de cada uno de elegir

su forma de vida”²⁸. Del mismo modo que parece claro que estas razones exigen que se impida un acceso indiscriminado por parte de cualquiera a nuestro historial médico sin nuestro consentimiento, no veo para nada claro que exijan que, en situaciones de pandemia, no se nos pueda practicar una determinada analítica sin contar asimismo con nuestro previo consentimiento. Aguiló tendría que convencerme —esgrimiendo razones que en su texto ni siquiera esboza— de que la obligatoriedad de una prueba analítica es en todo caso lesiva de nuestra dignidad o proporciona a los demás un poder indebido sobre nuestra persona.

5.2. Valores últimos y valores utilitarios, principios y directrices

Quisiera ahora responder, para acabar, a los siguientes interrogantes de Aguiló relativos a las relaciones entre estos dos tipos de valores y estos dos tipos de normas:

“¿No os parece que establecer una conexión necesaria entre una forma de guiar la conducta o tipo de mandato (principio o directriz) con un tipo de valor (último o utilitario) resulta de una rigidez completamente injustificada? ¿No supone, además, olvidar que las formas de guiar la conducta son instrumentales en relación con los valores o bienes que se trata de proteger o de promocionar? [...] si resulta relativamente sencillo encontrar en nuestros ordenamientos ejemplos de normas (enunciados) que en su vertiente directiva se asemejan a directrices pero que protegen valores últimos y, a la inversa, normas que en el aspecto directivo se parecen a los principios en sentido estricto pero que están conectados con valores utilitarios ¿no os parece que la caracterización de la distinción que hacéis puede ser acusada de ideológica en el sentido de que presentáis como cualitativo lo que, en el mejor de los casos, no es más que cuantitativo? Y esta presentación ¿no tiene un sesgo injustificado que hace primar siempre los clásicos derechos de libertad frente a los de igualdad? ¿No pensáis que es más adecuado afirmar que en relación con cualquier valor (sea último o utilitario) pueden extraerse guías para la conducta tanto en el sentido de límite como en el de promoción dependiendo de los estados del mundo?”

Tengo la impresión de que, sin duda en parte por déficits en la presentación que Atienza y yo mismo hicimos del asunto, Aguiló ha entendido de forma algo inapropiada la distinción entre valores últimos (correspondientes a principios en sentido estricto) y valores utilitarios (correspondientes a directrices). Me parece que lo esencial de dicha distinción es lo siguiente: cuando atribuimos valor utilitario a una cierta propiedad (a un cierto bien, para expresarnos con más sencillez) lo que entra en línea de cuenta en nuestros juicios correspondientes es el monto global que de ese bien se haya

²⁸ C.S. Nino: *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 328.

logrado producir, sin atender a los problemas de distribución. Operamos así, desde luego, cuando se trata de bienes públicos, que no son susceptibles de distribución, como un medio ambiente limpio o un patrimonio histórico o artístico adecuadamente conservado. Pero también operamos así en relación con bienes que sí resultarían susceptibles de distribución como, por ejemplo, el empleo o el acceso a una vivienda digna y adecuada. Así, juzgaríamos como exitosa una política de empleo que en el lapso, digamos, de una legislatura, lograra reducir la cifra de desempleados del 15%, digamos, al 5% de la población activa, por mucho que este éxito se distribuyera, desde luego, desigualitariamente, pues dicho 5% no se beneficiara de él. E igualmente juzgaríamos como exitosa una política de vivienda que en el mismo lapso temporal lograra eliminar una parte sustancial de las infraviviendas existentes, realojando a sus ocupantes en viviendas dignas, por mucho que un número importante de personas continuara residiendo en infraviviendas. Y también, en algunas ocasiones, operamos así en relación con bienes que, como el respeto a la vida o a la integridad física, entendemos que deben ser adscritos a todos por igual. También en relación con este último tipo de bienes valoramos positivamente políticas que logren disminuir significativamente los casos en que tales bienes son lesionados. Por ejemplo, valoraríamos positivamente una política criminal que, en un cierto lapso, lograra disminuir a la mitad los casos de delitos contra la vida, aun cuando siguieran perdiéndose vidas humanas por delitos de este tipo.

En todos estos casos tratamos al bien de que se trate como portador de un valor utilitario. Obsérvese que puede tratarse (i) de bienes no susceptibles de ser distribuidos, ni igualitaria ni desigualitariamente, como es el caso del medio ambiente limpio; o bien (ii) de bienes susceptibles de ser distribuidos, pero en relación con los cuales el orden jurídico sólo prescribe la maximización y no un determinado modelo distributivo, como es el caso del empleo; o bien (iii) de bienes respecto de los que el orden jurídico prescribe la distribución igualitaria, como es el caso del respeto a la vida.

Cuando atribuimos valor último a un cierto bien, esta atribución implica —en sistemas jurídicos como el nuestro— que dicho bien debe adscribirse por igual a todos y cada uno. Esto es, atribuimos valor último a los bienes que, en la tripartición precedente, ocupan el casillero (iii). Y les atribuimos valor último porque entendemos que el respeto y la protección al disfrute igual de ese bien por todos y cada uno opera como límite a los cursos de acción admisibles para lograr la maximización de bienes de tipo (i), de tipo (ii) o del propio tipo (iii). Aguiló insinúa una orientación ideológica conservadora en nuestra construcción cuando pregunta si ella “no tiene un sesgo injustificado que hace primar siempre los clásicos derechos de libertad frente a los de igualdad”. Espero que lo expuesto hasta ahora haya hecho ver al lector

lo infundado de esa atribución. Afirmar la primacía de los principios frente a las directrices lo que implica, bien al contrario, es que todos y cada uno de los seres humanos han de ser tratados como iguales en ciertos aspectos importantes y que esta exigencia igualitaria prevalece, imponiendo límites, frente al diseño de políticas maximizadoras de cualquier tipo. Lo que sí implica, desde luego, la afirmación de esta primacía, y el conjunto de nuestra construcción, es la asunción de un cierto individualismo igualitario. Pero tal individualismo igualitario está, a mi juicio, más allá de los sesgos ideológicos “conservadores” o “progresistas” y se sitúa en el terreno común, en la base compartida a la que responden algunas de las líneas maestras de nuestros sistemas jurídicos.

000110