

I&D

IDEAS & DERECHO

Nº 22 | 2021 | Buenos Aires | ISSN 2314-0321



ASOCIACIÓN ARGENTINA DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO



IDEAS & DERECHO

N° 22 | 2021 | Buenos Aires | ISSN 2314-0321



ASOCIACIÓN ARGENTINA DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO

Ideas & Derecho es una revista de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho que comenzó a publicarse como anuario en el año 2001. Abarca todas las escuelas de pensamiento referidas a la Teoría Jurídica, a la Filosofía del Derecho, a la Filosofía Política y a la Filosofía Social. Procura, asimismo, que las investigaciones científicas que se publican en sus páginas respondan a las necesidades de la comunidad jurídica y política nacional y extranjera. Por ello, la revista está abierta tanto a las contribuciones que aborden un análisis iusfilosófico general (desde el enfoque teórico de su preferencia), como a los estudios de áreas más específicas del campo jurídico, político y social, en la medida en que adopten una perspectiva iusfilosófica. Las contribuciones podrán pertenecer a las siguientes categorías: a) Estudios; b) Diálogos y ensayos, y c) Reseñas.

La revista Ideas & Derecho tiene como objetivos primordiales:

- a) Difundir los resultados de los avances logrados en el marco de la Teoría Jurídica, la Filosofía del Derecho, la Filosofía Política y la Filosofía Social.
- b) Contribuir al debate acerca de las diferentes escuelas de pensamiento sostenidas a lo largo de la historia y las de la actualidad.
- c) Promover la construcción de pensamiento crítico en torno al mundo jurídico y a las disciplinas afines.
- d) Incentivar el desarrollo de la investigación y la docencia en estas materias.

Ideas & Derecho es una revista arbitrada que utiliza el sistema de doble ciego y recurre a evaluadores externos a la AAFD para la selección de los artículos a publicar.

Los artículos publicados no constituyen necesariamente la opinión oficial de la AAFD.

Ideas & Derecho. ISSN 2314-0321

Periodicidad semestral - N° 22, diciembre 2021

© ASOCIACIÓN ARGENTINA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO (AAFD)

San Martín 569, piso 5º, of. "12" - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina
(+54-11) 4011-1312 - info@aafder.org - www.aafder.org/revista.php

© EDITORIAL ASTREA SRL

Lavalle 1208 - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina
(+54-11) 4382-1880 - 0800-345-ASTREA (278732)
www.astrea.com.ar - editorial@astrea.com.ar

La edición de esta obra se realizó en EDITORIAL ASTREA, y fue impresa en Prosa-Amerian, en la segunda quincena de diciembre de 2021.

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

I M P R E S O E N L A A R G E N T I N A

AUTORIDADES DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA
DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

PRESIDENTE

Renato Rabbi-Baldi Cabanillas

VICEPRESIDENTE

Diego Duquelsky Gómez

SECRETARIA

Débora Ranieri

TESORERO

Juan Pablo Alonso

VOCALES TITULARES

Jorge Eduardo Douglas Price

Paula Gaido

Marina Gorali

Ricardo Guibourg

Daniel Alejandro Herrera

Claudina Orunesu

Julio Raffo

María Gabriela Scataglini

Eduardo Soderó

María Claudia Torrens

Rodolfo Vigo

VOCALES SUPLENTE

Luciana Álvarez

Eugenio Bulygin

María Isolina Dabové

Eduardo Quintana

REVISORAS DE CUENTAS

Mercedes Ales (titular)

Alicia Enriqueta Carmen Ruiz (suplente)

REVISTA IDEAS & DERECHO

DIRECTORES GENERALES

Renato Rabbi-Baldi Cabanillas (UBA) - Juan Pablo Alonso (UBA)

SECRETARÍA DE REDACCIÓN

María Isolina Dabove (Conicet-UBA)

Diego Luna (UBA)

María Florencia Vazzano (Unicen)

COMITÉ EDITORIAL

María Isolina Dabove (Conicet-UBA)

Juan Bautista Etcheverry (Conicet-U. Austral)

Claudina Orunesu (UNMdP)

María Gabriela Scataglini (UBA)

Débora Ranieri (UCA)

María Claudia Torrens (UNR)

CONSEJO ACADÉMICO

Robert Alexy (Alemania)

Javier Ansuátegui Roig (España)

Manuel Atienza (España)

Andrés Botero Bernal (Colombia)

Eugenio Bulygin (Argentina)

Juan Ramón Capella (España)

Carlos Cárcova (Argentina)

Mario Chaumet (Argentina)

Miguel Ciuro Caldani (Argentina)

Paolo Comanducci (Italia)

Raffaele De Giorgi (Italia)

Alberto Filipi (Italia)

Juan Antonio García Amado (España)

Ricardo Guibourg (Argentina)

Carla Huerta (México)

Santiago Legarre (Argentina)

Raúl Madrid Ramírez (Chile)

José Juan Moreso (España)

Pablo Navarro (Argentina)

Julio Raffo (Argentina)

Cristina Redondo (Argentina)

Eligio Resta (Italia)

Oscar Sarlo (Uruguay)

Julián Sauquillo (España)

Lenio Luiz Streck (Brasil)

Damaso J. Vicente Blanco (España)

Rodolfo Vigo (Argentina)

Francesco Viola (Italia)

TABLA DE CONTENIDO

ESTUDIOS

Sofía Aguilar

Resonancias de la crítica filosófica en las discusiones contemporáneas de la Filosofía del Derecho. Principales aportes 3

Andrés Botero Bernal

El debate Kelsen-Hart sobre la sanción normativa: una segunda mirada más allá del “último mohicano” 27

Manuela Gargano

La “derrotabilidad” de la tipificación de la legítima defensa en el Código Penal argentino. Un análisis desde la noción de coherencia normativa 57

José Antonio Seoane

“Lex iusta”, “lex iniusta”, “lex iniustissima” 79

DIÁLOGOS Y ENSAYOS

Miguel Ángel Ciuro Caldani

“Presencias de la lucha contra la persecución racial y del respeto a la dignidad humana en la obra iusfilosófica de Werner Goldschmidt” .. 99

RESEÑAS

Eduardo Esteban Magoja

Libro: MARCELO FERNÁNDEZ PERALTA, *Tomás Casares, iusfilósofo y juez* (Buenos Aires, Astrea, 2021) 109

Normas de publicación para los autores 115

Declaración de originalidad 121

ESTUDIOS

RESONANCIAS DE LA CRÍTICA FILOSÓFICA EN LAS DISCUSIONES CONTEMPORÁNEAS DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO. PRINCIPALES APORTES*

SOFÍA AGUILAR**

Resumen. El objetivo general de este trabajo es mostrar cómo a partir del análisis de las propuestas de HABERMAS y FOUCAULT es posible advertir dos derivas de la crítica filosófica que permean la filosofía del derecho. Sostendremos que, a partir del llamado “Debate HABERMAS-FOUCAULT” es posible delimitar una suerte de *matriz polémica general* que se reintroduce, muchas veces de forma inadvertida, en el campo específico de la filosofía del derecho. Para ejemplificar esta cuestión, hemos seleccionado a cuatro autores reconocidos: MANUEL ATIENZA, ROBERT ALEXY, ENRIQUE MARÍ y BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS. Esta selección no pretende ser exhaustiva sino meramente ejemplificativa o bien una posible aplicación de nuestro planteo a partir del cual pretendemos brindar un marco de comprensión general para algunas discusiones actuales en la disciplina.

Palabras clave: crítica, derecho, razón, Habermas, Foucault.

RESONANCES OF THE PHILOSOPHICAL CRITICISM IN THE CONTEMPORARY DISCUSSIONS OF THE PHILOSOPHY OF LAW. MAIN CONTRIBUTIONS

Abstract. The general objective of this work is to show how, based on the analysis of the proposals of HABERMAS and FOUCAULT, it is possible to notice two drifts of philosophical criticism

* Recepción: 12/6/2020; evaluación: 20/7/2021; aceptación: 28/7/2021.

** Abogada, docente de la Facultad de Derecho (UBA). Becaria doctoral (Conicet-UBA). Correo electrónico: aguilar.sofia@gmail.com.

that permeate the philosophy of law. I will argue that, from the so-called "Habermas-Foucault debate" it is possible to delimit a kind of general controversial matrix that is reintroduced, often inadvertently, in the specific field of the philosophy of law. To exemplify this question I have selected four recognized authors: MANUEL ATIENZA, ROBERT ALEX, ENRIQUE MARÍ and BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS. This selection is not intended to be exhaustive but merely exemplary or a possible application of my approach from which I intend to provide a framework of general understanding for some current discussions in the discipline.

Keywords: criticism, law, reason, Habermas, Foucault.

RESSONÂNCIAS DA CRÍTICA FILOSÓFICA NAS DISCUSSÕES CONTEMPORÂNEAS DA FILOSOFIA DO DIREITO. PRINCIPAIS CONTRIBUIÇÕES

Resumo. O objetivo geral deste trabalho é mostrar como, a partir da análise das propostas de HABERMAS e FOUCAULT, é possível perceber duas correntes de crítica filosófica que permeiam a filosofia do direito. Defenderei que, a partir do chamado "Debate HABERMAS-FOUCAULT" é possível delimitar uma espécie de matriz geral controversa que é reintroduzida, muitas vezes inadvertidamente, no campo específico da filosofia do direito. Para exemplificar esta questão selecionei quatro autores reconhecidos: MANUEL ATIENZA, ROBERT ALEX, ENRIQUE MARÍ e BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS. Esta seleção não pretende ser exaustiva, mas meramente exemplificativa ou uma possível aplicação da minha abordagem a partir da qual pretendo fornecer um arcabouço de compreensão geral para algumas discussões atuais na disciplina.

Palavras chave: critica, direito, razão, Habermas, Foucault.

A) INTRODUCCIÓN

En el año 1781, emergía de forma resonante en la escena de la filosofía el concepto de "crítica" de la mano de KANT y su *Crítica de la razón pura*. Algunos años después, fue este mismo autor quien publicó un texto titulado: *Respuesta a la pregunta: ¿Qué es la ilustración?*, en donde caracterizó a su propia época como el inicio de un proceso a partir del cual se llegaría a la adultez del género humano.

Para KANT, su tiempo no era ilustrado, sino de ilustración y, es en ese marco, que la crítica se presentaba como la capacidad de preguntarse, por un lado, por las condiciones a priori de posibilidad del conocimiento, y por el otro, por el presente histórico. A partir de allí y durante mucho tiempo, la crítica quedó necesariamente enlazada a la ilustración (como proceso y como *progreso*) y también, pero no menos importante, a cierta idea de razón. Pero, desde ese entonces hasta el presente ha corrido mucha agua bajo el puente y diversos autores han retomado, resignificado y problematizado la relación entre la crítica, la razón, el progreso y la ilustración, entre ellos, dos que nos interesa abordar en este trabajo: HABERMAS y FOUCAULT. Resulta interesante que tanto HABERMAS como FOUCAULT sitúan sus proyectos críticos como deudores de la propuesta inaugurada por KANT y, que, sin embargo, profundas diferencias epistemológicas los separan entre sí. En este trabajo sostendremos que a partir del llamado “Debate Habermas-Foucault” es posible delimitar los elementos claves que se contraponen en las propuestas de estos autores y que conforman una suerte de *matriz polémica general* que se reintroduce, muchas veces de forma inadvertida, en el campo específico de la filosofía del derecho. El resultado serían dos posibles vías o sendas de la crítica: la habermasiana (o de tradición ilustrada) y la foucaultiana (o genealógica). Para ejemplificar esta última cuestión se han seleccionado a cuatro autores reconocidos de nuestra disciplina: MANUEL ATIENZA, ROBERT ALEXY, ENRIQUE MARÍ y BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS.

B) DOS VARIANTES DEL PENSAMIENTO CRÍTICO CONTEMPORÁNEO: HABERMAS Y FOUCAULT

§ 1. *EL “DEBATE HABERMAS-FOUCAULT”: UN PUNTO DE PARTIDA PARA UNA DISCUSIÓN MÁS AMPLIA*

En primer lugar, se aclara que, estrictamente hablando, el llamado “debate HABERMAS-FOUCAULT” nunca ocurrió. En realidad, se denomina así a una serie de discusiones que se suscitaron en el campo de la filosofía a partir de las objeciones que planteó HABERMAS a la obra de FOUCAULT en *El discurso filosófico de la modernidad*¹. En los

¹ HABERMAS, *El discurso filosófico de la modernidad*. También, previamente podemos encontrar algunas de estas objeciones en un artículo de su misma autoría titulado *Apuntar al corazón del presente*. De todas formas, conviene desta-

capítulos nueve y diez de dicha obra, HABERMAS persigue un interés específico: examinar si el pensador francés logra llevar adelante una crítica radical de la razón sin caer en la autorreferencialidad². El objetivo es claro: a HABERMAS no le interesa tratar todos los temas que le preocupan a FOUCAULT, sino únicamente este que hemos señalado. HABERMAS sostiene que FOUCAULT pretende realizar una historia de la racionalidad desde un punto de vista radicalmente externo a la propia razón, lo que para él necesariamente conlleva una serie de aporías que hieren de muerte a la propuesta del pensador francés. En este sentido, la historia genealógica solo podría asumir el papel de una anticiencia, que niega todos los presupuestos que, desde fines del siglo XVIII, resultan constitutivos de la conciencia histórica, de la filosofía de la historia y de la ilustración histórica³. La propuesta genealógica conllevaría necesariamente a una despedida de la hermenéutica y, con ello, a la imposibilidad de producir algún sentido explicativo global. Además, sostiene que el "poder" es en el marco de la obra de este autor un concepto básico histórico-transcendental de una historiografía planteada en los términos de una crítica a la razón⁴. Finalmente, pero no menos importante, le endilga una supuesta confusión entre razón general y razón instrumental, lo que explicaría el tono profundamente pesimista en el que estaría imbuida la propuesta foucaultiana. Tomando como punto de partida esta interpretación, es que HABERMAS lanza sus tres conocidas objeciones; la "historiografía genealógica" sería una pseudo-ciencia *presentista*, *relativista* y *cripto-normativa*. A continuación, expondremos brevemente los argumentos que utiliza para sostener cada una de estas objeciones.

En primer lugar, la genealogía sería una pseudo-ciencia *presentista* porque proyectaría sobre las instituciones y discursos del pasado, sus propios prejuicios o modos de comprender el mundo. Es decir, aunque el genealogista declare que el pasado solo puede explicarse a

car que ambas publicaciones fueron realizadas cuando FOUCAULT ya había fallecido. Y dado que *El discurso filosófico de la modernidad* fue publicado con posterioridad a la muerte de FOUCAULT, no fue posible una respuesta expresa de su parte. Por tanto, el debate ha quedado planteado en términos generalmente habermasianos. Ver ASHENDEN-OWEN, *Foucault contra Habermas: recasting the dialogue between genealogy and critical theory*.

² HABERMAS, *El discurso filosófico de la modernidad*, p. 296.

³ HABERMAS, *El discurso filosófico de la modernidad*, p. 298 y 299.

⁴ HABERMAS, *El discurso filosófico de la modernidad*, p. 303 y 304.

partir de sus propias lógicas epocales, no por ello deja de comparar los diferentes complejos de poder que estudia entre sí ni de disponer para ello de un punto de partida hermenéutico⁵

En segundo lugar, sería *relativista* porque no pretendería establecer ninguna jerarquía entre discursos, prácticas o procesos sociales. Esta pseudo-ciencia se dedicaría únicamente a describirlos, mostrando los pasajes entre un período y otro y señalando sus articulaciones específicas, pero sin hacer juicios valorativos al respecto. Al no señalar ningún horizonte o proyecto normativo, habilitaría un relativismo en el que todo curso de acción daría lo mismo. Como veremos a continuación, para HABERMAS esta posición no es más que una impostura.

En tercer lugar, le achaca un *cripto-normativismo* porque su relativismo declarado encubriría en el fondo un posicionamiento valorativo y político. HABERMAS se pregunta: si realmente FOUCAULT no sostiene ningún posicionamiento moral o político ¿por qué motivo emprende su producción crítica? Si todo curso de acción es igualmente válido, ¿para qué tomarse el trabajo de describir minuciosamente las diversas articulaciones de las relaciones de poder? Si tras toda episteme (régimen de verdad) solo hay meras transformaciones sin que algunas sean mejores que otras, ¿cuál es el sentido práctico de escribir exhaustivas genealogías? Dado que HABERMAS no subestima la capacidad reflexiva de su interlocutor, termina por considerar que en realidad FOUCAULT esconde o disimula su crítica humanista.

En definitiva, dado que FOUCAULT se rehúsa aceptar la idea de una racionalidad de estándares *universales* (aunque más no sea un concepto formal-procedimental como el propuesto por HABERMAS) sino que, expresamente refiere a *diferentes racionalidades discursivas históricamente situadas* (como juegos discursivos inconmensurables e incommunicables entre sí), la empresa cognoscitiva genealógica se minaría a sí misma. En este sentido, HABERMAS considera que las investigaciones genealógicas necesariamente quedan atrapadas en la auto-referencialidad de una crítica que no puede dar razón de sus propios fundamentos normativos y que, por lo tanto, no puede reclamar para sí misma ninguna superioridad respecto de otros saberes.

⁵ VÁSQUEZ ROCCA, *Las críticas de Habermas a Foucault y Sloterdijk; en torno al discurso filosóficos de la modernidad y la teorías consensual*, "Nómadas. Critical Journal of Social and Juridical Sciences", n° 24, vol. 4, p. 1 a 10.

Es por ello que HABERMAS lanza contra FOUCAULT la siguiente pregunta: “¿Por qué es preferible la lucha a la sumisión?, ¿por qué debemos oponernos a la dominación?”⁶ o en todo caso, ¿qué sentido tiene emprender la senda de la genealógica? HABERMAS sostiene que este interrogante solo puede responderse si introducimos algún tipo de noción normativa.

Conviene destacar que el llamado “debate HABERMAS-FOUCAULT” es planteado en la literatura principalmente en los términos propuestos por HABERMAS⁷. Entonces, a continuación, para morigerar dicha tendencia en la lectura y a los fines de delimitar adecuadamente nuestro planteo nos proponemos reconstruir las principales respuestas que fueron esbozadas desde perspectiva foucaultiana, centralmente por DREYFUS y RABINOW.

En primer lugar, la objeción de presentismo fallaría el blanco porque FOUCAULT no pretende escribir una historia objetiva, total ni verdadera del pasado, sino una “historia del presente”, una “genealogía del sujeto moderno”; y para ello es que se centra en las prácticas culturales que enlazan saber y poder y en las que se modelan a sí mismos la sociedad, el individuo y las ciencias⁸.

En segundo lugar, la objeción de relativismo también sería desacertada porque, desde la perspectiva de estos autores, lo que FOUCAULT hace es simplemente mostrar cómo cada tecnología de poder tiene un sentido en cada momento histórico particular, evitando presentarlas trans-históricamente y haciendo visibles las variaciones. Es decir, se trataría de aislar los componentes de tecnologías de poder de hoy, identificándolas con tecnologías de poder del pasado, para mostrar cómo ciertas prácticas periféricas o locales se han vuelto luego centrales. Pero es claro que no cualquier construcción antojadiza o arbitraria del pasado puede desempeñar tal papel; se trata de seleccionar casos específicos en los que sea posible ver esas mutaciones (p.ej., en la confesión cristiana).

En tercer lugar, frente a la objeción del criptonormativismo, sería posible argumentar que si bien, al compartir las prácticas culturales con otros, contamos con algún terreno común a partir del cual

⁶ HABERMAS, *El discurso filosófico de la modernidad*, p. 339.

⁷ ASHENDEN-OWEN, *Foucault contra Habermas: recasting the dialogue between genealogy and critical theory*.

⁸ DREYFUS - RABINOW, *Michel Foucault: más allá del estructuralismo y la hermenéutica*, p. 148-149.

proceder, comprender y actuar, sin embargo, este punto de apoyo no es universal, seguro, verificable ni estable. De lo que se trata entonces es de comprender las prácticas de nuestra cultura, es decir, de ofrecer interpretaciones que no tienen esencia, permanencia ni unidad oculta, pero sí su propia coherencia específica⁹. A diferencia del intelectual crítico-universalista, que pretende situarse en un punto de enunciación privilegiado, fuera del poder, para desenmascararlo e indicar una dirección de acción hacia el progreso o hacia *lo mejor*, FOUCAULT no reclama estar fuera del poder ni hablar desde una verdad incontaminada. Pretender eso sería solo una manera de auto legitimación del intelectual que contribuye a enmascarar las propias relaciones de poder en que él mismo se encuentra inexorablemente también inmerso. Como ya dijimos, para FOUCAULT la relación saber-poder es irreductible. Sin embargo, esto no implicaría caer en un irracionalismo, sino únicamente matizar la razón y el valor de verdad, asociados a relaciones de poder siempre cambiantes. Es la combinación de la arqueología y la genealogía lo que le permite tomar los problemas con seriedad, en tanto que asume que él mismo está siendo producido por aquello que estudia¹⁰. Consideramos que este es el punto clave que diferencia las propuestas de HABERMAS y FOUCAULT en relación con la tradición ilustrada. Pareciera que HABERMAS (al menos en *El discurso filosófico de la modernidad*) conserva aún algún pie en la "confianza histórica filosófica"¹¹ y en un horizonte de progreso típicamente marxista, mientras que la propuesta de FOUCAULT parece más corrosiva y desencantada. Para este último, lo importante no es identificar qué discurso es más verdadero o más verdaderamente crítico del poder; y si bien en su programa genealógico se exhibe una preocupación constante por el rigor y el sentido de la labor investigativa, no parece reclamar para sí el estatus de una teoría objetiva. En todo caso, parece expresar una seria preocupación por el papel que esas teorías afirman objetivamente haber desempeñado en la historia¹².

⁹ DREYFUS - RABINOW, *Michel Foucault: más allá del estructuralismo y la hermenéutica*, p. 154.

¹⁰ DREYFUS - RABINOW, *Michel Foucault: más allá del estructuralismo y la hermenéutica*, p. 153.

¹¹ CUSSET, *Habermas/Foucault. Trayectorias cruzadas. Confrontaciones críticas*.

¹² DREYFUS - RABINOW, *Michel Foucault: más allá del estructuralismo y la hermenéutica*, p. 159 y 191.

Hasta aquí y con estas explicaciones que hemos brindado no se ha pretendido saldar o resolver en ninguna de las dos direcciones el debate planteado. En los apartados siguientes nos abocaremos a delimitar y explicar las características centrales de lo que entendemos por propuesta crítica en cada uno de estos autores.

§ 2. **CARACTERIZACIÓN DE LA CRÍTICA HABERMASIANA O “CRÍTICA DE TRADICIÓN ILUSTRADA”**

Pasemos ahora específicamente al programa de crítica social que intenta llevar adelante HABERMAS. Este autor considera que una teoría de la sociedad y del Estado contemporáneos debe tanto *explicar* su funcionamiento como *comprender* los valores en que pretende fundarse o que pretende realizar. Es decir, es necesario combinar metodológicamente el punto de vista externo del observador desinteresado con el punto de vista interno del participando consustanciado. Una ciencia social crítica vendría entonces a ser una síntesis entre disciplinas analíticas-empíricas y hermenéutico-históricas¹³. La objeción principal a esta postura es la posibilidad de deslizarse fácilmente en dirección al etnocentrismo en la medida en que el teórico social evalúa también desde un punto de vista interno de participante, es decir, desde los valores culturales y estándares moderno-occidentales. Sin embargo, para HABERMAS no solo sería una ficción pensar que podemos poner honestamente entre paréntesis nuestras valoraciones y estándares como partícipes de estas sociedades, sino que ignorándolos o incomprendiéndolos hacemos invisible un aspecto fundamental de la propia sociedad y además tornamos imposible cualquier clase de crítica inmanente de la misma (esto es, evaluándola desde los mismos valores y estándares que la sociedad pretende o dice asegurar). La teoría de la acción comunicativa puede, según HABERMAS, sentar las bases para una teoría social crítica de ese tipo, que pueda al mismo tiempo dar cuenta de las patologías que el imperio de la racionalidad instrumental genera en la sociedad actual (sus efectos “reificantes” sobre las relaciones humanas) sin atacar ni renunciar *in totum* a la razón misma. Una teoría así, además, nos permitiría retomar la dirección esperanzadora del proyecto emancipatorio de la ilustración. De esta manera, HABERMAS pretende superar el pesimismo que, en sus maestros, HORKHEIMER y ADORNO, habría estancado a la teoría crítica.

¹³ BERNSTEIN, en GIDDENS, *et al.*, *Habermas and modernity*, p. 10.

HABERMAS sostiene su tesis de que el proceso de "reificación" de las relaciones interpersonales no es culpa de la razón *in totum*, sino de su reducción a una sola de sus dimensiones: la de la racionalidad instrumental, habiéndose adulterado de ese modo el programa emancipador de la ilustración. A su vez, esa grave confusión de la razón en general con la racionalidad instrumental en particular serían la consecuencia de las premisas subjetivistas de la filosofía moderna de la conciencia. Desde su trasfondo solipsista, esa filosofía no podía más que reducir la racionalidad a cálculo instrumental y al otro a cosa u objeto. Pero, si en vez de fundarse en el sujeto aislado, se parte de la idea intersubjetiva de interlocutores en relación de habla, entonces se hace clara la dimensión primordialmente de la razón, orientada antes que nada al entendimiento entre las personas. Así entendida, la racionalidad supone la posibilidad de procesos de aprendizajes colectivos, sociales, que nos impulsan hacia el futuro, y como todo aprendizaje, supone la asimilación de experiencias que impiden el retroceso de cada mejora social, política o institucional alcanzada. Esta idea de progreso, obviamente, se halla más cerca de la visión de KANT que de la del materialismo histórico. El progreso social es concebido, por lo tanto, como un proceso de autoilustración emancipatoria, el cual consiste en ir afirmando y ampliando las condiciones para el diálogo racional en ámbitos cada vez más extensos de la sociedad, generando modos de organización y coordinación social libres, fundados en el entendimiento comunicativo entre los actores. De esta manera, su noción de acción comunicativa le permite a HABERMAS, a la vez, salir del pesimismo histórico de sus maestros de Frankfurt sin recaer, por otra parte, en el optimismo ingenuo y ya desacreditado de la teleología metafísica del materialismo histórico. El interés de HABERMAS es claro: recuperar el programa emancipador de la ilustración (del cual el marxismo tradicional era en gran parte heredero) asimilando las críticas que sus maestros de Frankfurt le hicieron, pero sin caer en su desánimo pesimista. Así, mediante su teoría de la acción comunicativa y de las condiciones formales de posibilidad del diálogo racional, HABERMAS busca sacar a la luz o reconstruir conceptualmente estructuras antropológicas profundas y supuestamente a-históricas. La búsqueda del entendimiento intersubjetivo sería inmanente a la capacidad discursiva del hombre. En tanto que la teoría de la acción comunicativa es una teoría de las estructuras primordiales de la práctica del habla, es a la vez una teoría de la racionalidad y una teoría antropológica, que permite fundar la crítica en criterios normativos no teleológicos. Ahora bien, podríamos preguntarnos si la teoría de la acción comu-

nicativa no se encuentra destinada a fallar al igual que sus antecesoras versiones marxistas e ilustradas debido a una pretensión (tal vez excesiva) de explicación universalizable, derivada precisamente de su pretensión de haber sacado a la luz estructuras a-históricas de racionalidad comunicativa. A esto HABERMAS respondería que la racionalidad comunicativa no consiste en ningún contenido axiológico sustancial, sino simplemente criterios deontológicos formales, y que en todo caso lo que es universal en ella no son nunca sus resultados (siempre hipotéticos, susceptibles de crítica y revisables), sino las condiciones de posibilidad ideales-formales, contra-fácticas, pero supuestas ya siempre en todo intercambio dialógico¹⁴. En pocas palabras, HABERMAS trata de no renunciar al racionalismo de la ilustración, pero sin caer en un fundamentalismo de la razón.

§ 3. ***CARACTERIZACIÓN DE LA CRÍTICA FOUCAULTIANA O “CRÍTICA GENEALÓGICA”***

En primer lugar, conviene aclarar que la cuestión de la crítica no es, en principio, un tema central en la obra de FOUCAULT (o, en todo caso, que haya sido tratado de forma explícita). FOUCAULT sostiene que la crítica es ante todo una “actitud”. En su conferencia: “¿*Qué es la crítica?*”¹⁵ señala que, a partir del siglo xv, en paralelo con un proceso de laicización creciente de la sociedad civil, empezó a darse una creciente gubernamentalización de la vida. Esto último se caracterizaría por un fuerte despliegue de tecnologías específicas para el ejercicio del poder sobre la población. En otras palabras, podríamos decir que surge el “arte de gobernar”. Durante este período dicho modelo se vuelve predominante respecto de otras formas previamente señaladas por el autor (como el poder soberano o el poder disciplinario)¹⁶. La gubernamentalización de la vida sería entonces un modo específicamente moderno de articulación entre saberes y prácticas para el ejercicio del poder sobre la población. La gubernamentalidad tiene como principal objetivo la *sujeción* de los individuos por medio de ciertos mecanismos de poder que invocan la autoridad de la verdad. En cambio, la función principal de la crítica es la *de-sujeción*, esto es, el desajuste o corrimiento del sujeto en

¹⁴ HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa*, p. 567.

¹⁵ FOUCAULT, ¿*Qué es la crítica?*.

¹⁶ FOUCAULT, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, p. 136.

relación al juego de lo que FOUCAULT llama “política de la verdad”. La crítica, por lo tanto, sería el movimiento opuesto a la gubernamentalización de la vida, por medio del cual el *sujeto* se auto-atribuye la posibilidad de interrogar y cuestionar al par saber-poder. Entonces, si la gubernamentalidad es el arte del gobierno, la crítica es el arte de la inservidumbre voluntaria o de la indocilidad reflexiva¹⁷. Ahora bien, FOUCAULT ya ve en KANT una suerte de sospecha o desconfianza en torno a la razón. Habría dos gestos filosóficos paralelos presentes en su propuesta: por un lado, su interés por las condiciones ideales a priori del conocimiento, esto es, las condiciones en las que un conocimiento verdadero, aspecto que denomina “analítica de la verdad”. Por el otro, una inquietud por la situación específica de su época como etapa particular del proceso histórico. A este segundo aspecto lo llama “ontología del presente”. Esta distinción habilitaría dos vías de la crítica ya presentes en la obra de KANT. En el primer caso (analítica de la verdad), aquella cuya relación fundamental es con el conocimiento, su principal objetivo es investigar la legitimidad de los modos de conocer y habría tenido un mayor desarrollo y prevalencia a lo largo de la historia de la filosofía. En el segundo (analítica del presente), el objetivo sería identificar una serie de elementos a partir de los cuales pudieran mostrarse las conexiones entre mecanismos de coerción y contenidos de conocimiento. Su objetivo no es mostrar el error o la ilusión (como en el caso de los estudios críticos sobre la ideología), sino las relaciones entre el par saber-poder, y mostrar la contingencia de sus procesos de conformación, así como sus efectos. Son estas relaciones de saber-poder las que generan un sistema y al mismo tiempo lo hacen *universalmente* aceptable, pero que invisibilizan las condiciones de su particular *emergencia*, su *procedencia*. Por lo tanto, no sería posible analizar estos *emergentes* como identidades o esencias universales que toman existencia necesaria en la historia, sino solo como singularidades y contingencias. Así, esta segunda vía de la crítica, que es la que sigue el propio FOUCAULT, se encuentra íntimamente enlazada a su noción metodológica de genealogía, porque se trata de exponer las condiciones de aparición de una singularidad a partir de múltiples elementos determinantes de los que es efecto¹⁸. Es muy importante comprender que esas relaciones *singulares* que permiten dar cuenta de ese “efecto” son siempre en-

¹⁷ FOUCAULT, *¿Qué es la crítica?*, p. 52.

¹⁸ FOUCAULT, *¿Qué es la crítica?*, p. 70.

tre individuos o grupos de sujetos, y no es algo que se encuentre en la naturaleza de las cosas. Más bien es la lógica de un juego de interacciones que siempre implica un margen de incertidumbre. Por ello no se trata de cuestiones simplistas como estar a favor o en contra de la Ilustración y, por ende, a favor o en contra de la racionalidad. Más bien, de lo que se trata es de esquivar ese tipo de chantaje. El propio *ethos* crítico de la ilustración implicaría adquirir una actitud-límite que buscaría recurrentemente escapar a la alternativa del afuera o adentro. O sea, la crítica se ubicaría siempre en las fronteras. La pregunta sería: ¿En qué medida lo que nos es dado como universal, necesario, obligatorio es en realidad singular, contingente, debido a constricciones arbitrarias? En definitiva, esta propuesta crítica no trata de descubrir *teóricamente* los límites infranqueables del conocimiento, sino de franquear *prácticamente* los límites contingentes, históricos, de nuestra subjetividad¹⁹. Se trata de ocuparnos de los discursos que articulan y condicionan fácticamente nuestra subjetividad histórica, una actitud histórico-crítica, que conserva un *ethos ilustrado* pero separado de la fe en las luces y que se aparta de los proyectos globales y radicales de cambio. Esta propuesta crítica nos propone transformaciones parciales, locales, un trabajo austero sobre nosotros mismos en tanto que seres libres, y que nos propone renunciar a alcanzar un punto de vista que pudiera darnos acceso a un conocimiento completo y definitivo de lo que pueda constituir nuestros límites históricos.

C) DERIVAS DE LAS VARIANTES DE LA CRÍTICA EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

§ 4. ***EL TRASPASO DEL DEBATE HABERMAS-FOUCAULT AL CAMPO DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO. UN MARCO DE COMPRENSIÓN POSIBLE PARA ALGUNAS DISCUSIONES ACTUALES***

En primer lugar, recordaremos la hipótesis que guía este trabajo: sostenemos que la contraposición filosófica “HABERMAS/FOUCAULT” conforma una suerte de *matriz polémica general* que se reintroduce en el campo específico de la filosofía del derecho. O, en otros términos,

¹⁹ FOUCAULT, *¿Qué es la ilustración?*, p. 107.

que muchas de las diferencias teórico-epistemológicas entre diversas escuelas y autores de filosofía del derecho reproducen en la escala iusfilosófica más reducida los términos de la confrontación HABERMAS/FOUCAULT. Para mostrar de forma concreta esta cuestión he seleccionado la obra de cuatro autores: ATIENZA, ALEXY, MARÍ y SANTOS. Esta selección no pretende sugerir que ellos simbolizen o representen todas las vertientes actuales de la filosofía del derecho. Tampoco sostenemos que ellos sean los únicos que han intentado pensar el derecho desde posiciones filosóficas alternativas a los posicionamientos tradicionales de la filosofía del derecho. Y en ninguna medida intentamos clausurar las discusiones en torno a las posibles vías de la crítica en este campo. Además, conviene tener en cuenta que, por grandes o pequeñas que sean las diferencias entre HABERMAS y FOUCAULT, ellas se dan dentro de lo que podemos considerar la matriz más general de la crítica filosófica, esto es, de lo que técnicamente se denomina “crítica” en el contexto de la filosofía en general. De modo que es posible ver esas diferencias, en gran medida, como una polémica intracrítica, es decir, que se da al interior de una concepción compartida de la actividad filosófica como “crítica”. Sin embargo, como pretendemos explicar en los párrafos siguientes, al trasladarse al específico ámbito de la filosofía del derecho parece producirse un llamativo cambio semántico: el término “críticos” ya no parece usarse para designar a los iusfilósofos que se mueven en la órbita habermasiana (ATIENZA, ALEXY), en tanto que sí se los emplea sin reservas para designar a los que se mueven en la órbita foucaultiana (MARÍ, SANTOS). Esta reducción semántica de la palabra “críticos” que se produce cuando el término pasa de la filosofía en general a la filosofía del derecho en particular, nos resulta tanto más llamativa en tanto que la filiación de HABERMAS respecto de la tradición de la crítica filosófica es quizá más evidente que la de FOUCAULT. En efecto, HABERMAS es aún heredero y representante de la Escuela Crítica de Frankfurt. ¿Por qué en el ámbito de la filosofía del derecho los juristas y los iusfilósofos de cuño habermasiano no son denominados “críticos” como si lo hacen los de cuño foucaultiano? En nuestras conclusiones ensayaremos algunas respuestas posibles a esta cuestión. Sin embargo, conviene tener presente esta diferencia en cuanto al alcance semántico de los términos “crítica” y “críticos”, en el campo de la filosofía general y en el de la filosofía del derecho en particular. En definitiva, en los párrafos siguientes señalaremos y explicaremos este traspaso y las transformaciones que identificamos.

§ 5. **EN LA SENDA HABERMASIANA: MANUEL ATIENZA Y ROBERT ALEXY**

Quisiéramos comenzar señalando los motivos por los cuales inscribimos en esta tradición a MANUEL ATIENZA. Es evidente la familiaridad de las tesis iusfilosóficas de ATIENZA con la noción habermasiana de racionalidad comunicativa. Y al igual que en HABERMAS, para el filósofo español el derecho cumpliría una función clave como herramienta de reaseguro y aproximación regular a interrelaciones humanas cada vez más racionales y morales. Es decir, en ambos autores la racionalidad comunicativa se presenta como programa de emancipación social que ha de plasmarse cada vez más en el derecho. También puede verse la familiaridad entre ambos en la distinción entre una perspectiva de observador y una perspectiva de participante. Pero acá tal vez habría que llamar la atención respecto de una sutil diferencia entre ellos. Mientras el alemán intenta construir su teoría combinando simétricamente ambas perspectivas, en equilibrio entre ambas digamos, pues sin ello no podría darse cuenta acabadamente de la facticidad y la validez del Estado social de derecho²⁰, ATIENZA parece dar preferencia a la perspectiva del participante en desmedro de la del observador, inclinando su interés por el asunto de la validez antes que por el de la facticidad. Y por ello la moral adquiere en él mayor protagonismo. Lo fundamental de una teoría del derecho, según ATIENZA, no es su función descriptiva sino la prescriptiva, a cuyo sentido solo puede accederse desde la perspectiva interna del derecho como práctica, no desde la externa del derecho como objeto de estudio: "A las pretensiones cognoscitivas se añadiría otra (la fundamental) de carácter práctico o político"²¹. Por esto, la teoría de ATIENZA resulta eminentemente normativa, más próxima a una pura teoría de la justicia que a una teoría del derecho (positivo). ATIENZA parece aceptar sin resquicios de duda alguna que toda teoría del derecho propiamente entendida tiene un carácter prescriptivo, y que, en todo caso, su función descriptiva o cognitiva está subordinada a aquél. Es claro que el derecho es prescriptivo, pero ¿por qué toda teoría del derecho debería también serlo? ATIENZA respondería que, si se adopta el punto de vista interno del derecho como práctica y no como mero objeto de estudio, se hace claro que su conocimiento queda subordinado a su práctica, y que por ello su teoría ha de ser tam-

²⁰ HABERMAS, *Apuntar al corazón del presente*.

²¹ ATIENZA, *Filosofía del derecho y transformación social*, p. 54.

bién prescriptiva. Esta posible respuesta puede parecer habermasiana, pero es dudoso que lo sea realmente. Al margen de si en este caso la postura de ATIENZA sería equivalente a la de HABERMAS, consideramos que esa eventual respuesta podría problematizarse del siguiente modo. ¿No será acaso que la posibilidad de asumir un punto de vista interno al derecho ya está condicionada por compartir a priori y a-críticamente los valores morales que ese derecho ya reconoce o expresa en gran medida? Queremos decir, tal vez la cosa sea inversa a como la cree ATIENZA: la secuencia no sería “primero me coloco en el punto de vista del participante (interna) y luego comprendo (empatizo) con los valores morales que darían validez al derecho”, sino exactamente al revés: “como empatizo, acepto o comparto previamente la validez del derecho, luego creo comprender los valores morales que supuestamente le brindan validez”. Al momento de polemizar con las teorías jurídicas críticas, ATIENZA parece reproducir también, reversionadas, las objeciones de HABERMAS a FOUCAULT. Si bien la línea argumental parece la misma, y en sendos casos la “racionalidad” juega un papel central, lo cierto es que, en el caso de ATIENZA, sus objeciones a los “críticos jurídicos” están más recargadas en el tema de la moral que en el de la racionalidad. Seguramente esto se debe al desequilibrio que opera en favor del derecho como práctica (perspectiva interna) en desmedro del derecho como objeto (perspectiva externa). HABERMAS reprochaba a los pensadores cuestionadores de la racionalidad y de la modernidad, entre ellos FOUCAULT, pretender ubicarse en un afuera de esa racionalidad y modernidad criticadas, es decir, les objeta estar apoyándose en lo que creen estar rechazando; no puede desarrollarse una crítica totalmente externa a la razón (comunicativa). ATIENZA reprocha u objeta a los “críticos jurídicos” intentar ubicarse por fuera del derecho que critican, esto es, les critica su punto de vista externo, no partícipe. Ahora bien, ¿son equivalente ambas cosas? ¿Es lo mismo la contradicción performativa que HABERMAS denuncia en quienes pretenden hacer una crítica de la razón desde un afuera radical de la razón, que el desinterés que puede tener un estudioso del derecho vigente por ubicarse en un punto de vista de juez o de operador jurídico? No parece que sea lo mismo, pues en el segundo caso no se ve contradicción performativa o pragmática alguna. Queremos decir: si alguien da argumentos (con sentido, racionales, comprensibles, comunicables) en contra de la posibilidad de argumentar racionalmente, comprensivamente, con sentido, entonces sí, claramente esto sería una contradicción performativa. Esto es lo que HABERMAS objeta a FOUCAULT. Pero esto ya no parece

ser equivalente a la posibilidad de criticar al derecho totalmente desde su afuera, que es lo que parece objetar ATIENZA tanto a positivistas jurídicos como a críticos jurídicos. En este caso, es perfectamente posible no compartir, sin contradicción performativa, la “moralidad mínima” que el derecho contemporáneo representaría, sin incurrir en un conflicto lógico. En fin, sea como fuere, parece claro que la teoría del derecho de ATIENZA está bajo la influencia del pensamiento filosófico de HABERMAS.

Pasemos a examinar entonces la propuesta de ROBERT ALEXI. Este autor expresamente procura recuperar aspectos de HABERMAS que considera relevantes para su propia la teoría del derecho y de la argumentación jurídica. Particularmente se interesa por la teoría habermasiana de la verdad como producto consensual de un diálogo racional. Claro que para HABERMAS no cualquier consenso es criterio suficiente para asignarle presunción de verdad a su contenido. Se trata de un consenso en torno al argumento que se ha mostrado mejor después de un proceso de diálogo argumentativo en condiciones relativamente simétricas y libres de expresión por parte de los interlocutores involucrados (condiciones ideales de habla). Para ALEXI, el problema radica, precisamente, en que las condiciones ideales de habla, esto es, de argumentación, por definición nunca pueden realizarse plenamente. Solo orientan una tendencia, y es bajo este aspecto que hay que preguntarse: ¿Qué es lo que hace al mejor argumento? O sea, de este modo, las condiciones ideales de habla funcionan como criterio crítico de evaluación de las situaciones reales, esto es, marcan criterios formales hacia los cuales deberíamos aproximarnos²². Por lo tanto, si bien la teoría de HABERMAS no garantiza la certeza plena en torno a la validez de un cierto consenso contingente logrado tras un intercambio argumentativo real, es decir, efectivo, sí permite establecer una diferencia entre argumentación racional e irracional, en la medida en que se tienda a cumplir con las condiciones procedimentales ideales de habla²³. De este modo, al tiempo que le hace algunas críticas, ALEXI toma de HABERMAS los elementos que puedan serle útiles para su propia teoría de la argumentación jurídica. Un rasgo fundamental de la argumentación jurídica, según el iusfilósofo alemán, es la justificación, que puede ser de carácter interno o ex-

²² ALEXI, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica.*, p. 129.

²³ ALEXI, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica.*, p. 182.

terno. Mientras la justificación interna se refiere a la consistencia lógica entre la decisión y las premisas, lo que nos interesa ahora a nosotros es la justificación externa, que consistiría en la pregunta por la corrección de las premisas mismas²⁴. Pero la racionalidad de la argumentación jurídica, en tanto está determinada por la ley, es siempre relativa a la racionalidad de la legislación²⁵. Por lo que cabe preguntarse: ¿Qué significa decidir racionalmente en el marco de un ordenamiento jurídico válido?²⁶. Sin duda, el “cumplimiento de una serie de principios, criterios o reglas”²⁷. Ahora bien, hay obviamente ciertos criterios mínimos exigibles en cualquier tipo de argumentación, como el de consistencia (no contradicción), racionalidad de los fines y veracidad de los enunciados empíricos empleados²⁸. Pero estos austeros criterios no son suficientes para determinar la racionalidad de la argumentación jurídica. No viene al caso ahora cuáles son los criterios adicionales de racionalidad que ALEXY postula para la argumentación jurídica. Digamos solo que son más que los de HABERMAS, aunque presuponen los de este. Igual que en el caso de ATIENZA, los aires de familia de las posturas de ALEXY con la filosofía de HABERMAS son bastante claros. No solo se trata de una similitud de léxicos entre los tres, sino de un interés filosófico común por la pragmática de la argumentación normativa y por la racionalidad inherente a la intersubjetividad comunicativa del lenguaje mismo.

§ 6. **EN LA SENDA FOUCAULTIANA: ENRIQUE MARÍ Y BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS**

ENRIQUE MARÍ es uno de los fundadores de la llamada “Crítica jurídica” en la Argentina. La influencia de FOUCAULT en sus trabajos es asumida expresamente (si bien no desconocemos que hay otras va-

²⁴ ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, p. 214.

²⁵ ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, p. 274.

²⁶ ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, p. 275.

²⁷ ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, p. 278.

²⁸ ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, p. 279.

riadas influencias, particularmente psicoanalíticas y literarias)²⁹. En su artículo "Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden"³⁰, MARÍ explica algunos de sus puntos de partida para abordar el fenómeno jurídico. Considera posible la elaboración de una historia del poder y de sus dispositivos de legitimación, que coincidiría con una historia de la racionalidad (aspecto en común con la propuesta foucaultiana). Al igual que en FOUCAULT, en la propuesta de MARÍ las relaciones entre saber, poder y ley son inescindibles. Y como en el pensador francés, también MARÍ asume la inseparabilidad entre racionalidad y poder. Este solo puede ser tal, o sea, hacerse poder y no mera fuerza o violencia, en la medida en que resulta legitimado por discursos que lo racionalizan, esto es, que lo recubren de un carácter racional³¹. De modo que, al igual nuevamente que en FOUCAULT, la razón no es vista en MARÍ como una constante transhistórica o suprahistórica, sino como un discurso histórico más que se modifica en relación con el imaginario social (tercer elemento del dispositivo de poder). En este sentido, como en FOUCAULT, es preferible hablar de racionalidades en plural históricas, ligadas a lo que en cada situación sociohistórica se asume como producción de conocimiento (inseparable, como vimos, de la reproducción de asimetrías sociales). Cuando MARÍ remite a su concepto de imaginario social retoma otro presupuesto foucaultiano: no es posible comprender los discursos sin sus prácticas. El imaginario social está conformado por aquellas representaciones, prácticas, rituales, distribuciones de espacios y marcas que, en definitiva "ponen en relación al hombre con la solemnización de la palabra" a partir de la interpelación de las emociones, la voluntad y los deseos³². Es dentro del imaginario social donde se hace posible materialmente la reproducción del discurso del orden. También el derecho opera dentro de este tercer elemento, ya no como simple ley (en el sentido de mandato) sino como norma (en el sentido de normalización, conducta ritualizada). Así el derecho es tanto discurso como práctica, y no funcionan el uno sin el otro. Recordemos que ATIENZA

²⁹ Algunas de las cuestiones que señalo en este apartado han sido exploradas de forma más exhaustiva en AGUILAR, *La genealogía y la crítica: de Michel Foucault a Enrique Marí*, "Revista Derechos en Acción", año 5, n° 15, p. 499 a 510.

³⁰ MARÍ, *Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden*, "Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho", n° 3, p. 93 a 111.

³¹ MARÍ, *Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden*, "Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho", n° 3, p. 93 a 111.

³² MARÍ, *Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden*, "Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho", n° 3, p. 93.

centraba su conceptualización del derecho en su faz de práctica. Pero parece haber una importante diferencia entre el iusfilósofo español y el argentino. ATIENZA considera al derecho como práctica en tanto remite a lo cognoscible por medio de la razón práctica, lo que implicaría cierta orientación a fines morales implícitos o explícitos. En cambio, en MARÍ el sentido de las prácticas estaría enlazado a la noción de disciplina foucaultiana, esto es, a formas de acción sobre la corporalidad misma de los sujetos en tanto internalizan normas. Algunas de las preguntas más interesantes que nos propone este autor podrían resumirse en las siguientes: ¿Cómo se enlazan discursos y prácticas en el campo jurídico? ¿Qué efectos tienen? ¿Cómo se establecen jerarquías hacia dentro de un mismo campo entre discursos expertos? Muchas de las respuestas solo pueden darse a partir de una investigación genealógica que permita mostrar los surgimientos marginales de discursos y prácticas y las formas en las que unos se enlazan a otros para conformar entramados estables de relaciones entre sí. El ejemplo más claro de un análisis de estas características es el que realiza en *"Moi, Pierre Rivière..." y el mito de la uniformidad semántica en las ciencias jurídicas y sociales*. En fin, en todo esto podemos apreciar que MARÍ no concibe a la racionalidad como una capacidad intelectual emancipadora. Más bien la concibe en plural, es decir, como "racionalidades" que son constitutivas o necesarias al dispositivo de poder, esto es, como ya-siempre entrelazadas con el poder y sus prácticas. Esto no puede significar otra cosa que una mirada desencantada sobre la razón, ya que, en su entrelazamiento inevitable con el poder, ella no puede más que reproducir relaciones sociales asimétricas. Por ello, MARÍ replica el gesto foucaultiano que descenra la mirada hacia lo periférico, esto es, hacia la capilaridad de las prácticas concretas invisibilizadas. Esa mirada hacia lo periférico, a su vez, significa recurrir a una estrategia de investigación que rastree discontinuidades, rupturas y comienzos inconfesables y mezquinos. En otras palabras, lo que FOUCAULT ha definido como genealogía.

Examinemos por último la propuesta de BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS. Este autor enlaza expresamente la idea de una epistemología alternativa con un programa de emancipación social. Se trata de validar estrategias de investigación que hagan visibles y creíbles las prácticas cognitivas de grupos sociales histórica y sistemáticamente oprimidos, invisibilizados o marginados por el colonialismo y el capitalismo³³.

³³ SANTOS, *Una epistemología del sur: la reinvencción del conocimiento y la emancipación social*, p. 12.

Al igual que FOUCAULT, SANTOS prefiere hablar de “racionalidades”, en plural, antes que de la razón o la racionalidad en singular. También, del mismo modo que FOUCAULT, entiende que todo acto de conocimiento, incluidos especialmente los criterios y fórmulas de la ciencia, es en realidad un acto de creación³⁴. Ambos, FOUCAULT y SANTOS, también coinciden en la posibilidad y conveniencia de rastrear en la historia cómo esas racionalidades, entrelazadas con relaciones de poder, se han ido conformando, consolidando, luchando entre sí por imponerse en diferentes momentos. Sin embargo, lo específico de SANTOS es el foco que pone en el colonialismo como un modo específico del ejercicio del poder enlazado al capitalismo para sostener desde lo epistémico la reproducción de relaciones asimétricas. Lo que denuncia SANTOS es cierto monismo metodológico o, en todo caso, las jerarquías metodológicas y epistemológicas producidas en un contexto de capitalismo y colonialismo, jerarquías que no solo constituyen determinados modos de conocimiento, sino que además serían una herramienta fundamental para el sostenimiento de las asimetrías sociales. Si el conocimiento no es descubrimiento sino creación, entonces el obrar de los científicos, es decir, de sujetos históricamente situados, con trayectorias individuales y colectivas determinadas socialmente, no es para nada ajeno a los procesos de producción cognitiva³⁵. Esto debe ser plenamente asumido, lejos de intentarse la asepsia que es vista como una ilusión imposible. Entonces, la propuesta de SANTOS es claramente prescriptiva, pero en un nivel epistemológico, es decir, no en torno a objetivos específicos directamente políticos, sino a modos de hacer, de construir conocimiento. Deja siempre la posición abierta, dado que la apuesta es siempre en primer lugar a “un movimiento prudente”³⁶. Las similitudes con el trabajo de FOUCAULT se presentan no solo en el modo de entender la racionalidad sino también en este último aspecto, es decir, en no indicar un camino a seguir, sino un método, en asumir una actitud “crítica”, esto es, un modo de relacionarse con el conocimiento. No obstante, por otro lado, también es posible detectar en SANTOS algún punto en común con las ideas habermasianas. Como el filósofo alemán, SANTOS parece apostar

³⁴ SANTOS, *Una epistemología del sur: la reinvencción del conocimiento y la emancipación social*, p. 55.

³⁵ SANTOS, *Una epistemología del sur: la reinvencción del conocimiento y la emancipación social*, p. 53.

³⁶ SANTOS, *Una epistemología del sur: la reinvencción del conocimiento y la emancipación social*, p. 61.

a una comunicación dialógica, simétrica, entre los diversos saberes o racionalidades (lo que implícitamente parece equivalente a reconocer una racionalidad comunicativa general o abarcadora): el mundo es comunicación y por eso la lógica existencial de la ciencia posmoderna es promover la “situación comunicativa”, tal como HABERMAS la concibe³⁷.

Es decir, si bien SANTOS prefiere por lo general hablar de “racionalidades” en plural (y en esto parece acercarse a la postura de FOUCAULT), por otro lado, su confianza en un uso específicamente comunicativo de la racionalidad como modo de llevar adelante un proyecto emancipatorio lo acerca más a HABERMAS. Respecto de la cuestión del universalismo, SANTOS señala que “admitir la relatividad de las culturas no implica adoptar sin más el relativismo como actitud filosófica. Pero sí implica concebir el universalismo como una particularidad occidental cuya primacía no se funda en sí misma sino en los intereses que la sustentan”³⁸.

De esta crítica al universalismo, SANTOS considera que se sigue una crítica a toda posibilidad de una teoría general. Entonces, SANTOS propone un “universalismo negativo”, es decir, “una teoría general sobre la imposibilidad de una teoría general”³⁹. Estimamos que esta idea original de SANTOS marca su diferencia específica, tanto respecto del antiuniversalismo radical de FOUCAULT como del universalismo de los presupuestos ideales de habla de HABERMAS. En fin, en el marco de esos posicionamientos epistemológicos, el criticismo jurídico de SANTOS consiste en rastrear los legalismos subalternos, insurgentes, contrahegemónicos, invisibilizados por la normatividad jurídica oficial⁴⁰. En ello podría verse un programa crítico de impronta foucaultiana. Pero podríamos decir que a ello se suma un momento habermasiano, por cuanto la pluralidad de experiencias vitales sacadas a luz, han de ser comunicadas, esto es, “traducidas”. Es aquí donde el universalismo negativo de SANTOS jugaría el rol de salvaguarda de un consenso transcultural libre de todo colonialismo epistémico, totalizador o hegemónico. Sin asumir ese universalismo negativo que inmunice a la traducción de una cultura a otra de toda tentación etno-

³⁷ SANTOS, *Una epistemología del sur: la reinvencción del conocimiento y la emancipación social*, p. 47.

³⁸ SANTOS, *Una epistemología del sur: la reinvencción del conocimiento y la emancipación social*, p.139.

³⁹ SANTOS, *Una epistemología del sur: la reinvencción del conocimiento y la emancipación social*, p. 139.

⁴⁰ SANTOS, *Sociología jurídica crítica*.

céntrica, todo discurso científico (y más aún el discurso “científico” del derecho) se vuelve colonialista.

D) CONCLUSIONES

En el campo especializado de la filosofía, el concepto de crítica refiere un tipo de reflexión, investigación o estudio que aborda a su objeto desde lo que ha llamado una “actitud de sospecha”. Es probable que JÜRGEN HABERMAS y MICHEL FOUCAULT sean los dos referentes recientes más influyentes de esa manera de entender la tarea filosófica. Ambos, a su modo, son “pensadores críticos”, pero dentro de eso que podríamos llamar “matriz crítica general”, representan diferencias en algunos aspectos específicos e importantes que he señalado a lo largo del trabajo. HABERMAS parece tener mayor optimismo respecto de la potencialidad emancipadora de la racionalidad (entendida como práctica comunicativa), en tanto que FOUCAULT no parece concebir la posibilidad de una racionalidad emancipadora desde el momento que la racionalidad misma es constitutiva, justificadora y reproductora de relaciones de poder. Digamos que HABERMAS concibe a la racionalidad comunicativa (argumentativa) como fundamento de la crítica del poder, en tanto que FOUCAULT prefiere hablar en plural, de “racionalidades” que lo atraviesan inevitablemente. Mientras que, en HABERMAS, la razón bien entendida (la razón comunicativa, orientada al entendimiento, no instrumental) es emancipadora, desenmascaradora y contrarrestadora del poder sistémico del mercado y de la política profesional, y es la única herramienta para despejar el camino hacia la mejora social, para FOUCAULT, la razón (las “racionalidades”) es (son) siempre elemento(s) constitutivo(s) y reproductor(es) del poder (de algún tipo u otro). Solo por ponerles un nombre, hemos llamado “crítica de tradición ilustrada” a la de HABERMAS, y “crítica genealógica” a la de FOUCAULT.

En el campo de la teoría y la filosofía del derecho se observa en algunos autores más o menos recientes la recepción de las producciones críticas tanto de HABERMAS como de FOUCAULT. Sin embargo, esa recepción de la “crítica de tradición ilustrada” y de la “crítica genealógica” por parte de algunos exponentes del pensamiento iusfilosófico contemporáneo amerita algunas observaciones. En efecto, entre la obra de HABERMAS y los autores que inscribimos en esta senda del campo específicamente iusfilosófico (ATIENZA y ALEXÝ), se presenta una significativa diferencia. Desde la perspectiva de HABERMAS el investigador debe combinar al mismo tiempo el punto de vista del observador

externo no comprometido (para explicar la facticidad), con el punto de interno del participante (para comprender sus fundamentos de validez). En cambio, en los desarrollos justeóricos de ATIENZA y de ALEXY parece darse una acentuación por el elemento ideal de la comunicación, de modo que sus teorías jurídicas son práctica y exclusivamente teorías prescriptivas de la argumentación jurídica. Es decir, parecen centrarse en cómo debería fundarse argumentativamente el discurso jurídico, dejando en un muy segundo plano el elemento de la facticidad de los discursos jurídicos reales. En pocas palabras, el equilibrio tensional entre facticidad y validez, entre perspectiva del observador y perspectiva del participante, que signa toda la construcción habermasiana, parece quedar desbalanceado en favor del aspecto de la validez, esto es, de la exclusiva perspectiva del participante. Esta diferencia fundamental es la que explicaría por qué en el ámbito de la academia jurídica no se suele denominar como "críticas" a estas contribuciones jus-teóricas, aunque tengan "aires de familia" con la filosofía crítica de HABERMAS. En cambio, los autores que mantienen más vínculos intelectuales con la crítica genealógica de impronta foucaultiana, como ENRIQUE MARÍ o BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS, parecen adoptar un punto de vista externo, que toma a la práctica jurídica misma, en su facticidad real, como objeto de sus estudios. Así, sus producciones, marcadas por la interdisciplinariedad, buscan sacar a la luz las relaciones de poder, la exclusión o invisibilización de saberes, los condicionamientos políticos concretos silenciados, etc., de los discursos e instituciones jurídicas. En este sentido, no importa cómo estimemos sus aportes específicos, indudablemente constituyen trabajos de crítica en el sentido técnico del término. Por último, nos parece importante destacar el potencial explicativo que tendría asumir como punto de partida la matriz polémica general para la comprensión de algunas discusiones de nuestro campo y para analizar las relaciones entre otros autores.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR, SOFÍA, *La genealogía y la crítica: de Michel Foucault a Enrique Marí*, "Revista Derechos en Acción", año 5, n° 15, 2020, p. 499 a 510.
- ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2018.
- ASHENDEN, SAMANTHA - OWEN, DAVID, *Foucault contra Habermas: recasting the dialogue between genealogy and critical theory*, London, UK SAGE Publications Ltd., 1999.

- ATIENZA, MANUEL, *Filosofía del derecho y transformación social*, Madrid, Trotta, 2017.
- BERNSTEIN, R. - GIDDENS, ANTHONY, *et al.*, *Habermas and modernity*, The MIT Press, Massachusetts, Cambridge, 1991.
- COUSENS, D., *Foucault*, Bs. As., Nueva Visión, 1988.
- CUSSET, IVES, *Habermas/Foucault. Trayectorias cruzadas. Confrontaciones críticas*, Bs. As., Ediciones Nueva Visión, 2007.
- D'AURIA, ANIBAL, *La crítica radical del derecho*, Bs. As., Eudeba, 2016.
- DREYFUS, HUBERT- RABINOW, PAUL, *Michel Foucault: más allá del estructuralismo y la hermenéutica*, Bs. As., Ediciones Nueva Visión, 2001.
- FOUCAULT, MICHEL, *El nacimiento de la clínica. Una arqueología de la mirada médica*, Bs. As., Siglo XXI, 2007.
- *Nietzsche, la genealogía, la historia, en Microfísica del poder*, Madrid, Las Ediciones de la Piqueta, 1980.
- *¿Qué es la crítica?*, Bs. As., Siglo XXI Editores, 2008.
- *¿Qué es la ilustración?*, Madrid, Las Ediciones de La Piqueta, 1996.
- *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Bs. As., Siglo XXI, 2006.
- HABERMAS, JÜRGEN, "Apuntar al corazón del presente", en COUSENS, D., *Foucault*, Bs. As., Nueva Visión, 1988.
- *El discurso filosófico de la modernidad*, Madrid, Taurus, 1993.
- *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Taurus, 2001.
- KANT, IMMANUEL, *Crítica de la razón pura*, Bs. As., Colihue, 2014.
- *Filosofía de la historia*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1978.
- "¿Qué es la ilustración?", en *Filosofía de la historia*, México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 1978.
- MARÍ, ENRIQUE, "Moi, Pierre Rivière..." y el mito de la uniformidad semántica en las ciencias jurídicas y sociales, Bs. As., Editorial Biblos, 1993.
- *Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden*, "Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho", n° 3, 1986, p. 93 A 111.
- MONOD, JEAN-CLAUDE, "La reforma como acontecimiento constitutivo: modernidad, subjetividad, actualidad", en CUSSET, IVES, *Habermas/Foucault. Trayectorias cruzadas. Confrontaciones críticas*, Bs. As., Ediciones Nueva Visión, 2007.
- SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Sociología jurídica crítica*, Madrid, Trotta, 2009.
- *Una epistemología del Sur: la reinención del conocimiento y la emancipación social*, Bs. As., Clacso, Siglo XXI Editores, 2013.
- VÁSQUEZ ROCCA, ADOLFO, *Las críticas de Habermas a Foucault y Sloterdijk; en torno al discurso filosóficos de la modernidad y la teoría consensual*, "Nómadas Critical Journal of Social and Juridical Sciences", n° 24, vol. 4, 2009.

EL DEBATE KELSEN-HART SOBRE LA SANCIÓN NORMATIVA: UNA SEGUNDA MIRADA MÁS ALLÁ DEL “ÚLTIMO MOHICANO”*

ANDRÉS BOTERO BERNAL**

Resumen. En este escrito se menciona el debate entre Kelsen y Hart en torno a la sanción (castigo) como un elemento estructural o no de la norma jurídica. Se señala que dicho debate refleja, entre otras cosas, los distintos fundamentos filosóficos de ambos autores, la diferencia en torno a la concepción cultural del derecho en Europa continental y en Inglaterra, y la búsqueda de Hart de depurar algunas posturas kelsenianas con el fin de consolidar el positivismo y ubicarlo de mejor manera en el contexto del *common law*.

Además, con base en lo anterior, en este escrito se ratifica que el positivismo, en general, y el pensamiento hartiano, en particular, no están en vía de extinción (que Hart no fue el “último mohicano”), a pesar de lo que suele afirmarse al respecto desde algunas corrientes neoconstitucionalistas y no-positivistas contemporáneas.

Palabras clave: Kelsen, Hart, norma jurídica, castigo, sanción.

THE KELSEN-HART DEBATE ON NORMATIVE SANCTION: A LOOK BEYOND “THE LAST OF THE MOHICANS”

Abstract. This paper mentions the debate between Kelsen and Hart about the sanction (punishment) as a structural element or not of the legal norm.

* Recepción: 20/3/2021; evaluación: 5/5/2021; aceptación: 1/7/2021.

** Abogado y filósofo. Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires (Argentina) y Doctor en Derecho por la Universidad de Huelva (España). Profesor titular de la Escuela de Filosofía de la Universidad Industrial de Santander (UIS, Bucaramanga, Colombia). Miembro del grupo de investigación Politeia de la UIS. <http://orcid.org/0000-0002-2609-0265>. Correo electrónico: aboterob@uis.edu.co

Further, this paper pointed out that this debate reflects, among other things, the different philosophical foundations of both authors, the difference between the cultural conception of law in continental Europe and in England, and it shows that HART try to purify some of the kelsenian positions in order to consolidate positivism and to locate it better in the context of the common law.

Based on the above, this paper affirms that positivism, in general, and hartian thinking, in particular, are not on the verge of extinction (which HART was not the “last mohican”), despite what is usually affirmed in this respect from some contemporary neoconstitutionalist and non-positivist theories.

Keywords: Kelsen, Hart, legal norm, punishment, sanction.

O DEBATE KELSEN-HART SOBRE A SANÇÃO NORMATIVA: UM SEGUNDO OLHAR ALÉM DO “ÚLTIMO DOS MOICANOS”

Resumo. Neste artigo, é mencionado o debate entre KELSEN e HART sobre a sanção (punição) como elemento estruturante ou não da norma jurídica. Ressalta-se que esse debate reflete, entre outras coisas, as diferentes bases filosóficas de ambos os autores, a diferença quanto à concepção cultural do direito na Europa continental e na Inglaterra, e a busca de HART em refinar algumas posições kelsenianas para consolidar o positivismo e colocá-lo melhor no contexto da common law.

Além disso, com base no exposto, este artigo confirma que o positivismo, em geral, e o pensamento hartiano, em particular, não estão em vias de extinção (que HART não foi o “último dos moicanos”), apesar do que se costuma dizer afirmado a esse respeito por algumas correntes neoconstitucionalistas e não positivistas contemporâneas.

Palavras chave: Kelsen, Hart, norma legal, unição, sanção.

§ 1. DIFERENTES LECTURAS SOBRE HART

HART ha pasado a la historia de la iusfilosofía de forma diferenciada según la lectura que de él se ha impuesto en la cultura jurídica de nuestra época. Una lectura es la que circula entre los ámbitos de formación de abogados (en los cuales, raramente se presta atención a

la historicidad de la disciplina en general y de la iusfilosofía en especial) y la otra la que predomina en los territorios de los iusfilósofos en sentido estricto (quienes raramente están en condiciones de afectar el entorno educativo de futuros abogados, ya porque esos entornos consideran a la iusfilosofía como un saber menor, ya porque la brecha entre eruditos y no eruditos hace casi imposible la comunicación).

La primera lectura, que a la postre es la más determinante por sus efectos culturales amplios, sabe de HART, pero en lo que se circunscribe al debate que tuvo con DWORKIN, debate que es leído, la mayoría de las veces, por lo menos en Latinoamérica donde tanto empuje ha tenido el neoconstitucionalismo, como el enfrentamiento del *último de los mohicanos*² (HART) versus *Hércules*³ (DWORKIN)⁴. Nos preocupa, seriamente, que esta lectura no solo sea la que predomine en los ámbitos de formación de nuevos abogados, sino también que termine siendo la que se imponga para el futuro *corpus* doctrinario de la filosofía del derecho, cuando esta aluda a lo que aconteció en la disciplina en la segunda mitad del siglo xx.

La segunda lectura, propia de especialistas, sabe claramente que HART fue mucho más que lo anterior, de manera tal que acusa, con razones, a la primera lectura pues reduce al autor inglés en su afán de crear esquemas básicos memorizables adecuados con la en-

² Haciendo alusión a la novela *El último mohicano* (1826) de JAMES FENIMORE COOPER. Esto es, que HART sería el último de su estirpe, el positivismo, que lucha por su no desaparición.

³ Como referencia al juez-súper-poderoso planteado por DWORKIN, que es capaz de dar con la única solución correcta, moralmente hablando, ante cada caso jurídico problemático. “Haríamos bien en considerar de qué manera, en los casos adecuados, un juez filósofo podría elaborar teorías sobre qué es lo que exigen la intención de la ley y los principios jurídicos. Nos encontraremos con que diseñaría tales teorías de la misma manera que un árbitro filósofo delinea el carácter de un juego. Para este propósito he inventado un abogado dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas, a quien llamaré Hércules. Supongo que Hércules es juez en alguna jurisdicción importante de los Estados Unidos. Supongo que acepta las principales normas constitutivas y regulativas no controvertidas del derecho en su jurisdicción. Es decir que acepta que las leyes tienen el poder general de crear y extinguir derechos, y que los jueces tienen el deber general de ajustarse a las decisiones anteriores de su tribunal o de tribunales superiores cuyas bases lógicas, como dicen los juristas, abarquen el caso que tienen entre manos” (DWORKIN, *Los derechos en serio*, p. 177).

⁴ Esta primera lectura es descripta, entre otros, por: LLOREDO, *Muertes y resurrecciones del positivismo jurídico: una crisis de doscientos años de duración*, “Doxa”, no 40, p. 249 a 278.

señanza, cada vez más restringida, de las humanidades al interior de las facultades de derecho, al considerarlo como el fallido contradictor de DWORKIN y como la última columna del edificio positivista. El especialista sabe que HART no ha representado el papel del “último mohicano” que desea sobrevivir ante los impulsos imbatibles de la civilización no-positivista, puesto que, por lo menos en la tradición anglosajona, el positivismo jurídico (como teoría de la existencia del derecho y los sistemas jurídicos) es la postura dominante, para algunos, o por lo menos muy fuerte, para otros, representada por autores como JOSEPH RAZ, ANDREI MARMOR, WILFRID WALUCHOW, JOHN GARDNER, LESLIE GREEN y KEN HIMMA, entre muchos otros, quienes han continuado, en alguna medida, con el pensamiento hartiano, sin negarse el derecho a hacerle precisiones, claro está. Incluso, iusnaturalistas contemporáneos (pienso en JOHN FINNIS y MARK MURPHY, por dar dos casos) y no-positivistas (como KEVIN TOH y STEFAN SCIARAFFA), asumen que la teoría hartiana es más o menos correcta en lo fundamental, aunque incompleta en lo que atañe a la justificación del sistema jurídico.

Así las cosas, ¿qué hacer? Sería ingenuo creer que la primera lectura se desvanecerá espontáneamente entre más (se) escriban (entre ellos) los expertos al respecto. Hay que poner en evidencia, pero para públicos más amplios, aquellas cosas del pensamiento hartiano que pueden interesar a estudiantes y profesores de derecho contemporáneos para desvirtuar la imagen errada de que el positivismo está casi extinto, como los mohicanos, de un lado, y de que el pensamiento hartiano solo dio para un debate con DWORKIN, del otro.

Al pensar qué podrían ser esas cosas, se deslizó entre las primeras posibilidades analizar aquella parte de la vida de HART que tanto interés despertó en los estudiantes: que trabajó en el servicio de espionaje y contraespionaje (MI5) del Reino Unido durante la Segunda Guerra Mundial y que tanto él, como su esposa⁵, fueron investigados

⁵ En la década de los ‘50 y ‘60 del siglo pasado, en Reino Unido se produjo un gran escándalo que envolvió a su servicio secreto. Un importante espía inglés (Kim Philby) resultó ser un agente soviético infiltrado. Durante la investigación de este sonado caso, una testigo involucró como posible espía a JENIFER HART, esposa de HERBERT HART. No se pudo comprobar que fuese espía o que hubiese dado información privilegiada a los soviéticos, a pesar de que en los años previos a la Segunda Guerra Mundial ella fue miembro del partido comunista y contactada por el servicio secreto ruso. Pese a no existir prueba al respecto, esta sospecha siempre la acompañó en vida, así como al propio HERBERT, y varias veces fue sacada a relucir ante los medios de comunicación. ROSAMUND, *Espionage and secrecy: the official secrets acts 1911-1989 of the United Kingdom*, p. 18; WHITE, “Book review: getting

por ser presuntos espías rusos durante la Guerra Fría (acusaciones que nunca se comprobaron). Pero, si se investiga a fondo, y no solo desde las biografías⁶, no vislumbro alguna relación fuerte y seria de aquellos acontecimientos con la iusfilosofía, por más que alguien haya dicho, sin demostrarlo, todo lo contrario⁷.

Al desechar esta ruta, pasemos a otro aspecto que, si bien es un asunto propio de la historia de la iusfilosofía, en el fondo deja en claro, por lo menos, dos enseñanzas muy valiosas: una para la filosofía del derecho y otra para el derecho comparado contemporáneos. Todo con el fin de mostrar a un HART más proactivo que el que se quiere imponer en muchas facultades de derecho.

Nos referimos al debate que sostuvo con KELSEN sobre las normas sancionadoras, que pone de relieve: *i*) la distancia que hay entre estos dos autores, especialmente por sus diferentes influencias filosóficas (lo que constituye una enseñanza para la iusfilosofía); *ii*) el papel que jugó HART como consolidador del positivismo jurídico de su época (lo que implica una enseñanza para la historia de la iusfilosofía), y, *iii*), las diferencias en la concepción cultural del derecho, entre el sistema jurídico continental con el *common law* (lo que sirve de enseñanza para el derecho comparado).

§ 2. **EL DEBATE KELSEN-HART EN TORNO A LA ESTRUCTURA DE LAS NORMAS**

HART fue decisivo en la consolidación de las posturas normativistas de KELSEN en su fase final, esto es, la que corresponde a los trabajos de este una vez radicado en Estados Unidos. HART logró, vía la aguda crítica y la pertinente polémica que tanto le gustaba⁸, varias precisiones e incluso correcciones del propio KELSEN frente a su *Reine Rechtslehre* (en adelante TPD) en general y la teoría de la

close to H. L. A. Hart”, en LACEY, *A life of H. L. A. Hart: the nightmare and the noble dream* p. 1 a 422. Y la autobiografía de HART, *Ask me no more*.

⁶ LACEY, *A life of H. L. A. Hart. The nightmare and the noble dream*. Esta autora deja en claro lo mucho que afectó a HART estas terribles acusaciones. Ver, además, TORRES, *H. L. A. Hart al desnudo*, “Revista Española de Derecho Constitucional”, n° 75, p. 359 a 368.

⁷ “Los métodos para analizar la información por HART (cuando trabajó en el MI5), luego fueron usados para pensar el derecho de otra forma”. El texto entre paréntesis es propio de CARRANZA, *Cazador de espías, filósofo del derecho*, p. 2.

⁸ RAZ, *En memoria de H. L. A. Hart*, “Doxa”, n° 13, p. 28 y 29.

normatividad en especial⁹, las que le permitieron a esa obra no solo consolidarse mejor ante las críticas, sino también adecuarse ante los nuevos escenarios que le suponía el demostrar, como lo intentó KELSEN, que su teoría, por ser general, también era aplicable al *common law*¹⁰. Estas críticas de HART a KELSEN pueden concentrarse en varios campos, pero quisiéramos resaltar, por el momento, tres: *i*) ¿cuál es la norma base del sistema jurídico?¹¹; *ii*) ¿en qué consiste la unidad del sistema normativo?¹², y *iii*) ¿cuál es la estructura formal de la norma jurídica?¹³.

Estos tres aspectos, que han sido bien estudiados por los expertos, no pueden ser interpretados como una búsqueda de la destrucción de la *Reine Rechtslehre*, en tanto HART creía que el pensamiento general kelseniano, en términos generales, era correcto y, además, era consciente de que KELSEN era un soporte crucial para el positivismo en el contexto del *common law*¹⁴, especialmente en la lucha contra

⁹ SPAAK, “Kelsen and Hart on the normativity of law”, en WAHLGREN, *Perspectives on jurisprudence: essays in honour of Jes Bjarup*, p. 397 a 414.

¹⁰ CLARK, *Hans Kelsen's pure theory of law*, “Journal of legal education”, vol. 22, p. 170 a 196.

¹¹ Para KELSEN sería la *Grundnorm*, mientras que para HART sería la “regla de reconocimiento”. La negativa de KELSEN frente a esta teoría hartiana se encuentra en: KELSEN, *Teoría pura del derecho*, § 34, i, p. 229, nota 134. Sobre la teoría de la regla de reconocimiento, ver HART, *El concepto de derecho*, p. 125 a 137; BULYGIN, “Sobre la regla de reconocimiento”, en BACQUÉ, *et al.*, *Derecho, filosofía y lenguaje: homenaje a Ambrosio L. Gioja*, p. 31 a 39; GÓMEZ, “Acerca de la vinculación de la regla de reconocimiento con las restantes reglas secundarias”, en BACQUÉ, *et al.*, *Derecho, filosofía y lenguaje: homenaje a Ambrosio L. Gioja*, p. 47 a 53; SPAAK, “Kelsen and Hart on the normativity of law”, en WAHLGREN, *Perspectives on jurisprudence: essays in honour of Jes Bjarup*, p. 404 a 412, y MÁRQUEZ, *Hart y Kelsen: regla de reconocimiento y norma básica*, “Persona y Derecho”, n° 12, p. 163 a 188, entre otros.

¹² HART, “Kelsen's doctrine of the unity of law”, en MUNITZ - KIEFER, *Ethics and social justice*, p. 208 a 270; en español: HART, “La teoría de Kelsen sobre la unidad del derecho”, en CASANOVAS - MORESO, *El ámbito de lo jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, p. 383 a 421.

¹³ BULYGIN - MENDONCA, *Normas y sistemas normativos*, p. 11 a 24; ROBLES, *Consideraciones sobre la teoría de la norma jurídica en Kelsen*, “Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense”, n° 60, p. 47 a 64; SPAAK, “Kelsen and Hart on the normativity of law”, en WAHLGREN, *Perspectives on jurisprudence: essays in honour of Jes Bjarup*, y GARCÍA, “Concepciones sobre la norma jurídica. Una aproximación textual”, en VALDERRAMA, *Teoría del derecho*, p. 171 a 212.

¹⁴ CLARK, *Hans Kelsen's pure theory of law*, “Journal of legal education”, vol. 22, p. 195 y 196.

el dogmatismo derivado de las tradiciones a las que ambos se enfrentaban en sus respectivos países. Se trataría más bien de importantes precisiones conceptuales, bajo la égida analítica, que buscaban, vía crítica, la consolidación de una postura general (el positivismo) al reconocer que la TPD tenía, según el inglés, algunas limitaciones comprensivas del fenómeno normativo propio del sistema anglosajón, pero que ellas no comprometían la validez general de la matriz común que los unía (matriz que los condujo a un autor que tanto influyó en ellos dos: JOHN AUSTIN).

Quisiéramos explicar mejor lo antes señalado en relación con el tercero de los puntos anteriores: la estructura de las normas jurídicas en sentido estricto. KELSEN consideró, inicialmente, que toda norma jurídica, para ser tal, implica una sanción negativa o castigo¹⁵ a la transgresión¹⁶; esto es, una prohibición fundada en una amenaza, casi siempre estatal, a quien transgreda el imperativo base del legislador, este último en sentido amplio¹⁷. Dicho con un ejemplo de manual, una norma jurídica sería la sanción negativa (pena de prisión) a quien transgreda un imperativo (no matar), de manera tal que la norma podría explicarse lógicamente a partir de dos mandatos regidos por el principio de imputación y no de causalidad: el primero sería aquel de lo que se desea se haga o no se haga (no debes matar), y el segundo sería en sentido estricto la verdadera norma jurídica, que consagra el deber de sancionar a quien transgreda el primer imperativo o imperativo base (el que matare a otro deberá ser castigado con una pena de prisión de tantos a tantos años de prisión).

Incluso esta posición, de que el derecho está integrado por normas prohibitivas, llevó al autor austríaco a plantear la tesis de la completud del derecho, en la medida que aquello que no está prohibido se entiende permitido, de manera tal que nada escapa a la regulación del

¹⁵ El castigo es entendido por KELSEN como “la privación forzosa de la vida, la libertad o la propiedad con el propósito de retribución o prevención” (*La paz por medio del derecho*, p. 119).

¹⁶ La transgresión es la violación de la obligación normativa, esto es, la violación de la prohibición. La sanción solo puede imputarse cuando previamente se ha imputado una transgresión. Entonces, la coacción es, eminentemente, un sistema de castigo ante el imputado como transgresor. Así lo señaló KELSEN en “El derecho como orden constrictivo”, transcripto en KELSEN - COSSIO, *Problemas escogidos de la teoría pura del derecho: teoría egológica y teoría pura*, p. 73.

¹⁷ KELSEN, *Teoría pura del derecho*, p. 48 a 50 y p. 123 a 129; *The Law as a specific social technique*, “The University of Chicago Law Review”, vol. 9, n° 1, p. 75 a 97.

derecho: o está prohibido o está permitido. En consecuencia, no habría lagunas pues el derecho siempre es un orden completo, lo cual generó una serie de críticas las cuales no podremos enunciar toda vez que nos desvían de nuestro interés¹⁸. Sin embargo, el principio de completud fue abandonado por su propio autor casi al finalizar su vida académica¹⁹.

Volviendo sobre la teoría de las normas, especialmente su aspecto de que toda norma es una prohibición respaldada por una sanción, HART llamó la atención de KELSEN al preguntarse: ¿qué hacer entonces con aquellas normas propias de sistemas jurídicos basados más en el principio de colaboración que en el de prohibición, que no sancionan la transgresión, sino que recompensan, permiten, autorizan o informan, desde el derecho, sobre cómo obtener un resultado? Es que aceptar normas no prohibitivas supondría cuestionar no solo la estructura coercitiva de la norma, sino también la teoría de la completud del sistema jurídico.

De esta manera, para HART, si se mira desde la práctica social de un partícipe del sistema²⁰, no todas las normas obedecen a la estructura kelseniana; a lo sumo, solo las normas que HART denominó como “reglas primarias”, que son aquellas reglas sociales que se aplican en ciertos contextos primarios, que tienen por objeto –directo o indirecto– regular la conducta humana imponiendo obligaciones; incluso, cuando una norma primaria ordena obedecer otra, sigue siendo la conducta humana la principal destinataria. Entonces, entre las normas que no corresponden con la estructura coercitiva kelseniana están las reglas cuya consecuencia jurídica sería una *recompensa*, de un lado, y las reglas secundarias (de cambio, de adjudicación y de reconocimiento) cuya consecuencia jurídica sería una *potestad* frente a reglas primarias, del otro. Frente a este tipo de reglas, HART escribió: pero existen importantes clases de normas jurídicas respecto de las cuales esta analogía con órdenes respaldadas por amenazas no cabe en absoluto, por cuanto ellas cumplen una función social totalmente distinta. Las reglas jurídicas que definen la manera de realizar contratos, celebrar matrimonios u otorgar testamentos válidos,

¹⁸ Cfr. BULYGIN, “La importancia de la distinción entre normas y proposiciones normativas”, en BULYGIN - ATIENZA - BAYÓN, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del derecho*, p. 11 a 14.

¹⁹ KELSEN, “Derogation”, en NEWMAN, *Essays in jurisprudence in honor of Roscoe Pound*, p. 339 a 355.

²⁰ HART, *El concepto de derecho*, p. 111.

no exigen que las personas actúen de modos determinados, lo quieran o no. Tales normas no imponen deberes u obligaciones. En lugar de ello, acuerdan a las particulares facilidades para llevar a cabo sus deseos, al otorgarles potestades para crear, mediante ciertos procedimientos específicos y bajo ciertas condiciones, estructuras de facultades y deberes dentro del cuadro coercitivo del derecho. La potestad así conferida a los individuos para dar forma a sus relaciones jurídicas con los demás mediante contratos, testamentos, matrimonios, etc., es uno de los grandes aportes del derecho a la vida social; y es una característica que queda oscurecida si se representa a todo el derecho como una cuestión de órdenes respaldadas por amenazas²¹.

Además, este esquema de sanción-positiva se ve más claramente con las reglas secundarias, entendidas estas como prácticas sociales aceptadas (desde el punto de vista interno, esto es, desde el participante del sistema)²² mediante las cuales se establece la creación, la adjudicación y el reconocimiento sobre qué es –y, por tanto, sobre qué no es– norma jurídica. Las reglas de cambio serían mandatos que, en la práctica social, determinan la forma de crear, modificar o extinguir reglas primarias; es decir, la facultad a “un individuo o cuerpo de personas a introducir nuevas reglas primarias para la conducción de la vida del grupo, o de alguna clase de hombres que forman parte de él, y a dejar sin efecto las reglas anteriores”²³. Las de adjudicación son aquellas que “facultan a determinar, en forma revestida de autoridad, si en una ocasión particular se ha transgredido una regla primaria”²⁴. Finalmente, la tercera sería la norma base del sistema jurídico en tanto ella le permite al grupo social reconocer una regla primaria²⁵, de manera tal que es la “regla última de un sistema” o “criterio supremo de validez”²⁶ verificable en tanto es una “cuestión de hecho”²⁷; regla que, al parecer, impone un deber a los adjudicadores de aplicar las reglas primarias reconocidas²⁸.

²¹ HART, *El concepto de derecho*, p. 35.

²² HART, *El concepto de derecho*, p. 111.

²³ HART, *El concepto de derecho*, p. 119.

²⁴ HART, *El concepto de derecho*, p. 120. En las reglas de adjudicación se incluye tanto las que señalan qué individuos tienen esta facultad (jueces) y el procedimiento para hacer tal determinación.

²⁵ HART, *El concepto de derecho*, p. 117 a 120, entre otras.

²⁶ HART, *El concepto de derecho*, p. 133.

²⁷ HART, *El concepto de derecho*, p. 137.

²⁸ Señalo “al parecer”, porque este es un aspecto debatido. La posición tradicional señala que la regla de reconocimiento impone un deber del juez de apli-

La característica común de estas reglas secundarias, como ya dije, es que no corresponden con el esquema kelseniano, en general al de norma como un deber-ser proposicional sin contacto con la realidad, y en especial al de norma-negativa o norma-sanción, propio de entender el derecho solo como coerción (fruto, ambas cosas, de la herencia kantiana, por un lado, y de la familia jurídica continental, por el otro, del autor austríaco); y no corresponden pues la consecuencia de dichas reglas, en un sentido amplio, consiste en la *potestad* de crear, modificar, extinguir, validar o resolver conflictos aplicando reglas primarias. En consecuencia, para HART (por su herencia humeana²⁹, por un lado, y por la influencia del *common law*, por el otro), no todas las reglas pueden ser reducidas a ser meras prohibiciones con mandatos coercitivos en sentido estricto, pues eso supondría, de un lado, la imposibilidad de explicar en la práctica social: *i*) ciertas reglas (como las de recompensa y las secundarias) y, del otro, *ii*) la presencia de esencias morales en el derecho³⁰.

car las reglas primarias, v.gr., RAZ, *The concept of a legal system. An introduction to the theory of legal system*, cap. VIII, 3; RUIZ, *Jurisdicción y normas*; etcétera. En contra está BULYGIN: “Sin duda, normalmente los jueces tienen el deber de (es decir, están obligados a) decidir los casos conforme a las normas válidas. Para poder cumplir esta obligación los jueces tienen que usar la regla de reconocimiento, pero esta obligación no surge de la regla de reconocimiento misma, sino de una determinada norma del sistema, identificada conforme a la regla de reconocimiento” (“Sobre la regla de reconocimiento”, en BACQUÉ, *et al.*, *Derecho, filosofía y lenguaje: homenaje a Ambrosio L. Gioja*, p. 39). Ver el debate surgido al respecto, en BULYGIN, *Regla de reconocimiento: ¿norma de obligación o criterio conceptual? Réplica a Juan Ruiz Manero*, “Doxa”, n° 9, p. 311 a 318; RUIZ, *Normas independientes, criterios conceptuales y trucos verbales. Respuesta a Eugenio Bulygin*, “Doxa”, n° 9, p. 281 a 293.

²⁹ Por ejemplo: “Es cierto desde luego que, en cuanto que todas las leyes humanas están basadas en premios y castigos, se ha supuesto como principio fundamental que estos motivos influyen sobre la mente, produciendo las buenas acciones y a la vez impidiendo las malas” (HUME, *Tratado de la naturaleza humana*, t. II, p. 611).

³⁰ La convivencia exige un mínimo de normas morales en el derecho, pero eso no supone confundir la moral con el derecho, de una parte, ni declararse iusnaturalista, del otro: “Tanto el derecho como la moral incluyen reglas que rigen la conducta de los individuos en situaciones que se repiten constantemente a lo largo de la vida, y no en ocasiones o actividades especiales, y aunque ambos pueden incluir mucho de lo que es peculiar a las necesidades reales o imaginadas de una particular sociedad, tanto el derecho como la moral formulan exigencias que, obviamente, tienen que ser satisfechas por cualquier grupo de seres humanos para poder convivir. Por ello es que en ambos hallaremos algún tipo de prohibición de la violencia a las personas o a la propiedad, y algunas exigencias de honestidad y veracidad”

Ahora bien, KELSEN, al darse cuenta de la fuerza intrínseca de la crítica hartiana (que supone, entre otras cosas, un reto de la aplicabilidad de la TPD en el contexto del *common law*) y para poder mantener la uniformidad de su modelo, consideró –en su segunda edición de la TPD– a las normas con sanción-positiva como “normas incompletas” o “normas no independientes”³¹, las cuales, sin embargo, solo se vuelven completas o independientes una vez que pueden articularse con una sanción-negativa, con una coacción³². De lo dicho resulta que un orden jurídico, aunque de ninguna manera todas sus normas estatuyan actos coactivos, puede con todo ser caracterizado como un orden coactivo, en cuanto todas las normas que de por sí no estatuyen actos coactivos, y que, por tanto, no imponen obligaciones, sino que solo facultan o permiten positivamente la producción de normas, son normas no independientes que solo valen en conexión con una norma que estatuye un acto coactivo. Pero tampoco todas las normas que estatuyen actos coactivos obligan, sino solo aquellas que estatuyen el acto coactivo como reacción –es decir, como sanción– contra determinada conducta humana, obligando, pues, a la conducta contraria³³.

Para entender la importancia de este cambio de la postura kelseniana, insuficiente para algunos y suficiente para otros, hay que explicar, aunque sea someramente, que, para KELSEN, el concepto de norma va más allá de los enunciados normativos que emite el legislador. La

(HUME, *Tratado de la naturaleza humana*, p. 214). “La reflexión sobre algunas generalizaciones muy obvias referentes a la naturaleza humana y al mundo en que los hombres viven, muestra que en la medida en que ellas sigan siendo verdaderas, hay ciertas reglas de conducta que toda organización social tiene que contener para ser viable. Tales reglas constituyen de hecho un elemento común al derecho y a la moral convencional de todas las sociedades que han alcanzado el punto en que uno y otra se distinguen como formas diferentes de control social” (HART, *El concepto de derecho*, p. 238).

³¹ KELSEN, *Teoría pura del derecho*, p. 63 a 70, § 6, d y e; CRACOGNA, “La fundamentación normativa del derecho en Hart y Kelsen”, en LACLAU - CRACOGNA, *Teoría general del derecho: sus problemas actuales, estudios en homenaje a Julio C. Cueto Rúa*, p. 50 a 52.

³² Una explicación más amplia sobre la coacción (sanción negativa) y el rechazo kelseniano a las sanciones positivas, en BOBBIO, “Hacia una teoría funcional del derecho”, en BACQUÉ, *et al.*, *Derecho, filosofía y lenguaje: homenaje a Ambrosio L. Gioja*, p. 14 a 30. BOBBIO se propuso demostrar que la consideración kelseniana de la coacción como elemento estructurante de la norma, frente al rol secundario que le asigna a la recompensa como sanción, fue una concesión que el austriaco terminó haciendo, sin darse cuenta, al funcionalismo.

³³ KELSEN, *Teoría pura del derecho*, p. 70.

norma jurídica, en sentido estricto, es la que se construye a partir de varios enunciados del legislador general, de manera tal que si tengo ante mí un enunciado (p.ej., un artículo de una ley o de un decreto) con un sentido positivo (que recompensa, permite, autoriza o informa), no estamos ante una norma completa o en sentido estricto. Le correspondería al juez, por medio de la interpretación³⁴, articular dicho enunciado con otro(s) que establezca(n) una coacción entendida como sanción-negativa, lo que demostraría, una vez más, la *discrecionalidad judicial*³⁵. El juez debe cambiar el sentido positivo del enunciado para leerlo desde el sentido negativo o castigador, propio de las normas jurídicas en sentido estricto o normas independientes. Entonces, si el legislador emite un enunciado que dice que “cualquier ciudadano tiene derecho, si reúne los requisitos A y B, a transitar libremente en su vehículo” o que “el procedimiento de creación de un decreto municipal son X y Y”, el juez asume que detrás de todo ello hay diferentes normas sancionatorias que podrían transcribirse de la siguiente manera: “el ciudadano que transite con su vehículo, sin cumplir los requisitos A y B, debe ser castigado mediante C” (siendo C una sanción estipulada en algún otro enunciado normativo y que el juez considere aplicable, en el marco del propio sistema vigente, al caso que juzga); “el funcionario público que impida el libre tránsito de un ciudadano que reúna los requisitos A y B, debe ser castigado mediante C”; “si un funcionario tramita un decreto municipal sin cumplir con los procedimientos X y Y, debe ser castigado mediante C”; o “si no se respeta el procedimiento X y Y, el decreto municipal debe ser declarado nulo” (siempre y cuando la nulidad pueda ser inferida de otros enunciados normativos del sistema, como suele suceder para este tipo de ejemplos, aunque Kelsen no estaría muy de acuerdo en considerar la nulidad como un castigo). Así, toda regla secundaria o todo enunciado permisivo sería la premisa inicial de una norma sancionadora o independiente.

Pero, ¿qué diría un hartiano sobre esto? En primer lugar, que la distinción entre regla primaria y regla secundaria no es tan radical como lo han pretendido ver los críticos, en tanto dichas categorías no están comunicadas entre sí, de un lado, y que no son categorías ontológicas por fuera del observador, sino que solo son *visibles* según la perspectiva que asuma el operador jurídico, de otro. De esta manera, desde cierta óptica es posible ver una regla primaria de lo que,

³⁴ Kelsen, *Teoría pura del derecho*, p. 349 a 356.

³⁵ Kelsen, *Teoría pura del derecho*, p. 354.

desde otro lente (esto es, desde otra práctica social propia del punto de vista interno), sería una regla secundaria. De manera tal, que KELSEN cuando ve una regla primaria con sanción negativa detrás de una regla permisiva o de una regla secundaria, no contradice necesariamente a HART.

En segundo lugar, tratándose de las reglas secundarias de cambio, para seguir el ejemplo anterior del decreto municipal, la anulabilidad no es una sanción negativa, pues no puede “ser asimilada a un castigo establecido por una regla como estímulo para que uno se abstenga de las actividades que la regla prohíbe”³⁶; verbigracia, la decisión del árbitro de que un disparo del balón hacia la portería no fue un gol, no es un castigo al jugador que pateó, sino que es parte misma de las reglas que establecen cómo se hace una anotación³⁷. Incluso, como se dijo antes, KELSEN no estaría de acuerdo con considerar la anulabilidad como un castigo, pues no es una privación forzosa de la vida, la libertad o la propiedad³⁸, sino que es la respuesta judicial, ordenada por las reglas básicas de funcionamiento de la estructura jerarquizada, a una contradicción *aparente* entre dos normas de diferente nivel. Dicho con otras palabras, no sería adecuado equiparar sanción con nulidad (anulación judicial de una norma), ya que la primera tiene como objeto la conducta humana, mientras que la segunda la validez de los actos jurídicos.

Sin embargo, un antropólogo jurídico o un iusfilósofo realista (mas no el propio KELSEN, quien por temas de edad no pudo continuar el debate sobre este punto, pero sí sus seguidores) podría pensar de la siguiente manera: HART considera necesario ver el derecho como una práctica social de agentes que participan en él (punto de vista interno). Desde reflexiones teóricas, tanto para KELSEN como para HART, la anulación no es una consecuencia jurídica negativa o castigo; pero, para los agentes de un sistema, como el funcionario público que debe

³⁶ HART, *El concepto de derecho*, p. 42.

³⁷ HART, *El concepto de derecho*, p. 44. Esto es, si seguimos la terminología kelseniana, que si la norma jurídica es una amenaza de castigo a quien se le imputa haber desobedecido un imperativo base, ¿la nulidad a quien está amenazando? y ¿qué imperativo base se protege con la nulidad? Obviamente, los debates no terminaron aquí, pues los críticos de HART han considerado que, si bien la nulidad no se comporta, claramente, como un castigo penal, sí puede ser vista como un castigo que amenaza a quien hace el contrato o la norma (punto de vista interno), incentivándolo a que respete el procedimiento. Ver el párrafo siguiente.

³⁸ KELSEN, *La paz por medio del derecho*, p. 119.

tramitar la creación de una regla primaria, el que la norma que confectiona no sea anulada por el órgano respectivo puede comportarles una amenaza externa que les produce miedo, elementos claros de la coacción. Dicho con otras palabras, ¿no puede pensarse que el funcionario público tome la anulación de su norma como un castigo? ¿Y la anulación de la norma no está aparejada a otras medidas sancionadoras contra el funcionario responsable, tales como amenazas contra la vida, la libertad y el patrimonio? En este sentido, afirmar que la anulación de una norma no constituye un castigo en ningún sistema jurídico sería caer del lado del formalismo, justo por considerar que hay significantes y significados que no son dados desde la práctica social sino ordenados desde un saber superior.

En tercer lugar, que KELSEN sigue sin demostrar por qué se requiere o por qué es preferible encontrar una sanción negativa detrás de una regla permisiva o de una regla secundaria cuando también es posible encontrar, para el mismo caso, una consecuencia positiva (por ejemplo, que si se sigue el procedimiento el decreto municipal debe ser imputado como válido). Ahora bien, KELSEN, claramente, no puede responder por qué es preferible su teoría de la sanción negativa, pues esto supondría barrer con la pureza que el austríaco deseaba para sus análisis. No obstante, entre los factores que pesan en la concepción de castigo que tiene KELSEN está su defensa del liberalismo político, cuestión que se mencionará más adelante.

Para finalizar, el debate KELSEN-HART en torno a la estructura de las normas en general y la sanción en especial, tuvo un gran impacto en la comunidad académica. Muchos iusfilósofos han tomado parte en el asunto, haciendo gala de análisis y distinciones lógicos. A manera de ejemplo, encontramos a RODILLA quien “sostiene que la interpretación de KELSEN de la idea de coactividad, a la que usa como criterio de individualización de las normas jurídicas, es incompatible con su caracterización del derecho como sistema normativo dinámico. El sistema jurídico kelseniano no puede construirse con las normas jurídicas kelsenianas, porque entre estas no pueden darse las relaciones de validación que son características de un sistema dinámico. De esta manera, la teoría kelseniana del derecho como un sistema normativo dinámico es una razón para abandonar la teoría kelseniana sobre la estructura uniforme de las normas jurídicas”³⁹.

³⁹ RODILLA, *Dinamismo y coactividad. Sobre una incongruencia en la Teoría Pura del Derecho*, “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, n° 28, p. 183.

Este autor descalifica la postura de KELSEN sin necesidad de acudir a las críticas de HART. En fin, estas intervenciones han sido en muchas líneas, pero lo que aquí proponemos es ofrecer otra manera de ver el debate y comprenderlo (por no decir que disolverlo), esto es, considerar las diferencias entre estos dos autores ya no desde la propia iusfilosofía, sino a la luz de la historia del derecho (que explica la forma en que evolucionaron los diferentes sistemas jurídicos que inspiran a KELSEN y HART), el derecho comparado (que permite comprender, al momento del debate, las diferencias entre las familias jurídicas) y la antropología jurídica (que da elementos para ver cómo las culturas determinan, en parte, los significados de los conceptos jurídicos).

§ 3. **LOS EFECTOS DEL DEBATE EN TORNO A LA ESTRUCTURA DE LA NORMA JURÍDICA**

La respuesta kelseniana, provocada ante los reclamos de HART, ha tenido, por lo menos, una consecuencia sistémica y otra cultural. Frente a la consecuencia sistemática (esto es, sobre cómo articular una experiencia concreta con una teoría general formal) es que KELSEN, en vez de reconocer que no todas las normas obedecen a la misma estructura y a la misma función social (represión para conseguir la *paz* o la *convivencia*, aspecto sobre el que volveremos luego), termina por uniformarlas considerando el derecho como “una reacción contra lo ilícito”⁴⁰. Es decir, por su afán de dar con lo general de todo sistema jurídico, cuando HART le planteó que no toda norma se construye como prohibición garantizada con una coerción-castigo, KELSEN terminó precisando, para los kelsenianos, o maquillando, para los hartianos, su teoría inicial.

Decimos maquillando su teoría porque, en cierto sentido, parecería que el vuelco kelseniano fue insuficiente (como lo señaló el propio HART⁴¹, al considerar este cambio como una mera argucia teórica⁴²),

⁴⁰ KELSEN, *Teoría pura del derecho*, p. 126.

⁴¹ HART, *El concepto de derecho*, p. 45 a 48.

⁴² Claro está que este juicio hartiano no se circunscribió solo a la teoría de la sanción-positiva (norma no-independiente) y de la sanción-coerción (norma independiente). HART, “Essay 14. Kelsen visited”, en HART, *Essays in jurisprudence and philosophy*, p. 286 a 308. También publicado en “*UCLA Law Review*”, 1963, vol. 10, p. 709 a 728. Ver, especialmente, “Rules of Law in a descriptive sense” y “The definition of delict”.

pues Kelsen siguió sosteniendo, a pesar de todo, que las normas solo son tal, en el sentido más estricto de la palabra, si castigan.

En lo que respecta al asunto cultural, lo que se le reclama a los contrincantes, en especial a Kelsen, está en un presunto error epistemológico: ¿es válido creer que hay algo en común en la concepción de norma en todos los sistemas jurídicos? Pretender que todos los sistemas jurídicos tienen unos mismos componentes formales, de manera tal que sobre eso que los une es posible hacer una teoría general (como lo creían Kelsen y Hart⁴³, aunque en diferente medida), aplicable a cualquier sistema, conlleva una tensión difícil de resolver para la ciencia jurídica en general y para el positivismo en especial⁴⁴: ¿lo jurídico, que incluye tanto la ciencia como la normativa, debe construirse de cara a su contexto cultural y político o atendiendo a las formas de la teoría general? Cualquier respuesta es problemática. Por ejemplo, si se afirma que la teoría del derecho es más cultural que formal, entonces los estudios generales caerían en desgracia, pero ¿cómo podría identificarse lo jurídico en una cultura si no hay claridad previa en las formas generales que son justo las que permiten tal identificación? Dicho con otras palabras, ¿es posible hacer un análisis cultural sin haber realizado previamente un juicio formal y general de lo que es derecho? Sin embargo, ¿es posible plantear una teoría formal de identificación general de lo jurídico por fuera del contexto cultural de quien formula la teoría? Si es imposible –o por lo menos muy difícil– salir del esquema cultural propio, ¿cómo una teoría formal puede ser general? Fruto de esta problematicidad es que los formalistas terminan haciendo concesiones a los culturalistas, y viceversa.

Todo esto nos lleva, necesariamente, al reto de comprender lo jurídico reconociendo la importancia tanto de los aportes de las teorías generales-formales como de los estudios culturales contextualizados, que –si se interpretan conjuntamente– arrojarían muchos beneficios para la observación del derecho, pero si se mira uno en desmedro del otro, darían visiones muy limitadas.

Entonces, en el caso que nos ocupa, la norma jurídica, consideramos que la teoría general-formal permite clarificar y, por tanto, identificar qué es y qué no es norma, para luego contextualizar el sentido de

⁴³ HART, *El concepto de derecho*, p. 3 a 4.

⁴⁴ CULVER, *Leaving the Hart-Dworkin debate*, “University of Toronto Law Journal”, n° 51, 2001, p. 367 a 398.

la norma en su cultura más inmediata. Solo resolviendo la pregunta formal previa, podemos hacer un análisis contextualizado; pero la respuesta formal dada no se aleja, por lo menos no en el caso que nos ocupa, del contexto cultural de cada autor. Y no se aleja, por consideraciones cognitivas (desde la teoría de la intencionalidad del conocimiento, ninguna idea planteada surge por fuera de las experiencias previas de quien la enuncia) y por las familias jurídicas que rodean a los autores que analizamos. Veamos.

Un aspecto que diferencia parcialmente el *common law* (entendido aquí desde su faceta cultural-histórica y no desde las propuestas de autores imperativistas como AUSTIN) del sistema jurídico continental, está fundado en su orientación política al momento de construir el Estado y, por tanto, el derecho normativo. Mientras el Estado inglés se construyó bajo el empirismo, el pragmatismo, el realismo y el historicismo (ratificado por un modelo consuetudinario-judicial, esto es, de costumbres que son interpretadas por los jueces en defensa del precedente⁴⁵); el Estado, en el continente europeo, se construyó de otra forma, más racionalista, formalista, estatalista y legicentrista si se quiere⁴⁶. Además, este fundamento diferenciador favoreció y se vio favorecido en una actitud política de qué se espera del Estado. En el *common law* el poder público no ha sido visto tanto —es decir, no de la misma manera como ha sucedido en el continente europeo— como un mero motor creador de derecho y sancionador (castigador) de las desviaciones de los ciudadanos ante ese mismo derecho, sino también como un poder político garante, desde una racionalidad histórica o consuetudinaria, de un derecho que se entiende hecho, en parte, por fuera de la voluntad estatal. Así, en el mundo inglés, el derecho, si bien se reserva un claro componente coercitivo, no se expresa siempre así. Como lo indicó HART, en la mentalidad inglesa el imperativo y la coercibilidad dura suelen representarse fundamentalmente como características del derecho penal y disciplinario, pero no de las otras áreas del derecho⁴⁷.

⁴⁵ Desde la parte histórica, ver: FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*, p. 25 a 35. Desde la parte dogmática: WHITTAKER, *El precedente en el derecho inglés: una visión desde la ciudadela*, “Revista Chilena de Derecho”, vol. 35, n° 1, p. 37 a 83.

⁴⁶ WHITTAKER, *El precedente en el derecho inglés: una visión desde la ciudadela*, “Revista Chilena de Derecho”, vol. 35, n° 1, p. 46 a 53; FALCÓN Y TELLA, *La equity angloamericana*, “Foro, Nueva época”, n° 1, p. 83 a 86.

⁴⁷ HART, *El concepto de derecho*, p. 34, 35 y 53.

Por tanto, fuera de este campo jurídico, el penal y el disciplinario, la norma no hace tanto énfasis en la sanción negativa, de allí que varias veces se presente como una permisión, pues en el fondo subyace, por lo menos más que en la tradición continental, el principio de colaboración del derecho y del Estado frente al ciudadano, como es de esperarse en un sistema pragmático e historicista propio del Reino Unido de mediados del siglo xx. Todo lo contrario a lo sucedido con el Estado europeo continental, el cual, por su fundamento y por su cultura, ha sido más proclive a un derecho sancionador. No se está diciendo, en modo alguno, que el *common law* carezca de coercibilidad y de sanciones-amenaza, sino que no hace tanto énfasis en dicho aspecto al momento de presentarse la norma jurídica.

Además, este matiz diferenciador se observa también en sus fundamentos filosóficos: “La teoría de HART es una reflexión de HUME, mientras que la de KELSEN refleja a KANT –el KANT de la primera Crítica, debe añadirse–”⁴⁸. Fundamentos que no chocan con los aspectos culturales a los que antes se aludió: KELSEN, al separar el *ser* del *deber ser*, siguiendo la tradición continental, abrió el camino para una teoría de la norma prohibitiva; HART, al momento de plantear su teoría sobre las prácticas sociales o las creencias del partícipe como consecuencia de la tradición británica, despejó la vía para una concepción de la norma más allá del esquema prohibitivo.

Adicionemos, además, que KELSEN reconoció en algún momento que, para la formulación de algunas ideas de su TPD, se basó exclusivamente en experiencias jurídicas particulares; verbigracia, la teoría de la unidad entre derecho y Estado le surgió del análisis del sistema jurídico austríaco⁴⁹; por tanto, dado que “esa teoría del Estado es una parte esencial de la *Teoría pura del derecho*, a esta puede considerársele como una teoría específicamente austríaca”⁵⁰.

En fin, KELSEN y HART conciben una teoría general desde su presupuesto cultural, a la vez que filosófico. Esto lleva, como ya lo dije, a que HART deba ampliar el marco de identificación de la norma kelseniana del positivismo (kantiano en lo filosófico e imperativista, a la

⁴⁸ PAULSON, *Normativismo continental y su contraparte británico. ¿Qué tan diferentes son?*, “Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva Serie”, año XXXVIII, n° 114, p. 1158.

⁴⁹ JABLONER, “La teoría pura del derecho y el diseño de la Constitución de Austria”, en BERNAL - PORCIUNCULA, *Kelsen para erizos. Ensayos en honor a Stanley L. Paulson*, p. 477 a 499.

⁵⁰ KELSEN, *Autobiografía*, p. 120.

vez que prohibitivo, en lo cultural), para darle así cabida en el mundo anglosajón (más humeano en lo filosófico e imperativista, a la vez que promocional, en lo cultural).

A todo esto, le sumamos un elemento altamente conflictivo en la *Teoría pura del derecho*, pero que podrá servir para comprender de mejor manera la postura kelseniana: la paz como fin del derecho⁵¹. Kelsen consideró que el derecho solo podría lograr la paz (entendida como convivencia desde la mentalidad de un hombre asustado por la fragilidad de los sistemas democráticos y de control de su época) mediante la prohibición de ciertas conductas y mediante la sanción a los transgresores.

“Si se concibe el derecho como un orden coactivo, y se toman en consideración solo aquellas normas que estatuyen sanciones, es decir, que estatuyen actos coactivos, como reacciones contra una conducta calificada como ilícita, tendremos que el derecho es una reacción contra lo ilícito; y, por tanto, como TOMÁS DE AQUINO, lo dice, en *Summa theologiae*, 1-11, 96, art. 5º, solo los malos, pero no los buenos, estarían sujetos al derecho”⁵².

⁵¹ Kelsen, en su texto *Teoría general del derecho y del Estado* (1945) y en el *Derecho como orden constrictivo* (1949) señaló que el derecho, en tanto que controla las conductas coactivamente, promueve la paz. Por ejemplo, refiriéndose a la coercibilidad estatal, señaló: “Es de esta manera que el derecho garantiza la paz dentro de la comunidad jurídica. He aquí la esencia del derecho, que es una específica técnica social. Y si la paz es un valor, un fundamental valor social, helo aquí al valor del derecho, que es paz” (Kelsen, en Kelsen - Cossio, *Problemas escogidos de la teoría pura del derecho: teoría egológica y teoría pura*, p. 60). En cambio, en la segunda edición de la TPD, habló de “seguridad colectiva”, para restarle así el impacto axiológico que puede tener la finalidad “paz”: “Cuando el orden jurídico determina las condiciones bajo las cuales la coacción, como fuerza física, debe ser ejercida, así como los individuos que deben hacerlo, protege a los individuos a él sometidos contra el uso de la fuerza por parte de otros individuos. Cuando esa protección alcanza cierta medida mínima se habla de seguridad colectiva, en cuanto es garantizada por el orden jurídico como orden social [...] La seguridad colectiva aspira a la paz, puesto que la paz es la ausencia del uso físico de la fuerza [...] La seguridad colectiva o la paz son funciones que –como ya se estableció– los órdenes coactivos designados como derecho poseen realmente en cierto momento de la evolución, si bien en grados diferentes. Esa función es un hecho objetivamente verificable” (Kelsen, *Teoría pura del derecho*, p. 50, 51 y 61, respectivamente). Pero como bien lo advirtió Bobbio, la “sustitución del concepto de paz por el de seguridad colectiva hace retroceder un paso el fin mínimo del derecho, pero no lo elimina: lo hace más vago, menos específico, pero no lo suprime” (“Hacia una teoría funcional del derecho”, en Bacqué, *et al.*, *Derecho, filosofía y lenguaje: homenaje a Ambrosio L. Gioja*, p. 14). Así, para Bobbio, Kelsen no renunció a consideraciones funcionales cuando aludió a esta finalidad.

⁵² Kelsen, *Teoría pura del derecho*, p. 126.

El derecho debía mostrar sus dientes como la única forma de impedir un estado caótico o el fin del modelo de convivencia aceptable desde su lógica democrática y desde su concepto privilegiado de *Estado liberal de derecho*⁵³, que, como se sabe, justifica la intervención estatal en materia jurídica solo si esta es para evitar o corregir una conducta considerada como desviada (por medio de hacerla imposible, difícil o desventajosa gracias a una sanción negativa), en tanto dicha conducta afectaría la paz social⁵⁴.

HART, por el contrario, consideraría que la convivencia, entendida ahora en clave de unas verdades morales obvias al interior del derecho, lo que refleja por demás el modelo judicial propio de la *equity*⁵⁵ (en la que HART litigó exitosamente antes de la Segunda Guerra Mundial⁵⁶), no requiere, en todos los casos, normas prohibitivas, aspecto que está más o menos claro si se observa la cultura inglesa que hace parte, junto con modelos más cercanos al *Estado de bienestar* de aquella época, a lo que se ha llamado como “ordenamientos jurídicos promocionales”, en los cuales se busca incentivar una conducta deseada haciéndola fácil o ventajosa⁵⁷. Aquí, el derecho coercitivo es una

⁵³ Una precisión: KELSEN, por su ideal de pureza metodológica en lo que atañe al derecho, no fue muy amplio en sus opiniones políticas y económicas. Por ello la academia se ha preguntado: ¿cuál es el modelo ideal de Estado para KELSEN? Si bien no hay respuesta unánime, hay quienes sostienen, justo por su teoría de la sanción negativa, que KELSEN defendió el *Estado liberal de derecho* (v.gr., PECES-BARBA, *El problema de la justicia en Kelsen: notas de lectura*, “Revista Española de Derecho Constitucional”, vol. 3, n° 8, p. 322 a 323); otros, por su parte, consideran que KELSEN fue un defensor, en lo político y en lo económico, de la social-democracia y, por tanto, del Estado social de derecho (v.gr., RUIZ, *Sobre la crítica de Kelsen al marxismo*, “Doxa”, n° 3, p. 194 a 195). Pero esto último, opino, no choca de plano con su criterio de que el derecho solo actúa para repeler actos considerados como dañinos, idea que proviene del liberalismo político.

⁵⁴ BOBBIO, *Contribución a la teoría del derecho*, p. 371 a 385; LÓPEZ, “¿Existe una “ciencia jurídica”?” Los modelos de la ‘cientificidad’ del derecho en Colombia”, en CASTRO, *La reestructuración de las ciencias sociales en América Latina*, p. 151.

⁵⁵ Modelo fundado en principios generales con clara alusión a componentes morales; ver FALCÓN Y TELLA, *La equity angloamericana*, “Foro, Nueva época”, n° 1, p. 79 a 108.

⁵⁶ No olvidemos que HART mismo reconoció la importancia de su práctica profesional como determinante en sus teorías positivistas; ver ORREGO, *Antecedentes iusfilosóficos de El concepto de derecho de H. L. A. Hart*, “Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie”, año XXVIII, n° 84, p. 1132.

⁵⁷ BOBBIO, *Contribución a la teoría del derecho*, p. 371 a 385; GARRIDO, *Derechos y garantías jurídicas en el discurso de la protección de la familia*, “Revista Telemática de Filosofía del Derecho”, n° 6, 2002-2003, p. 200 a 202.

ultima ratio, la última línea de defensa de la comunidad, pero la vanguardia propiciadora de la convivencia serían normas permisivas y autorizativas; es decir, normas con sanción-positiva. En estos ordenamientos, el control de la conducta ha pasado más por otros escenarios que por el derecho castigador mismo, cosa que tenía bien claro HART, lo que lo acercó más al funcionalismo que al estructuralismo puro: “Si el reconocimiento de la importancia del derecho promocional o promotor puede tener algún efecto, no es tanto respecto del enfoque estructural de él cuanto respecto del enfoque funcional [...] La función de un ordenamiento jurídico no es únicamente la de controlar el comportamiento de los individuos, lo cual puede obtenerse mediante la técnica de las sanciones negativas, sino también la de encauzar los comportamientos hacia ciertos objetivos previamente establecidos. Eso se podrá conseguir preferentemente por medio de la técnica de las sanciones positivas y de los incentivos. Se dice que la concepción tradicional del derecho como ordenamiento coactivo se funda en el presupuesto del ‘hombre malo’, cuyas tendencias antisociales deben ser sojuzgadas. Se puede decir que la consideración del derecho como ordenamiento directivo parte de la presunción del hombre inerte, pasivo, indiferente, que debe ser estimulado, provocado, urgido. Creo, pues, que hoy es más correcto definir el derecho, desde el punto de vista funcional, como forma de control y de dirección social”⁵⁸.

§ 4. **CONCLUSIONES**

El debate KELSEN-HART sobre la estructura de la norma jurídica, permite muchas lecturas útiles para la iusfilosofía, para la historia del derecho, para la antropología jurídica y para el derecho comparado. Para empezar, es un debate que nos aclara sus diferencias filosóficas a la vez que culturales. La objeción central de HART⁵⁹ es que reducir las normas a imperativos prohibitivos y a sanciones-castigos produce una distorsión en lo que el partícipe común entiende por derecho, distorsión que permite la uniformidad de una teoría, pero que la aleja de la realidad. Para HART es vital producir una teoría que sea aceptada por el ciudadano partícipe del sistema y, para ello, la teoría debe reflejar la riqueza y la variedad de las normas que viven como prácticas

⁵⁸ BOBBIO, “Hacia una teoría funcional del derecho”, en BACQUÉ, *et al.*, *Derecho, filosofía y lenguaje: homenaje a Ambrosio L. Gioja*, p. 30.

⁵⁹ HART, *El concepto de derecho*, p. 49 a 53.

sociales; por tanto, en este específico debate, se acerca al culturalismo. KELSEN está más centrado en la coherencia de su edificio teórico y en su mayor generalidad, que le permita ser aplicado a todos los sistemas, asunto que lo lleva a uniformizar tanto la teoría de la norma como su concepción de la finalidad del derecho⁶⁰; en consecuencia, en este punto, se acerca al formalismo. En cambio, HART, en su propia teoría general, niega que haya una sola estructura normativa y una sola función que pueda explicar el derecho, por lo que el derecho tiene diferentes tipos de reglas y distintas funciones según el contexto y según la práctica social a la que aludamos⁶¹. Pero esto deja en claro dos aspectos. El primero, haciendo uso de una expresión ya conocida en la iusfilosofía⁶², KELSEN es un erizo-formalista, mientras HART es un zorro-culturalista⁶³. El segundo es que ambos, al momento de plantear su teoría general, no pueden eludir elementos particulares que determinan su visión, tales como sus influencias filosóficas, de un lado, y sus contextos culturales, del otro. Ambos aspectos determinaron dicho debate sobre la estructura de la norma jurídica. Veamos.

KELSEN se vio en apuros para responder las críticas de HART que iban más allá de un debate lógico. KELSEN, para defender su formalismo, eludió referirse expresamente al componente cultural del debate que se le planteó, aunque creemos que, en el fondo, su teoría respondió a sus fundamentos filosóficos a la vez que al contexto cultural continental; y eludió tal cosa pues, de hacerlo, habría tenido muchas dificultades teóricas, ya que él predicaba una teoría descriptiva de los sistemas jurídicos en general, por lo que, de entrada, la TPD debía rechazar cualquier tipo de consideraciones extrajurídicas, como sería lo cultural de un sistema jurídico concreto. Pero bien supo KELSEN que

⁶⁰ HART, *El concepto de derecho*, p. 46 y 52.

⁶¹ PAULSON, *Normativismo continental y su contraparte británico. ¿Qué tan diferentes son?*, “Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie”, año XXXVIII, n° 114, p. 1091 a 1137.

⁶² Por ejemplo, la expresión de KELSEN como erizo, ha propiciado una buena compilación de textos de renombrados académicos: BERNAL - PORCIUNCULA, *Kelsen para erizos: ensayos en honor a Stanley L. Paulson*.

⁶³ BERLIN planteó una distinción entre el erizo y el zorro, basado en un poema de ARQUÍLOCO, que dice: “La zorra sabe muchas cosas, pero el erizo sabe una importante” (*El erizo y la zorra*, p. 39). Los erizos logran reducir la complejidad del mundo a un puñado de ideas, pero pierden capacidad de explicar los casos difíciles que se encuentran en la realidad; en cambio, los zorros son más abiertos a la complejidad, aunque no logran la precisión y la coherencia teórica propia de los erizos.

esas críticas debían ser asumidas para poder seguir afirmando que la TPD, por ser formal y general, es aplicable al *common law*. Por todo ello planteó una corrección, más formal que material para HART, que mejoró de todas maneras la presentación de su teoría: las normas con sanción-positiva, a pesar de ser reconocidas como tal en varias culturas (desde un “punto de vista interno”), no son normas plenas vistas desde el plano científico (aquí KELSEN estaría haciendo un juicio desde el “punto de vista externo” hartiano). Pero hasta aquí podría pensarse que este debate solo tiene interés para la historia de la iusfilosofía.

Sin embargo, estas críticas hartianas, repetimos, no buscaban el fin del estructuralismo kelseniano en el derecho, sino el reconocimiento de que la norma no es solo un conjunto de imputaciones prohibitivas y que la teoría general del derecho no puede reducirse a hacer juicios por fuera de las prácticas sociales. Estas correcciones las consideró necesarias HART para posicionar de mejor manera la postura kelseniana, a la que consideraba en muchos aspectos como correcta, y para suavizar (en referencia a su “positivismo suave”) afirmaciones que volvían débil su propio frente de batalla. Incluso, podemos acudir a las propias palabras de HART al momento de relatar su encuentro con KELSEN en Berkeley, en 1961: “Advertimos a nuestra gran audiencia de que podrían quedar decepcionados o aburridos, o ambas cosas: porque las preguntas que propusimos discutir podrían parecer excusablemente secas y técnicas, y nuestras diferencias serían meras disputas sobre detalles en el campo ‘positivista’ de la jurisprudencia, lo que no tiene mayor interés para los que están fuera de ella. Yo expliqué que mi punto de vista era que el gran trabajo de KELSEN merecía el cumplimiento de un escrutinio detallado, y que con demasiada frecuencia se había usado como excusa para debate de cuestiones vastas y vagamente definidas, como el perennemente conocido ‘derecho natural versus positivismo jurídico’⁶⁴.

Es decir, HART realizó un “escrutinio detallado” de la obra kelseniana por su relevancia, a la vez que como manera de fortalecer el positivismo y para evitar que dicha obra fuese usada impropriamente (por ciertos aspectos muy específicos como el que aquí mostramos en torno a la sanción) en los debates cruciales de su época. Y por ese escrutinio, que tiene como ánimo plantear una teoría descriptiva ge-

⁶⁴ HART, “Kelsen visited”, en HART, *Essays in jurisprudence and philosophy*, p. 286 (traducción propia).

neral, HART decide que es necesario ampliar el significado de varios conceptos, como el de sanción, para que su teoría descriptiva pueda aplicarse de mejor manera en diferentes sistemas jurídicos, lo que supone que el formalismo kelseniano, por su rigidez conceptual, podría terminar jugando en contra de su pretensión de generalidad, pues no todos los sistemas conciben de la misma forma las normas y las sanciones.

Todo esto queda más claro si se recuerda que HART no dudó en respaldar a KELSEN ante los enemigos comunes, especialmente los que existían al interior del *common law*. Este trabajo mancomunado, ficcionalmente hablando, se puede ver en decenas de campos (uno de ellos fue la crítica a los “derechos subjetivos”⁶⁵), pero quisiera llamar la atención en tres aspectos, entre muchos posibles. El primero fue la purificación de una fuente inspiradora común: JOHN AUSTIN [1790-1857]; autor que HART consideraba esencial para poder cimentar de mejor manera el positivismo para la segunda mitad del siglo xx. El segundo fue la reacción mancomunada contra el realismo judicial, que consideraron ambos como el principal oponente en Estados Unidos.

⁶⁵ En aquel entonces se dieron muchos debates sobre si existían los “derechos subjetivos”. En este debate participaron, obviamente, KELSEN y HART con posturas complementarias. KELSEN, siendo normativista, no consideró al derecho subjetivo como una categoría independiente: “Si se pone de lado la suposición de derechos naturales, y solo se reconoce los derechos estatuidos por un orden jurídico positivo, resulta entonces que el derecho subjetivo en el sentido discutido, presupone una obligación jurídica correspondiente; más, consiste en esa obligación jurídica” (KELSEN, *Teoría pura del derecho*, p. 143). Esto es, que no hay distinción entre derecho subjetivo y derecho objetivo. Igualmente, consideró que la concepción del derecho subjetivo se vio favorecida por aspectos ideológicos del capitalismo (de allí el rechazo que esta categoría generó en los autores soviéticos) en su reivindicación de la propiedad privada: “No es función esencial del derecho objetivo estatuir tales derechos subjetivos en sentido técnico, a diferencia de la función consistente en estatuir obligaciones jurídicas. Constituye una configuración posible, pero no necesaria, del contenido del derecho objetivo; una técnica particular de que puede servirse el derecho, pero que de ningún modo está obligado a hacerlo. Se trata de la técnica específica del orden jurídico capitalista, en cuanto este garantiza la institución de la propiedad privada, atendiendo, por lo tanto, en forma muy especial al interés individual” (KELSEN, *Teoría pura del derecho*, p. 148). En el fondo, la acusación a los positivistas de defender el “derecho subjetivo” como una entidad propia dentro del derecho solo se predicaría de pocos sectores del positivismo, puesto que BENTHAM, KELSEN y HART, por dar solo tres nombres, rechazaron que el “derecho subjetivo” tuviese un contenido semántico propio, aunque sí tendría un interés ideológico y pragmático (RUBIO, *Teoría del derecho y derecho subjetivo en Alf Ross*, “Anuario de filosofía del derecho”, n° 4, p. 295 a 302).

Y el tercero fue el frente común ante los embates moralistas como los de FULLER⁶⁶, para lo cual HART debió matizar la fuerte separación entre moral y derecho presente en la TPD (favoreciendo así la defensa del positivismo en el contexto anglosajón⁶⁷). En este esquema más general es que puede entenderse la potencialidad y la trascendencia de HART como consolidador del positivismo de su época. Fue tal su labor que logró, en cierto sentido, con sus críticas a KELSEN y con sus luchas mancomunadas, darle mayor aliento al positivismo, brindarle un nuevo aire a las discusiones que él estaba librando, aire que tal vez ya no tenía la TPD y que permitió, junto con otras cosas que aquí no puede mencionar por amor a la brevedad, que hubiese positivismo para mucho rato más. Todo esto es de suma importancia para un lector contemporáneo.

Pero también es importante para el lector contemporáneo que, gracias a dicho debate sobre la sanción en la norma jurídica, entra a terrenos propios de la antropología jurídica, de un lado, y más especialmente al derecho comparado, de otro, puesto que, en el fondo, se vislumbra el contenido cultural de la norma jurídica asociada a la finalidad axiológica de la misma, aspectos ante los cuales la tradicional filosofía del derecho se ha quedado corta y que son asuntos que aún siguen teniendo vigencia⁶⁸. Asumir este debate constituye, pues, una buena manera de comprender las vicisitudes culturales de la forma de concebir el derecho en dos modelos tan distintos, pero que, por la globalización, se ponen hoy día en fuerte comunicación.

En conclusión, HART no fue el último mohicano cuya estela desapareció gracias a DWORKIN, sino que sigue siendo un autor que tiene mucho que decirle a quien desee estar mejor habilitado para comprender la iusfilosofía y los sistemas jurídicos contemporáneos, sea estudiante o experto.

⁶⁶ FULLER, *Positivism and fidelity to law: a reply to professor Hart*, “Harvard Law Review”, vol. 71, n° 4, p. 630 a 672.

⁶⁷ Entonces, aludir a contenidos mínimos de moral en el derecho, como ya se explicó, en contravía de KELSEN, sirvió para posicionar de mejor manera al positivismo dentro de los debates que HART estaba dando en su momento (ORREGO, *Antecedentes iusfilosóficos de El concepto de derecho de H. L. A. Hart*, “Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie”, año XXVIII, n° 84, p. 1097).

⁶⁸ CULVER, *Leaving the Hart-Dworkin debate*, “University of Toronto Law Journal”, n° 51, p. 367 a 398.

BIBLIOGRAFÍA

- BACQUÉ, JORGE, *et al.* (eds.), *Derecho, filosofía y lenguaje: homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Bs. As., Astrea, 1976.
- BERLIN, ISAIAH, *El erizo y la zorra*, trad. C. AGUILAR, Barcelona, Muchnik Editores, 1998.
- BERNAL, CARLOS - PORCIUNCULA, MARCELO (eds.), *Kelsen para erizos: ensayos en honor a Stanley L. Paulson*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.
- BOBBIO, NORBERTO, “Hacia una teoría funcional del derecho”, en BACQUÉ, JORGE, *et al.* (eds.), *Derecho, filosofía y lenguaje: homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Bs. As., Astrea, 1976.
- BOBBIO, NORBERTO, *Contribución a la teoría del derecho*, trad. A. RUIZ, Madrid, Debate, 1990.
- BOTERO, ANDRÉS, *El debate Kelsen-Hart sobre la sanción normativa: una mirada más allá del ‘Último mohicano’*, “Revista Filosofía UIS”, vol. 16, n° 2, 2017, p. 303 a 324.
- BULYGIN, EUGENIO, “La importancia de la distinción entre normas y proposiciones normativas”, en BULYGIN, EUGENIO - ATIENZA, MANUEL - BAYÓN, JUAN, C., (eds.), *Problemas lógicos en la teoría y práctica del derecho*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- *Regla de reconocimiento: ¿norma de obligación o criterio conceptual? Réplica a Juan Ruiz Manero*, “Doxa”, n° 9, 1991, p. 311 a 318.
- “Sobre la regla de reconocimiento”, en BACQUÉ, JORGE, *et al.* (eds.), *Derecho, filosofía y lenguaje: homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Bs. As., Astrea, 1976.
- BULYGIN, EUGENIO - ATIENZA, MANUEL - BAYÓN, JUAN, C., (eds.), *Problemas lógicos en la teoría y práctica del derecho*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- BULYGIN, EUGENIO - MENDONÇA, DANIEL, *Normas y sistemas normativos*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- CARRANZA, LUIS R., *Cazador de espías, filósofo del derecho*, “Comercio y Justicia”, nov. 2014, <http://comercioyjusticia.info/blog/opinion/cazador-de-espias-filosofo-del-derecho/>.
- CASANOVAS ROMEU, POMPEU - MORESO, JOSEP J., (eds.), *El ámbito de lo jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, 1994.
- CASTRO, SANTIAGO (ed.), *La reestructuración de las ciencias sociales en América Latina*, Bogotá, Pensar, Instituto de Estudios Sociales y Culturales, 2000.
- CLARK, R. S., *Hans Kelsen's pure theory of law*, “Journal of Legal Education”, vol. 22, 1969, p. 170 a 196.
- CRACOGNA, DANTE, “La fundamentación normativa del derecho en Hart y Kelsen”, en LACLAU, MARTIN - CRACOGNA, DANTE (comps.), *Teoría general del derecho: sus problemas actuales, estudios en homenaje a Julio C. Cueto Rúa*, Bs. As., Editorial Heliasta, 1986.
- CULVER, KEITH, *Leaving the Hart-Dworkin debate*, “University of Toronto Law Journal”, n° 51, 2001, p. 367 a 398.
- DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, 2ª ed., trad. M. GUASTAVINO, Barcelona, Ariel, 1989.

- FALCÓN Y TELLA, MARÍA, J., *La equity angloamericana*, “Foro, Nueva época”, n° 1, 2005, p. 79 a 108.
- FIORAVANTI, MAURIZIO, *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*, 2ª ed., trad. M. MARTÍNEZ, Madrid, Trotta, 1998.
- FULLER, LON, *Positivism and fidelity to law: a reply to professor Hart*, “Harvard Law Review”, vol. 71, n° 4, 1958, p. 630 a 672.
- GARCÍA, JULIÁN, “Concepciones sobre la norma jurídica. Una aproximación textual”, en VALDERRAMA, FRANCISCO (coord.), *Teoría del derecho*, 2ª ed., Medellín, Universidad de Medellín, 2011.
- GARRIDO, MARÍA, I., *Derechos y garantías jurídicas en el discurso de la protección de la familia*, “Revista Telemática de Filosofía del Derecho”, n° 6, 2002-2003, p. 193 a 203.
- GÓMEZ, ASTRID, “Acerca de la vinculación de la regla de reconocimiento con las restantes reglas secundarias”, en BACQUÉ, JORGE, et al. (eds.), *Derecho, filosofía y lenguaje: homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Bs. As., Astrea, 1976.
- HART, HERBERT, “Kelsen’s doctrine of the Unity of Law”, en MUNITZ, MILTON - KIEFER, HOWARD (eds.), *Ethics and social justice*, Albany NY, State University of New York Press, 1968.
- HART, HERBERT, *El concepto de derecho*, trad. G. CARRIÓ, Bs. As., Abeledo Perrot, 1998.
- “Essay 14. Kelsen visited”, en HART, HERBERT, *Essays in jurisprudence and philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983.
- *Essays in jurisprudence and philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983.
- “La teoría de Kelsen sobre la unidad del derecho”, en CASANOVAS ROMEU, POMPEU - MORESO, JOSEP J. (eds.), *El ámbito de lo jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, 1994.
- HART, JENIFER, *Ask me no more*, London, Halban Publishers, 1998.
- HUME, DAVID, *Tratado de la naturaleza humana* (1738 a 1740), trad. F. DUQUE, Bs. As., Orbis, 1984.
- JABLONER, CLEMENS, “La teoría pura del derecho y el diseño de la Constitución de Austria”, en BERNAL, CARLOS - PORCIUNCULA, MARCELO (eds.), *Kelsen para erizos. Ensayos en honor a Stanley L. Paulson*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.
- KELSEN, HANS, *Autobiografía*, trad. L. VILLAR, Bogotá, Universidad Externado, 2008.
- “Derogation”, en NEWMAN, RALPH (ed.), *Essays in jurisprudence in honor of Roscoe Pound*, Indianapolis-New York, The Bobbs-Merrill Co, 1962.
- *La paz por medio del derecho* (1944), trad. L. ECHÁVARRI, Bs. As., Losada, 1946.
- *Teoría pura del derecho*, 14ª ed., trad. R. VERNENGO, México, Porrúa, 2005.
- *The law as a specific social technique*, “The University of Chicago Law Review”, vol. 9, n° 1, 1941, p. 75 a 97.
- KELSEN, HANS - COSSIO, CARLOS, *Problemas escogidos de la teoría pura del derecho: teoría egológica y teoría pura*, Bs. As., Editorial Guillermo Kraft Ltda., 1952.
- LACEY, NICOLA, *A life of H. L. A. Hart. The nightmare and the noble dream*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- LACLAU, MARTÍN - CRACOGNA, DANTE (comps.), *Teoría general del derecho: sus problemas actuales, estudios en homenaje a Julio C. Cueto Rúa*, Bs. As., Editorial Heliasta, 1986.

- LLOREDO, LUIS, *Muertes y resurrecciones del positivismo jurídico: una crisis de doscientos años de duración*, “Doxa”, n° 40, 2017, p. 249 a 278.
- LÓPEZ, DIEGO, “¿Existe una ‘ciencia jurídica’? Los modelos de la ‘cientificidad’ del Derecho en Colombia”, en CASTRO, SANTIAGO (ed.), *La reestructuración de las ciencias sociales en América Latina*, Bogotá, Pensar, Instituto de Estudios Sociales y Culturales, 2000.
- MÁRQUEZ, JOSÉ, *Hart y Kelsen: regla de reconocimiento y norma básica*, “Persona y Derecho”, n° 12, 1985, p. 163 a 188.
- MUNITZ, MILTON - KIEFER, HOWARD (eds.), *Ethics and social justice*, Albany NY, State University of New York Press, 1968.
- NEWMAN, RALPH (ed.), *Essays in jurisprudence in honor of Roscoe Pound*, Indianapolis-New York, The Bobbs-Merrill Co., 1962.
- ORREGO, CRISTÓBAL, *Antecedentes iusfilosóficos de El concepto de derecho de H. L. A. Hart*, “Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie”, año XXVIII, n° 84, 1995, p. 1091 a 1137.
- PALSTON, STANLEY, *Normativismo continental y su contraparte británico. ¿Qué tan diferentes son?*, “Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie”, año XXXVIII, n° 114, 2005, p. 1139 a 1163.
- PECES-BARBA, GREGORIO, *El problema de la justicia en Kelsen: notas de lectura*, “Revista Española de Derecho Constitucional”, vol. 3, n° 8, 1983, p. 317 a 325.
- RAZ, JOSEPH, *En memoria de H. L. A. Hart*, “Doxa”, n° 13, 1993, p. 27 a 30.
- *The concept of a legal system. An introduction to the theory of legal system*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 1980.
- ROBLES, GREGORIO, *Consideraciones sobre la teoría de la norma jurídica en Kelsen*, “Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense”, n° 60, 1980, p. 47 a 64.
- RODILLA, MIGUEL, *Dinamismo y coactividad. Sobre una incongruencia en la Teoría Pura del Derecho*, “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, n° 28, 2005, p. 183 a 220.
- ROSAMUND, THOMAS, *Espionage and secrecy: the official secrets acts 1911-1989 of the United Kingdom*, London, Routledge, 1991.
- RUBIO, ANA, *Teoría del derecho y derecho subjetivo en Alf Ross*, “Anuario de filosofía del derecho”, n° 4, 1987, p. 279 a 302.
- RUIZ, JUAN, *Jurisdicción y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- *Normas independientes, criterios conceptuales y trucos verbales. Respuesta a Eugenio Bulygin*, “Doxa”, n° 9, 1991, p. 281 a 293.
- *Sobre la crítica de Kelsen al marxismo*, “Doxa”, n° 3, 1986, p. 191 a 231.
- SPPAAK, TORBEN, “Kelsen and Hart on the normativity of law”, en WAHLGREN, PETER (dir.), *Perspectives on jurisprudence: essays in honour of Jes Bjarup*, Stockholm, Stockholm Institute for Scandinavian Law, 2005.
- TORRES, IGNACIO, *H. L. A. Hart al desnudo*, “Revista Española de Derecho Constitucional”, n° 75, 2005, p. 359 a 368.
- VALDERRAMA, FRANCISCO (coord.), *Teoría del derecho*, 2ª ed., Medellín, Universidad de Medellín, 2011.
- WAHLGREN, PETER (dir.), *Perspectives on jurisprudence: essays in honour of Jes Bjarup*, Stockholm, Stockholm Institute for Scandinavian Law, 2005.

WHITE, EDWARD, “*Book review: getting close to H. L. A. Hart*”, en LACEY, NICOLA, *A life of H. L. A. Hart: the nightmare and the noble dream*, Oxford University Press, 2004.

WHITTAKER, SIMON, *El precedente en el derecho inglés: una visión desde la ciudadela*, “*Revista Chilena de Derecho*”, vol. 35, n° 1, 2008, p. 37 a 83.

LA “DERROTABILIDAD” DE LA TIPIFICACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA EN EL CÓDIGO PENAL ARGENTINO. UN ANÁLISIS DESDE LA NOCIÓN DE COHERENCIA NORMATIVA*

MANUELA GARGANO**

Resumen. Este trabajo tiene por objeto el abordaje del problema que se presenta en la práctica jurisprudencial a la hora de determinar si corresponde la aplicación de la causa de justificación de la legítima defensa a una mujer imputada en casos en los que la defensa se ejerce sin mediar confrontación con el agresor y en un contexto de violencia de género. Hasta el día de hoy, la jurisprudencia mayoritaria se inclina por una respuesta negativa, siendo lo determinante la interpretación que realiza del “requisito” de la actualidad o inminencia de la agresión. El presente estudio se propone exponer las fallas existentes al analizar la legítima defensa en su concreta aplicación a este tipo de casos y brindar una solución alternativa desde la filosofía del derecho a través de la noción de coherencia normativa.

Palabras clave: legítima defensa, principios jurídicos implícitos, coherencia normativa, principio de igualdad, perspectiva de género.

THE “DEFEASIBILITY” OF THE LEGAL DESCRIPTION OF SELF-DEFENSE IN THE ARGENTINE PENAL CODE. AN ANALYSIS FROM THE CONCEPT OF NORMATIVE COHERENCE

Abstract. The purpose of this study is to tackle the problem arising in the judicial practice when determining if the

* Recepción: 2/3/2021; evaluación: 18/5/2021; aceptación: 3/7/2021.

** Abogada (UBA). Maestranda en Derecho Penal (Universidad de San Andrés). Ayudante alumna de Régimen del Proceso Penal (Universidad de Buenos Aires). Correo electrónico: manuelagargano1@gmail.com.

self-defense general exemption to criminal responsibility is applicable to a female defendant in those cases where such defense is exercised without confrontation with the assailant and within a gender violence context. Until today, majority case law favors the negative answer, which is determined by the interpretation given to the aggression's immediacy or imminence “requirement.” This study intends to expound the failures existing in the analysis of self-defense in its concrete application to these types of cases and to provide an alternative solution from the philosophy of law, through the concept of normative coherence.

Keywords: self-defense, implicit judicial principles, normative coherence, principle of equality before the law, gender perspective.

A “DERROTABILIDADE” DA TIPIIFICAÇÃO DA LEGÍTIMA DEFESA NO CÓDIGO PENAL ARGENTINO. UMA ANÁLISE À LUZ DA NOÇÃO DE COERÊNCIA NORMATIVA

Resumo. Este estudo tem por finalidade a abordagem do problema que ocorre, na prática jurisprudencial, na hora de determinar se cabe a aplicação da causa de justificação da legítima defesa a uma mulher ré nas hipóteses em que essa defesa é exercida sem confronto com o agressor, e em um contexto de violência de gênero. Até hoje, a jurisprudência majoritária se inclina para uma resposta negativa, e o determinante é a interpretação que ela realiza do “requisito” da atualidade ou iminência da agressão. A presente pesquisa se propõe a expor as falhas existentes na análise da legítima defesa na concreta aplicação a este tipo de hipóteses, bem como a proporcionar uma solução alternativa à luz da filosofia do Direito através da noção de coerência normativa.

Palavras chave: legítima defesa, princípios jurídicos implícitos, coerência normativa, princípio da igualdade, ótica de gênero.

§ 1. INTRODUCCIÓN

Si bien podría decirse que las normas penales, tal como se encuentran consagradas, se expresan en términos neutrales respecto

del género¹, lo cierto es que el orden jurídico², desde una visión con perspectiva de género³, contiene normas que, al ser aplicadas por los operadores judiciales resultan discriminatorias⁴.

Uno de los muchos ejemplos que encontramos día a día en la práctica judicial son las causas de justificación, y, en especial, la legítima defensa, prevista en el art. 34, inc. 6° del Cód. Penal de la Nación Argentina, que prevé que no es punible el que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) agresión ilegítima; b) necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla, y c) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

Sin embargo, el problema aquí surge por la interpretación que del requisito de la agresión ilegítima se realiza a la hora de determinar

¹ DI CORLETO, *Los crímenes de las mujeres en el positivismo: El caso de Carmen Guillot (Buenos Aires, 1914)*, “Revista Jurídica de la Universidad de Palermo”, 2011, n° 1, año 11, 2010, p. 19 a 30.

² En el presente trabajo, se parte de la concepción de las normas y de los sistemas normativos de ALCHOURRÓN y BULYGIN, explicada por los autores en numerosos trabajos, por ejemplo: *Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos; Sobre el concepto de orden jurídico y Tiempo y validez*.

³ Resulta difícil encontrar una definición respecto de qué se entiende por *perspectiva de género* que no solo sea aplicable al tema que aquí nos ocupa sino más bien a cualquier tipo de resolución o medida que deba adoptarse en un proceso judicial. Sin embargo, se podría decir que la aplicación del derecho con perspectiva de género presupone tener en cuenta de un modo general el problema de la discriminación de género, y en ese sentido, evaluar a la luz de él los hechos y circunstancias de cada caso que se presente para su resolución. Esto quiere decir que no debe analizarse un caso de acuerdo al estricto apego a la ley sustantiva, sino que debe realizarse una real reconstrucción del hecho y de la prueba obrante del caso, teniendo en consideración las posibilidades de autodeterminación de las mujeres en cada caso en particular, la desigualdad estructural existente entre hombres y mujeres, las consecuencias de la violencia de género en todas sus formas –y en particular en estos casos de la violencia en el ámbito intrafamiliar–, entre otras pautas, con el fin de aplicar la ley de un modo que no continúe fomentando la discriminación contra la mujer.

⁴ Al efecto de definir qué se entiende por “discriminación contra la mujer” se tomará la definición prevista en el art. 1° de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), que expresa: “A los efectos de la presente convención, la expresión ‘discriminación contra la mujer’ denotará toda distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

si la causa de justificación es o no aplicable a una mujer que, siendo víctima de violencia de género, hiere o mata a su agresor. Nos referiremos aquí en particular a los problemas que se plantean en aquellos casos en los que las situaciones –a nuestro entender– de legítima defensa tienen lugar en un contexto en el que no existe confrontación entre la víctima y el agresor, y por ello, se pone en duda el requisito de la *actualidad* o *inminencia* que, para ciertos autores –posición que hoy entendemos como dominante– debe existir entre la agresión ilegítima y la defensa⁵.

Para analizar correctamente esta problemática, el presente trabajo se dividirá en dos ejes: el primero, descriptivo del problema, en el que se explicará cuál es la interpretación que del requisito de la agresión ilegítima realiza la doctrina, la distinción entre los casos en los que existe confrontación y los que no existe confrontación entre la mujer y su agresor, y cómo son resueltos en nuestra jurisprudencia, todo ello tomando como punto de partida el trabajo realizado por DI CORLETO, LAURÍA MASARO y PIZZI⁶, quienes, a través de un relevamiento de gran parte de la jurisprudencia existente sobre el tema en nuestro país, lo analizan con detenimiento y profundidad; y el segundo, que partirá desde la noción de coherencia normativa de ALONSO⁷, en el que se intentará brindar una respuesta uniforme a esta problemática desde la segunda función normativa de la coherencia, a través de la “derrotabilidad”⁸ de esta restricción de la tipificación de la legítima

⁵ Corresponde, sin embargo, mencionar aquí lo sostenido por LAURÍA MASARO - SABA SARDAÑONS, “Problemas dogmáticos y de prueba en la legítima defensa en casos de mujeres víctimas de violencia de género”, en DI CORLETO, *Género y justicia penal*, quienes sostienen que la gran mayoría de estos casos podrían resolverse mediante la aplicación de la legítima defensa de acuerdo a una interpretación tradicional del instituto, mientras que para ellos el problema se encuentra en el aspecto probatorio de este tipo de casos, por lo que proponen que en casos donde hubiere mediado un contexto de violencia de género que damnificara a la mujer debía presumirse la legítima defensa.

⁶ DI CORLETO - LAURÍA MASARO - PIZZI, *Legítima defensa y géneros. Una cartografía de la jurisprudencia argentina*.

⁷ ALONSO, *Principios jurídicos implícitos y coherencia*, “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, n° 36, p. 357 a 385.

⁸ Brevemente, y para un mejor entendimiento del problema a tratar y la solución que aquí se propone, corresponde aclarar que, si bien se habla de la *derrotabilidad* de la tipificación de la legítima defensa en el Código Penal Argentino, lo que implicaría la no aplicabilidad de la norma, lo cierto es que lo que aquí se busca es un cambio en la interpretación que de uno de los requisitos de esta –agresión ilegítima– realiza la doctrina que hoy entendemos como dominante,

defensa en virtud de su manifiesta incoherencia con un principio implícito⁹ del sistema.

§ 2. *UN ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA*

Pasaremos a realizar la investigación correspondiente en relación con esta cuestión.

a) *¿QUÉ SE ENTIENDE POR “AGRESIÓN ILEGÍTIMA”?* La interpretación de la “dogmática tradicional”¹⁰ presenta, como se dijo, limitaciones por las que resulta difícil encuadrar en los términos legales los actos de defensa realizados por una mujer en un contexto de violencia de género¹¹.

En lo que respecta al requisito de la agresión ilegítima, explica MOLINA FERNÁNDEZ que se concibe a la agresión como cualquier comportamiento que ponga en peligro de lesión un bien jurídico protegible en legítima defensa, mientras que respecto a la ilegitimidad, el autor distingue tres posiciones: 1) la posición más extensiva, que interpreta el término ilegítima de forma puramente objetiva, ligada al disvalor de resultado, y que abarcaría cualquier agresión, venga de donde venga, que no se tenga el deber jurídico de soportar; 2) la posición intermedia, que identifica agresión ilegítima con agresión anti-jurídica, y 3) la posición más restrictiva, que requiere que la agresión se realice también de manera culpable¹².

derrotándola de manera de ampliarla y adecuarla al principio implícito que aquí se desarrolla, tomando como punto de partida la noción de coherencia normativa desarrollada por Alonso.

⁹ Por principio implícito entendemos a aquél que se induce de un conjunto de normas, conforme ALONSO, *Interpretación de las normas y derecho penal*, p. 244.

¹⁰ DI CORLETO, MASARO y PIZZI denominan “dogmática tradicional” de la legítima defensa a aquella que no ha trabajado con una perspectiva de género (*Legítima defensa y géneros. Una cartografía de la jurisprudencia argentina*).

¹¹ Íntimamente relacionado con este problema se encuentra lo que una parte de la doctrina llamó el “amor conyugal” para limitar el derecho a defenderse de una mujer. Excede los fines del presente estudio el análisis de las diferentes posiciones, por lo que se recomienda ver HOPP, “Legítima defensa de las mujeres: de víctimas a victimarias”, en PITLEVNIK, *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, para un mejor entendimiento de la falta de perspectiva de género de la dogmática tradicional respecto de este tipo de casos.

¹² MOLINA FERNÁNDEZ, *La legítima defensa del derecho penal*, “Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid”, n° 25, p. 19 a 48.

Por otro lado, también la legítima defensa requiere determinar cuánto se puede adelantar el momento en que se ejerce la defensa respecto del momento en el que podría producirse la lesión, algo que usualmente se analiza al estudiar este requisito. Esto es porque una de las primeras cuestiones a definir es si la agresión es lo suficientemente próxima como para autorizar una respuesta, y el “requisito” de la inminencia o actualidad de la agresión sirve para determinar cuál es el momento indicado para avalar una defensa¹³.

MOLINA FERNÁNDEZ entiende que la agresión tiene que ser *actual*, ya que, si no lo es, la defensa no será legítima por concurrir un *exceso extensivo*. Señala también que la determinación de los momentos inicial y final que determinan la actualidad es uno de los puntos más conflictivos de la legítima defensa, especialmente el primero, ya que “la problemática que plantea el comienzo de la agresión, y particularmente la cuestión debatida de si es necesaria la inminencia, es similar a la de la fijación del comienzo de la tentativa, pero las soluciones en uno y otro caso deben ser distintas. En el *iter criminis* se trata de imponer una pena, y aquí nada impide esperar que la lesión sea inminente para intervenir, dando margen al autor para que desista, y además la sociedad puede asumir riesgos que no son exigibles a los particulares y cuenta con medios con que estos no cuentan. En la defensa necesaria, por el contrario, el límite no debe ser otro que el de la eficacia defensiva de la acción, siempre que se mantenga dentro de la racionalidad”. Por tanto, entiende que una agresión es actual “desde el momento en que empieza a desarrollarse el proceso que desembocaría, en su caso, en lesión. Pero solo puede intervenir-se legítimamente cuando, por un lado, la actuación pública planificada sea ineficaz, y, por otro, cualquier demora en la respuesta entrañe un aumento del riesgo de lesión relevante. Ello normalmente se da solo en las agresiones inminentes, pero excepcionalmente puede haber casos en los que sea lícito anticipar la respuesta porque la demora implique un alto riesgo de que la defensa sea entonces ineficaz. Nada impide tomar en consideración todo el proceso de amenaza de un bien jurídico como agresión, si a la vez se limita el grado de intromisión en los derechos del agresor por medio del requisito de la necesidad racional en abstracto y en concreto de la defensa”.

¹³ DI CORLETO, *Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas*, “Revista de Derecho Penal y Procesal Penal Lexis Nexis”, n° 5, 2006.

Concluye que la *inminencia* no debe ser considerada un elemento necesario para que la defensa sea actual, sino que el debate sobre esta debe remitirse al requisito legal de la racionalidad de la defensa¹⁴.

En igual sentido, NINO explica que, si bien la actualidad o inminencia de la agresión suele ser tratada como un aspecto de la agresión, ella deriva del requisito de “necesidad racional del medio empleado”. Para determinar cuándo una agresión es actual, sostiene que no resulta correcto requerir que la agresión tenga que estar en marcha, sino que “basta con que sea inequívocamente inminente, siempre y cuando la acción defensiva aparezca como necesaria para impedir la”¹⁵. Funda en la necesidad la determinación de la actualidad, no solo para aquellos casos en los que se tienen dudas respecto de en qué momento comienza la agresión, sino también cuando existen dudas sobre la finalización de esta, ya que “el límite entre defensa y venganza está dado, precisamente, por la existencia o no de tal necesidad de repeler un ataque”¹⁶.

Sin embargo, ROXIN descarta la equiparación de la problemática a la que se presenta al analizar la tentativa, como así también aquella posición que entiende que una agresión es ya inmediatamente inminente cuando posteriormente ya no se la podría repeler o solo sería posible en condiciones más graves, y explica, partiendo de la base de que un particular solo tiene la facultad de defenderse en una situación *actual* de lucha, que “la determinación correcta debe situarse en ambos extremos. En la agresión actual solo se podrá incluir junto a la tentativa la estrecha fase final de los actos preparatorios que es inmediatamente previa a la fase de tentativa. En ese ámbito de los actos preparatorios próximos a la tentativa que ya fundamentan legítima defensa es donde encaja el ‘disponerse inmediatamente a la agresión’ (por contraposición a la agresión solo en preparación, que todavía no es actual, y al disponerse inmediatamente a realizar el tipo, que ya constituye una tentativa)”¹⁷.

También FRISTER sostiene que “es actual la agresión que se dará en forma inminente, que ha comenzado o que aún continúa”¹⁸.

¹⁴ MOLINA FERNÁNDEZ, *La legítima defensa del derecho penal*, “Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid”, n° 25, p. 19 a 48.

¹⁵ NINO, *La legítima defensa. Fundamentación y régimen jurídico*, p. 112.

¹⁶ NINO, *La legítima defensa. Fundamentación y régimen jurídico*, p. 114.

¹⁷ ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, p. 619.

¹⁸ FRISTER, *Derecho penal. Parte general*, p. 330.

Por otro lado, ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, al hablar sobre los límites temporales de la acción defensiva, entienden que “esta puede realizarse mientras exista una *situación de defensa*, que se extiende desde que surge una amenaza inmediata al bien jurídico hasta que ha cesado la actividad lesiva o la posibilidad de retrotraer o neutralizar sus efectos”¹⁹.

Por lo demás, los autores señalan que, si bien la doctrina requiere la inminencia de la agresión, el texto legal no la demanda expresamente. Entienden que es correcto exigirla si con ese término se designa el requerimiento de un signo de peligro inmediato para el bien jurídico, pero que no sería correcto identificar la inminencia con la inmediatez en el tiempo cronológico entre agresión y defensa. Entienden que la agresión es inminente cuando es susceptible de percibirse como amenaza manifiesta, dependiendo su realización solo de la voluntad del agresor²⁰.

b) *EL PROBLEMA DE LA ACTUALIDAD O INMINENCIA DE LA AGRESIÓN ILEGÍTIMA*. Quizá la limitación más importante a la hora de aplicar la legítima defensa en este tipo de casos se relaciona con la exigencia de que la agresión ilegítima sea *actual*. Es aquí en donde cobra relevancia la distinción que se realiza entre la *legítima defensa en confrontación* y la *legítima defensa sin confrontación*.

Por legítima defensa en confrontación entendemos aquellas situaciones en las que las mujeres están frente a su agresor y optan por una acción defensiva antes de que inicie la violencia física o cuando apenas ha comenzado, y por legítima defensa sin confrontación entendemos aquellas situaciones en las que las mujeres atacan al hombre violento en un momento en el que este no las agrede²¹.

Es justamente en estos últimos casos en donde se plantea la problemática que este trabajo pretende analizar²². Ello ya que, si el requi-

¹⁹ ZAFFARONI - ALAGIA - SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, p. 594 y siguientes.

²⁰ ZAFFARONI - ALAGIA - SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, p. 595.

²¹ LAURENZO COPELLO, *Mujeres en el abismo: delincuencia femenina en contextos de violencia o exclusión*, “Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología”, n° 21, 2019, p. 1 a 42.

²² Es menester aclarar que esto no significa que en aquellas situaciones en las que sí existe confrontación no haya problemas y otras cuestiones que merezcan tratamiento, sino solo que en este trabajo me ocuparé de aquellas en las que no existe confrontación con el agresor al momento del acto de defensa, dado que allí es donde

sito de la inminencia o actualidad de la agresión supone que la defensa de la mujer tiene que tener lugar *en el momento* en el que se produce la agresión, resulta muy difícil que la mujer pueda cumplirlo, debido a que lo que en general sucede en estos casos es que estas no puedan oponerse a su agresor y, por ende, deban esperar a que el ataque cese, en virtud de la clara situación de vulnerabilidad e indefensión de las mujeres frente a sus atacantes, en aquellos casos en los que esa relación se encuentre inmersa en un contexto de violencia de género.

LAURENZO COPELLO sostiene que la inminencia se exige porque, cuanto más cercana esté la realización del riesgo, menos alternativas tiene la persona agredida de acudir a otros medios menos perjudiciales para evitar el daño. Por esa razón sostiene que la inminencia no cumple una función legitimadora de la defensa, sino que actúa como un indicador de la necesidad de la defensa, que es otro requisito junto a la agresión ilegítima (la necesidad racional del medio empleado).

Son muchas las interpretaciones que de esta cuestión ha realizado la doctrina y que son citadas por los autores en el trabajo arriba mencionado. Así, podemos encontrar también la posición de CORREA FLORES, que habla de una “agresión permanente”, entendida como un comportamiento que subyuga a la víctima mediante violencia y viola de manera grave su dignidad humana, y supedita la aplicación de la causa de justificación a una serie de condiciones que tienen que darse cuando no existe confrontación, como, por ejemplo, que el agresor y la víctima deben ser pareja, la existencia de una situación de convivencia, entre otras²³.

Para finalizar con este análisis, los autores, citando a LAURENZO COPELLO, sostienen que es necesario comprender que la violencia habitual que sufre la mujer durante el vínculo implica en sí misma una agresión ilegítima, por lo que el riesgo para su vida e integridad física es permanente, y que, por esa razón, negar la actualidad de la agresión por el solo hecho de que en el momento de la acción defensiva no se había producido un ataque directo previo, implica ignorar la existencia de violencia latente tan característica en la violencia de género²⁴.

se torna relevante el “requisito” de la actualidad o inminencia de la agresión para la aplicación de la causa de justificación.

²³ DI CORLETO - LAURÍA MASARO - PIZZI, *Legítima defensa y géneros. Una cartografía de la jurisprudencia argentina*, p. 27.

²⁴ DI CORLETO - LAURÍA MASARO - PIZZI, *Legítima defensa y géneros. Una cartografía de la jurisprudencia argentina*, p. 27.

SÁNCHEZ y SALINAS, al hablar respecto de la actualidad de la agresión, entienden que la existencia de un ataque físico en curso no es necesaria para la procedencia de la legítima defensa. Para ello, citan a RHONDA COPELON, que entiende que, en los casos de violencia doméstica, la actualidad también está dada por la frecuencia de la brutalidad física y la severidad del abuso psicológico que son generalmente determinantes, y a LUZ RIOSECO ORTEGA, quien precisa que en los casos de violencia doméstica se está en presencia de una agresión permanente, por acción y omisión, de carácter físico y psicológico, que mantiene a la víctima en un constante y aterrador estado de peligro, tanto para su vida como para la de sus hijos o hijas, frente a la cual podría ejercer la legítima defensa en cualquier momento. En igual sentido, los autores explican que la frecuencia puede ser considerada como continuidad, reiteración o permanencia, ya que en la dinámica de la violencia doméstica las amenazas no son remotas: se convierten tarde o temprano en realidad o constituyen en sí una grave agresión psicológica²⁵.

Resulta claro que la circunstancia de que no se aplique la legítima defensa en los casos bajo estudio se encuentra íntimamente relacionada con la aplicación de la normativa penal sin perspectiva de género, lo que veremos a continuación.

c) *¿QUÉ SUCEDE EN LA PRÁCTICA?: CÓMO RESUELVE LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA LOS CASOS DE LEGÍTIMA DEFENSA SIN CONFRONTACIÓN.* Tomando como referencia el trabajo otrora reseñado, podemos observar que de las sentencias que se relevaron sobre la temática, en siete de ellas se juzgaron casos de legítima defensa sin confrontación, y solo en dos de ellos la resolución fue favorable a la imputada: es decir, se resolvió que la imputada obró bajo la causa de justificación de la legítima defensa²⁶. Cabe poner de resalto que ambos precedentes corresponden al Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires.

²⁵ SÁNCHEZ - SALINAS, “Defenderse del femicidio”, en A.A.VV., *Violencia de género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*, p. 194.

²⁶ Las cinco sentencias restantes que resolvieron situaciones de legítima defensa sin confrontación fueron resueltas de distintas formas: en una se dejó sin efecto la sentencia apelada por aplicación del precedente “Casal” (*Fallos*, 328:3399) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ante la falta de una revisión amplia de la condena de homicidio que se le había impuesto a la mujer imputada; en otra, se declaró a la imputada inimputable, por aplicación de lo dispuesto en el art. 34, inc. 1, del Cód. Penal; en otra, la mujer fue condenada como autora penalmente responsable del delito de homicidio preterintencional y en las restantes dos, las mujeres fueron condenadas como autoras de homicidios simples.

En ambos casos se discutía si las mujeres que resultaban imputadas habían actuado amparadas por la legítima defensa en situaciones en las que no había existido confrontación.

En el fallo “LSB”, resuelto por la Sala I del Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires el 5 de julio de 2016, los jueces, al referirse al requisito de la agresión ilegítima, sostuvieron que se había comprobado que la mujer había sufrido maltratos, vejaciones y agresiones físicas, psicológicas y sexuales de manera permanente y continua durante el matrimonio con el agresor y, asimismo, en la noche en la que ocurrió la muerte de este, así como también que su hija había sufrido amenazas contra su vida. Sostuvieron los jueces que ello constituye, además de violencia de género, una agresión ilegítima.

Asimismo, entendieron que el requisito de la actualidad debe ser analizado necesariamente desde una perspectiva de género, *“ya que pretender que la actualidad sea concebida de una manera puramente temporal y entendida como tiempo presente implicaría negarle a la mujer toda posibilidad de salir airosa frente a este tipo de enfrentamiento”*. Continuaron diciendo que *“no debe entenderse a la violencia de género doméstica como compuesta por hechos aislados sino como una agresión continua, incesante, porque existen ataques en forma permanente a ciertos bienes jurídicos como la libertad, la seguridad y la integridad física y psíquica”*.

En el precedente “Díaz”, también resuelto por la Sala I del Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires pero el 17 de octubre de 2013, los jueces, ante un caso en el que la mujer se defendió antes de que comience la agresión, sostuvieron que *“no es exigible que la agresión se esté llevando a cabo para afirmar la posibilidad de una legítima defensa; la propia ley así lo determina, que solo se puede ‘impedir’ lo que no se ha producido, con lo que se admite la justificante ante una agresión futura cuando implica en sí misma un peligro para el bien jurídico”*²⁷.

Sin embargo, en el resto de las resoluciones judiciales aplicables al tema, no se aplicó el mismo criterio, sino el contrario. Para el rechazo de la aplicación de la causal de justificación se utilizaron argumentos tales como que la “actualidad de la agresión” es más restrictiva que la “actualidad del peligro” del estado de necesidad, y que solo

²⁷ TCasPen Buenos Aires, 17/10/2013, “Díaz”; DI CORLETO - LAURÍA MASARO - PIZZI, *Legítima defensa y géneros. Una cartografía de la jurisprudencia argentina*.

abarca por ello a la agresión que se dará en forma inminente, que ha comenzado o que aún continúa, la que a la vez excluye los casos de “defensa preventiva” y de “peligro permanente”²⁸, o que *“la legítima defensa es la reacción necesaria para impedir o rechazar una injusta agresión, inevitable e inesperada, actual o inminente mediante una conducta que lesiona bienes jurídicos del agredido. Por su parte, las circunstancias que legitiman la defensa deben concurrir en un solo acto, estar íntimamente vinculadas y entrelazadas entre sí, ser una la consecuencia de la otra, y además todos y cada uno de los requisitos que la constituyen se los debe probar y no presumir, circunstancias no acreditadas en autos”*²⁹.

Asimismo, en “R. R. J.”, del 24 de octubre de 2010, los jueces de la Cámara en lo Penal de Puerto Madryn entendieron que *“si bien el inicio del incidente estuvo enmarcado en la ya acostumbrada situación de violencia doméstica citada que venía padeciendo la imputada de antaño y que la tenía como víctima (de la que resultan claras muestras, la llegada del señor R. R. a su casa, a altas horas de la madrugada, golpeando la puerta y ventanas de la casa, insultando con gruesos epítetos a su compañera, golpearla, tirarle de los pelos, exigirle que a esa hora le prepare una sopa de cebolla, humillarla y sojuzgarla verbalmente y con gestos de todo tipo, incluyendo manoseos corporales e intentos de accederla sexualmente, entre otros), sin embargo en un determinado momento se produjo como un cese en el comportamiento descrito de la víctima”*. Continuaron diciendo que *“la defensa ha pretendido sortear [...], este escollo legal que exige indubitablemente para que se configure el primero de los requisitos citados, que la agresión ilegítima de la víctima, se haya producido inmediatamente antes de desencadenarse la acción defensiva, aludiendo a que dicha agresión ilegítima se había conformado*

²⁸ Así lo entendió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Pérez” (CSJN, 10/12/2020, “Pérez”, Fallos, 343:2122; DI CORLETO - LAURÍA MASARO - PIZZI, *Legítima defensa y géneros. Una cartografía de la jurisprudencia argentina*).

²⁹ Este fue el criterio utilizado por el Tribunal de Impugnación de La Pampa al resolver el 9 de octubre del 2014 en el ya citado caso “Pérez”, que con posterioridad fue resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Tribunal de Impugnación, La Pampa, 9/10/2014, “Pérez”; DI CORLETO - LAURÍA MASARO - PIZZI, *Legítima defensa y géneros. Una cartografía de la jurisprudencia argentina*.

por toda la situación de maltrato anterior referida y ratificada la noche del hecho, resaltando en tal sentido que la imputada se encontraba en situación de permanente agresión por parte de su esposo”.

Por último, concluyeron que *“no existió en esa circunstancia agresión ilegítima alguna de la víctima que generara la actitud adoptada por la imputada. Por ello, más allá de la significación jurídica que corresponde darle al accionar de la imputada, lo cierto es que el mismo no configura una reacción necesaria contra un acto agresivo de la víctima que haya generado la necesidad de defenderse, sencillamente porque tal acto agresivo e inmediato al accionar de la imputada, no existió; al menos ello no surge de la reconstrucción del episodio de marras”.*

Lo que este trabajo busca poner de resalto es el hecho de que, si bien existen sentencias que supieron interpretar con perspectiva de género los requisitos para la aplicación de la legítima defensa, no existe un criterio uniforme y, en la mayoría de los casos en los que se discutía el elemento *actualidad*, los jueces resolvieron en contra de la aplicación de la causa de justificación.

§ 3. **UNA POSIBLE SOLUCIÓN DESDE LA COHERENCIA**

a) *LA NOCIÓN DE COHERENCIA NORMATIVA Y SUS DISTINTAS FUNCIONES.*
Como se explicó al iniciar este trabajo, quizá la forma de resolver la problemática existente a la hora de decidir aquellos casos en los que la actualidad o inminencia de la agresión es puesta en duda para decidir sobre la aplicación de la legítima defensa, puede derivar de la filosofía del derecho y del estudio del sistema normativo en general.

En primer lugar, corresponde explicar a qué nos referimos cuando hablamos de coherencia normativa. Tomando como base la distinción que realiza MACCORMICK entre consistencia y coherencia de los sistemas jurídicos explicada por ALONSO, la consistencia es una relación entre normas: un sistema normativo es consistente si carece de antinomias, mientras que la coherencia, por su parte, es una relación entre normas y principios: un sistema normativo es coherente con relación a un principio (o conjunto de principios) si sus normas se subsumen en tal principio (o conjunto de principios)³⁰.

³⁰ ALONSO, *Principios jurídicos implícitos y coherencia*, “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, n° 36, 2013, p. 358.

Una vez definido qué se entiende por coherencia normativa, corresponde explicar brevemente la distinción realizada por ALONSO en cuanto a las funciones de la coherencia de las normas jurídicas con relación a sus principios de referencia: una función descriptiva (o explicativa³¹) y dos funciones normativas³².

La función descriptiva presupone que el sistema normativo es completo y consistente. Completo debido a que carece de lagunas y consistente debido a que carece de antinomias. Asimismo, es un sistema coherente ya que es posible describir su coherencia en función de los principios que se inducen de él.

La primera función normativa de la coherencia presupone que el sistema posee alguna patología normativa, ya sea una laguna o una antinomia, y el propósito de la función es inducir principios de modo tal que, a través del diagrama de coherencia realizado por el autor, se pueda delinear la solución coherente para el caso patológico.

Por último, la segunda función normativa presupone dos cuestiones: 1) que el sistema normativo es completo y consistente, y 2) que existe algún caso del universo de casos cuya solución es incoherente con los principios que rigen en el sistema. Dicha incoherencia será o no “derrotable”, en función de la jerarquía de los principios involucrados.

A esta última función nos dedicaremos en lo siguiente.

b) *LA SEGUNDA FUNCIÓN NORMATIVA DE LA COHERENCIA Y SU RELACIÓN CON LOS CASOS PROBLEMÁTICOS EN TORNO A LA “ACTUALIDAD” O “INMINENCIA” EN LA APLICACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA.* Previo a adentrarnos a analizar de qué manera opera esta función, corresponde mencionar que el caso problemático que traemos a estudio no es similar al caso planteado por ALONSO al analizar las funciones de la coherencia normativa, como así tampoco es similar al ejemplo de derecho penal que este da: el delito de lesiones en el Código Penal argentino.

Respecto de este conflicto, el autor explica que, en el texto legal, las lesiones dolosas leves tienen una pena de un mes a un año de

³¹ ALONSO, *Interpretación de las normas y derecho penal*, p. 301.

³² El autor, en el texto citado, utiliza el ejemplo de la reivindicación de inmuebles en el anteproyecto de Freitas del Código Civil brasileño para explicar las distintas funciones. Asimismo, explica que este ejemplo fue analizado en ALCHOURRÓN - BULYGIN, *Normative systems*.

prisión (art. 89, Cód. Penal), mientras que las lesiones culposas en general (dentro de las que se incluyen las lesiones culposas leves) tienen una pena de un mes a dos años (art. 94, Cód. Penal). Entonces, sostener que las lesiones culposas o los delitos culposos en general deben estar más penados que las lesiones dolosas o los delitos dolosos en general sobre la base de la relación de las penas de los arts. 89 y 94, contradiría con otras muchas comparaciones del Código Penal argentino según las cuales, en condiciones equivalentes, los delitos dolosos siempre están más penados que los delitos culposos; incluso, muchos de los delitos solo admiten forma de comisión dolosa, quedando impune la forma culposa.

Sostiene entonces que *“parece más correcto describir la situación de la siguiente forma: dado que en el Código Penal argentino los delitos dolosos siempre están más penados que los culposos, la relación entre las penas de los arts. 89 y 94 es incoherente con respecto al modo en que se regulan los demás casos de relación doloso-culposo”*³³.

Entonces, el principio implícito del sistema con el cual la norma es incoherente sería, para simplificar su explicación, que los delitos dolosos deben ser más penados que los culposos.

Sin embargo, como dijimos, el problema que trae aparejado la norma prevista en el art. 34, inc. 6°, del Cód. Penal argentino, no es, si se puede decir de esta forma, “tan claro” como los problemas analizados por ALONSO, sino que es un problema que surge de la interpretación que de uno de sus requisitos realizan los intérpretes judiciales –que se explicó en el presente trabajo–, el que hace que la norma sea incoherente con un principio implícito del sistema. El principio implícito al que hacemos referencia es el siguiente: *“quien se defiende de una agresión ilegítima contra su persona que podría llevar a su muerte lesionando o matando a otro tiene mejor o igual derecho que quien lesiona o mata a otro sin mediar una agresión ilegítima, siempre y cuando se den las circunstancias concurrentes”*³⁴.

³³ ALONSO, *Principios jurídicos implícitos y coherencia*, “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, n° 36, 2013, p. 373.

³⁴ El principio se estructura como un enunciado que establece relaciones (de la lógica de relaciones) entre los casos del universo de casos y sus soluciones normativas, conforme ALONSO, *Principios jurídicos implícitos y coherencia*, “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, n° 36, 2013, p. 360 y 361. Asimismo, incorpora la frase: “siempre y cuando se den las circunstancias concurrentes”, ya que

Aquí, las circunstancias concurrentes serían que el medio por el cual se repele esa agresión sea un medio racional y necesario, y que no haya existido provocación por parte de quien se defiende.

La aplicación estricta de los requisitos de la legítima defensa no traería ninguna complicación. Esto es, si existe una agresión ilegítima (AI), la necesidad racional del medio empleado para repelerla (NRM) y la falta de provocación del que se defiende (FP), entonces correspondería aplicar la causa de justificación de la legítima defensa (LD), y estaría prohibida la sanción de la conducta (VS).

La norma, entonces, sería la siguiente:

N34(6):AI & NRM & FP => LD³⁵

Y este sería el silogismo hipotético:

LD => VS

Sin embargo, la incoherencia de la norma con el principio implícito arriba mencionado surge cuando el primero de los requisitos, la agresión ilegítima (AI), se interpreta de un modo restrictivo, requiriendo la actualidad o inminencia de la agresión para considerar que puede aplicarse la causa de justificación, porque es entonces donde los casos de mujeres víctimas de violencia de género que se defienden sin haber existido confrontación con su agresor deben ser excluidos de la aplicación de la causa de justificación y, por tanto, punibles³⁶.

no solo debe mediar una agresión ilegítima, sino también como vimos, la necesidad racional del medio empleado y la falta de provocación suficiente.

³⁵ ALONSO, *Interpretación de las normas y derecho penal*, Capítulo 3.

³⁶ Ello más allá de que, en ciertos casos, se resuelva que la mujer no es punible por considerar que esta es inimputable, en aplicación de lo normado por el art. 34, inc. 1°, del Cód. Penal. Por lo demás, tanto esa forma de resolver estos casos como aquellas que optan por condenar a las mujeres por delitos como los que se vieron con anterioridad (homicidios simples, homicidios preterintencionales o también homicidios en estados de emoción violenta), parten del mismo problema: no analizar los casos de legítima defensa sin confrontación con perspectiva de género, y es precisamente a lo que se apunta en este trabajo, al no requerir la actualidad o inminencia como requisito para la aplicación del instituto en este tipo de casos en particular, que difieren en un todo de un caso “común” de legítima defensa. Esto, de todas formas, no permite sostener que *cualquier caso* en el que se presente una mujer hiriendo o dando muerte a un hombre cuando la relación se enmarque en un contexto de violencia de género tenga que ser necesariamente encuadrado en la figura, sino que, como cualquier otra causa de justificación, deben darse

La segunda función normativa de la coherencia presupone, como dijimos, lo siguiente: 1) que el sistema normativo es completo y consistente, y 2) que existe algún caso del universo de casos cuya solución es incoherente con los principios que rigen en el sistema. No obstante, como bien explica ALONSO, dichas exigencias pueden debilitarse de forma tal que solo la segunda condición sea necesaria para la segunda función normativa de la coherencia.

ALONSO explica cómo es que el juez puede tornar coherente lo incoherente, y para ello, distingue lo que sucede en la primera función normativa de la coherencia de lo que sucede en la segunda. En la primera, el juez debe modificar el sistema si quiere dictar sentencia: si el juez se enfrenta a un caso individual que se subsume en un caso genérico relevante del universo de casos que carece de solución (porque existe una laguna normativa o una antinomia), el juez debe completar el sistema asignándole al caso una solución. En cambio, en la segunda función normativa de la coherencia, el caso genérico involucrado tiene una solución normativa, pero lo que sucede es que esa solución es incompatible con los principios que rigen el sistema involucrado. Entonces, ¿qué debe hacer el juez?, ¿debe modificar el sistema? En su trabajo, ALONSO no se detiene a contestar estas preguntas, pero sí distingue qué es lo que pasa cuando la incoherencia se da con un principio o conjunto de principios explícitos de raigambre constitucional, como podría ser el principio de legalidad, ya que en ese caso parecería claro que el juez puede modificar el sistema y tornarlo coherente en virtud del criterio de "ley superior": el principio, contenido en la Constitución, está por encima de la ley, por tanto, corresponde aplicar el principio y modificar el sistema, tornándolo coherente (el sistema de principios constitucionales, en palabras de ALONSO, "derrota" al sistema normativo infra constitucional). Sin embargo, lo que se plantea en este caso es una incoherencia del sistema normativo –por la interpretación de la norma arriba mencionada– no con un principio explícito (y, por tanto, de fácil resolución), sino con uno implícito. Para sortear esta dificultad, y así poder fundar la "derrotabilidad" de la norma, ALONSO sostiene que *"cuando un sistema normativo se subsume en un conjunto de principios implícitos que establece relaciones de orden, la violación de esas re-*

todos los requisitos para su procedencia, y en caso de que no se den, el hecho deberá ser juzgado sin su aplicación pero teniendo en cuenta el contexto en el que el hecho se enmarca a la hora de elegir la calificación legal que resulte acorde y mensurar la pena.

laciones de orden es, además, una violación a la igualdad ante la ley, principio explícito de raigambre constitucional, positivizado en la mayoría de los sistemas constitucionales contemporáneos”³⁷, y explica que en nuestra Constitución, dicho principio está consagrado en el art. 16. Sin embargo, sostiene que ello no significa que cada vez que se registre una incoherencia entre el sistema normativo y los principios implícitos, esta deba ser derrotada en virtud del principio de igualdad.

Sostiene el autor, con cita a ALEXI, que el principio de igualdad presupone no solo la igualdad en la aplicación del derecho sino también la igualdad en la formulación del derecho. Entendiendo a la garantía de la igualdad ante la ley como aquella que *“consiste en aplicar la ley a todos los casos ocurrentes según sus diferencias constitutivas, de tal suerte que no se trata de la igualdad absoluta o rígida sino de la igualdad para todos los casos idénticos, lo que importa la prohibición de establecer excepciones que excluyan a unos de los que se concede a otros en las mismas circunstancias”*³⁸, podemos decir que, si como explicamos con anterioridad, una mujer víctima de violencia de género, por lo general no puede defenderse de su agresor al momento de la agresión y necesariamente debe hacerlo cuando la agresión cesa, extender más allá de lo estrictamente necesario el requisito de la agresión ilegítima al exigir la actualidad o inminencia de la agresión, resulta claramente violatorio del mentado principio de igualdad, en virtud de que no permite a las mujeres defenderse cuando existe un principio implícito en el sistema que establece precisamente todo lo contrario.

Es por ello que, desde esta segunda función normativa, también se podría ampliar el alcance de la legítima defensa, y sostenerse que estos casos individuales en los que mujeres víctimas de violencia de género lesionan o matan a sus agresores en situaciones de legítima defensa sin confrontación, deberían ser considerados casos de legítima defensa en función del principio implícito que fundamenta la adopción de esa causa de justificación (*“quien se defiende de una agresión ilegítima contra su persona que podría llevar a su muerte lesionando o matando a otro tiene mejor o igual derecho que*

³⁷ ALONSO, *Principios jurídicos implícitos y coherencia*, “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, n° 36, 2013, p. 380.

³⁸ CSJN, 22/12/1998, “Napoli, Erika E., y otros s/infracción art. 139 bis del C. P.”, *Fallos*, 321:3630.

quien lesiona o mata a otro sin mediar una agresión ilegítima, siempre y cuando se den las circunstancias concurrentes”).

Excluir estos casos de la aplicación de la causa de justificación infringe las relaciones determinadas por los principios implícitos y también infringe el principio constitucional explícito de igualdad ante la ley y, debido a la relación de jerarquía entre el principio constitucional de igualdad (ley superior) y el sistema de normas que contiene la solución incoherente (ley inferior), el sistema incoherente puede ser “derrotado” –en los términos explicados con anterioridad– y tornado coherente por el juez.

En consonancia con esta solución, y aunque al hablar sobre el alcance de la taxatividad en las causas de justificación, también se expresa MORESO, que pone como ejemplo *“la necesidad de reducir la exigencia de que la agresión sea actual en la legítima defensa, para considerar justificados determinados comportamientos de mujeres aterradas por la posibilidad de que sus maridos acaben con su vida y con la de sus hijos en algún momento próximo”*³⁹.

La única limitación que existe para realizar una ampliación como la propuesta en el párrafo precedente es cuando es un tipo penal el que es ampliado, con el argumento de que un determinado caso individual debería estar incluido en ese tipo en función de ciertos principios implícitos que fundamentan la adopción de ese tipo penal. Ello se debe a que, en este caso, los principios subyacentes que, como dijimos, son sostenidos por el principio de igualdad, colisionan contra el principio de legalidad penal, que prohíbe extender las sanciones penales a casos individuales no comprendidos en la descripción típica.

En estos casos, *“aunque se considere que la incoherencia es relevante en términos de igualdad ante la ley, ni los principios implícitos, ni el principio de igualdad permiten ‘derrotar’ al sistema de reglas, debido a que, ante la colisión con el principio de legalidad penal, el segundo (el de legalidad penal) prevalece sobre los primeros y, por ello el juez debe aplicar el sistema de reglas, aunque este sea incoherente”*⁴⁰.

³⁹ MORESO, *Principio de legalidad y causas de justificación (sobre el alcance de la taxatividad)*, “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, n° 24, 2001, p. 538.

⁴⁰ ALONSO, *Principios jurídicos implícitos y coherencia*, “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, n° 36, 2013, p. 381.

§ 4. **CONCLUSIONES**

De lo desarrollado, podemos afirmar que, efectivamente y conforme fuera adelantado al inicio del presente trabajo, las normas penales, en su aplicación, pueden ser discriminatorias.

Vimos que la no aplicación de la legítima defensa para aquellos casos en los que las mujeres víctimas de violencia de género hieren o matan a sus agresores en situaciones en las cuales no existió confrontación y, por ende, no hubo actualidad o inminencia entre la agresión y la defensa, es incoherente con un principio implícito del sistema normativo, y que, a su vez, lesiona el principio de igualdad, principio explícito y consagrado constitucionalmente.

Como consecuencia de ello, se concluye que la tipificación de la legítima defensa en estos casos puede ser derrotada, de manera inmediata, por el principio implícito antes mencionado (*“quien se defiende de una agresión ilegítima contra su persona que podría llevar a su muerte lesionando o matando a otro tiene mejor o igual derecho que quien lesiona o mata a otro sin mediar una agresión ilegítima, siempre y cuando se den las circunstancias concurrentes”*), y mediatamente, por el principio de igualdad.

De esta manera, se resolvería el problema planteado al comenzar este trabajo y se aplicaría la causa de justificación a este tipo de casos, sin posibilidad de ir más allá de los requisitos previstos en la norma.

Por último, es necesario resaltar que este análisis y esta forma de resolver la problemática, parte justamente de la aplicación del derecho con perspectiva de género –la que a su vez nos llevó a notar esta incoherencia normativa–, por lo que, de interpretarse y aplicarse la causa de justificación de esta manera, dejaríamos de analizar este conflicto, ya que las resoluciones judiciales se inclinarían, cuando corresponda, por soluciones como las de los precedentes “LSB” y “Díaz”.

Es justamente en virtud de lo anterior que entiendo que postular una aplicación diferenciada en estos casos en los que las conductas de las mujeres imputadas encuadran perfectamente en la causa de justificación prevista en el art. 34, inc. 6, no rendiría ningún

provecho⁴¹, sino que acrecentaría la desigualdad que se pretende combatir y, en definitiva, pospondría la verdadera solución: la aplicación del derecho con perspectiva de género⁴².

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *Violencia de género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*, Bs. As., Defensoría General de la Nación, 2012.
- ALCHOURRÓN, CARLOS E. - BULYGIN, EUGENIO, *Sobre el concepto de orden jurídico*, “Crítica. Revista Hispanoamericana de Filosofía”, vol. 8, n° 23, 1976, p. 3 a 28.
- ALONSO, JUAN P., *Interpretación de las normas y derecho penal*, Bs. As., Didot, 2016.
- *Principios jurídicos implícitos y coherencia*, “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, n° 36, 2013, p. 357 a 385.
- BULYGIN, EUGENIO, *Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos*, “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, n° 9, 1991, p. 257 a 279.
- *Tiempo y validez*, título original: “Time and validity”, en MARTINO, ANTONIO A. (ed.), *Deontic logic, computational linguistics and legal information systems*, North Holland, Ainsterdam-Nueva York-Oxford, 1982
- DI CORLETO, JULIETA, *Género y justicia penal*, Bs. As., Didot, 2017.
- *Los crímenes de las mujeres en el positivismo: el caso de Carmen Guillot (Buenos Aires, 1914)*, “Revista Jurídica de la Universidad de Palermo”, 2011, n° 1, año 11, 2010, p. 19 a 30.
- DI CORLETO, JULIETA - LAURÍA MASARO, MAURO - PIZZI, LUCÍA, *Legítima defensa y géneros. Una cartografía de la jurisprudencia argentina*, Bs. As., Referencia Jurídica e Investigación, Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia del Ministerio Público de la Defensa, 2020, <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Estudios/Forms/DispForm.aspx?ID=57&source=/Estudios/forms/AllItems.aspx>.

⁴¹ En igual sentido, LAURÍA MASARO - SABA SARDANONS, “Problemas dogmáticos y de prueba en la legítima defensa en casos de mujeres víctimas de violencia de género”, en DI CORLETO, *Género y justicia penal*.

⁴² Sin embargo, corresponde mencionar que, en el Anteproyecto de Código Penal de la Nación de 2014 de la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, presidida por EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, se preveía expresamente una presunción de legítima defensa “cuando la conducta tuviere lugar en un contexto de violencia doméstica y el agredido hubiere sufrido anteriores hechos de violencia” (art. 5°). Al respecto, en la Exposición de motivos, se expuso que “[e]sta presunción responde a la desnormalización de los hechos de violencia en el ámbito familiar, en especial contra mujeres y niños. Aunque las circunstancias señaladas son las que debería tomar en cuenta el juez el juez en cada caso, sin necesidad de previsión legislativa alguna, no está de más preverla, dado que la milenaria hegemonía patriarcal como pauta cultural da lugar a errores frecuentes. No es posible pasar por alto que, hasta no hace muchos años, la propia ley penal contenía disposiciones inadmisibles que respondían a un claro criterio de discriminación de género (el derogado tipo de adulterio, como ejemplo más notorio)”.

- FRISTER, HELMUT, *Derecho penal. Parte general*, Bs. As., Hammurabi, 2022.
- HOPP, CECILIA, "Legítima defensa de las mujeres: de víctimas a victimarias", en PITLEVNIK, LEONARDO G. (dir.), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Bs. As., Hammurabi, 2010.
- LAURENZO COPELLO, PATRICIA, *Mujeres en el abismo: delincuencia femenina en contextos de violencia o exclusión*, "Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología", n° 21-21, 2019, p. 1 a 42.
- LAURÍA MASARO, MAURO - SABA SARDAÑONS, NURIA, "Problemas dogmáticos y de prueba en la legítima defensa en casos de mujeres víctimas de violencia de género", en DI CORLETO, JULIETA, *Género y justicia penal*, Bs. As., Didot, 2017.
- MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *La legítima defensa del derecho penal*, "Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid", n° 25, 2012, p. 19 a 48.
- MORESO, JOSÉ J., *Principio de legalidad y causas de justificación (sobre el alcance de la taxatividad)*, "Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho", n° 24, 2001, p. 525 a 545.
- NINO, CARLOS S., *La legítima defensa. Fundamentación y régimen jurídico*, Bs. As., Astrea, 2005.
- PITLEVNIK, LEONARDO G. (dir.), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Bs. As., Hammurabi, 2010.
- ROXIN, CLAUS, *Derecho penal. Parte general*, Bs. As., Civitas, 2008.
- SÁNCHEZ, LUCIANA - SALINAS, RAÚL, "Defenderse del femicidio", en A.A.VV., *Violencia de género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*, Bs. As., Defensoría General de la Nación, 2012.
- ZAFFARONI, EUGENIO - ALAGIA, ALEJANDRO - SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho penal. Parte general*, Bs. As., Ediar, 2005.

“LEX IUSTA”, “LEX INIUSTA”, “LEX INIUSTISSIMA”*

JOSÉ ANTONIO SEOANE**

Resumen. La relación entre la ley y la justicia, elemento esencial de cualquier concepción del derecho, ha merecido la atención de numerosos autores a lo largo de la historia. Aquí expondremos tres respuestas destacadas a la pregunta sobre el significado de la ley justa, analizando sus consecuencias teóricas y prácticas y su idoneidad para definir la justicia y la injusticia en el derecho contemporáneo.

La fórmula de RADBRUCH fue la aportación iusfilosófica más relevante de los juicios de Núremberg y renovó las respuestas sobre el significado de las leyes justas e injustas. Décadas después, tras la caída del Muro de Berlín, el Tribunal Constitucional Federal alemán y autores como ROBERT ALEXY actualizaron la mencionada fórmula para el Estado constitucional de derecho. Siglos antes, la tradición iusnaturalista clásica elaboró su doctrina sobre la ley injusta en un contexto y con una finalidad diferentes.

El examen crítico de estas tres propuestas permitirá, a modo de conclusión, evaluar la vigencia de la fórmula de RADBRUCH setenta y cinco años después y sugerir algunas vías de superación y complemento.

Palabras clave: fórmula de Radbruch, justicia, Robert Alexy, Tomás de Aquino, validez.

“JUST LEX”, “UNJUST LEX”, “EXTREMELY UNJUST LEX”

Abstract. The relationship between law and justice is a key element of any conception of Law that has deserved the at-

* Recepción: 15/2/2021; evaluación: 2/4/2021; aceptación: 11/6/2021.

** Catedrático de Filosofía del Derecho, Universidade da Coruña (España). Doctor en Derecho, Universidade da Coruña. Correo electrónico: jose.antonio.seoane@udc.es.

tention of numerous authors throughout history. In this paper, I present three outstanding answers to the question of the meaning of just law, analyzing their theoretical and practical consequences and their suitability for defining justice and injustice in contemporary law.

RADBRUCH’S formula was the most relevant iusphilosophical contribution of the Nuremberg Trials and renewed the answers on the meaning of just and unjust laws. Decades later, after the fall of the Berlin Wall, the German Federal Constitutional Court and authors such as ROBERT ALEXY updated the aforementioned formula for the constitutional rule of law. Centuries earlier, the classical natural-law tradition elaborated its doctrine of unjust law in a different context and with a different purpose.

The critical assessment of these three proposals allows us, as a conclusion, to evaluate the validity of Radbruch’s formula seventy-five years later and to suggest some ways of overcoming and complementing it.

Keywords: Aquinas, justice, legal validity, Radbruch formula, Robert Alexy.

“LEX JUSTA”, “LEX INJUSTA”, “LEX EXTREMAMENTE INJUSTA”

Resumo. A relação entre a lei e a justiça é um elemento essencial de qualquer concepção de direito que tem merecido a atenção de numerosos autores ao longo da história. Apresentarei aqui três notáveis respostas à questão do significado do direito justo, analisando as suas consequências teóricas e práticas e a sua adequação para definir a justiça e a injustiça no direito contemporâneo.

A fórmula de RADBRUCH foi a contribuição jusfilosófica mais relevante dos Julgamentos de Nuremberga e renovou as respostas sobre o significado das leis justas e injustas. Décadas mais tarde, após a queda do Muro de Berlim, o Tribunal Constitucional Federal Alemão e autores como ROBERT ALEXY atualizaram a fórmula mencionada para o Estado de direito constitucional. Séculos antes, a tradição do direito natural clássico desenvolveu a sua doutrina da lei injusta num contexto e com um propósito diferentes.

O exame crítico destas três propostas permitirá, em conclusão, avaliar a vigência da fórmula de Radbruch setenta e cinco anos depois e sugerir algumas formas de a ultrapassar e complementar.

Palabras clave: fórmula de Radbruch, justiça, Robert Alexy, Tomás de Aquino, Validade jurídica.

INTRODUCCIÓN

Setenta y cinco años después de los juicios de Núremberg resulta pertinente analizar su influencia en la filosofía del derecho y preguntarse si las aportaciones jurídicas derivadas de ellos siguen siendo válidas para analizar nuestro tiempo; es decir, qué perdura y qué debe descartarse o renovarse para responder a los problemas jurídicos actuales. Este artículo propone algunas respuestas a tales interrogantes, que afectan al concepto de derecho y sus elementos; a las relaciones entre derecho, moral y política; y a conceptos e instituciones clave como la validez, la positividad, el sistema jurídico o la obediencia al derecho.

El texto está ordenado en cuatro secciones: A) el punto de partida es la fórmula de RADBRUCH, que constituye la aportación iusfilosófica más relevante de los juicios de Núremberg y que proporciona una primera respuesta sobre el significado de las tres manifestaciones de la ley que aparecen en el título; B) el valor y la utilidad de la fórmula de RADBRUCH fueron revalidados en una situación histórica análoga tras la caída del Muro de Berlín a través de la jurisprudencia y la doctrina alemanas, señaladas por ROBERT ALEXY, actualizando la mencionada fórmula. A partir de ambas aportaciones ofreceremos una segunda respuesta al significado del título; C) no se debe a GUSTAV RADBRUCH la primera respuesta a las cuestiones debatidas en este artículo. Para comprender y justificar el análisis de las dos secciones anteriores es conveniente examinar la historia del pensamiento jurídico y retroceder unos 750 años con el objetivo de conocer la doctrina clásica de la ley injusta legada por la tradición iusnaturalista, en concreto la formulación más acabada y matizada de TOMÁS DE AQUINO, y D) finalmente, de acuerdo con las valoraciones expuestas en las secciones previas, concluiré identificando tres cuestiones importantes para determinar qué concepción del derecho y la filosofía del derecho, y qué interpretación de los conceptos iusfilosóficos y teórico-jurídicos deberían seguirse para responder con acierto, eficacia y justicia al significado de los tres elementos del título.

A) 1945-1946: LOS JUICIOS DE NÚREMBERG Y GUSTAV RADBRUCH

La respuesta de GUSTAV RADBRUCH a los excesos del régimen nacionalsocialista fue la fórmula de RADBRUCH, desarrollada en su célebre artículo *Injusticia legal y derecho suprallegal* (1946)¹. La fórmula pretende resolver las tensiones entre la seguridad jurídica y la justicia originadas por un derecho positivo legalmente promulgado, pero de contenido injustísimo. Dice así: “El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el derecho positivo, afianzado por la promulgación y la fuerza, tenga también preferencia cuando sea injusto e inadecuado en cuanto al contenido, a no ser que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como ‘derecho injusto’ ante la justicia. Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas a pesar de su contenido injusto; pero puede establecerse otra línea divisoria con total precisión: donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del derecho positivo, ahí la ley no es solo ‘derecho injusto’, sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica”².

La fórmula de RADBRUCH ejemplifica el cambio en el pensamiento del iusfilósofo alemán³. Antes del nacionalsocialismo⁴, RADBRUCH señalaba tres valores en la idea de derecho en situación de paridad: justicia, seguridad y adecuación a fin. En cambio, tras el impacto de la

¹ RADBRUCH, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, en KAUFMANN - HASSEMER, *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, vol. 3. *Rechtsphilosophie III*, p. 83 a 93. Hemos traducido la expresión “gesetzliches Unrecht” como “injusticia legal”, que es una opción menos literal pero más respetuosa con el contenido semántico y el uso de “*Unrecht*”. Además, se ajusta a la utilización de la fórmula por parte de los autores estudiados y a la interpretación de su pensamiento.

² RADBRUCH, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, en KAUFMANN - HASSEMER, *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, vol. 3. *Rechtsphilosophie III*, p. 89.

³ ADACHI, *Die Radbruchsche Formel*, *passim*.

⁴ RADBRUCH, “Rechtsphilosophie (3. Auflage, 1932)”, en KAUFMANN, *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, vol. 2. *Rechtsphilosophie II*, p. 306.

injusticia nazi⁵, estos valores se ordenan de otro modo. El derecho tiene el sentido de realizar la justicia, lo haga o no; esto es, la idea de derecho puede ser imperfectamente realizada por el derecho realmente existente, y la ausencia de justicia no implica, sin más, que no sea derecho. Sin embargo, si el grado de injusticia es insoportable o se niega la justicia, las leyes acaban perdiendo su condición de jurídicas. Un año antes de morir (1948)⁶ revisa su concepción y revaloriza la justicia, que se convierte en un valor *per se*. La justicia es el valor del derecho o de lo jurídico, frente a la condición de valor ético subordinado a lo bueno en la etapa previa a la guerra.

Esta reordenación axiológica se proyecta sobre la noción de validez y muestra cómo la fórmula de RADBRUCH no restringe sus efectos al plano jurídico, pues el concepto de derecho cobra sentido a partir de la idea de derecho, en el marco más amplio de una teoría política: el Estado de derecho. En cuanto a los contenidos, se remite a principios jurídicos más fuertes que cualquier disposición jurídica, a un derecho supralegal superador de la injusticia y pauta para enjuiciar las leyes positivas: un derecho divino, un derecho de la naturaleza o un derecho de la razón, o los derechos humanos⁷ o, con mayor rotundidad al final de su *Vorschule der Rechtsphilosophie*, el “derecho natural”⁸.

De este modo, RADBRUCH respondería así a las tres categorías de ley, con una subdivisión en la tercera en razón de la distinción de dos subfórmulas⁹:

⁵ RADBRUCH, “Fünf Minuten Rechtsphilosophie”, en KAUFMANN - HASSEMER, *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, vol. 3. *Rechtsphilosophie III*, p. 78; “Erneuerung des Rechts”, en KAUFMANN - HASSEMER, *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, vol. 3. *Rechtsphilosophie III*, p. 80; “Die Erneuerung des Rechts”, en KAUFMANN - HASSEMER, *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, vol. 3. *Rechtsphilosophie III*, p. 107 a 109.

⁶ RADBRUCH, “Vorschule der Rechtsphilosophie”, en KAUFMANN - HASSEMER, *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, vol. 3. *Rechtsphilosophie III*, p. 150.

⁷ RADBRUCH, “Vorschule der Rechtsphilosophie”, en KAUFMANN - HASSEMER, *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, vol. 3. *Rechtsphilosophie III*, p. 226; “Fünf Minuten Rechtsphilosophie”, en KAUFMANN - HASSEMER, *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, vol. 3. *Rechtsphilosophie III*, p. 78 a 79; “Erneuerung des Rechts”, en KAUFMANN - HASSEMER, *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, vol. 3. *Rechtsphilosophie III*, p. 80.

⁸ RADBRUCH, “Vorschule der Rechtsphilosophie”, en KAUFMANN - HASSEMER, *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, vol. 3. *Rechtsphilosophie III*, p. 227.

⁹ Cfr. *infra* apdo. B.2.

1. “*Lex iusta*”. El derecho legal válido y correcto tiene un mínimo de contenido de justicia y satisface las exigencias de la seguridad jurídica y de la adecuación a fin.

2. “*Lex iniusta*”. La norma injusta, pero no excesivamente injusta, realiza de modo imperfecto la idea de derecho. Es derecho incorrecto, pero conserva validez jurídica –como pertenencia–: es derecho legal válido.

3.1. “*Lex iniustissima*”. Cuando la norma es insoportablemente injusta (fórmula de la intolerabilidad), *la ley positiva cede ante la justicia, pero sigue siendo derecho, aunque incorrecto –e injusto– y carece de validez*. Es derecho legal injusto o incorrecto, que pertenece al sistema jurídico, pero no obliga.

3.2. “*Lex iniustissima*”. La negación consciente de la justicia (fórmula de la negación) *implica que la ley no es solo derecho injusto, sino que carece totalmente de naturaleza jurídica de derecho legalmente no válido*.

B) 1989-1996: EL MURO DE BERLÍN, LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y ROBERT ALEXY

El desmoronamiento del régimen comunista de la República Democrática Alemana revitalizó la fórmula de RADBRUCH a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán (TCFA) y de un *corpus* doctrinal integrado, entre otros, por ROBERT ALEXY¹⁰, a quien le ha servido para afirmar la conexión conceptual o necesaria entre derecho y moral, criticar el positivismo y construir su concepto no positivista de derecho¹¹. La doble vía jurisprudencial y doctrinal revela dos factores de transformación contemporánea de los sistemas jurídicos que, a su vez, influyen en la actualización de la fórmula y en la definición de la justicia e injusticia de las normas jurídicas: la superación del marco del Estado y la constitucionalización.

¹⁰ ALEXY, “Mauerschützen”, en VIGO (comp.), *La injusticia extrema no es derecho*, p. 167 a 195; “La decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín”, en VIGO (comp.), *La injusticia extrema no es derecho*, p. 197 a 225.

¹¹ ALEXY, *Los principales elementos de mi filosofía del derecho*, “Doxa”, n° 32, 2009, p. 67 a 84.

§ 1. **LOS GUARDIANES DEL MURO: LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL**

Al analizar la interdicción de la retroactividad desde la perspectiva de los criterios de validez en la sentencia de los tiradores del Muro, el TCFA establece que la causa de justificación sería ineficaz al implicar una agresión intolerable contra mandatos elementales de la justicia y contra los derechos humanos basados en el derecho internacional, y que por ello el derecho positivo ha de ceder ante la justicia¹².

No obstante, a diferencia de los criterios indeterminados de la fórmula de RADBRUCH, los acuerdos internacionales en materia de derechos humanos ofrecen criterios concretos para definir, dentro del margen de discrecionalidad ofrecido por la Ley Fundamental, cuándo el Estado conculca los derechos humanos. Por tanto, en la medida en que se trata de derecho positivo, alude a un derecho supranacional y no a un derecho suprapositivo, de modo que, a pesar de recurrir a la fórmula de RADBRUCH e invocar ese derecho suprapositivo, el TCFA no necesitaba conceder prioridad a la justicia suprapositiva frente a la ley, sino a los derechos humanos garantizados por el derecho internacional frente al derecho nacional.

En tal sentido, la posición del TCFA resulta contradictoria: por un lado, subraya su adhesión a la fórmula de RADBRUCH y, por otro, concreta el criterio de la justicia material refiriéndose a los derechos humanos¹³. En la medida en que el Tribunal no recurre al Derecho internacional de los derechos humanos únicamente para afianzar la validez jurídica de los derechos humanos, sino para obtener criterios concretos que eviten la indeterminación de la fórmula de RADBRUCH, se deduce que el Tribunal los considera como derechos humanos positizados y no meros derechos morales¹⁴.

¹² Bundesverfassungsgericht 95, 96 - Mauerschützen (BVerfGE 95, 96), p. 135.

¹³ SODERO, “Reflexiones iusfilosóficas sobre el caso de los Guardianes del Muro”, en VIGO (comp.), *La injusticia extrema no es Derecho*, p. 323 ss.

¹⁴ BÄCKER, “Recht, Sprache und Kultur”, en BÄCKER - KLATT - ZUCCA-SOEST (eds.), *Sprache-Recht-Gesellschaft*, p. 264 a 269; “Ley y justicia en conflicto”, en ELÓSEGUI ITXASO (coord.), *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales*, p. 208 a 227.

§ 2. **LA FÓRMULA DE ALEXY**

Para ROBERT ALEXY todo concepto de derecho deriva de la interpretación y ponderación de tres elementos¹⁵: a) promulgación autoritativa o legalidad conforme al ordenamiento; b) eficacia social, y c) corrección material, cuya exigencia mínima son los derechos humanos básicos¹⁶. Lo legal (1) y lo eficaz (2) constituyen el aspecto real o institucional del derecho; lo correcto (3), la dimensión ideal o discursiva¹⁷. Su concepto de derecho es un ejemplo de concepto no positivista de derecho¹⁸: comparte los dos primeros elementos con los conceptos positivistas, siendo el tercero el que fija el umbral del no positivismo. La combinación de estos elementos para la formación de un adecuado concepto de derecho solo puede lograrse en una teoría general del sistema jurídico, en concreto la teoría del discurso del Estado democrático constitucional. De este modo, ALEXY ha constitucionalizado la fórmula de RADBRUCH; esto es, ha desarrollado su significado en los Estados constitucionales de derecho, conectando la dimensión jurídica con la forma política del constitucionalismo democrático o discursivo, cuyos elementos principales son la democracia y los derechos constitucionales¹⁹.

ALEXY no se ha limitado a recuperar la fórmula de RADBRUCH, sino que ha acabado elaborando su propia fórmula, distinguiendo dos subfórmulas –negación e intolerabilidad– y dividiendo a su vez la última

¹⁵ ALEXY, “El concepto y la validez del derecho”, en *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*, p. 21 ss.; *La institucionalización de la razón*, “Persona y Derecho”, vol. 43, 2000, p. 217 a 219; *Los principales elementos de mi filosofía del derecho*, “Doxa”, n° 32, 2009, p. 67.

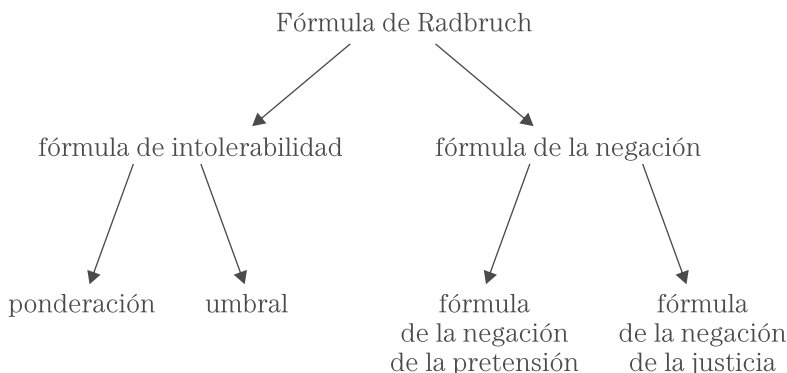
¹⁶ ALEXY, “Derecho, discurso y tiempo”, en *La institucionalización de la justicia*, p. 64 a 70; “La dimensión absoluta y la dimensión relativa de los derechos fundamentales”, en *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, p. 299 y 300.

¹⁷ ALEXY, “The ideal dimension of law”, en *Law’s ideal dimension*, p. 83 a 117.

¹⁸ ALEXY, “El concepto y la validez del derecho”, en *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos, passim*; *El no positivismo incluyente*, “Doxa”, n° 36, 2013, p. 15 a 24; “La doble naturaleza del derecho”, en BERNAL PULIDO (ed.), *La doble dimensión del derecho*, p. 29 a 58.

¹⁹ ALEXY, *La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático*, “Derechos y Libertades”, n° 8, 2000, p. 21 a 41; “La doble naturaleza del derecho”, en BERNAL PULIDO (ed.), *La doble dimensión del derecho*, p. 49 a 51; *Los principales elementos de mi Filosofía del Derecho*, “Doxa”, n° 32, 2009, p. 78 a 80.

–ponderación y umbral²⁰. No obstante, por sus repercusiones teóricas, es necesaria una nueva diferenciación dentro de la fórmula de la negación: la fórmula de la negación de la pretensión o fórmula de la no pretensión y la fórmula de la negación de la justicia o fórmula de la negación *stricto sensu*. Por tanto, la fórmula de RADBRUCH quedaría articulada así en la concepción alexyana²¹:



Al margen de esta descomposición analítica de la fórmula de RADBRUCH, es posible expresarla de forma resumida y actualizada: “Las normas promulgadas autoritativamente conforme al ordenamiento y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico o su validez jurídica cuando son extremadamente injustas”²².

Incluso una versión más breve y rotunda, que es la que ALEXY acuña de forma definitiva: “La extrema injusticia no es derecho”²³ (*extremes Unrecht ist kein Recht*).

En la concepción de ALEXY, la fórmula de RADBRUCH no define únicamente el núcleo del argumento de la injusticia, sino también la pretensión de corrección, o argumento de la corrección, tesis central de su concepto no positivista de derecho y sustento de la conexión con-

²⁰ ALEXY, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, en VIGO (comp.), *La injusticia extrema no es derecho*, p. 228.

²¹ SEOANE, “La doctrina clásica de la *lex iniusta* y la fórmula de Radbruch”, en VIGO (comp.), *La injusticia extrema no es derecho*, p. 284.

²² ALEXY, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, en VIGO (comp.), *La injusticia extrema no es derecho*, p. 228.

²³ ALEXY, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, en VIGO (comp.), *La injusticia extrema no es derecho*, p. 228.

ceptual entre derecho y moral²⁴. La fórmula no exige una coincidencia completa entre derecho y moral y permite la validez de cierto derecho injusto, negándosela únicamente al derecho injustísimo²⁵. Es un modelo de conexión *clasificante* entre el derecho y la moral: las normas o sistemas normativos que no satisfagan un determinado criterio moral (en este caso, la extrema injusticia) no son normas o sistemas jurídicos, no son normas o sistemas jurídicos válidos. Junto a este, existe otro tipo de conexión entre derecho y moral, la conexión *cualificante*: las normas o sistemas de normas que no satisfacen determinado criterio moral pueden ser normas o sistemas jurídicos, pero jurídicamente defectuosos.

En consecuencia, la fórmula de RADBRUCH da lugar tanto a una conexión clasificante como a una cualificante, a través de la pretensión de corrección –de justicia– de las normas jurídicas. El problema es que la conexión clasificante priva de relevancia a los elementos institucionales en la configuración de lo jurídico. Por ello, aunque la propuesta de ALEXY supera al positivismo al introducir un elemento de corrección material y admitir la conexión necesaria entre derecho y moral, en los casos excepcionales de extrema injusticia minora tanto el papel de los elementos institucionales o reales que el derecho quedaría reducido a corrección material.

En suma, tiene sentido revisar la caracterización de la concepción de ROBERT ALEXY, pues la anulación práctica de la dimensión institucional o real (legalidad y eficacia) equivale a que la determinación de lo jurídico se asiente únicamente en la corrección material. Por tanto, pese a que considera su teoría una forma o expresión de no positivismo incluyente²⁶, en los casos de injusticia extrema –respecto de la fórmula de la negación, en particular la subfórmula de la negación de la pretensión– su teoría se comportaría como un no positivismo supra-incluyente o aun excluyente. De modo más detallado:

1. “*Lex iusta*”. La ley justa, que satisface la corrección material además de la promulgación autoritativa y la eficacia social, es Derecho correcto y legalmente válido.

²⁴ ALEXY, *Los principales elementos de mi filosofía del derecho*, “Doxa”, n° 32, 2009, p. 68 a 72 y 75 a 78.

²⁵ ALEXY, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, en VIGO (comp.), *La injusticia extrema no es derecho*, p. 229, 230, 236 y 237.

²⁶ ALEXY, *El no positivismo incluyente*, “Doxa”, n° 36, 2013, p. 16 a 18.

2. “*Lex iniusta*”. La ley injusta conserva su carácter jurídico y es Derecho legalmente válido, aunque debería considerarse –conceptualmente– derecho incorrecto. Es un ejemplo de conexión cualificante.

3. “*Lex iniustissima*”. La ley injustísima o extremadamente injusta carece de carácter jurídico: “la extrema injusticia no es derecho”. Es un ejemplo de conexión clasificante y de derecho no válido.

C) 1265-1274: LA TRADICIÓN IUSNATURALISTA CLÁSICA Y TOMÁS DE AQUINO

A diferencia de las respuestas de las dos secciones anteriores, la doctrina clásica de la ley injusta no es el resultado de una preocupación conceptual –la definición y caracterización de un concepto de derecho–, sino de un problema práctico –cómo comportarse o actuar ante una ley injusta–. Su formulación más precisa y matizada se debe a TOMÁS DE AQUINO²⁷: “La ley positiva humana [...], si en algo está en desacuerdo con la ley natural, ya no es ley, sino corrupción de la ley [*non est lex sed legis corruptio*]”²⁸.

La ley injusta no es ley en sentido propio, en sentido central o pleno (*simpliciter*), sino que es ley de manera imperfecta, en sentido análogo o derivado (*secundum quid*). Esta posición se confirma en otros lugares de su obra, identificando la ley injusta con la ley del tirano: “La ley tiránica, por lo mismo que no se conforma a la razón, no es propiamente ley, sino más bien una perversión de la ley”²⁹.

La injusticia de la ley tiene repercusiones en el deber de obediencia al derecho, que no es una cuestión dilemática de todo o nada, sino de grado. Solo la ley justa y adecuadamente promulgada, esto es, la ley *simpliciter*, tiene fuerza obligatoria *per se*. En cambio, las leyes injustas, opuestas al bien humano, no son ley en sentido estricto o pleno, pero tampoco carecen por completo de relevancia jurídica:

²⁷ Con predecesores como PLATÓN (*Las Leyes* IV, 715b), CICERÓN (*De legibus* II, 5, 11) o AGUSTÍN DE HIPONA (*De libero arbitrio* I, v 11).

²⁸ TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae* I-II, q. 95 a. 2c. En sentido semejante, *Summa Theologiae* II-II, q. 60, a. 5 ad. 2.

²⁹ TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae* I-II, q. 92, a. 1 ad. 4: “*lex tyrannica, cum not sit simpliciter lex, sed magis est quaedam perversitas legis*”.

“tienen más de violencia que de ley [...], y no obligan en el foro de la conciencia, a no ser que se trate de evitar el escándalo o el desorden, pues para esto el ciudadano está obligado a ceder de su derecho”³⁰.

Al hablar de *leyes* injustas, la tradición central del pensamiento iusnaturalista les otorga explícitamente validez jurídica³¹; la ley injusta sigue siendo ley, aunque imperfecta; no pierde la validez jurídica. Y al exigir reflexionar y deliberar sobre el alcance de la ley injusta en el comportamiento del ciudadano, se adopta un modo diferente de acercamiento al problema de la justicia, de la validez y de la relevancia jurídica: el punto de vista moral o del ser humano maduro dotado de razonabilidad práctica³².

Las consideraciones de TOMÁS DE AQUINO acerca de las leyes injustas y su obligatoriedad pueden sintetizarse diciendo que una ley injusta no es ley en sentido central o pleno (*simpliciter*), pero sí lo es, de modo imperfecto, en el sentido secundario o analógico (*secundum quid*) del término.

1. “*Lex iusta*”. La ley justa y adecuadamente promulgada es la ley en sentido propio (*simpliciter*). Se trata del caso central o focal de la ley, compuesto por elementos materiales o sustantivos y de elementos formales o institucionales. Ambos son relevantes para determinar el carácter jurídico de las normas y el alcance de la obligación de obediencia a la ley.

2. “*Lex iniusta*”. La ley injusta es ley en cierto sentido, analógico o derivado (*secundum quid*). Conserva relevancia jurídica: es una norma jurídica, pero defectuosa. Se trata de un caso periférico del derecho, ejemplo de conexión cualificante en la terminología de ALEXI.

3. “*Lex iniustissima*”. No se plantea la distinción entre ley injusta y ley extremadamente injusta.

D) 2022: RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIÓN

Este panorama, que revela la pluralidad y la riqueza de las respuestas a la noción de justicia e injusticia en el derecho, revalida el

³⁰ TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae* I-II q. 96, a. 4c.

³¹ FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, p. 379 a 395.

³² FINNIS, *Aquinas*, p. 47 ss.; *Ley natural y derechos naturales*, p. 43 a 51.

carácter histórico del pensamiento jurídico y permite evaluar la vigencia de la fórmula de RADBRUCH, así como sugerir tres vías para su actualización.

§ 3. **MÁS ALLÁ DEL LEGALISMO: CONSTITUCIONALIZACIÓN Y SUPERACIÓN DEL MARCO DEL ESTADO**

Hace 75 años, RADBRUCH hablaba de derecho supralegal porque aún vivía en el modelo legalista, en el que apenas asomaban los derechos fundamentales –luego elemento nuclear de los sistemas jurídicos constitucionalizados– y en el que los derechos humanos con validez universal comparecían como normas programáticas. RADBRUCH carecía de herramientas metodológicas para explicarlo de otro modo.

En cambio, el TCFA y ROBERT ALEXY sí estaban en condiciones de ofrecer una traducción constitucionalizada de lo que pretendía RADBRUCH con su fórmula. ALEXY ha desarrollado el modelo del constitucionalismo³³ y mostrado la omnipresencia de los derechos y la Constitución, la primacía de esta frente a la ley o la consideración de los órganos de adjudicación, en particular los tribunales constitucionales, como órganos primarios³⁴. Por su parte, el TCFA amplió el ámbito territorial de acción a la esfera supranacional, donde los derechos humanos y la democracia sirven de zona común o de intersección.

§ 4. **LA POSITIVIDAD DEL DERECHO**

La actualización de la fórmula de RADBRUCH exige añadir otro argumento, pues sus comentaristas suelen concebir y referirse a la positividad de modo objetivista, como si el derecho fuese algo “dado”. En cambio, la positividad puede ser concebida de modo relacional, tomando en consideración el carácter procesual de la argumentación y el razonamiento jurídicos. El derecho no es un producto objetivable sino una actividad o práctica social interpretativa³⁵,

³³ ALEXY, “Sistema jurídico y razón práctica”, trad. J. M. SEÑA, en *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*, p. 159 a 161.

³⁴ RAZ, *El concepto de sistema jurídico*, p. 229 a 236; “La naturaleza institucional del Derecho”, en *La autoridad del derecho*, p. 138 a 143; *Razón práctica y normas*, p. 152 a 157.

³⁵ VIOLA - ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, p. 87.

argumentativa³⁶ o discursiva³⁷ que, como sucede con la jurisprudencia del TCFA aquí comentada, configura su identidad. Queda descartado así el criterio positivista del origen y puede ser explicado el reconocimiento autoritativo de los derechos humanos. En esta sede no sería necesario acudir a un derecho suprapositivo, porque la invocación y utilización de los derechos humanos por parte de los órganos de adjudicación positivizaría dichas disposiciones y las convertiría en criterios jurídicos positivos y aplicables, admisibles tanto en concepciones no positivistas como positivistas.

§ 5. **VALIDEZ, VIGENCIA Y EFICACIA**

Las referencias a la validez o naturaleza jurídica en la versión original de la fórmula de RADBRUCH, a la validez jurídica o el carácter jurídico en la versión de ROBERT ALEXY, o al nivel de la validez del derecho positivo en la versión del TCFA remiten a una noción de validez como pertenencia. La norma injusta, aun siendo materialmente incorrecta, forma parte del sistema jurídico, en tanto que la norma injustísima o extremadamente injusta pierde su naturaleza o carácter jurídico y ya no pertenece al sistema jurídico. Este concepto de validez como pertenencia va más allá de la noción kelseniana de validez como existencia³⁸. No obstante, a diferencia de KELSEN, que equiparó existencia y fuerza obligatoria³⁹, y de la tradición clásica de la *lex iniusta*, que se ocupa precisamente de la obligatoriedad –y no de la validez como pertenencia, al ser la ley su objeto de análisis y no existir algo semejante al sistema jurídico como realidad autónoma–⁴⁰, nada afirma expresamente sobre su fuerza normativa u obligatoriedad.

Por consiguiente, la actualización de la fórmula de RADBRUCH exigiría añadir a la validez (*Geltung*) otro criterio diferenciador entre las normas injustas: la vigencia (*Gültigkeit*), e incluso un tercer criterio,

³⁶ ATIENZA, *El Derecho como argumentación*, *passim*; “Una visión iusfilosófica del derecho”, en LARIGUET - GONZÁLEZ LAGIER, *Filosofía. Una introducción para juristas*, p. 257 ss.

³⁷ ALEXY, *Los principales elementos de mi filosofía del derecho*, “Doxa”, n° 32, 2009, p. 72 a 75.

³⁸ KELSEN, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 35; *Teoría pura del derecho*, p. 23 y siguientes.

³⁹ KELSEN, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 35 a 46.

⁴⁰ SEOANE, “La doctrina clásica de la *lex iniusta* y la fórmula de Radbruch”, en VIGO (comp.), *La injusticia extrema no es derecho*, p. 277 a 282.

la eficacia (*Wirksamkeit*)⁴¹. La propia jurisprudencia del TCFA oscila entre estos criterios al analizar y evaluar la fórmula de RADBRUCH no solo en clave de validez (*Geltung*) sino también en razón de la validez sociológica (“*soziologische*” *Geltung*⁴²; “*soziologische*” *Geltungskraft*⁴³), o de la efectividad (*Effektivität*) y la eficacia constitucional (*verfassungsrechtlichen Wirksamkeit*)⁴⁴.

Esta tarea requiere introducir nuevos elementos metodológicos referidos a la praxis jurídica y al funcionamiento del derecho, y examinar la influencia de las normas en el comportamiento de los destinatarios y su grado de obligatoriedad. La distinción entre la perspectiva del participante y la perspectiva del observador⁴⁵, entre el punto de vista interno y externo⁴⁶, o la noción de las normas jurídicas como razones para la acción⁴⁷ son categorías que pueden iluminar este análisis, que sobrepasa los límites de la ciencia jurídica y se dirige al más amplio dominio de la filosofía del derecho y de la Filosofía práctica.

BIBLIOGRAFÍA

- ADACHI, HIDEHIKO, *Die Radbruchsche Formel. Eine Untersuchung der Rechtsphilosophie Gustav Radbruchs*, Baden-Baden, Nomos, 2006.
- AGUSTÍN DE HIPONA, “El libre albedrío”, trad. E. SELJAS, rev. S. SANTAMARTE DEL RÍO, en *Obras de San Agustín III. Obras filosóficas*, 5ª ed., Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1982, p. 191 a 432.
- ALEXY, ROBERT, “Derecho, discurso y tiempo”, trad. P. RODRÍGUEZ y J. A. SEOANE, en *La institucionalización de la justicia*, 3ª ed., Granada, Comares, 2016.
- “El concepto y la validez del derecho”, trad. J. M. SENA, en *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- *El no positivismo incluyente*, trad. M. C. QUIMBAYO DUARTE, “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, n° 36, 2013, p. 15 a 24.
- *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, Lima, Palestra, 2019.

⁴¹ SEOANE, “Todo exceso es insano”, en ELÓSEGUI ITXASO (coord.), *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales*, p. 243 a 245.

⁴² Cfr. BVerfGE 3, 58, 118.

⁴³ Cfr. BVerfGE 6, 132, 199.

⁴⁴ Cfr. BVerfGE 6, 132, 198.

⁴⁵ ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*, trad. J. M. SENA, en *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*, p. 31 a 32.

⁴⁶ HART, *El concepto de derecho*, p. 110 a 113.

⁴⁷ RAZ, *Razón práctica y normas*, *passim*.

- “La decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín”, trad. A. D. OLIVER LALANA, en VIGO, RODOLFO L. (comp.), *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, Bs. As., La Ley, 2004.
 - “La dimensión absoluta y la dimensión relativa de los derechos fundamentales”, trad. G. VILLA ROSAS, en *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, Lima, Palestra, 2019.
 - “La doble naturaleza del derecho”, trad. J. A. PORTOCARRERO QUISPE; rev. C. BERNAL PULIDO, en BERNAL PULIDO, CARLOS (ed.), *La doble dimensión del derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*, Lima, Palestra, 2011.
 - *La institucionalización de la razón*, trad. J. A. SEOANE, “Persona y Derecho. Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos”, vol. 43, 2000, p. 217 a 249.
 - *La institucionalización de la justicia*, 3ª ed., Granada, Comares, 2016.
 - *La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático*, trad. M. C. AÑANOS MEZA, “Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid”, n° 8, 2000, p. 21 a 41.
 - *Law’s ideal dimension*, Oxford, Oxford University Press, 2021.
 - *Los principales elementos de mi filosofía del derecho*, trad. A. D. OLIVER-LALANA, “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, n° 32, 2009, p. 67 a 84.
 - “Mauerschützen. Acerca de la relación entre derecho, moral y punibilidad” (1993), trad. E. R. SODERO, en VIGO, RODOLFO L. (comp.), *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, Bs. As., La Ley, 2004.
 - “Sistema jurídico y razón práctica”, trad. J. M. SEÑA, en *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*, Barcelona, Gedisa, 1997.
 - “The ideal dimension of law”, en *Law’s ideal dimension*, Oxford, Oxford University Press, 2021.
 - “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, trad. J. A. SEOANE, en VIGO, RODOLFO L. (comp.), *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, Bs. As., La Ley, 2004, p. 227 a 251.
- ATIENZA, MANUEL, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2012.
- “Una visión iusfilosófica del derecho”, en LARIGUET, GUILLERMO - GONZÁLEZ LAGIER, DANIEL (ed.), *Filosofía. Una introducción para juristas*, Madrid, Trotta, 2022.
- BÄCKER, CARSTEN, “Ley y justicia en conflicto. La fórmula de Radbruch en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal”, en ELÓSEGUI ITXASO, MARÍA (coord.), *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 aniversario*, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad-Marcial Pons, 2016.
- “Recht, Sprache und Kultur”, en BÄCKER, CARSTEN-KLATT - MATTHIAS-ZUCCA-SOEST, SABRINA (ed.), *Sprache-Recht-Gesellschaft*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012.
- BÄCKER, CARSTEN-KLATT - MATTHIAS-ZUCCA-SOEST, SABRINA (ed.), *Sprache-Recht-Gesellschaft*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012.
- BERNAL PULIDO, CARLOS (ed.), *La doble dimensión del derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*, Lima, Palestra, 2011.
- CICERÓN, MARCO T., *Sobre la República. Sobre las leyes*, Madrid, Tecnos, 1986.
- “Sobre las leyes”, trad. J. GUILLÉN, en *Sobre la República. Sobre las leyes*, Madrid, Tecnos, 1986.

- ELÓSEGUI ITXASO, MARÍA (coord.), *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 aniversario*, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad-Marcial Pons, 2016.
- FINNIS, JOHN, *Aquinas. Moral, political, and legal theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998.
- *Ley natural y derechos naturales*, trad. C. ORREGO SÁNCHEZ, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2000.
- HART, HERBERT L. A., *El concepto de derecho*, trad. G. R. CARRÍO, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1963.
- KAUFMANN, ARTHUR (ed.) - HASSEMER, WINFRIED (rev.), *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, vol. 3. *Rechtsphilosophie III*, Heidelberg, Müller, 1990.
- KELSEN, HANS, *Teoría general del derecho y del estado*, trad. E. GARCÍA MÁYNEZ, México, UNAM, 1995.
- *Teoría pura del derecho*, 2ª ed., trad. R. J. VERNENGO, México, Porrúa, 1979.
- LARIGUET, GUILLERMO - GONZÁLEZ LAGIER, DANIEL (ed.), *Filosofía. Una introducción para juristas*, Madrid, Trotta, 2022.
- PLATÓN, *Las leyes*, 3ª ed., trad. J. M. PABÓN y M. FERNÁNDEZ-GALIANO, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.
- RADBRUCH, GUSTAV, “Die Erneuerung des Rechts”, en KAUFMANN, ARTHUR (ed.) - HASSEMER, WINFRIED (rev.), *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, vol. 3. *Rechtsphilosophie III*, Heidelberg, Müller, 1990.
- “Erneuerung des Rechts”, en KAUFMANN, ARTHUR (ed.) - HASSEMER, WINFRIED (rev.), *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, vol. 3. *Rechtsphilosophie III*, Heidelberg, Müller, 1990.
- “Fünf Minuten Rechtsphilosophie”, en KAUFMANN, ARTHUR (ed.) - HASSEMER, WINFRIED (rev.), *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, vol. 3. *Rechtsphilosophie III*, Heidelberg, Müller, 1990.
- “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, en KAUFMANN, ARTHUR (ed.) - HASSEMER, WINFRIED (rev.), *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, vol. 3. *Rechtsphilosophie III*, Heidelberg, Müller, 1990.
- “Rechtsphilosophie (3. Auflage, 1932)”, en KAUFMANN, ARTHUR (ed.), *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, vol. 2. *Rechtsphilosophie II*, Heidelberg, Müller, 1993.
- “Vorschule der Rechtstphilosophie”, en KAUFMANN, ARTHUR (ed.) - HASSEMER, WINFRIED (rev.), *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, vol. 3. *Rechtsphilosophie III*, Heidelberg, Müller, 1990.
- RAZ, JOSEPH, *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*, 2ª ed., trad. R. TAMAYO Y SALMORÁN, México, UNAM, 1986.
- *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, trad. R. TAMAYO Y SALMORÁN, México, UNAM, 1982.
- “La naturaleza institucional del derecho”, en *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, trad. R. TAMAYO Y SALMORÁN, México, UNAM, 1982.
- *Razón práctica y normas*, 2ª ed., trad. J. RUIZ MANERO, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- SEOANE, JOSÉ-A., “La doctrina clásica de la *lex iniusta* y la fórmula de Radbruch. Un ensayo de comparación”, en VIGO, RODOLFO L. (comp.), *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, Bs. As., La Ley, 2004.
- “Todo exceso es insano, también para el derecho”, en ELÓSEGUI ITXASO, MARÍA (coord.), *Los principios y la interpretación judicial de los derechos funda-*

mentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 aniversario, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad-Marcial Pons, 2016.

SODERO, EDUARDO R., “Reflexiones iusfilosóficas sobre el caso de los Guardianes del Muro”, en VIGO, RODOLFO L. (comp.), *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, Bs. As., La Ley, 2004.

TOMAS DE AQUINO, *Suma de Teología* II. *Parte I-II*, 2ª ed., trad. J. M. RODRÍGUEZ ARIAS *et al.*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1989.

— *Suma de Teología* III. *Parte II-II (a)*, trad. E. GARCÍA ESTÉBANEZ, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1990.

VIGO, RODOLFO L. (comp.), *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, Bs. As., La Ley, 2004.

VIOLA, FRANCESCO - ZACCARIA, GIUSEPPE, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoría ermeneutica del diritto*, 3ª ed., Roma, Laterza, 2001.

DIÁLOGOS Y ENSAYOS

“PRESENCIAS DE LA LUCHA CONTRA LA PERSECUCIÓN RACIAL Y DEL RESPETO A LA DIGNIDAD HUMANA EN LA OBRA IUSFILOSÓFICA DE WERNER GOLDSCHMIDT”

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI*

Estimados colegas:

Agradezco profundamente a las autoridades de las Jornadas el altísimo honor que me confieren al invitarme a exponer sobre la influencia de la tragedia de la Segunda Guerra Mundial y los juicios que los vencedores organizaron en Núremberg en la obra de WERNER GOLDSCHMIDT, el jurista que marcó con caracteres definitivos mi adhesión al humanismo, a la creencia profundamente occidental y tal vez especialmente kantiana, de que cada humano ha de ser considerado como un fin en sí. Conocí y admiré a GOLDSCHMIDT a través de un trato de profunda amistad académica, desde 1961, a mis dieciocho años, hasta la fecha de su muerte, veintiséis años después, en Buenos Aires, el 21 de julio de 1987. Parece sostenible que en cada punto del Cosmos está todo el Cosmos y desde unas particularidades se ven distintas particularidades, en este caso, conocer mi especial perspectiva de la obra goldschmidtiana en cuanto al tema que nos ocupa puede ser una aproximación válida al pensamiento y la obra de GOLDSCHMIDT.

WERNER GOLDSCHMIDT nació en Berlín, por entonces capital del Imperio alemán, el 9 de febrero de 1910 en una familia judía convertida al protestantismo, hijo del gran jurista, penalista, procesalista e incluso decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Berlín, JAMES GOLDSCHMIDT. WERNER GOLDSCHMIDT describió en su momento la

* Profesor de la Facultad de Derecho (UNR) y de numerosas universidades del país. Director del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho (UNR). Correo electrónico: mciurocaldani@gmail.com.

educación recibida en su patria como una red tupida de estímulos e inhibiciones. Se graduó como abogado y doctor en Alemania, habiendo realizado sus estudios en las Universidades de Berlín y Kiel. Entre sus maestros, a los que siempre guardó honda gratitud, cabe citar a KANTOROWICZ, MARTÍN WOLFF, TRIEPEL y JAMES GOLDSCHMIDT. En los comienzos de su vida se formó en la tradición humanista alemana, de GOETHE y GUILLERMO VON HUMBOLDT, que conservó como un tesoro y transmitió a sus discípulos.

Durante toda su vida, GOLDSCHMIDT amó profundamente a la *Universidad*, entendida como comunidad de investigación, docencia y formación profesional. Como clima de apertura mental, la Universidad requiere libertad. Su gran referencia última fue la *dignidad humana*, a la que sirvió desde múltiples perspectivas. La presencia de la *Filosofía* en su interés es tan profunda que durante décadas escribió su filosofía como una autobiografía, que ahora está en prensa en Buenos Aires. En su primera juventud, GOLDSCHMIDT inició sus actividades de docencia e investigación en Alemania.

A sus veintidós años llegó el fatídico 30 de enero de 1933, en que los nazis asumieron el poder, desde la Alemania autoritaria, para descarriar la cultura de ese querido país y de cierto modo todo Occidente. A la muerte del presidente mariscal PAUL VON HINDENBURG, que exceptuaba de las excepciones a las limitaciones a libertades de la Constitución de Weimar a los judíos que habían luchado a favor de Alemania en la Primera Guerra Mundial¹, los GOLDSCHMIDT debieron emigrar de manera apresurada y dispersa. Las peripecias de la vida de JAMES GOLDSCHMIDT están reflejadas en la célebre carta que escribió desde Londres a EDUARDO COUTURE: “Conozco sus libros y tengo referencias de Ud. Estoy en Inglaterra y mi permiso de residencia vence el 31 de diciembre de 1939. A Alemania no puedo volver por ser judío; a Francia tampoco porque soy alemán; a España menos aún. Debo salir de Inglaterra y no tengo visa consular para ir a ninguna parte del mundo”².

La trayectoria cultural de los GOLDSCHMIDT se puede resumir en la frase de WERNER “en la primera Guerra Mundial todas las noches re-

¹ Incluso a familiares. JAMES GOLDSCHMIDT había combatido a favor de Alemania, su patria.

² Ver, por ejemplo, COUTURE DE LANDONI - LANDONI SOSA, *Semblanza de Eduardo J. Couture*, “*Revista de la Maestría en Derecho Procesal*”, n° 6, 1, 2016, p. 152 a 162, en especial p. 157, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocetal/article/view/152-162>.

zábamos para que Alemania ganara la guerra; en la segunda todas las noches rezábamos para que la perdiera”³.

Luego de un largo recorrido, WERNER GOLDSCHMIDT encontró refugio en España, país al que llegó desconociendo su lengua, en la que consiguió escribir a la perfección. Allí adquirió la nacionalidad española, a la que guardó honda lealtad y con la que murió en su último país de adopción, la Argentina -país al que llegó en 1949-; allí padeció la Guerra Civil; se convirtió al catolicismo, religión que asumió como concreción del despliegue de la dignidad humana; se casó con Dolores Sánchez de Ron Alcázar y publicó, a los veinticinco años, en 1935, trabajos fundamentales que, inspirados en el respeto al elemento extranjero en su vulnerabilidad, sentarían las bases de una nueva sistematización del derecho internacional privado: la *concepción normológica*, que hace de la estructura de la norma la base del sistema de la ciencia, y una nueva filosofía práctica de esa materia, la *teoría del uso jurídico*. Muchos años después, en una clase a la que asistí como alumno libre en Rosario (nunca fui su alumno formal), WERNER GOLDSCHMIDT se volvió hacia la pizarra para escribir, con su letra tan característica, y seguramente enorme pena, *heimtlosen*, apátrida.

¿Cómo podía ser normativista un jurista que había visto que se plasmaba en normas el avasallamiento de las libertades y se desataba un genocidio en base a la mentira acerca del incendio del Reichstag atribuido a los comunistas, pero producido, sin duda, por los nazis? Era evidente que las *normas mentían*, era evidente que la lealtad inculdicable con la condición humana conducía a condenar en justicia lo que ocurrió. Los nazis no eran los únicos “malos” y GOLDSCHMIDT lo comprendía, pero la opción que nos parece legítima no es cerrar los ojos a la dignidad humana humillada porque el problema es complejo, sino buscar que la justicia de Núremberg sea un *capítulo señero* de la lucha por la justicia, en todas sus exigencias y posibilidades. De aquí la teoría de la *pantonomía* de la justicia⁴. Al ser pantónomo, el valor justicia se refiere a la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras.

Esas vivencias inspiran la *complejidad pura tridimensional de la teoría trialista del mundo jurídico* fundada por GOLDSCHMIDT. Consideración de hechos, normas y valores; adjudicaciones, principal-

³ Recuerdo personal reflejado en la autobiografía de WERNER GOLDSCHMIDT en prensa.

⁴ Pan=todo; nomos=ley que gobierna.

mente repartos, normatividades y justicia, al servicio de la *vida humana* a la que pertenecen. Las leyes de la Alemania nazi eran positivamente sostenibles, pero contenían una enorme laguna dikelógica. Había que denunciarla, había que excluir, por el obrar humano y al costo que fuera necesario, las normas injustas e integrar la laguna, y así se hizo en los llamados juicios de Núremberg. GOLDSCHMIDT afirmaba: no hay delito ni pena sin ley previa, salvo que la misma ley sea el delito⁵. Las leyes genocidas de los nazis eran delito en justicia, sea esta pensada con la objetividad en la que creyó el maestro germano-hispano-argentino, sea en la construcción que estamos dispuestos a defender, incluso con nuestra propia vida⁶. Como sabemos, en numerosos casos se explica esta actitud negando la juridicidad de la injusticia extrema, una solución que GOLDSCHMIDT plantea de una manera más compleja que nos parece esclarecedora.

La experiencia vital de WERNER GOLDSCHMIDT lo impulsó a pensar en una *complejidad pura de paz*. Una vez, en una caminata cerca de la Facultad de Derecho de Rosario y ante mi inmenso dolor por la enfermedad de una persona muy querida para mí, le comenté que él me había hablado poco de su familia de origen. Luego de un instante de profunda introspección me respondió: *la guerra destruye tantas cosas...*

A los cuarenta años, en afinidades con SANTAYANA, WERNER GOLDSCHMIDT publicó “El hombre egocéntrico es un todo cerrado, el hombre cosmocéntrico constituye un sistema abierto. El hombre egocéntrico canta según la melodía; aut-aut, el hombre cosmocéntrico rima et-et”. “La solución de un problema traiciona el pensamiento puro que se reduce a aporética. El universo no contiene soluciones sino solo interrogantes eternamente viejos y eternamente rejuvenecidos”. Cerca del final de su vida volvió a publicar este texto que tal vez sea parte importante del núcleo de su testamento intelectual⁷. GOLDSCHMIDT era una *personalidad abierta*, en este sentido, cosmo-céntrica.

En la experiencia vital de WERNER GOLDSCHMIDT, se encuentran causas muy relevantes de su construcción del objeto trialista como orden de *repartos* de lo que favorece o perjudica al ser, en especial a la vida, captados por *normas* que los describen e integran y valo-

⁵ GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*, p. 570 a 572.

⁶ Compartimos que también lo eran en derecho consuetudinario.

⁷ GOLDSCHMIDT, “El filósofo y el profeta”, en *Justicia y verdad*, p. 122 y 123.

rados, los repartos y las normas, por el valor *justicia*. Esa complejidad permite declinar todas las juridicidades, en nuestro caso, por ejemplo, los genocidios y sus castigos. La complejidad tridimensional se muestra en ramas, v.gr., las que se orientan a totalidades como el derecho internacional, y a partes del derecho nacional en su constitución, derecho constitucional y derecho administrativo y su protección, derecho penal y derecho procesal, y el derecho privado.

Según el trialismo, en la *dimensión sociológica*, fuertemente instalada en la realidad de los hechos de nuestra vida, se incluyen adjudicaciones que son *distribuciones* de la naturaleza, las influencias humanas difusas de la economía, la lengua, la ciencia, etc. y el azar, y *repartos* producidos por la conducta de seres humanos determinables. Los repartos pueden ser *autoritarios o autónomos* y estar ordenados o en desorden; el orden se constituye mediante la planificación gubernamental y la ejemplaridad. La voluntad de los repartidores no es omnipotente y encuentra *límites necesarios*, de carácter físico, psíquico, lógico, sociopolítico, socioeconómico, etcétera.

En la *dimensión normológica*, las normas son consideradas *captaciones lógicas* de repartos proyectados que los describen e integran; se exige que sean fieles a los contenidos de las voluntades de los autores y *exactas*, es decir, se cumplan. Las fuentes reales de las normas son materiales, los repartos mismos, o formales, autobiografías hechas por los repartidores en constituciones formales, leyes, decretos, sentencias, contratos, etcétera. Para que los repartos captados en las normas se realicen es necesario que estas *funcionen* a través de tareas entre las que GOLDSCHMIDT se refirió especialmente a la interpretación, la determinación, la elaboración y la aplicación. Las normas de los órdenes forman ordenamientos normativos.

En la *dimensión dikelógica* se integran las consideraciones *formales y materiales* de la *justicia*. Claro está que el formalismo con que se desvía el pensamiento kantiano no es suficiente. El trialismo goldschmidtiano presenta grandes aportes en las posibilidades de considerar el *complejo de los valores*, las *clases de justicia*, la *pantomía* de este valor y el estudio de la justicia de los *repartos aislados* y el *régimen*. La justicia, según GOLDSCHMIDT valor objetivo, exige asegurar a cada individuo la *esfera de libertad necesaria* para desarrollarse plenamente. El régimen ha de ser *humanista*, atender a la unicidad, la igualdad y la fraternidad y *proteger* a los individuos contra todas las amenazas, de los demás como individuos y como régimen, de sí mismos y de todo “lo demás” (enfermedad, mi-

seria, ignorancia, soledad, etcétera). Lugar muy destacado en el rechazo de la agresión ocupa la consideración de la persecución racial, que enfrenta a la víctima con una condición inmodificable. Espacio muy importante tienen también los derechos humanos, a los que desde el comienzo de la elaboración de la teoría se brinda particular atención.

Las normas de la criminalidad nazi eran derecho socio-normológicamente, pero su carencia de justicia nos obliga a rechazarlas y condenar a quienes las impusieron. Eran en parte consecuencia de influencias humanas difusas, por ejemplo, de las guerras francoprusianas, y tal vez fueran justas en cuanto a los repartidores, por su origen mayoritario, pero eran injustas respecto de los beneficiarios, a los objetos, las formas, es decir, los caminos previos a las decisiones y las razones. El sentido de orden y coherencia justos de GOLDSCHMIDT compromete a la paz, exclusión de la guerra, la maldad difusa puesta en marcha.

La obra jurídica humanista de WERNER GOLDSCHMIDT se *integra* sobre todo en lo profundo de la filosofía y la internacionalidad. Por ejemplo, se relaciona, en su propia y consistente identidad, con el pensamiento de sus maestros europeos mencionados; con el aprovechamiento de las enseñanzas normativistas de KELSEN; con la intersubjetividad de la conducta, de la egología; con la vocación de justicia del iusnaturalismo; con la tarea de desenmascaramiento de las corrientes críticas y con la complejidad jurídica del tridimensionalismo de IHERING, GÉNY, LASK, POUND, REALE, RECASÉNS SICHES, FERNÁNDEZ SESAREGO, etcétera. En la internacionalidad se vincula en especial con la obra gigantesca de SAVIGNY.

Son *pilares principales* en una extraordinaria obra escrita y áulica gigantesca: *La consecuencia jurídica de la norma del derecho internacional privado*⁸; *Sistema y filosofía del derecho internacional privado*⁹; *Derecho internacional privado*¹⁰; *La ciencia de la justicia (Dikelogía)*¹¹; *Introducción filosófica al derecho*¹² y

⁸ GOLDSCHMIDT, *La consecuencia jurídica de la norma del derecho internacional privado*.

⁹ GOLDSCHMIDT, *Sistema y filosofía del derecho internacional privado*.

¹⁰ GOLDSCHMIDT, *Derecho internacional privado*.

¹¹ GOLDSCHMIDT, *La ciencia de la justicia (Dikelogía)*.

¹² GOLDSCHMIDT, *Introducción al derecho, luego Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes* (con nume-

*Justicia y verdad*¹³, que consideramos entre las más importantes del siglo xx. La obra de WERNER GOLDSCHMIDT, un verdadero *clásico*, inició un recorrido de gran valor prolongado mucho más allá de su muerte, pero hemos querido ceñirnos a lo que el gran maestro elaboró durante su vida¹⁴.

Tal vez, cumpliendo el imperativo de una de las últimas obras del maestro de Königsberg, GOLDSCHMIDT buscó la paz internacional y, atendiendo al ruego parafraseado de Francisco de Asís, quien quizás fue el más grande de los cristianos, hizo para que donde haya guerra crezca la paz.

“*Jurista es quien a sabiendas reparte con justicia*”, WERNER GOLDSCHMIDT¹⁵.

BIBLIOGRAFÍA

- CIURO CALDANI, MIGUEL Á. C., *Razones del trialismo (A Werner Goldschmidt, treinta años después)*, “Investigación y Docencia”, n° 52, 2016-2017, p. 125 a 154.
- *Una teoría trialista del derecho*, Bs. As., Astrea, 2020 (2ª ed. de *Una teoría trialista del mundo jurídico*, Rosario, FderEdita, 2019).
- *Werner Goldschmidt y la cultura jurídica argentina*, “Idearium”, n° 13, 2015, p. 263 a 265.
- COUTURE DE LANDONI, INÉS - LANDONI SOS, ÁNGEL, *Semblanza de Eduardo J. Couture*, “Revista de la Maestría en Derecho Procesal”, PUCP, n° 6, vol. 1, 2016, p. 152 a 162.
- GOLDSCHMIDT, WERNER, *Der Aufbau der Juristischen Welt, Theorie der Austeilung, ihrer Gerechtigkeit und ihrer Normierung*, Wiesbaden, Steiner, 1963.
- *Derecho internacional privado*, Bs. As., El Derecho, 1970.
- “El filósofo y el profeta”, en *Justicia y verdad*, Bs. As., La Ley, 1978.

rosas ediciones, en Bs. As., Depalma, a partir de 1967); *Der Aufbau der Juristischen Welt, Theorie der Austeilung, ihrer Gerechtigkeit und ihrer Normierung*, Wiesbaden, Steiner, 1963.

¹³ GOLDSCHMIDT, *Justicia y verdad*.

¹⁴ Es posible ver, por ejemplo, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <https://centrodefilosofia.org/>, 2-11-2021; Libros de integrativismo trialista; también CIURO CALDANI, *Una teoría trialista del derecho* (2ª ed. de *Una teoría trialista del mundo jurídico*).

¹⁵ GOLDSCHMIDT, Comunicación en II Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino, Grupo 7, nuestros trabajos *Werner Goldschmidt y la cultura jurídica argentina*, “Idearium”, n° 13, 2015, p. 263 a 265; *Werner Goldschmidt* Comunicación en II Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino, Grupo 7, Nuestros clásicos, <https://conpedi.org.br/eventos/ilatina/>, 1-11-2021; *Razones del trialismo (A Werner Goldschmidt, treinta años después)*, “Investigación y Docencia”, n° 52, 2016-2017, p. 125 a 154..

- *Introducción al derecho*, Madrid, Aguilar, 1960 y 1962.
- *Introducción filosófica al derecho*, 6ª ed., 5ª reimp., Bs. As., Depalma, 1987
- *Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, Bs. As., Depalma, 1967.
- *Justicia y verdad*, Bs. As., La Ley, 1978.
- *La ciencia de la justicia (Dikelogía)*, Madrid, Aguilar, 1958; 2ª ed., Bs. As., Depalma, 1986.
- *La consecuencia jurídica de la norma del derecho internacional privado*, Barcelona, Bosch, 1935.
- *Sistema y filosofía del derecho internacional privado*, 2ª ed., Bs. As., Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952-1954.
- *Werner Goldschmidt*, Comunicación en II Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino, Grupo 7, Nuestros clásicos, <https://conpedi.org.br/eventos/ilatina/>.

RESEÑAS

LIBRO

MARCELO FERNÁNDEZ PERALTA
Tomás Casares, iusfilósofo y juez
(Buenos Aires, Astrea, 2021)



EDUARDO ESTEBAN MAGOJA*

Fruto de su tesis doctoral presentada en la Universidad Austral, el libro de MARCELO FERNÁNDEZ PERALTA es una suerte de trabajo arqueológico que, bajo una lectura multidisciplinaria integrada por un enfoque filosófico, ético y jurídico, organiza y sistematiza con prolijidad un variado *corpus* de textos de la actividad intelectual y judicial de TOMÁS CASARES. A partir de la organización de un sustrato multifacético, FERNÁNDEZ PERALTA nos ofrece una obra que da cuenta de la firmeza con la que ese reconocido pensador argentino realizó el valor de la coherencia entre pensamiento y acción, así como también el cultivo de las virtudes: en especial de la equidad, la virtud paradigmática del juez. En lo que respecta a la estructura, el texto comienza con un prólogo escrito por el constitucionalista doctor ALFONSO SANTIAGO, continúa con unos agradecimientos, la introducción y cinco capítulos. Al final, le siguen las conclusiones, unas palabras de cierre pronunciadas por el filósofo del derecho doctor RENATO RABBI-BALDI CABANILLAS y la bibliografía consultada.

Un breve recorrido por las diferentes partes que componen la obra de FERNÁNDEZ PERALTA nos permitirá mostrar el desarrollo de su investigación. En primer lugar, con miras a orientar el camino de su lectura sobre aquel iusfilósofo y juez argentino, plantea varias preguntas que giran en torno a la cuestión de la correspondencia o, mejor dicho, coherencia entre la teoría y la praxis de CASARES en su

* Docente investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Correo electrónico: magojaeduardo@gmail.com.

extensa trayectoria como intelectual, religioso y juez. Focalizado en este tema, el autor identifica dos puntos centrales o de “primer nivel” sobre los cuales dirige su estudio: primero, si tal coherencia constituye una virtud y si resulta ser relevante en la actividad jurisdiccional; y, segundo, si CASARES constituye un ejemplo de la virtud de la coherencia. Teniendo tales fines en mente, FERNÁNDEZ PERALTA enuncia el interrogante de base que direcciona toda la investigación: “¿existe una relación de continuidad entre CASARES primero como intelectual católico, luego como iusfilósofo y finalmente como juez?”. A esta pregunta, le suma otras de “segundo nivel” que tienden a profundizar los puntos señalados en la enorme producción casariana.

Una vez precisado estos aspectos y fijar el rumbo de su trabajo, en el capítulo I, titulado “Aproximación bibliográfica”, se ofrece como prelude una descripción de la trayectoria personal de CASARES, mediante la cual FERNÁNDEZ PERALTA busca dar cuenta de las circunstancias que, respecto de ese intelectual, rodearon la formación de su pensamiento en general y la toma de decisiones judiciales en particular. Así, describe su vida familiar, su actividad académica, su actividad como propulsor de iniciativas sociales y su actividad en la función judicial. En el capítulo II, “Tomás Casares, intelectual católico”, FERNÁNDEZ PERALTA advierte, con razón, sobre la importancia de estudiar la doctrina religiosa del pensador acerca de la fe, la cual constituye la base estructural de todo su pensamiento y su principal punto de apoyo. En palabras de FERNÁNDEZ PERALTA, “todo lo demás, incluso su condición de iusfilósofo y juez, era anexo y en cierto modo secundario a dicha característica central”. En este terreno, explora y analiza, en detalle, cada una de las obras religiosas de CASARES y, a partir de allí, extrae varios conceptos fundamentales: Dios, que dicho pensador concibe bajo la noción clásica aristotélico-tomista; la fe, la cual ve como la intuición directa, espontánea y natural de lo universal; la religión católica apostólica romana, que se caracteriza por el vínculo jerárquico de Dios con el hombre; los fines sobrenaturales del ser humano, que constituyen el télos por excelencia de la naturaleza humana; y, por último, su doctrina social de matriz aristotélica.

En el capítulo III, que lleva por título “Tomás Casares, filósofo y iusfilosófico”, se retrata en particular el perfil iusfilosófico del autor. El movimiento metodológico que FERNÁNDEZ PERALTA lleva adelante resulta ser el mismo que el realizado en el capítulo anterior. Así, en primer lugar, marca en términos generales la concepción iusfilosófica aristotélico-tomista que tenía CASARES y luego pasa al estudio deta-

lado de cada una de sus obras. En especial, el mayor desarrollo se realiza sobre *La justicia y el derecho*, que es su obra cumbre. Mediante este ejercicio interpretativo, FERNÁNDEZ PERALTA distingue de la enorme producción filosófica y iusfilosófica casariana una serie de conceptos centrales que muestran un armazón teórico complejo y muy elaborado: la virtud y, dentro de ella, la justicia; el derecho, al cual CASARES lo concibe con un carácter análogo, en su variante de analogía de atribución; la equidad, a la que definió como “la puerta de acceso a la plenitud de la justicia”; el bien común, que se caracteriza por ser una realidad superior y distinta de los bienes individuales, incluso con mayor dignidad ontológica; la ley, que CASARES la define al igual que TOMÁS DE AQUINO; la autoridad, cuyo ejercicio bajo los límites de la ley es necesario para que en la sociedad haya coordinación; el Estado, al que lo entiende como “el ordenador de los intereses particulares en la vida colectiva”; y, por último, el método en materia de interpretación y argumentación.

En el capítulo IV se explora la labor profesional de CASARES en su actuación institucional. En esa parte de la investigación, titulada “Tomás Casares, juez”, el énfasis está puesto en el análisis de la doctrina que este forjó al prestar funciones dentro del Estado, durante los diversos cargos que desempeñó en su larga carrera: asesor de menores, secretario, juez de primera instancia, juez de cámara y ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El desfile de numerosas resoluciones que FERNÁNDEZ PERALTA pone bajo examen en esta oportunidad le permite identificar las características más importantes de CASARES, principalmente como juez, y su nivel de erudición. La sabiduría (teórica y práctica) de este intelectual se plasma, por un lado, en su capacidad de abordar con seriedad una gran cantidad variada de temas y, por el otro, en su fidelidad en mantener una misma línea de pensamiento acorde a su cosmovisión religiosa y iusfilosófica.

Sobre la base del análisis desplegado en los capítulos II, III y IV, que muestra claramente un movimiento que va desde lo más general a lo más particular, en el capítulo V, titulado “La relación entre CASARES como intelectual católico, iusfilósofo y juez”, se avanza hacia la parte medular de la tesis y en la cual se dará una respuesta a las preguntas con las que FERNÁNDEZ PERALTA inició su recorrido cetético. En dicho capítulo, procede como si se tratara del armado de un rompecabezas. Así, articula las facetas desarrolladas en los capítulos previos y explora aquellos conceptos centrales de la filosofía y el pensamiento religioso de CASARES que se encuentran en su desempeño ju-

dicial. A tal fin, FERNÁNDEZ PERALTA divide la actividad del pensador en tres etapas, las que distingue mediante un criterio cronológico: una primera parte, que comprende la actuación inicial en su carrera judicial (desde que fue asesor de menores hasta juez de cámara); una etapa intermedia, que comprende su trabajo como juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación hasta 1947; y una última etapa, que llega hasta 1955 en el ejercicio de ese mismo cargo. En tal análisis, son varios los conceptos sobre los que se detiene FERNÁNDEZ PERALTA, entre los que se destacan la justicia, la virtud, la interpretación, la propiedad y el derecho, entre otros. Más allá de las consideraciones particulares que se ofrecen sobre cada uno de ellos, hay una clara preocupación por elucidar la continuidad que se da desde la teoría a la acción respecto de un hombre que supo mantenerse firme en sus convicciones.

En las conclusiones, se retoma, y se corrobora, la hipótesis de partida acerca de que CASARES mantiene coherencia entre su obra escrita como intelectual católico y como iusfilósofo, por un lado, y su actividad judicial, por el otro. Así, FERNÁNDEZ PERALTA se ocupa de constatar en especial la pregunta base que dio origen a su investigación y aquellas preguntas accesorias que gravitan a su alrededor y cuyas respuestas fortalecen la afirmación de que aquel pensador efectivamente fue coherente, virtuoso, profesionalmente sólido y fiel a sus creencias.

La obra de FERNÁNDEZ PERALTA constituye una investigación de gran valor académico. No hay dudas de que recibirá un especial reconocimiento por parte de los especialistas que quieran adentrarse al estudio de CASARES o que, tomando como modelo este tipo de trabajo, se aventuren a elaborar, respecto de otro gran jurista, una obra de semejante envergadura. En cuanto a las cuestiones de estilo y forma, quisiera marcar que el libro presenta una escritura amena, con oraciones sin una sintaxis rebuscada que le permiten ganar claridad expositiva y rigor argumentativo. Contiene además una armoniosa organización y las ideas se exponen con claridad, sobre la base de una bibliografía pertinente y actual.

En cuanto a las cuestiones sustantivas, son varias las virtudes que presenta la investigación. Por cuestiones de espacio, me limitaré a destacar solo tres y, a lo último, quisiera realizar un comentario. En primer lugar, el libro ofrece una lectura sumamente interesante, con un instrumental analítico muy rico y una metodología robusta que, rigurosamente respetada, le permite al autor alcanzar el propósito fijado en la Introducción, mediante la formulación de ar-

gumentos sólidos, válidos y persuasivos que se van entretejiendo en los distintos capítulos y que demuestran, sin lugar a dudas, un fuerte compromiso con la generación de conocimiento científico de calidad y novedoso.

En segundo lugar, FERNÁNDEZ PERALTA logra realizar una verdadera comprensión de CASARES, esto es, una captación de su pensamiento en un contexto histórico concreto y a través de sus producciones, de sus manifestaciones y diversas expresiones discursivas. Hay un ejercicio interpretativo que traza una conexión con la historia de vida de CASARES, que pone al descubierto un proyecto cargado de experiencias, vivencias, ideas y conceptos. Mejor dicho, hay un ejercicio hermenéutico en el que FERNÁNDEZ PERALTA, como decía SCHLEIERMACHER, se pone a sí mismo tanto objetiva como subjetivamente en la posición del autor que estudia con el fin de comprenderlo en profundidad. Esto se ve tanto en el gran conocimiento del lenguaje y los conceptos que maneja sobre la obra casariana, así como también en la forma en que se recrean los aspectos interiores y exteriores del flujo de vivencias académicas de aquel pensador. En su fatigosa búsqueda por demostrar la coherencia de CASARES entre sus concepciones jurídicas y sus decisiones judiciales, FERNÁNDEZ PERALTA descifra la complejidad significativa del discurso y, de este modo, cumple con la máxima hermenéutica de alcanzar a “comprender al autor mejor de lo que él se comprendió a sí mismo”.

La última virtud del texto es el valor de estudiar a CASARES. Estamos muy acostumbrado a leer libros o tesis acerca de la vida y el pensamiento de PLATÓN, ARISTÓTELES, KANT, HEGEL o HEIDEGGER, entre muchos otros. Creo que también es una tarea muy noble y de indudable importancia para nuestra historia dedicarse al estudio global de aquellos grandes pensadores que han dejado una impronta en la filosofía del derecho en Argentina, como sucede –no incluyo, por supuesto, a quienes todavía están en actividad– con COSSIO, GIOJA, GOLDSCHMIDT, NINO, MARI, BULYGIN y VERNENGO, entre otros. Sin dudas, CASARES integra el podio de los intelectuales argentinos que en el ámbito iusfilosófico merecen un especial reconocimiento. El trabajo que logró alcanzar FERNÁNDEZ PERALTA materializa esa actitud y le brinda un gran homenaje a quien supo, en los vaivenes políticos y los distintos avatares de la vida profesional, mantener por sobre todas las cosas el valor de la coherencia.

Sin negar sus méritos, se puede realizar, para finalizar, un comentario al trabajo de FERNÁNDEZ PERALTA que en modo alguno disminuye su valor. El autor hace un fuerte hincapié en la incidencia de

la virtud de la coherencia sobre “la salud institucional de la sociedad”; destaca además su “alto impacto social” y cómo ella “redunda en beneficio de la sociedad”. Creo que se podría haber indagado, aunque sea muy brevemente, tal efecto en la propia jurisprudencia posterior de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Claro, este no era el propósito del autor. Pero muy probablemente, quien termine de leer la obra de FERNÁNDEZ PERALTA se quede con las ganas de saber si, y en tal caso cómo, efectivamente el legado de CASARES irradió algún efecto benéfico en la actividad de los siguientes cortesanos o jueces de la administración de justicia en general –y no me refiero, vale aclarar, solo a los inmediatamente posteriores–. Parece que hay allí un nuevo camino por recorrer, que podrá ser emprendido por el propio FERNÁNDEZ PERALTA o que eventualmente quedará en manos de otros investigadores. En cualquier caso, quien se anime y quiera asumir el compromiso de llevar adelante semejante empresa –no, por cierto, sencilla–, puede confiar en que las ideas sentadas en este libro constituyen una base sólida, y sumamente fructífera, para levantar cualquier otra construcción académica sobre aquel intelectual argentino.

BIBLIOGRAFÍA

- FERNÁNDEZ PERALTA, MARCELO, *Tomás Casares, iusfilósofo y juez. La coherencia entre sus concepciones jurídicas y sus decisiones judiciales*, Bs. As., Astrea, 2021.
- SCHLEIERMACHER, FRIEDRICH D. E., *Hermeneutics: the handwritten manuscripts*, Missoula, Scholars Press, 1977.

NORMAS DE PUBLICACIÓN PARA LOS AUTORES

A) SOBRE LAS SOLICITUDES DE PUBLICACIÓN

La revista Ideas & Derecho publica trabajos de investigación originales e inéditos, relacionados con las especialidades de Teoría Jurídica, Filosofía del Derecho, Filosofía Política y Filosofía Social. Abarca todas las escuelas de pensamiento y ciencias conexas. Los interesados en publicar en esta revista pueden enviar: a) *Estudios*: trabajos de investigación, artículos monográficos, de revisión, aportes teóricos o metodológicos y ponencias presentadas en eventos; b) *Diálogos y ensayos*: entrevistas a personalidades referidas a la especialidad y ensayos –reflexiones libres de los autores– que deberán demostrar claridad conceptual y coherencia argumentativa; c) *Reseñas*: Las reseñas podrán ser textos críticos o informativos referentes a libros, fallos o legislación.

B) ESTILO Y ESTRUCTURA DE LAS PUBLICACIONES

§ 1. PAUTAS EDITORIALES GENERALES, PARA TODO TIPO DE CONTRIBUCIÓN

- a) *Idioma*: se admitirán trabajos escritos en castellano, portugués e inglés.
- b) *Formato de envío*: los trabajos deberán realizarse en procesador de texto con la extensión .doc o similares y enviarse por correo electrónico a ideasyderecho@aafder.org.
- c) *Tipografía*: fuente Times New Roman, 12 pts.; notas al pie, 10 pts.
- d) *Márgenes*: superior e inferior: 2,5 cm; izquierdo y derecho: 3 cm.
- e) *Interlineado*: cuerpo principal y notas al pie 1,5 líneas.
- f) *Alineación*: texto completo justificado.

§ 2. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

El estilo de citación de la revista Ideas & Derecho tiene como base la norma internacional ISO 690:12ª ed. 1987, con las adaptaciones que se detallan a continuación. Para las referencias bibliográficas se utiliza el método de *notas secuenciales a pie de página con bibliografía completa, citada al final (Bibliografía)*. En este sistema, cada vez que el autor quiera complementar el texto del cuerpo principal del trabajo con un texto secundario o la referencia a una fuente, debe insertar un número superíndice que reenvía a las notas al pie, las cuales deberán colocarse en forma consecutiva a partir de la número 1 (¹, ², ³,...). Todas las citas bibliográficas a pie de página (de la primera a la última) se describirán en forma abreviada y en la bibliografía final, en forma completa. La bibliografía citada se registrará al final del texto, ordenada alfabéticamente por apellido de autor. Si dos o varias obras tienen el mismo autor, se subordinarán alfabéticamente conforme al título. Se utilizará sangría francesa al inicio de cada obra. Se usará el guión largo o raya cuando se repitan los mismos au-

tores en la bibliografía final. Seguidamente, se indicará la forma de describir cada tipo de material de manera abreviada *En notas al pie* y de modo completo en la bibliografía final y se darán ejemplos.

a) Libros

En notas al pie

Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra), si hay más de un autor se separa con guiones; título (en cursiva o bastardilla)¹, sin subtítulos; tomo, volumen (si lo hubiere) páginas.

Ejemplos:

MIZRAHI, *Responsabilidad parental*, p. 98.

NAUCKE - HARZER, *Filosofía del derecho*, p. 154.

AARNIO - GARZÓN VALDÉS - UUSITALO, *La normatividad del derecho*, p. 21 a 78.

En la Bibliografía final

Autor: apellido/s, nombre e inicial del siguiente, si tiene más de uno (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra). Si hay más de un autor se separa con guiones; título y subtítulo (en cursiva o bastardilla). Agregar solo el subtítulo principal. *No describir el contenido de la obra, que muchas veces aparece debajo del título o del subtítulo propiamente dicho*; n° de edición: en arábigos y según abreviaturas indicadas en el Anexo 1; labor de traducción, revisión o similares: abreviatura de la función², seguida de las iniciales del nombre y apellido de la persona en versales; datos de publicación: ciudad (en el idioma local de la fuente), editorial, año.

Ejemplos:

MIZRAHI, MAURICIO L, *Responsabilidad parental. Cuidado personal y comunicación con los hijos*, Buenos Aires, Astrea, 2015.

NAUCKE, WOLFGANG - HARZER, REGINA, *filosofía del derecho*, trad. L. BROND, Buenos Aires, Astrea, 2007.

AARNIO, AULIS - GARZÓN VALDÉS, ERNESTO - UUSITALO, JYRKI (dirs.), *La normatividad del derecho*, 4ª ed., Barcelona, Gedisa, 1997.

b) Parte de libro (capítulo, sección o párrafo completo de obra de más de un autor y donde se especifica quién escribió cada parte):

En notas al pie

Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra). Si hay más de un autor se separa con guiones; título de la parte citada (entre comillas), en apellido/s (del director/editor); título del libro (en cursiva o bastardilla); tomo o volumen (si lo hubiere), y número de páginas.

Ejemplos:

ÁLVAREZ, "Indemnizaciones por muerte y lesiones en accidentes de tránsito", en GUIBOURG, *Informática jurídica decisoria*, p. 191 a 211.

KLAMI, "Res ad ethicam venit", en AARNIO - GARZÓN VALDÉS - UUSITALO, *La normatividad del derecho*, p. 17 a 36.

En la Bibliografía final

Autor: apellido/s, nombre e inicial del siguiente, si tiene más de uno (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra); título de la parte citada (entre comillas), en apelli-

¹ Un título puede tener un subtítulo principal o destacado y otras informaciones sobre el título. El subtítulo propiamente dicho es una *frase* que suele acompañar y detallar o especificar al título; habitualmente figura en la portada en una tipografía más pequeña o diferenciada.

² Ver Anexo 3, Tabla de abreviaturas de funciones en: <http://www.aafder.org/>.

do/s, nombre e inicial del siguiente, si tiene más de uno (mayúscula solo la primera letra); si reviste alguna jerarquía especial, consignarla abreviada entre paréntesis (director, coordinador, editor); título del libro (en cursiva o bastardilla); n° de edición: en arábigos y según abreviaturas indicadas, tomo o volumen (si lo hay); labor de traducción, revisión o similares: abreviatura de la función³, seguida de las iniciales del nombre y apellido de la persona en versales; datos de publicación: ciudad (en el idioma local de la fuente), editorial, año.

Ejemplos:

ÁLVAREZ, GLADYS S., “Indemnizaciones por muerte y lesiones en accidentes de tránsito”, en GUIBOURG, RICARDO A. (dir.), *Informática jurídica decisoria*, Buenos Aires, Astrea, 1993.

KLAMI, HANNU, “Res ad ethicam venit”, en AARNIO, AULIS - GARZÓN VALDÉS, ERNESTO - UUSITALO, JYRKI (dirs.), *La normatividad del derecho*, 4ª ed., Barcelona, Gedisa, 1997.

c) *Artículo de revista*

En notas al pie

Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra). Si hay más de un autor se separa con guiones; título del artículo (en cursiva o bastardilla) sin el subtítulo si lo tuviere; título de la revista (entre comillas) y sin subtítulo. Si es conocida por su sigla o abreviatura, ella va en cursiva o bastardilla, pero sin comillas; datos de publicación: año de la revista y/o vol., y/o n° o si no dispone de esa numeración, mes abreviado⁴ y año de publicación en arábigos; números de páginas.

Ejemplos:

ALEXY, *La institucionalización de los Derechos Humanos en el Estado constitucional democrático*, “Derechos y Libertades”, año V, n° 8, p. 21 a 61.

STIGLITZ, *La mediación desde la perspectiva del justiciable*, LLBA, año 20, n° 9, p. 944 a 947.

En la Bibliografía final

Autor: apellido/s (en fuente versales), nombre e inicial del siguiente si tiene más de uno (mayúscula solo la primera letra); título del artículo: con subtítulo (en cursiva o bastardilla); título de la revista: con subtítulo (entre comillas). Si es conocida por su sigla o abreviatura ella va en cursiva, sin comillas; datos de publicación: año de la revista y/o vol. y/o n°, fecha de publicación (año y/o mes y año), páginas.

Ejemplos:

ALEXY, ROBERT, *La institucionalización de los Derechos Humanos en el estado constitucional democrático*, “Derecho y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid”, año V, n° 8, ene.-jun. 2000, p. 21 a 41.

STIGLITZ, GABRIEL, *La mediación desde la perspectiva del justiciable*, LLBA, Año 20, n° 9, oct. 2013, p. 944 a 947.

d) *Libros y documentos publicados en internet*

En notas al pie

Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra); título del libro (en cursiva o bastardilla); URL o DOI (Digital Object Identifier): si el documento electrónico dispone de DOI debe preferirse este dato antes que el URL.

Ejemplo:

PUGA, MARIELA, *Litigio y cambio social en Argentina y en Colombia*, <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/becas/20120308124032/Puga.pdf>.

³ Ver Anexo 3, Tabla de abreviaturas de funciones en: <http://www.aafder.org/>.

⁴ Ver Anexo 4, Tabla de abreviaturas de meses del año en: <http://www.aafder.org/>.

En la Bibliografía final

Autor: apellido/s, nombre e inicial del siguiente, si tiene más de uno (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra); título del libro (en cursiva o bastardilla); labor de traducción, revisión o similares: abreviatura de la función⁵, seguida de las iniciales del nombre y apellido de la persona (si la hubiere); datos de publicación: ciudad (en el idioma local de la fuente), editorial, año; URL o DOI (Digital Object Identifier): si el documento electrónico dispone de DOI debe preferirse este dato antes que el URL.

Ejemplo:

PUGA, MARIELA, *Litigio y cambio social en Argentina y en Colombia*, Buenos Aires, Clacso, 2012, <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/becas/20120308124032/Puga.pdf>.

e) *Artículos de revistas publicados en internet**En notas al pie*

Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra); título del artículo (en cursiva o bastardilla) sin el subtítulo si lo tuviere; título de la revista (entre comillas) sin el subtítulo si lo tuviere. Si es conocida por su sigla o abreviatura, las iniciales van en cursiva o bastardilla: URL o DOI (Digital Object Identifier); si el documento electrónico dispone de DOI debe preferirse este dato antes que el URL.

Ejemplos:

BUENO SÁNCHEZ, *Pobreza multidimensional y vulnerabilidad social*, <http://estudiosdel-desarrollo.net/observatorio/ob4/8.pdf>.

DABOVE, *Elder Law*, "Ageing International", DOI 10.10/S12126-013-91193-4.

En la Bibliografía final

Autor: apellido/s, nombre e inicial del siguiente si tiene más de uno (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra); título del artículo (en cursiva o bastardilla), con subtítulos; título de la revista (entre comillas) con subtítulos; si es conocida por su sigla o abreviatura, ella va en cursiva o bastardilla, pero sin comillas; datos de publicación: año de la revista y/o vol. y/o n°, fecha de publicación (año y/o mes y año), páginas (si lo hubiere); URL o DOI (Digital Object Identifier): si el documento electrónico dispone de DOI debe preferirse este dato antes que el URL.

Ejemplos:

BUENO SÁNCHEZ, ERAMIS, *Pobreza multidimensional y vulnerabilidad social*, "Observatorio del desarrollo", vol. 1, n° 4, <http://estudiosdeldesarrollo.net/observatorio/ob4/8.pdf>.

DABOVE, M. ISOLINA, *Elder Law. A need that emerges in the course of life*, "Ageing International", sep. 2013, DOI 10.10/S12126-013-91193-4.

f) *Congresos, conferencias, simposios, u otras reuniones o eventos académicos*

Las conferencias publicadas como libro o artículos de revistas deben registrarse según las reglas para esos tipos de fuentes. El resto de los materiales presentados en eventos académicos debe registrarse según la siguiente fórmula:

En notas al pie

Autor de la ponencia o "paper": apellido/s en fuente versales; título de la ponencia o "paper" (entre comillas); número y nombre del congreso o evento: antecedido por la frase "presentado en" (en cursiva o bastardilla); disponibilidad en la web: en el caso de que esté publicada en internet, agregar el URL de la ponencia.

⁵ Ver Anexo 3, Tabla de abreviaturas de funciones en: <http://www.aafder.org/>.

Ejemplo:

TARUFFO, MICHELE, “Considerazioni sul precedente”, presentado en XXIX Jornadas de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, <http://www.aafder.org/wp-content/uploads/2015/06/Taruffo-Considerazioni-sul-precedente.pdf>.

En la Bibliografía final

Autor de la ponencia, “paper”: apellido/s en fuente versales, nombre e inicial del siguiente si tiene más de uno (mayúscula solo la primera letra); título de la ponencia, o “paper”, etc. (entre comillas); número y nombre del congreso o evento, etc., antecedido por la frase “presentado en”, lugar y fecha de realización del evento (ciudad del evento, día, mes abreviado según Anexo 4, y año en números arábigos); disponibilidad en la web: en el caso de que esté publicada en internet agregar el URL de la ponencia.

Ejemplo:

TARUFFO, MICHELE, “Considerazioni sul precedente”, presentado en XXIX Jornadas de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho sobre “Verdad, Justicia y Derecho”, Ushuaia, 1 a 3 oct. 2015, <http://www.aafder.org/wp-content/uploads/2015/06/Taruffo-Considerazioni-sul-precedente.pdf>.

g) *Jurisprudencia*

Los fallos se citan solo en notas al pie, teniendo en cuenta la tabla de abreviaturas de títulos de revistas y bases de datos jurídicas y la tabla de abreviaturas de organismos del Poder Judicial (ver Anexos 5 y 6 respectivamente).

En notas al pie (para todo tipo de Tribunal)

Tribunal (si no es nacional, indicar de dónde es el juez), lugar de la jurisdicción, sala o secretaría (si corresponde); fecha: dd/mm/aa; carátula: “entre comillas”; datos de la publicación: en caso de corresponder, título de revista impresa o sigla, tomo, folio, año y página, o base de datos.

Ejemplo:

CCivCom Mercedes, Sala II, 12/09/15, “Agüero, Carlos c/González, Arturo s/incidente de verificación”, *LLonline*, 2015-A-98.

En notas al pie (para Fallos de la Corte Suprema Argentina).

CSJN; fecha: dd/mm/aa; carátula: “entre comillas”; datos de la publicación: en el caso de sentencias publicadas en la revista *Fallos* de la CSJN colocar únicamente, n° de tomo, : (dos puntos) y página. Si está publicado en alguna otra revista, colocar el *título de revista* impresa, tomo, folio, año y página, o base de datos.

Ejemplos:

CSJN, 03/10/83, “Aramayo, Domingo R. s/amparo”, *Fallos*, 312:986.

CSJN, 03/10/83, “Aramayo, Domingo R. s/amparo”, *LL*, 1984-B-183.

h) *Legislación*

La cita de la legislación se registra en el cuerpo principal del texto entre paréntesis. Las leyes nacionales se citan por el número (v.gr., ley 11.723). Las leyes provinciales se citan indicando el número y la provincia (ley 10.000 de Santa Fe). Los decretos nacionales se citan por el número/año de vigencia (decr. 386/07). De tratarse de un decreto provincial, se citan por el número/año de vigencia y la aclaración de la provincia de que se trate (decr. 386/07 de Río Negro). En todos los casos, de ser un decreto anterior a 1920, se registran los cuatro números del año. En los demás casos referidos a disposiciones normativas de menor jerarquía, se indica la clase de fuente legal, seguido de la sigla del organismo que la dictó y el número/año (res. IGG 7/15; ord. munic. 6287/96 CD de Rosario). En el caso de la legislación extranjera, se utiliza el mismo mecanismo, pero se adiciona el nombre de la ley, decreto, etc., desarrollado y con iniciales en mayúsculas.

§ 3. INCLUSIÓN DE IMÁGENES Y TABLAS

Dentro del texto principal del trabajo solo podrán incluirse imágenes, tablas y gráficos en formato *.jpg.

§ 4. PAUTAS EDITORIALES ESPECÍFICAS PARA ESTUDIOS

Los estudios no podrán exceder de los 60.000 caracteres (con espacios) en total. Este tipo de contribuciones deberán incluir: título, subtítulo, si así lo requiere; resumen y palabras clave. El título deberá ir en mayúsculas, el resumen tendrá un máximo de mil (1.000) caracteres con espacios, y se registrarán cinco (5) palabras clave. El título, el resumen y las palabras clave deberán figurar en tres idiomas: español, portugués e inglés. Secciones, subsecciones y párrafos: en caso de corresponder, los títulos de las secciones del artículo deberán estar escritos en negrita y centrados al ancho de la página, listados en letras mayúsculas (A, B, C). No colocar una Sección A si no hay al menos una Sección B.

Los títulos de las subsecciones, que excepcionalmente correspondan, deberán estar escritos en letra negrita y centrados al ancho de la página, numerados por números arábigos (1, 2, 3). La numeración de las subsecciones comienza en 1 para cada sección. No colocar una subsección 1 si no hay al menos una subsección 2. Los párrafos son la unidad temática básica. Deberán estar en letra cursiva o bastardilla y negrita, listados en forma sucesiva a lo largo de todo el texto del artículo, independientemente de que pertenezcan a distintas secciones o subsecciones (§ 1, § 2, § 3).

§ 5. PAUTAS EDITORIALES ESPECÍFICAS PARA DIÁLOGOS Y ENSAYOS

Los diálogos y ensayos no podrán exceder los 60.000 caracteres (con espacios) en total. Los artículos de esta sección, en el caso de corresponder, deberán seguir las pautas de citación indicadas en el § 2. Referencias bibliográficas.

§ 6. PAUTAS EDITORIALES ESPECÍFICAS PARA RESEÑAS

Las reseñas pueden referirse a publicaciones, jurisprudencia, legislación y eventos. Los textos no deberán superar los 10.000 caracteres (con espacio).

C) ENVÍO DE LAS CONTRIBUCIONES

§ 7. MODO DE REMISIÓN

Para garantizar el cumplimiento de las pautas de evaluación del sistema “doble ciego”, los trabajos deben ser enviados en un archivo electrónico en formato .doc o similares, nombrado con las tres (3) primeras palabras del título, y *sin la identificación del autor*. Su nombre y apellido, pertenencia institucional, cargos y datos de contacto, deberán enviarse en otro archivo con extensión .doc y encabezado con el apellido del autor seguido de las tres (3) primeras palabras del título.

§ 8. CORREO ELECTRÓNICO

Las contribuciones, ajustadas a las pautas editoriales referidas, deben dirigirse por correo electrónico a ideasyderecho@aafder.org.

Ver pautas completas y anexos en el sitio web de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho: <http://www.aafder.org/>

DECLARACIÓN DE ORIGINALIDAD

Sres. Asociación Argentina de Filosofía del Derecho

At.: Revista Ideas & Derecho

Ref. Autor/a del artículo /Título del artículo

De mi mayor consideración:

Por medio de este documento, dejo constancia de que soy autor/a originario/a del trabajo que ofrezco para su posible publicación en la revista Ideas & Derecho de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, ya que sus contenidos son producto de mi directa contribución intelectual. Todos los datos y las referencias a materiales ya publicados están correctamente identificados con su respectivo crédito e incluidos en las citas bibliográficas al pie y en la bibliografía final.

Por lo antepuesto, asumiré cualquier reclamo relacionado con derechos de propiedad intelectual, del material aquí ofrecido, eximiendo de responsabilidad a la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. Además, dejo constancia de que este artículo no ha sido presentado para su publicación en otra revista, obra monográfica, ni bajo ninguna otra forma.

En caso de que el artículo ofrecido sea aprobado para su publicación, como autor/a y propietario/a de los derechos de autor autorizo de manera ilimitada en el tiempo a la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho para que incluya dicho texto en la revista Ideas & Derecho, para que pueda reproducirla, editarla, distribuirla, exhibirla y comunicarla en el país y en el extranjero por medios impresos, electrónicos, internet o cualquier otro conocido o por conocer, por sí o por un tercero autorizado por ella.

Como única contraprestación por la presente autorización, declaro mi conformidad de recibir dos (2) ejemplares del número de la revista en que aparezca mi artículo.

Se firma esta declaración a los ... días, del mes de ..., del año ..., en la Ciudad de ...

Nombre/s y apellido/s del autor/a, firma, número de documento de identidad, teléfonos, domicilio particular y correo electrónico.

