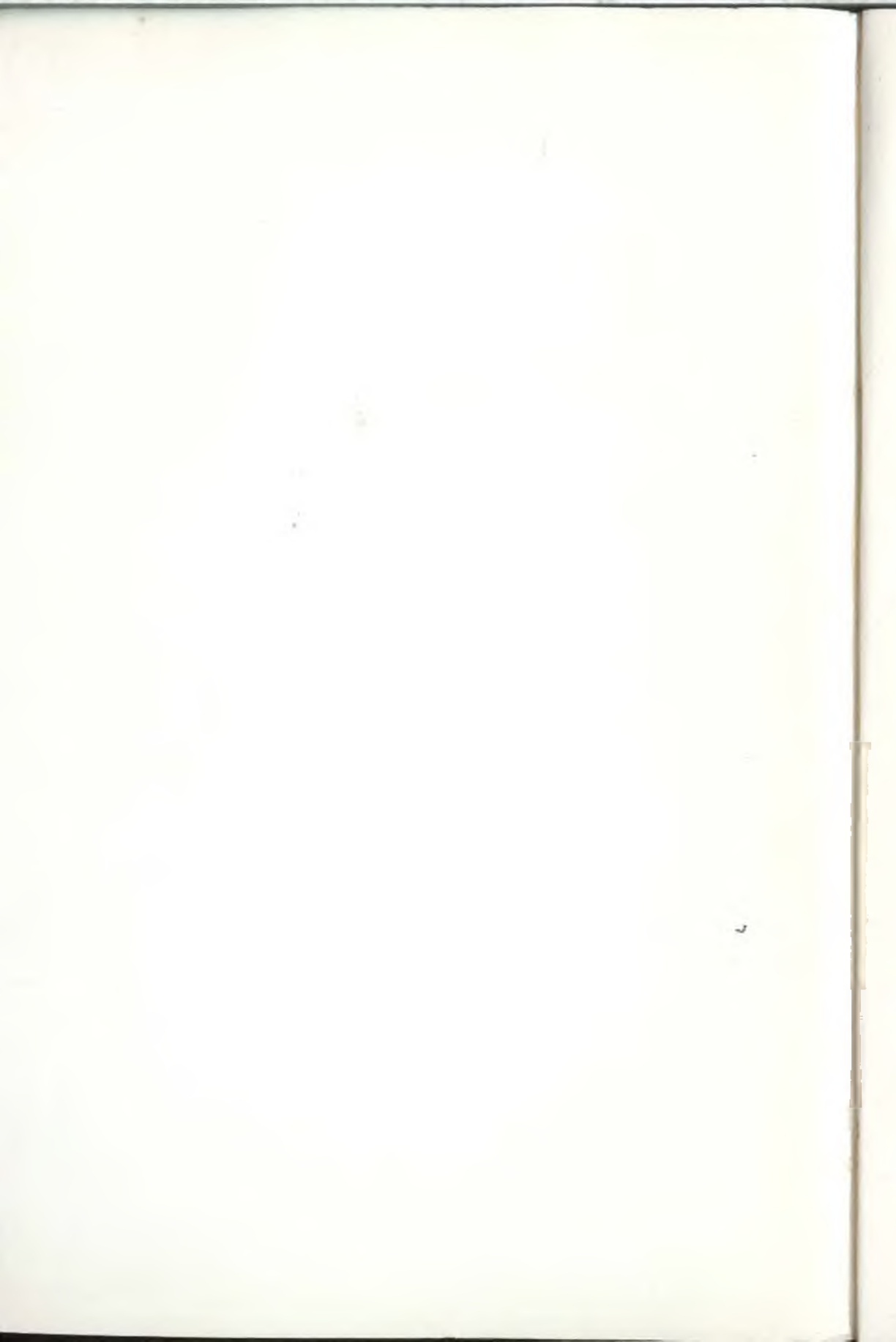


IDEAS Y DERECHO

Anuario de la
ASOCIACIÓN ARGENTINA DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO

2008



IDEAS Y DERECHO

ANUARIO DE LA
ASOCIACIÓN ARGENTINA DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO

Número 6 - 2008

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

PRESIDENTE: Rodolfo L. Vigo
VICE-PRESIDENTE: Eduardo Barbarosch
SECRETARIO: Juan Cianciardo
TESORERO: Diego Duquelsky

VOCALÉS TITULARES

Ariel Álvarez Gardiol
Eugenio Bulygin
Ricardo Caracciolo
Carlos Cárcova
Miguel Ángel Ciuro Caldani
Ricardo V. Guarinoni
Ricardo A. Guibourg
Pablo López Ruf
Carlos I. Massini Correas
Renato Rabbi-Baldi Cabanillas
Jorge Rodríguez

VOCALÉS SUPLENTES

José Rolando Chirico
Hugo Zuleta
Santiago Legarre
Eduardo Barcesat

REVISORES DE CUENTAS

Eloy Emiliano Suárez (TITULAR)
Carlos María Fernández (SUPLENTE)

Ideas y Derecho

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

EDITOR RESPONSABLE

RODOLFO L. VIGO

SECRETARIO DE REDACCIÓN

EDUARDO R. SODERO

CONSEJO DE REDACCIÓN

Eugenio Bulygin

Carlos M. Cárcova

Miguel A. Ciuro Caldani

Rodolfo L. Vigo

ISBN: 978-987-21433-3-6

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

Asociación Argentina de Filosofía del Derecho
Ideas y derecho. - 1a ed. - Buenos Aires: Asoc.
Argentina

de Filosofía del Derecho, 2008. 304 p.; 23x16
cm.

ISBN 978-987-21433-3-6

1. Filosofía del Derecho.

CDD 340.1

SUMARIO

PRÓLOGO	7
---------------	---

SECCIÓN I

¿Derechos humanos sin Metafísica?.....	11
--	----

Robert Alexy

Nota sobre el artículo "¿Derechos humanos sin metafísica?" de Robert Alexy.

"La metafísica de los derechos humanos".....	25
--	----

Carlos Bernal Pulido

Nota sobre el artículo ¿Derechos humanos sin metafísica? de Robert Alexy	43
--	----

Miguel Angel Cluro Caldani

Nota sobre el artículo "¿Derechos humanos sin metafísica?" de Robert Alexy

¿Esencias justificadas?	71
-------------------------------	----

Alfonso García Figueroa

Nota sobre el artículo "¿Derechos humanos sin metafísica?" de Robert Alexy..	95
--	----

Carlos I. Massini Correas

"Sobre el status ontológico de los derechos humanos"	103
--	-----

Eugenio Bulygin

Nota sobre el artículo "¿Derechos humanos sin metafísica? de Robert Alexy

"¿Para qué metafísica?	111
------------------------------	-----

Jan Sieckmann

"Nota sobre el artículo "¿Derechos humanos sin metafísica? de Robert Alexy

"Derechos humanos: naturaleza y cultura"?"	133
--	-----

Carlos María Cárcova

Nota sobre el artículo "¿Derechos humanos sin metafísica? de Robert Alexy	149
<i>Ariel Alvarez Gardiol</i>	

SECCIÓN II

PREMIO 2007 AL JOVEN INVESTIGADOR

"Cuestiones metodológicas que la analytical jurisprudence actual todavía no ha resuelto".....	167
<i>Juan Bautista Etcheverry</i>	

SECCIÓN III

"El modelo de controversia fáctica en la audiencia preliminar (una visión narrativista acerca de qué y cómo conocemos sobre los hechos en litigio)"	191
<i>José Calvo González</i>	
"La tradición de la ley natural"	223
<i>John Finnis</i>	
"Volver a los orígenes. La tesis social y sus consecuencias en el positivismo ético contemporáneo"	229
<i>Pedro Rivas</i>	
"Robert Alexy y el concepto de derecho"	245
<i>Eugenio Bulygin</i>	
"El Quijote y el Derecho". Las relaciones entre la disciplina jurídica y la obra literaria	257
<i>Andrés Botero Bernal</i>	

SECCIÓN IV

Entrevista a Eugenio Bulygin	299
<i>Ricardo Guibourg</i>	



PRÓLOGO

El presente Anuario es el primero que edita la Comisión Directiva que sucediera a la eficiente Comisión anterior que presidiera el Profesor Guibourg. Fácilmente se advertirá que se dan coincidencias esenciales entre el presente y las cinco ediciones anteriores, como lo son —por ejemplo— el pluralismo de visiones y la presencia de autores nacionales y extranjeros. Sin embargo, hemos introducido algunas diferencias en las que los miembros de la actual CD confiamos plenamente y que pueden ser entendidas como un nuevo paso en el camino de consolidación que ha tenido el Anuario.

Básicamente esos cambios son dos: en primer lugar, la introducción de un trabajo que se estima significativo para que se vuelquen distintas lecturas críticas sobre el mismo, y que en el presente número es el que elaborara Robert Alexy bajo un título que ya revela las posibilidades de polémica: “¿Derechos Humanos sin Metafísica?”, logrando que en esa sección se sumaran a la iniciativa catedráticos argentinos y algunos extranjeros adscriptos a diversas escuelas o perspectivas; la segunda innovación es que se ha incorporado un reportaje a alguna figura destacada y con trayectoria en la iusfilosofía argentina, coincidiéndose con facilidad en ese punto en que debía empezarse con don Eugenio Bulygin, encargándose dicha tarea al profesor Guibourg.

Sin duda que no ha sido simple para la actual CD comenzar esta nueva etapa, pues todos coincidimos en que la gestión anterior conducida por Guibourg durante ocho años fue particularmente eficaz en orden a consolidar la Asociación y lograr un espacio renovado y pluralista de la filosofía del derecho en nuestro país. Una problemática a la que se le dedicó un importante esfuerzo y atención por parte de la Comisión

que presido, fue el referido a culminar los trámites de inscripción y regularización de la Asociación por ante la Inspección General de Justicia de la Nación a los fines de facilitar muchos de los trámites habituales que se cumplen por nuestra institución.

Pasada la inevitable etapa de reacomodamiento, los miembros de esta CD estamos empeñados en ratificar el camino transitado y renovar los esfuerzos para potenciar lo mejor de nuestra especialidad académica. Existen diversos proyectos en carpeta y algunos de ellos hemos comenzado a ejecutarlos, como los encuentros con profesores de las otras ramas del derecho, tal como el que en 2007 concretamos en la Universidad de Buenos Aires con los constitucionalistas, y a la mayor brevedad posible pretendemos llevar a cabo otro similar con los penalistas.

Asimismo, el año pasado –en lugar del tradicional concurso al Joven Investigador– se convocó a uno sobre “Dimensiones iusfilosóficas de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, fruto de un convenio firmado por la Asociación con el Presidente de nuestra máxima autoridad judicial, y en el cual premio “Corte Suprema de Justicia de la Nación – AAFD” se discimió, por decisión del jurado integrado por Carlos Cárcova, Enrique Zuleta y Miguel Ciuro Caldani, en favor del trabajo presentado por la abogada María Laura Rossi, quien lo expuso en nuestras Jornadas Nacionales a celebrarse en la ciudad de Tucumán del 9 al 11 de octubre de 2008.

Esta oportunidad de publicar un nuevo número de nuestro Anuario “Ideas y Derecho” también es propicia para agradecer a todos los que posibilitaron que este número finalmente viera la luz. En este punto corresponde hacerlo con Eduardo Soderó que pacientemente se dio a la siempre pesada tarea de reclamar trabajos y después procesarlos para su edición; también –y especialmente– la Asociación debe agradecer a la Editorial La Ley, que desinteresadamente se ha sumado a esta empresa apasionada por las Ideas y el Derecho.

RODOLFO L. VIGO

**Presidente de la Asociación Argentina
de Filosofía del Derecho**

PRIMERA SECCIÓN

¿DERECHOS HUMANOS SIN METAFÍSICA?

Por Robert Alexy¹

La forma básica de la crítica a la Metafísica es la negación de la existencia (*negative Existenzbehauptung*)²: no hay ningún Dios. No hay ningún principio supremo unificador, del cual todo se deriva. No hay espíritu junto a la materia. No existen entes abstractos como los pensamientos, los conceptos y los números. No hay ninguna verdad. No hay ninguna libertad. Tampoco los derechos humanos quedan a salvo de ser incluidos en frases de este tipo. Su más famosa degradación hacia la ilusión proviene de Alasdair MacIntyre. La misma reza: "*there are no such rights, and belief in them is one with belief in witches and in unicorns*"³.

Una crítica de este tipo no se aplicaría a los derechos humanos si ellos estuviesen por encima de toda sospecha metafísica. Serían así si fuese cierto que se los puede reconocer como fundados sin aceptar algo metafísico al mismo tiempo. Numerosos autores de la tradición liberal orientada hacia los derechos humanos parecen sostener como posible algo así como una moral libre de Metafísica que importaría la posibilidad de derechos humanos libres de Metafísica. Sólo menciono tres títulos: *Ethik ohne Metaphysik*, de Günther Patzig⁴; *Justice as Fairness*, de John

¹ Traducción por Eduardo R. Soderó, del original alemán *Menschenrechte ohne Metaphysik?*, publicado en *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 52 (2004), págs. 15-24.

² Una radicalización de esta forma básica es la afirmación de que tanto determinadas proposiciones de esta forma básica, y por consiguiente determinadas negaciones de la existencia, como también sus negaciones, y por lo tanto las correspondientes afirmaciones de la existencia, son sinsentidos; al respecto cfr. R. CARNAP, *Scheinprobleme in der Philosophie*, Frankfurt/M. 1966, 47 y ss., 62 y ss.

³ A. MACINTYRE, *After Virtue*, 2a. ed., Londres 1985, 69.

⁴ G. PATZIG, *Ethik ohne Metaphysik*, Göttingen, 1971.

Rawls⁵ y *Nachmetaphysisches Denken* de Jürgen Habermas⁶. Tales títulos plantean la doble impresión de, en primer lugar, que lo metafísico sería algo negativo que habría que evitar o superar, y en segundo lugar, que esto funciona sin ella. ¿Es así? ¿Puede haber derechos humanos sin Metafísica? En caso de que no, ¿son los derechos humanos no libres de Metafísica necesariamente una ilusión?

Para responder a estos interrogantes primero se debe precisar el concepto de derechos humanos. Con ello se demostrará que su existencia radica en su fundamentabilidad. Esto conduce en un segundo paso al problema de la fundamentabilidad de los derechos humanos. En el tercer paso se tratará acerca de si la fundamentación de los derechos necesariamente contiene o presupone elementos metafísicos.

I. El concepto de derechos humanos

Los derechos humanos se definen por cinco notas características⁷. La primera es su universalidad (*Universalität*). Portador o titular de derechos humanos es toda persona en cuanto persona. La universalidad desde el lado del destinatario es más complicada. Algunos derechos humanos, como el derecho humano a la vida, se dirigen contra todos los que pueden ser sujetos de deberes, y con ello, contra toda persona, pero también contra todos los Estados y organizaciones. Otros derechos humanos, como el derecho humano a participar en la formación de la voluntad política, se dirigen solamente contra el Estado al cual pertenece el individuo o en el cual él vive. La segunda nota de los derechos humanos es la fundamentalidad (*Fundamentalität*) de su objeto. Los derechos humanos no protegen todas las fuentes y condiciones del bienestar que puedan imaginarse, sino sólo intereses y necesidades fundamentales. También la tercera nota se refiere al objeto de los derechos humanos. Ella es su abstracción (*Abstraktheit*). Se puede estar rápidamente de acuerdo en que cada uno tiene derecho a la salud; pero sobre lo que esto significa en el caso concreto puede generarse una larga discusión. La cuarta y quinta notas no se refieren ni a los portadores

⁵ J. RAWLS, *Justice as Fairness: Political not Metaphysical*, en: *Philosophy and Public Affairs*, 14 (1985), 223-251.

⁶ J. HABERMAS, *Nachmetaphysisches Denken*, Frankfurt/M. 1988.

⁷ Más detenidamente, al respecto: R. ALEXY, *Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat*, en: ST. GÖSEPATH/G. LOHMANN (eds.), *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt/M. 1998, 246 y ss.

ni a los destinatarios, ni a los objetos de los derechos humanos, sino a su validez. Los derechos humanos en cuanto tales sólo tienen una validez moral. La cuarta nota de los derechos humanos es por lo tanto su moralidad (*Moralität*). Un derecho vale moralmente si puede ser fundamentado frente a cada uno que participe en una justificación racional. La validez de los derechos humanos es su existencia. La existencia de los derechos humanos consiste por ende en su fundamentabilidad y en nada más. Naturalmente que a la validez moral de los derechos humanos puede añadirse una validez de derecho positivo. Ejemplos de ello nos los ofrecen el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos del 19 de diciembre de 1966, la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales del 4 de noviembre de 1950 y la Ley Fundamental (*Grundgesetz*) para la República Federal de Alemania del 23 de mayo de 1949. Por cierto que tales positivaciones nunca son respuestas definitivas. Ellas representan intentos de darle una expresión institucional (*institutionelle Gestalt*), asegurada por medio del derecho positivo, a lo que ya vale a causa de su corrección. Tales intentos, como todo intento, podrían lograr más o menos. Esto conduce a la quinta nota, la de la prioridad (*Priorität*). Los derechos humanos en cuanto derechos morales no sólo no podrían ser derogados por normas de derecho positivo, sino que además son la medida (*Maßstab*) a la que debe ajustarse toda interpretación de lo positivado. Esto significa que un pacto de derechos humanos, al igual que una sentencia de un Tribunal de derechos humanos, puede ser contrario a los derechos humanos. Así están reunidas las cinco notas que distinguen a los derechos humanos de todos los demás derechos: los derechos humanos son derechos (1) universales, (2) fundamentales, (3) abstractos, (4) morales y (5) prioritarios.

II. La fundamentación de los derechos humanos

Puesto que la existencia de los derechos humanos en definitiva depende de su fundamentabilidad, sólo la fundamentabilidad determina si los mismos son más que una ilusión. El problema de la fundamentabilidad puede sintetizarse en la cuestión de si, y cómo, pueden ser justificadas las normas o reglas morales que con pretensión de prioridad garantizan los derechos universales, fundamentales y abstractos. Esto demuestra que el problema de la fundamentación de los derechos humanos no es otra cosa que un caso especial del problema general de la fundamentación de las normas morales.

1. Escepticismo (*Skeptizismus*) y no-escepticismo (*Nichtskeptizismus*)

Las teorías sobre la fundamentabilidad de las normas morales en general, del mismo modo que las teorías sobre la fundamentabilidad de los derechos humanos, pueden distinguirse de muy diversas maneras. La diferenciación más elemental es aquella entre los enfoques que básicamente niegan la posibilidad de una fundamentación tal, y los que afirman que es posible alguna forma de fundamentación. Un escepticismo radical definido a través de la negación básica de la fundamentabilidad de las normas morales puede tener sus raíces en las formas del emotivismo, del decisionismo, del subjetivismo, del relativismo, del naturalismo o del desconstruccionismo. El no-escepticismo sostiene por el contrario que es posible aducir fundamentos para los derechos humanos, que pueden formular una pretensión de objetividad, corrección o verdad. Con ello, el problema de la Metafísica puede resumirse en la cuestión de si es posible un no-escepticismo libre de Metafísica.

2. Ocho justificaciones

El campo no-esceptico es cualquier cosa menos homogéneo, lo que por cierto no excluye de ninguna manera distintos tipos de vinculaciones. Aquí han de distinguirse ocho enfoques.

- a) la fundamentación religiosa. El primer enfoque es el religioso. Una fundamentación religiosa puede conferir a los derechos humanos una muy fuerte justificación. Quien cree que los hombres son creados por Dios a su imagen y semejanza, tiene un buen fundamento para ver a los mismos como algo que tiene un valor o una dignidad. Un valor o una dignidad tales son un fundamento sólido para los derechos humanos. Esos fuertes fundamentos tienen por cierto una desventaja decisiva. Sólo son fundamentos para quienes creen en Dios y en que el hombre es imagen de Dios. La fundamentación religiosa en cuanto el tipo más fuerte de fundamentación Metafísica fracasa entonces en que la misma no es vinculante para todo el que toma parte en una fundamentación racional. Esto vale para todos los tipos de fundamentación religiosa de los derechos humanos.
- b) la fundamentación biológica. El opuesto radical al modelo religioso es el enfoque biológico o sociobiológico. La Metafísica es aquí completamente reemplazada por la observación de la Naturaleza. Según este modelo, la

moral es una forma de altruismo. En el centro yace la observación de que determinadas formas de comportamientos altruistas son mejores para la sobrevivencia de la unión de genes de un individuo que la indiferencia recíproca o acaso la agresividad. Esto vale en especial para la preocupación por los propios hijos y el cuidado de los familiares, pero también se corresponde con las formas del altruismo recíproco, que conduce a la ayuda mutua⁸. Así, pues, es posible que la tendencia a maximizar su éxito reproductivo conduzca en una serie de casos al respeto y la ayuda hacia algunas personas. Por cierto que lo decisivo es que aquí se trata de un patrón de conducta que, como Patzig lo ha formulado, está "vinculado por lo general con la indiferencia o incluso la hostilidad hacia los extraños (*Außenstehenden*)"⁹. Esto es inconciliable con el carácter universal de los derechos humanos. Si los derechos humanos son susceptibles de una justificación, no es por medio de observaciones de la naturaleza biológica del hombre, sino sólo a través de una explicación de su ser cultural (*kulturelles Wesen*).

c) la fundamentación intuitiva. El tercer enfoque se basa en intuiciones. El modelo intuicionista sostiene que los derechos humanos están justificados porque su existencia o validez serían evidentes. La evidencia no es sin embargo una buena razón si resulta posible no compartir la experiencia de evidencia sin tener que exponerse a otra objeción más que la de que se considera como no evidente a lo evidente. Si el intuicionismo no es incorporado en una argumentación, en definitiva el mismo no se diferencia del emotivismo. Pero si es incluido en una argumentación, entonces ya no se trata de intuicionismo. Las evidencias no pueden reemplazar a los argumentos.

d) la fundamentación consensual. El cuarto enfoque es el del consensualismo. Según éste, los derechos humanos están justificados cuando logran la aceptación de todos. La existencia de los derechos humanos reside así en la existencia de un consenso que los sustenta. Si no se considera a dicho consenso como algo distinto de una coincidencia de convicciones, entonces el consensualismo no es otra cosa que un intuicionismo colectivo. La única fuente de validez es el *factum* de la coincidencia. Por cierto que no debería subestimarse una coincidencia sobre los derechos humanos que alcance a todas las personas, si la misma es lo suficientemente estable.

⁸ Cfr. R. DAWKIN, *Das egoistische Gen*, 2ª. ed., Reinbek bei Hamburg 1996, 154 y ss., 270 y ss..

⁹ G. PATZIG, *Gibt es eine rationale Normenbegründung?*, en: *Angewandte Chemie*, 114 (2002), 3502.

Si tal coincidencia existe, entonces ya se pueden postular fundamentos para la convicción coincidente (*übereinstimmende Überzeugung*). Pero si el consenso no es sustentado por todos, tal como se verifica sin dudas en el caso de los derechos humanos, entonces los argumentos serán indispensables. Cuando se trata de justificaciones, los argumentos cuentan más que las meras mayorías. Un consensualismo asentado en definitiva sobre el *factum* de la coincidencia o la congruencia no alcanza por ello para la fundamentación de los derechos humanos. Para eso se necesitan argumentos. Pero tan pronto como los mismos entran en juego se abandona el campo del puro consensualismo.

- e) la fundamentación instrumental. El quinto enfoque fundamenta los derechos humanos instrumentalmente. Una fundamentación de los derechos humanos es instrumental cuando se pretende que el reconocimiento de los derechos humanos es necesario si se quiere maximizar la utilidad individual. Este enfoque es una alternativa especialmente prometedora para una fundamentación de los derechos humanos libre de Metafísica. Si fuese posible forjar los derechos humanos a partir de la maximización de la utilidad individual, se obtendría un seguro fundamento libre de Metafísica.

El enfoque instrumental se presenta tanto en formas más bien primitivas como en formas de lo más sutiles. Un ejemplo de la versión más primitiva es el argumento: "si tu no quieres ser asesinado, debes respetar su derecho a la vida". Argumentos de este tipo se derrumban cuando se presentan situaciones en las cuales es posible que algunas personas maximicen sus utilidades incluso a largo plazo mediante la violación de los derechos humanos de otras personas. La Historia demuestra que en todo caso esta posibilidad no puede ser excluida mientras los derechos humanos no hayan sido transformados en derecho positivo asegurado a través de sanciones eficazmente organizadas. Los modelos más sutiles han sido propuestos por James Buchanan y David Gauthier. Tales modelos o bien operan con condiciones que deben excluir lo inaceptable, o bien aceptan abiertamente lo en sí mismo inaceptable. Gauthier ofrece un ejemplo para lo primero, cuando dice: "*Rights provide the starting point for, and not the outcome of, agreement. They are what each person brings to the bargaining table, not what she takes from it*"¹⁰. Buchanan sigue el camino inverso cuando dice que el resultado en caso de una diferencia de poder lo bastante grande también puede ser un tipo de contrato de esclavitud:

¹⁰ D. GAUTHIER, *Morals by Agreement*, Oxford 1986, 222.

"from this setting, the disarmament contract that may be negotiated may be something similar to a slave contract, in which the 'weak' agree to produce goods for the 'strong' in exchange for being allowed to retain something over and above bare subsistence, which they may be unable to secure in the anarchistic setting"¹¹. El modelo de Gauthier podría ser básicamente compatible con los derechos humanos, pero sólo al precio de que incluye esencialmente elementos no-instrumentales. Por ello es que en su caso no se trata de una fundamentación de los derechos humanos sólo por medio de argumentos instrumentales. Buchanan ofrece, por el contrario, un argumento puramente instrumental –y, con ello, con la garantía de ser libre de Metafísica–, aunque para esto debe pagar el precio de que sean posibles resultados como el del contrato de esclavitud, que son inconciliables con los derechos humanos. Todo esto no significa que el enfoque instrumental sea completamente inútil. En la medida que el mismo puede ofrecer fundamentos para el reconocimiento de los derechos humanos, está incluido en un modelo más completo¹². Pero este modelo más completo debe ser determinado por principios que una argumentación puramente instrumental no puede justificar.

- f) la fundamentación cultural: el sexto enfoque es el cultural. Éste sostiene que la convicción pública de que hay derechos humanos es una conquista de la historia de la cultura humana. Radbruch presenta una vinculación de este argumento con uno consensual cuando, teniendo a la vista los "principios jurídicos (*Rechtsgrundsätze*) que son más fuertes que cualquier proposición jurídica", afirma: "ciertamente que en su individualidad ellos están rodeados de ciertas dudas, pero el trabajo de los siglos ha elaborado un firme conjunto, y lo ha reunido en las llamadas declaraciones de derechos humanos y civiles, con un consenso tan amplio, que con respecto a algunos de ellos sólo el escepticismo intencional puede mantener en pie la duda"¹³. También el modelo cultural es ciertamente útil, pero insuficiente. No en todas las culturas los derechos humanos son el resultado de la propia historia. El mero hecho de que los mismos hayan sido trabajados en una o más culturas no alcanza para justificar la validez universal que está contenida en su concepto. La historia de la cultura sólo tiene importancia en la fundamentación en la medida que

¹¹ J. M. BUCHANAN, *The Limits of Liberty*, Chicago/London 1975, 60.

¹² Cfr. Al respecto R. ALEXI, *Diskurstheorie und Menschenrechte*, en: el mismo, *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt/M. 1995, 142 y ss.

¹³ G. RADBRUCH, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie*, en: el mismo, *Gesamtausgabe*, ed. de A. KAUFMANN, t. 3, Heidelberg 1990, 79.

ésta es un proceso en el cual se vinculan experiencias con argumentos. La validez universal no puede fundarse sólo sobre la tradición, sino en definitiva únicamente sobre argumentación.

- g) la fundamentación explicativa. El séptimo enfoque podría denominarse "explicativo". Una fundamentación de los derechos humanos es explicativa cuando consiste en poner de manifiesto lo que está contenido como implícito y necesario en la praxis humana. La idea de fundamentar algo por medio de hacer explícito lo que está necesariamente contenido en juicios y comportamientos sigue las líneas de la filosofía trascendental de Kant. Con ello aparece en el horizonte la posibilidad de una Metafísica immanente.

Algún tiempo atrás he intentado desarrollar el argumento explicativo en el marco de una fundamentación teórico-discursiva de los derechos humanos¹⁴. Aquí sólo han de poder ser considerados algunos elementos esenciales significativos para el problema metafísico. El argumento comienza con un análisis de la praxis discursiva, que puede ser entendida como praxis del afirmar (*Behaupten*), del preguntar (*Fragen*) y del aducir (*Anführen*)¹⁵. Esta praxis presupone necesariamente reglas que explicitan las ideas de la libertad y la igualdad del participante en el discurso en cuanto participante del discurso. Ese contenido normativo implícito puede hacerse explícito por vía de negarlo explícitamente. Ejemplos de ello son las expresiones:

- (1) Para mí el fundamento *F*, que aduzco para mi afirmación, no es naturalmente un buen fundamento; sin embargo, en vista de tu inteligencia limitada, tú deberías aceptar a *F* como un buen fundamento para tal afirmación.
- (2) Si no te convencen mis fundamentos, tu contrato no será prorrogado.
- (3) Si nosotros excluimos a *A*, *B* y *C* de nuestra discusión y olvidamos sus objeciones, podremos convencernos de que el fundamento *F* aducido por mí es un buen fundamento.

El absurdo de tales expresiones es un signo de la necesidad de las reglas contra las cuales ellas colisionan.

Se aceptaría como cierta la tesis de que la libertad y la igualdad de los participantes en el discurso en cuanto participantes del discurso es

¹⁴ R. ALEXY, *Diskurstheorie und Menschenrechte*, cit., 127 y ss.

¹⁵ Dicha praxis se corresponde con lo que Robert Brandom ha caracterizado como "*practices of giving and asking for reasons*" (cfr. R. B. BRANDON, *Articulating Reasons*, Cambridge/Mass. 2000, 11).

una condición que no podría ser evitada si se ha de ingresar al campo de la argumentación. Con ello los derechos humanos aun siguen sin estar justificados. Que sea necesario tratar a los otros en el discurso como iguales (*gleichberechtigt*) no implica que sea necesario reconocerlos como libres e iguales también en el campo de los actos. Se puede discutir con esclavos. Esto demuestra que son necesarias premisas adicionales si se quiere pasar de la libertad e igualdad en el etéreo mundo del discurso a la libertad e igualdad en el ámbito estricto de las conductas. Hay distintas alternativas para tales premisas adicionales. De especial importancia es una premisa que vincula el concepto de la participación seria en el discurso con el de autonomía. Autónomo es quien actúa según reglas y principios que él mismo juzga como correctos luego de una suficiente evaluación. Participa seriamente¹⁶ en discursos morales quien quiere resolver conflictos sociales por medio de consensos alcanzados y controlados discursivamente. El serio o genuino participante en el discurso vincula así sus capacidades discursivas con el interés de hacer un uso operativo de las mismas. Esta conexión de capacidad e interés implica el reconocimiento del otro como autónomo. Todo lo que sigue es una conexión de conceptos cada uno de los cuales no expresan algo distinto, sino sólo diferentes aspectos de la misma cuestión. Quien reconoce al otro como autónomo, lo reconoce como persona. Quien lo reconoce como persona, le atribuye dignidad. Quien le atribuye dignidad, reconoce sus derechos humanos. Con ello estamos ante la finalidad de la fundamentación.

- h) La fundamentación existencial. Lógicamente que también la fundamentación explicativa tiene flancos abiertos. Dos se identifican rápidamente. El primero se refiere a la necesidad de las reglas del discurso. Es posible neutralizar dicha necesidad renunciando a tomar parte en la praxis del afirmar, del interrogar y del dar y aceptar fundamentos. El precio de ello es ciertamente alto. El hombre en cuanto "*discursive creature*"¹⁷, como lo ha llamado Brandom, debería renunciar a la participación en lo que puede caracterizarse como la forma de vida más general del hombre¹⁸. Tal precio desde luego que podrá ser disminuido considerablemente por vía de que se renuncie a la discursividad no en general, sino sólo parcialmente. Así

¹⁶ Aquí se alude a la participación seria en sentido fuerte, y con ello a la genuina participación en el discurso; cfr. R. ALEXY, *Diskurstheorie und Menschenrechte*, cit., 149, 151.

¹⁷ R. BRANDOM, *Articulating Reasons*, cit., 26.

¹⁸ R. ALEXY, *Diskurstheorie und Menschenrechte*, cit., 139 y ss..

puede discutirse en el propio grupo, y dejar de lado dentro de sus límites a la propaganda, las órdenes y el poder. Una conexión tal entre discursividad interna y poder externo desde luego que padecería de que la discursividad está intrínsecamente vinculada con la universalidad, que siempre amenaza con hacer saltar por los aires todos los límites. Por cierto que la fuerza explosiva de lo universal contenido en lo discursivo depende esencialmente del interés en la participación seria en el discurso. Este flanco es aún más abierto que el primero. ¿Se pueden sustentar fundamentaciones sobre intereses? En este punto hay que distinguir entre dos intereses: el interés en la maximización de la utilidad individual y el interés en la corrección. Los maximizadores de utilidades (*Nutzenmaximierer*) que deben contar con personas que tienen interés en la corrección, pueden verse obligados a por lo menos obrar como si también ellos estuviesen interesados en la corrección, y fingir respeto hacia la autonomía de los demás. Esto y nada más es lo que puede pretenderse desde esa posición¹⁹. Aquí el interés sólo es el interés en la corrección. Tal interés es el interés en hacer realidad las posibilidades discursivas. Este interés, como todo interés, está vinculado con decisiones acerca de si el mismo prevalece sobre intereses opuestos. En tales decisiones se trata acerca de la cuestión fundamental de si aceptamos nuestras posibilidades discursivas. Se trata de si nosotros mismos nos queremos como creaturas discursivas. Estas son decisiones sobre lo que nosotros somos. Por ello el octavo enfoque se denomina "existencial". Aquí puede hablarse de una fundamentación porque no se trata de preferencias cualesquiera encontradas en algún lugar o en ninguno, sino de una confirmación de algo ya necesariamente demostrado como posibilidad por vía de la explicación.

III. Derechos humanos y Metafísica

Se ha demostrado que los derechos humanos sólo son fundamentables a través de una combinación del modelo explicativo con el existencial. Cualquier respaldo mediante argumentos de los otros enfoques sigue siendo bienvenido. ¿Es esta fundamentación libre de Metafísica?

1. Conceptos negativo y positivo de Metafísica.

La respuesta depende de lo que se entienda por Metafísica. El concepto de Metafísica es, como acertadamente lo ha observado Anthony Quinton, "*large, controversial and, in consequence, somewhat indeterminate in*

¹⁹ Cfr. *ibidem*, 151 y ss.

outline"²⁰. Relativamente sencilla es una definición negativa. Según la misma, Metafísica es lo que no puede ser derivado de la experiencia. Tal distinción subyace tanto a la pregunta de Aristóteles de "si sólo hay objetos sensibles, o además de ellos hay otros"²¹, como a la tesis de Kant de que el conocimiento metafísico está "más allá del conocimiento fundado en la experiencia"²². Una definición positiva no es tan sencilla, pues el espacio más allá de la observación o la experiencia puede ser cubierto con cosas de las más diversas. Por suerte no es necesario cubrirlo para responder a la cuestión de si los derechos humanos son posibles sin Metafísica. Alcanza con distinguir dos conceptos de Metafísica. Uno puede ser denominado como "empático" y el otro como "constructivo".

2. El concepto empático de Metafísica

La Metafísica empática es lo que Habermas quiere dejar atrás cuando aboga por un pensamiento postmetafísico (*nachmetaphysisches Denken*). Además de eso, ella parece ser lo que tienen en mente muchos de los que defienden la libertad de la Metafísica. A pesar de las numerosas variantes, pueden identificarse cuatro notas características. La primera nota consiste en su carácter omnicomprensivo. Ella tiene por objeto al "hombre y el mundo como un todo"²³. Esto puede ser caracterizado como "totalidad". La segunda nota es la de la necesidad. La Metafísica no considera todo lo que ocurre en ese todo de hombre y mundo, sino sólo la generalidad inmutable en las mudables particularidades, y con ello, sólo lo que no puede no ser o ser de otra manera, o sea, lo necesario²⁴. La tercera nota es la de la normatividad. La interpretación total del hombre y de uno mismo no sólo encierra un saber teórico. Ella también es "rica en contenido normativo"²⁵. La cuarta nota está estrechamente vinculada con esto y tiene una significación decisiva para el concepto empático de Metafísica. Ella es la del "significado salvífico" (*Heilsbedeutung*)²⁶. Con esto entra

²⁰ A. QUINTON, *The Nature of Things*, London 1973, 235.

²¹ ARISTÓTELES, *Metaphysik*, b. 2, 997 a 34-35.

²² I. KANT, *Prolegomena zu einer jeden künftigen Metaphysik, die als Wissenschaft wird auftreten können*, en *Kant's gesammelte Schriften*, t. IV, ed. de la Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften, Berlín 1903/11, 265.

²³ J. HABERMAS, *Nachmetaphysisches Denken*, cit., 21.

²⁴ Cfr. *ibidem*, 21, 47.

²⁵ *Ibidem*, 269.

²⁶ *Ibidem*, 57.

en juego una "dimensión religiosa"²⁷. La Metafísica en sentido empático por cierto que no es idéntica a la Religión ni está unida a ésta, pero está emparentada con la misma en la medida que ella promete alguna forma de salvación, reconciliación, liberación o elevación que difícilmente haya encontrado una formulación más bella que la de las palabras de Hegel: "reconocer a la razón como la rosa en la cruz del presente, y alegrarse con ello, esa comprensión racional es la *reconciliación* con la realidad que la Filosofía les garantiza a aquellos a quienes alguna vez se les ha planteado la demanda interior de *entender* (zu begreifen) [...]"²⁸.

3. Metafísica y naturalismo

Mucho habla en favor de la hipótesis de que los derechos humanos no presuponen una Metafísica empática definida a través de las cuatro notas, es decir, a través de la totalidad, la necesidad, la normatividad y la salvación. Desde luego que de ello todavía no se sigue que los derechos humanos sean posibles sin ninguna Metafísica. Serían posibles sin ninguna Metafísica si fuesen susceptibles de una interpretación puramente naturalista, esto es, si pudieran ser reducidos a datos observables del mundo exterior, del interior o del social. Habermas rechaza con dureza tal naturalismo, del mismo modo que a una Metafísica empática²⁹. Él cree poder evitar la alternativa de naturalismo y Metafísica por medio de "terceras categorías como 'lenguaje' (*Sprache*), 'acción' (*Handlung*) o 'cuerpo' (*Leib*)", que "encarnarían" lo que en perspectiva metafísica Kant veía como conciencia trascendental (*transzendentes Bewusstsein*)³⁰. Con ello nuestra pregunta puede ser formulada de la siguiente manera: ¿Existe una tercera vía libre de Metafísica entre Metafísica y naturalismo?

4. El concepto constructivo de Metafísica

Es interesante que Habermas mencione a Frege como uno de los precursores de su tercera vía. Pues bien, Frege no es ciertamente ningún metafísico empático; pero con seguridad sostiene las más fuertes tesis metafísicas. Así, según Frege el pensamiento no pertenece ni al mundo

²⁷ Ibidem, 33.

²⁸ G. W. F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, ed. J. Hoffmeister, 5a ed., Hamburg 1995, 16.

²⁹ J. HABERMAS, *Nachmetaphysisches Denken*, cit., 19, 27.

³⁰ Ibidem, 27 y sgt.

exterior como mundo de las cosas materialmente perceptibles, el primer mundo, ni al mundo interior como segundo mundo, que consiste en objetos psíquicos, v.gr. ideas, sino a un tercer mundo, de los entes abstractos o ideales: "los pensamientos no son cosas del mundo exterior ni ideas. Un tercer dominio debe ser reconocido. Lo que pertenece al mismo coincide con las ideas en que no puede percibirse con los sentidos, pero también con las cosas en que no necesita de ningún portador a cuyos contenidos de conciencia pertenezca. Así es, por ejemplo, el pensamiento que nosotros expresamos en el teorema de Pitágoras, atemporalmente verdadero, verdadero con independencia de si alguien lo considera como tal. El mismo no necesita ningún portador. No es verdadero sólo desde que ha sido descubierto, como un planeta que desde antes de que alguien lo haya visto ya estaba en interacción con los otros planetas"³¹.

Habermas opone a tal tipo de análisis la cuestión: "empero, ¿qué significa aquí 'Metafísica'?"³². Al respecto ha de responderse que al menos se trata de la aceptación de la existencia de objetos que no son entes físicos ni psíquicos. Transfírase a las normas la tesis de Frege sobre la existencia de pensamientos y entonces aparece el concepto semántico de norma, con cuya ayuda puede expresarse lo que existe como norma cuando vale un derecho humano³³. Este es un primer paso hacia la Metafísica de los derechos humanos.

Por cierto que con este primer paso todavía no se ha ingresado en el tema por razón del cual se discute acerca de la libertad metafísica (*Metaphysikfreiheit*) de la moral. El concepto semántico de norma es importante para el problema general de la fundamentabilidad de los derechos humanos, pero no lo es para el contenido de la fundamentación. Para nuestro problema es de una importancia decisiva el que los derechos humanos presuponen más la Metafísica que una tal ontología semántica. Si la fundamentación explicativa que se bosquejara precedentemente es acertada, entonces cuando el individuo hace uso de la -para él- necesaria competencia del afirmar, interrogar y argumentar, en tal uso presupone el reconocimiento del otro como participante del discurso con igualdad de derechos (*gleichberechtigter Diskursteilnehmer*). Si él, además,

³¹ G. FREGE, *Der Gedanke. Eine logische Untersuchung*, en: el mismo, *Logische Untersuchungen*, ed. G. Patzig, Göttingen 1966, 43 y sgte.

³² J. HABERMAS, *Nachmetaphysisches Denken*, cit., 269.

³³ Cfr. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 3ª. ed., Frankfurt/M. 1996, 42 y ss..

conduce el discurso con seriedad, entonces reconoce al otro como autónomo. Reconocer a otro como autónomo significa reconocerlo como persona. Pero las personas tienen un valor y una dignidad. Así subyace en la naturaleza discursiva del hombre un sistema de conceptos que, en primer lugar, adquieren necesidad en lo relativo a nuestras competencias discursivas, que en segundo lugar tienen una significación normativa y que, en tercer lugar, llevan a que nuestro mundo esté poblado con entes que con sus solas fuerzas no pueden conformar los reinos de lo físico y de lo psíquico: con personas. Esta tesis metafísica tiene su fuente no sólo en la estructura del mundo, ni tampoco sólo en la razón del individuo, sino, completamente —en el sentido de Habermas— en la estructura de la comunicación³⁴. Por cierto que, tal como lo demuestra la necesidad de complementar el argumento explicativo con el existencial, deben agregarse actos de auto-interpretación y de autorrealización del individuo si la estructura metafísica ha de estabilizarse. En cuanto estructura ella tiene fuerza sobre el todo, más allá de la necesidad y la normatividad. Sólo la salvación en el sentido de redención o elevación no se conmueve³⁵. El lugar de la salvación es ocupado por la corrección. Por eso esta Metafísica en cuanto constructiva puede ser contrapuesta a la empática. Una Metafísica constructiva tiene un carácter racional y a la vez universal. De tal manera puede expresarse el resultado en la tesis: los derechos humanos no son posibles sin una Metafísica racional y universal (*Menschenrechte sind ohne eine rationale und universelle Metaphysik nicht möglich*).

³⁴ J. HABERMAS, *Nachmetaphysisches Denken*, cit., 55.

³⁵ De todos modos un conocido destello reconciliador entra en escena a través de que el reconocimiento de los derechos humanos sustentado sobre fundamentos puede ser entendido como reflejo prosaico del pensamiento empático de Séneca de que el hombre es una cosa sagrada para el hombre: "*homo, sacra res homini*", L. ANNAEUS SENECA, *Epistulae morales ad Lucilium*, libro 15, carta 95, 33.

NOTA SOBRE EL ARTÍCULO "¿DERECHOS HUMANOS SIN METAFÍSICA?" DE ROBERT ALEXY.

"LA METAFÍSICA DE LOS DERECHOS HUMANOS"

Por Carlos Bernal Pulido¹

Introducción

En *¿Derechos humanos sin metafísica?*, como tesis principal, Robert Alexy sostiene que los derechos humanos son derechos universales, fundamentales, abstractos, válidos y morales. Asimismo defiende que la existencia de estos derechos depende de que sean fundamentables y que esto parece *prima facie* posible desde un punto de vista, religioso, biológico, intuitivo, consensual, instrumental, cultural, explicativo y existencial. Sin embargo, Alexy se decanta en definitiva por una fundamentación que combina características explicativas y existenciales. Asimismo, señala que estos derechos sí implican una metafísica constructiva, que puede entenderse de la siguiente manera: los derechos humanos son contenidos proposicionales o semánticos que se ubican en un tercer reino a la Frege, es decir, un reino en el que existen objetos abstractos independientes de la mente y que, como tal, no se ubican en el reino psicológico, por una parte, pero que, por otra, tampoco son objetos pertenecientes al reino de lo físico o natural. Los derechos humanos, en este sentido, son el significado de las disposiciones que los establecen y son irreducibles tanto a objetos naturales como a objetos psicológicos. Además de ello, en tanto significados de expresiones, los derechos humanos y su fundamentación explicativa y existencial presuponen el discurso y la participación en él de

¹ Profesor de derecho constitucional y filosofía del derecho de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá). Dirección de correo electrónico: carlos.bernal@uexternado.edu.co.

todos los seres humanos. Por esta razón, su ontología también presupone la ontología básica del discurso, es decir, la existencia de un conjunto de personas capaces de hacer afirmaciones con libertad e igualdad, de criticar las afirmaciones que hacen los demás y de argumentar a favor y en contra de las afirmaciones propias y de las afirmaciones de los demás.

Este planteamiento de Alexy despierta en mí todas las posibles simpatías. Sin embargo, a mi modo de ver, sólo constituye una propuesta de desarrollo de una ontología para los derechos humanos, que aún deja muchas preguntas sin responder. El objetivo de este texto es ahondar en algunos de los posibles interrogantes que esta ontología suscita. Como es bien sabido, la metafísica, entendida como ontología, es una rama de la filosofía que se pregunta acerca de qué es lo que existe, cuáles son las propiedades de aquello que existe y de qué manera se estructuran tales propiedades en aquello que existe.

Pues bien, en relación con la ontología de los derechos humanos cabe preguntarse qué tipo de entidades componen aquello que denominamos derechos humanos, qué propiedades revisten esas entidades y cuál es la estructura con la que dichas propiedades se organizan para conformar tales entidades. Este texto se dedica a responder estos interrogantes pero sólo en cuanto se refiere a la acepción jurídica del término derechos humanos, es decir, entendidos como derechos del individuo garantizados por los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos.

Para comenzar, cabe decir que los derechos humanos son una especie del género *derechos jurídicos subjetivos*. En este sentido, los derechos humanos son derechos jurídicos subjetivos cuya *differentia specifica* estriba en su carácter de *derechos humanos*. La formulación de un concepto de derechos humanos debe pasar, por tanto, en primer lugar, por entender el concepto de derechos jurídicos subjetivos y, en segundo lugar, por identificar cuáles son las propiedades constitutivas del carácter de derechos humanos de los derechos humanos.

I. El concepto de derechos jurídicos subjetivos

De acuerdo con las reglas que subyacen al uso lingüístico de la expresión 'derechos jurídicos subjetivos', estos deben entenderse como derechos conferidos a sus titulares por las normas jurídicas, es decir, por las normas que integran un determinado ordenamiento jurídico. De este modo, si alguien aduce con razón que es el titular de un derecho

jurídico subjetivo, es porque en el ordenamiento jurídico tiene validez una norma jurídica que le confiere el derecho. En algunos idiomas como el castellano, el alemán, el italiano y el francés, es necesario referirse a estos derechos con el calificativo de "*subjetivos*" para denotar que aluden a posiciones jurídicas atribuidas a un sujeto y para marcar una diferencia con el concepto objetivo de derecho, mediante el cual, se hace referencia a los sistemas u ordenamientos jurídicos como un todo².

Los derechos jurídicos subjetivos suscitan interesantes preguntas que los han situado en el centro de diversas polémicas. A fin de aclarar el concepto de derechos jurídicos subjetivos, aquí sólo han de interesar tres interrogantes. En primer lugar, conviene preguntar con qué acepciones se utiliza la expresión "derecho" cuando se hace referencia a los derechos jurídicos subjetivos. En segundo lugar, se plantea el interrogante de si todos los derechos jurídicos subjetivos tienen la misma estructura o si existen varias clases de derechos jurídicos subjetivos. Como en seguida se verá, la respuesta a la primera pregunta conduce a la diferencia entre disposición, norma y posición jurídica. La respuesta al segundo interrogante conduce a la distinción entre diversas clases de posiciones jurídicas.

1. Disposición, norma y posición

Quien utiliza la expresión derecho, en el sentido de los derechos jurídicos subjetivos, puede hacerlo por lo menos con tres diferentes acepciones con las cuales puede hacer referencia por lo menos a tres cosas distintas: a la disposición jurídica que constituye el anclaje del derecho en las fuentes del sistema jurídico, a la norma jurídica que establece el derecho y que se adscribe interpretativamente a la disposición jurídica, o al derecho en sentido estricto que, en aras de la claridad, conviene llamar posición jurídica³.

Se refiere a una disposición jurídica quien, por ejemplo, usa el concepto de derecho en el siguiente enunciado: "El derecho de asociación es el derecho protegido por el artículo 16.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos". Las disposiciones jurídicas son los enuncia-

² Esta ambigüedad de las palabras 'derecho', '*Recht*', '*diritto*' y '*droit*' no se presenta en idiomas como el inglés, en el que mientras la palabra '*law*' expresa el sentido objetivo del término 'derecho', la palabra '*right*' expresa su sentido subjetivo.

³ Sobre la distinción entre disposición, norma y posición como elementos de los derechos fundamentales, *cfr.*: R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, segunda edición (traducción y estudio introductorio de C. Bernal Pulido), 2008, p. 214 ss.

dos pertenecientes a las fuentes del derecho que establecen los derechos jurídicos subjetivos. A causa de su redacción lapidaria, las disposiciones jurídicas presentan un alto grado de indeterminación lingüística⁴. Como consecuencia de la indeterminación lingüística, a cada disposición pueden serle adscritas interpretativamente varias normas jurídicas.

Entendidas de acuerdo con el concepto semántico de norma⁵, las normas de los derechos son el conjunto de significados prescriptivos de las disposiciones jurídicas que se obtienen mediante la interpretación⁶. Este conjunto de significados se expresa mediante proposiciones prescriptivas que atribuyen a los sujetos del derecho diversas posiciones jurídicas. Se refiere a una norma que establece un derecho quien, por ejemplo, sostiene que "el derecho de asociación prohíbe a los estados que han suscrito la Convención Americana sobre Derechos Humanos imponer injustificadamente a los ciudadanos la afiliación a determinadas asociaciones". Esta prohibición es el contenido de una norma, que se adscribe interpretativamente al artículo 16.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que establece una posición jurídica cuyo titular es el individuo y cuyo destinatario es el Estado.

2. Las posiciones jurídicas

Finalmente, las posiciones jurídicas son relaciones entre uno o varios sujetos jurídicos⁷. Con bastante frecuencia, cuando los hablantes aducen tener derechos, hacen referencia a las posiciones jurídicas. Ello ocurre, por ejemplo, cuando alguien aduce ser el titular del derecho de asociación.

En la teoría jurídica y en la teoría ética se han propuesto variados sistemas de posiciones jurídicas. Bien conocidos son los sistemas expuestos por J. Ben-

⁴ Aquí se entenderá, de acuerdo con T. Endicott, que la indeterminación lingüística es una "falta de claridad en el significado de las expresiones lingüísticas que puede generar una indeterminación jurídica". Por indeterminación jurídica se entiende una situación en la que una pregunta jurídica no tiene una única respuesta correcta. Cfr. T. Endicott, "Linguistic Indeterminacy", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 16, 1996, p. 669.

⁵ Sobre el concepto semántico de norma, cfr.: R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 33 ss.

⁶ Sobre la distinción entre disposición jurídica y norma jurídica, cfr.: R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 17 ss.

⁷ Sobre el concepto de posición jurídica, cfr.: L. Lindahl, *Position and Change. A Study in Law and Logic* (traducción del sueco al inglés de P. Needham), Reidel, Dordrecht, 1977, capítulo primero.

tham⁸, W. N. Hohfeld⁹ y Kanger¹⁰ (luego refinado por Lindahl¹¹). Un estudio crítico de estos sistemas sobrepasa los propósitos de este texto. Aquí basta señalar que las principales posiciones jurídicas que existen en los sistemas jurídicos y que constituyen la parte esencial de las obras de los autores mencionados, son el derecho a algo, la libertad, la competencia y la inmunidad. Estas posiciones jurídicas pueden definirse de la siguiente forma, de acuerdo con aquello que atribuyen al titular y al destinatario de las mismas:

El *derecho a algo*¹² es una posición jurídica en la que el titular (en adelante: *T*) tiene un derecho a que el destinatario (en adelante: *D*) haga u omita algo (en adelante: *X*). De manera correlativa, (*D*) tiene un deber de hacer u omitir (*X*) frente a (*T*).

La *libertad* es una posición jurídica en la que (*T*) es libre frente a (*D*) para hacer (*X*). De manera correlativa, (*D*) carece de un derecho a algo para impedir que (*T*) haga u omita (*X*).

La *competencia* es una posición jurídica en la que mediante una acción o un conjunto de acciones de (*T*) puede modificarse la situación jurídica de (*D*). De manera correlativa, (*D*) tiene una sujeción. (*D*) está sujeto a que su situación jurídica pueda modificarse como consecuencia de la acción o las acciones de (*T*).

La *inmunidad* es una posición jurídica en la que la situación jurídica de (*T*) no puede ser modificada por las acciones de (*D*). De manera correlativa, (*D*) carece de competencia para modificar, mediante sus acciones, la situación jurídica de (*T*).

⁸ J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, J. H. Burns/H. L. A. Hart (comps.), Free Press, Londres, 1970, p. 299 ss.; Id., *Of Laws in General*, H. L. A. Hart (comp.), Athlone Press, Londres, 1970, p. 15. Este sistema fue bien difundido por H. L. A. Hart en: "Bentham on Legal Rights", en A. W. B. Simpson (comp.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Second Series, Oxford University Press, Oxford, 1973, p. 171-201.

⁹ W. N. HOHFELD, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, W. W. Cook (ed), Yale University Press, New Haven, 1919.

¹⁰ S. KANGER, "New Foundations for Ethical Theory", en R. Hilpinen (comp.), *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, Kluwer, Dordrecht, 1971, p. 36-58.

¹¹ L. LINDAHL, *Position and Change. A Study in Law and Logic*, op. cit.

¹² Cfr. Sobre el concepto de derecho a algo: R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 163. Este concepto es idéntico al concepto anglosajón de "claim right".

3. El derecho jurídico subjetivo como un todo

Los derechos jurídicos subjetivos son, entonces, un todo, compuesto por una disposición jurídica¹³, a la que se adscriben interpretativamente un conjunto de normas jurídicas, que a su vez establecen un haz de posiciones jurídicas de derechos a algo, libertades, competencias e inmunidades y sus correlativos: deberes, no-derechos, sujeciones y no-competencias. Siempre que alguien se refiere a un derecho subjetivo como un todo, hace alusión al conjunto de todos estos elementos.

Debe señalarse que entre las posiciones jurídicas y las normas jurídicas existe un nexo de implicación necesaria. Si una posición jurídica existe, entonces debe tener validez una norma que la establezca¹⁴. Los derechos a algo, deberes, libertades, no-derechos, competencias, sujeciones, inmunidades y no-competencias, están establecidos por mandatos, prohibiciones o permisos contenidos en normas jurídicas. Por su parte, las normas jurídicas son estatuidas o se adscriben interpretativamente a las disposiciones que pertenecen a las fuentes del derecho¹⁵. Las normas jurídicas expresan el deber ser que tales disposiciones establecen.

II. El carácter de derechos humanos de los derechos humanos

Dicho lo anterior debe ahora preguntarse ¿cuál es la *differentia specifica* de los derechos humanos? ¿Qué los caracteriza como una especie dentro del género de los derechos jurídicos subjetivos? ¿Cuáles son las propiedades suficientes, las propiedades necesarias o las propiedades suficientes necesarias para que un derecho jurídico subjetivo pueda ser considerado con un derecho humano, es decir, cuáles son las propiedades esenciales de los derechos humanos?

¹³ Desde luego, es posible que, sobre todo en los sistemas jurídicos en los cuales la jurisprudencia o la costumbre sean fuentes del derecho relevantes, existan derechos jurídicos subjetivos como un todo sin que exista una disposición jurídica que los fundamente. En este caso, su fundamento estribará en su reconocimiento jurisprudencial o consuetudinario. La jurisprudencia o la costumbre reconocerán el carácter vinculante de las normas que establecen los derechos jurídicos subjetivos de que se trate.

¹⁴ Cfr. H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires (Traducción al castellano de la primera edición), 1994, p. 121.

¹⁵ Sobre el concepto de adscripción interpretativa, cfr.: C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, tercera edición actualizada, 2007, capítulo primero.

Los candidatos que pueden contar como propiedades esenciales de los derechos humanos pueden tener una variada naturaleza: formal y material.

1. Propiedades formales

Para comenzar, aparecen ciertas *propiedades de naturaleza formal*. En el caso de los derechos humanos, dos son las propiedades formales más aludidas. Es ya de uso lingüístico común denominar derechos humanos sólo a los derechos atribuidos a los individuos en los instrumentos internacionales que protegen los derechos humanos, dentro del sistema de las Naciones Unidas, el sistema del derecho internacional humanitario y los tres sistemas regionales, es decir, el sistema europeo, el interamericano y el africano. Conforme con este uso lingüístico – que se seguirá en este texto – la locución apropiada para los derechos protegidos por la constitución al interior de los estados es la de derechos fundamentales. Si esto es así, entonces dos son los candidatos más representativos como propiedades formales de los derechos humanos: (i) la inclusión del derecho en uno de los instrumentos convencionales pertenecientes al sistema de protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas, o pertenecientes al derecho internacional humanitario, o perteneciente a alguno de los tres sistemas regionales, es decir, el europeo, el interamericano o el africano (en adelante y, en razón de la brevedad: instrumentos internacionales sobre derechos humanos); y (ii) el reconocimiento del derecho por parte de la jurisprudencia sobre los derechos humanos que es dictada por los órganos jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales competentes, y que pertenecen a los sistemas de protección de los derechos humanos antes mencionados, señaladamente, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, y los Tribunales Europeo e Interamericano de Derechos Humanos. Es necesario considerar a continuación cada una de estas propiedades.

1.1. La inclusión del derecho en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos

En relación con esta propiedad surgen tres posibilidades: ella puede considerarse como una propiedad suficiente y necesaria, como una propiedad necesaria o sólo como una propiedad suficiente.

Si se considera como una *propiedad suficiente y necesaria*, ello querría decir entonces que un derecho jurídico subjetivo sería un derecho humano si y sólo si la disposición que lo establece estuviese incluida dentro un instrumento internacional sobre derechos humanos. En otras palabras, los derechos humanos serían aquellos y sólo aquellos que aparecieran en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Asimismo, todos los derechos incluidos en tales instrumentos tendrían el carácter de derechos humanos.

A favor de esta interpretación hablaría, por una parte, que ella produciría certeza absoluta acerca de cuáles son los derechos humanos, y, por otra, que reconocería la autoridad de los estados que, al suscribir los convenios internacionales sobre derechos humanos, han establecido autoritativamente el conjunto de estos derechos.

Sin embargo, esta interpretación no parece atinada. Hay por lo menos dos argumentos que juegan en contra de ella. En primer lugar, desde luego existen instrumentos internacionales que aunque no sean directamente instrumentos internacionales de derechos humanos, sí establecen derechos humanos. En segundo término, desde el punto de vista teórico siempre es posible preguntar si acaso en el conjunto de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos hace falta algún derecho humano. Enunciados como, por ejemplo: "la Convención Americana sobre Derechos Humanos (x) es incompleta porque no contiene el derecho humano a x" tiene pleno sentido. Eso no sería así, si la única propiedad definitoria de los derechos humanos fuese la pertenencia de un derecho a las normas convencionales internacionales sobre derechos humanos.

Ahora bien, estas razones hacen que tampoco sea atinado considerar la propiedad referida a la pertenencia de un derecho a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos como una propiedad (sólo) *necesaria* para que dicho derecho sea un derecho humano. La consideración de esta propiedad como una propiedad necesaria implicaría que para que un derecho fuese considerado como un derecho humano, sería imprescindible que apareciese enumerado dentro de alguno de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (aunque, como no se trataría también de una propiedad suficiente, entonces sería posible que algunos de los derechos que aparecieran en dichos instrumentos no pudiesen ser considerados como derechos humanos). Pues bien, cabe decir que siempre es posible que un derecho que cumpla con alguna propiedad esencial

formal o sustancial de las que aquí se mencionarán a continuación, pueda ser considerado como un derecho humano, a pesar de no estar incluido en un instrumento internacional sobre derechos humanos.

Lo que sí parece plausible es la afirmación según la cual, la propiedad referida a la pertenencia de un derecho a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos es un criterio *suficiente* para que dicho derecho deba ser considerado como un derecho humano. Dos argumentos respaldan esta afirmación. El primero alude a la autoridad de los estados para establecer los derechos humanos en el plano internacional. Los estados están revestidos con suficiente autoridad para catalogar como derechos humanos a los derechos que consideren que deben tener este *status* dentro del ordenamiento jurídico internacional y que deben gozar de la protección reforzada que es característica de este tipo de derechos. Si los estados han querido brindar este *status* y esta protección reforzada a algún derecho específico, no puede soslayarse ni enmendarse tal decisión soberana.

El segundo argumento deriva del principio de interpretación amplia de los derechos humanos. Según este principio, los derechos humanos deben ser interpretados (por lo menos *prima facie*) de manera amplia. Esto quiere decir que, si un derecho subjetivo reviste por lo menos una propiedad para que sea considerado como un derecho humano, así debe considerarse¹⁶. En este sentido, todos los derechos subjetivos que aparecen en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos revisten por lo menos una propiedad para ser considerados como derechos humanos, a saber, la propiedad formal de pertenecer a uno de tales instrumentos internacionales.

1.2. El reconocimiento del derecho por parte de la jurisprudencia sobre derechos humanos

Asimismo, también es una propiedad suficiente, más no necesaria, de los derechos humanos, el estar reconocidos en la jurisprudencia sobre derechos humanos, es decir, aquella que producen órganos cuasi-jurisdiccionales como la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas u órganos jurisdiccionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo o la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica.

¹⁶ Cfr. C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, tercera edición, 2007, p. 621 ss.

Como ya se anticipó, las disposiciones que establecen los derechos humanos se caracterizan por su indeterminación. La indeterminación no es una propiedad exclusiva de estas disposiciones, sino un fenómeno generalizado en el lenguaje, que afecta a todo tipo de enunciados. La indeterminación se presenta cada vez que un enunciado –las disposiciones que establecen los derechos humanos son enunciados– no hace explícito de forma exhaustiva el conjunto de sus significados y, por lo tanto, genera la incertidumbre acerca de si uno o varios significados específicos pueden serle atribuidos.

La indeterminación que afecta en general a todo enunciado, recibe el calificativo de indeterminación semántica, porque se proyecta sobre el significado del enunciado. La indeterminación que caracteriza a las disposiciones de los derechos humanos es una especie de indeterminación semántica que se denomina indeterminación normativa. Esta denominación se debe a que las disposiciones de los derechos humanos son enunciados a los que se atribuye una pluralidad de significados normativos. Como consecuencia de la indeterminación normativa, a toda disposición que establece un derecho humano se puede adscribir una multiplicidad de normas y de posiciones que no aparecen explícitamente reconocidos en la disposición como tal. La indeterminación normativa se presenta cada vez que una disposición jurídica no hace explícito de manera exhaustiva el conjunto de sus significados normativos y, por consiguiente, impide al intérprete conocer *a priori* – o sea, antes de una fundamentación, tras la simple lectura del texto jurídico – si una o varias normas o posiciones pueden ser consideradas como normas o posiciones establecidas por la disposición.

Las disposiciones de los derechos humanos adolecen de indeterminación normativa. La indeterminación normativa de una disposición de un derecho humano puede ser examinada en abstracto y en concreto. En el nivel abstracto se plantea el interrogante de si el texto de cierta disposición permite al intérprete conocer *a priori* todas y cada una de las normas que estatuye. De manera categórica puede aseverarse que, desde este punto de vista, por fortuna no muy relevante en la práctica, todas las disposiciones de los derechos humanos son indeterminadas. Ninguna disposición de un derecho humano, por más específica que parezca, permite conocer *a priori* todas y cada una de las normas que estatuye directa e indirectamente. Casi todas las normas estatuidas indirectamente resultan no sólo de lo expresado por el texto de la

disposición, sino de otras premisas que complementan al texto en su interpretación.

Además de ello, la indeterminación de las disposiciones de los derechos humanos también puede ser examinada en concreto. El interrogante que se plantea en este nivel, el más relevante en la práctica, es si el texto de una disposición de un derecho humano permite reconocer *a priori* – sin necesidad de una fundamentación explícita –, si cierta norma relativa a un derecho humano vale como una norma estatuida por aquélla o si cierta posición relativa a un derecho humano puede considerarse como un humano válido desde el punto de vista de cierto sistema de protección de los derechos humanos.

Es preciso reconocer que, a causa de la indeterminación normativa –en abstracto y en concreto– de las disposiciones que establecen los derechos humanos, se hace imprescindible atribuir a la jurisprudencia sobre los derechos humanos expedida la competencia para reconocer derechos humanos adscritos o implícitos.

1.3. Conclusión en relación con las propiedades formales

Como conclusión de lo hasta aquí expresado puede señalarse que un derecho jurídico subjetivo ha de ser considerado como un derecho humano siempre que revista por lo menos una de las siguientes propiedades formales: que esté establecido en el texto de un instrumento internacional sobre derechos humanos o que esté reconocido como un derecho humano por parte de la jurisprudencia.

2. Las propiedades materiales

Es preciso advertir que las propiedades formales no bastan para definir el concepto de derecho humano. Piénsese en lo siguiente. Siempre puede preguntarse si las normas convencionales han reconocido todos los derechos humanos o si hay algunos derechos humanos que aún deben ser incluidos. Para responder esta pregunta, es necesario valerse de un concepto material de los derechos humanos.

Entonces, surge la pregunta: ¿qué propiedades definen los derechos humanos desde el punto de vista material?

Esta pregunta sólo puede responderse desde la base de una concepción filosófico-política del individuo y del individuo en la sociedad. Desde el punto

de vista material, los derechos humanos constituyen uno de los principales ejes de la relación entre el individuo y la comunidad política. Desde su invención como categoría jurídica, los derechos humanos han desempeñado la función de limitar las intervenciones del poder del Estado en la libertad privada, fundamentar subjetivamente el ejercicio de la participación democrática e igualar la situación jurídica de las personas en el ámbito público¹⁷. A esto se aúna que, tras el advenimiento del Estado social, los derechos humanos también han asumido el papel de garantizar la provisión de un mínimo existencial y de promover la igualdad fáctica. En razón de los derechos humanos, el individuo se erige dentro de la comunidad y frente a ella, como un sujeto libre, autónomo, capaz de determinarse en lo público y lo privado, y titular de ciertos intereses y necesidades, cuya protección y satisfacción fundamenta la propia existencia de la comunidad política, y del Estado, que es su institucionalización jurídica. Correlativamente, para la comunidad política, los derechos humanos son a la vez su motor y su freno, su razón originaria, la base de su acción y el límite que impide las actuaciones abusivas y desproporcionadas. Tanta es la importancia de los derechos humanos en la articulación de estas relaciones entre el Estado y el individuo, que la comunidad internacional se convierte en veedor y garante de su respeto.

Cabe observar que esta relación entre el individuo y la comunidad política aparece ya en el plano moral de la filosofía política y desde allí se proyecta hacia el ámbito jurídico. Los derechos humanos del plano internacional no son nada distinto a una institucionalización de los derechos humanos concebidos en las teorías filosófico-políticas en el ámbito del derecho internacional¹⁸. En la historia reciente de la filosofía política del mundo occidental existen por lo menos tres diversas concepciones morales del individuo, o con mayor precisión —dado que se habla en el ámbito moral y jurídico— de la persona, a saber: la liberal¹⁹, la democrá-

¹⁷ Cfr. M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Beck, Munich, 1992, Tomo II, p. 114 ss.

¹⁸ R. ALEXY, "Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat", en S. Gosefan y G. Lohmann (ed.), *Philosophie der Menschenrechte*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1999, p. 246 ss.; en el mismo sentido: F. I. Michelman, "Brauchen Menschenrechte eine demokratische Legitimation?", en H. Brunkhorst, W. Köhler y M. Lutz-Bachmann (ed.), *Recht auf Menschenrechte*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1999, p. 53; y J. Habermas, "Die interkulturelle Diskurs über Menschenrechte", en *ibidem*, p. 216.

¹⁹ Cfr. Sobre el concepto liberal de persona: J. Rawls, *El liberalismo político* (Tr. de A. Doménech), Grijalbo-Mondadori, Barcelona, 1996, p. 49 y 338.

tica²⁰ y la del Estado social²¹. En cada una de estas tres concepciones, el individuo aparece investido con diversas atribuciones que le son inherentes e indispensables para su desarrollo vital y que, por tanto, son dignas de reconocimiento en los instrumentos convencionales sobre derechos humanos. Es necesario acercarse al estudio de estas tres concepciones.

2.1. Las facultades básicas liberales de la persona

De acuerdo con la tesis liberal, la finalidad del Estado es proteger el ejercicio de la libertad y los bienes personalísimos del individuo. Locke, por ejemplo, sostuvo que la legitimidad del poder del Estado descansa sobre la base de la protección de la "vida, libertad y hacienda" del individuo o, en sus propias palabras, que "el fin supremo y principal de los hombres al unirse en repúblicas y someterse a un gobierno es la preservación de sus propiedades"²². Por su parte, Kant señaló que la principal directriz de la acción del Estado es el conocido "principio general del Derecho", según el cual, "una acción es conforme a Derecho cuando, según ella, la libertad de arbitrio de cada uno puede conciliarse con la libertad de todos, según una ley general"²³. Este principio muestra claramente cómo Kant atribuye al Estado, y en particular a la legislación, la labor fundamental de proteger y armonizar la libertad de todos los individuos.

Pero, ¿en qué consiste esa libertad? ¿Cuál es su contenido como atributo inherente al individuo?

En las últimas décadas, John Rawls ha intentado dar una respuesta a esta pregunta mediante su concepto liberal de persona. De acuerdo con Rawls, la persona está caracterizada por dos facultades morales que constituyen el núcleo de sus atributos como sujeto libre. La primera facultad

²⁰ Cfr. Sobre el concepto democrático de persona: K. Günther, "Welche Personenbegriff braucht die Diskurstheorie des Rechts? Überlegungen zum internen Zusammenhang zwischen deliberativer Person, Staatsbürger und Rechtsperson", en H. Brunkhorst y P. Niesen (eds.), *Das Recht der Republik*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1999, p. 83 ss.

²¹ Cfr. Sobre el concepto de persona en el Estado social, como titular de ciertas necesidades básicas: E. Tugendhat, *Lecciones de ética*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 325 ss.

²² J. LOCKE, *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, Espasa Calpe, Madrid, 1991, p. 293.

²³ I. KANT, *Introducción a la teoría del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, p. 80.

moral consiste en la aptitud de tener un sentido de la justicia —capacidad de ser “razonable”, en la terminología de este autor—²⁴. Por su parte, la segunda facultad se define como la “capacidad para albergar una concepción del bien” —capacidad de ser “racional”²⁵—. La primera facultad moral se identifica con la disposición humana para tomar parte de manera consciente en la cooperación social y para respetar los términos en que ésta se desenvuelve. La segunda facultad moral, en cambio, se refiere a la capacidad de propñerse objetivos y de “perseguir una concepción de lo que consideramos que en la vida vale la pena”²⁶. Entre las dos facultades existe una relación manifiesta: mientras la primera alude a los presupuestos individuales de la asociación política, la segunda recalca las posibilidades que esta asociación reconoce al individuo.

Estas dos facultades morales serían, desde el punto de vista liberal, las propiedades materiales que funcionan como criterio para determinar cuáles son los derechos humanos del individuo que deben ser protegidos por toda comunidad política justa. De las facultades morales de la persona se deriva el inventario de libertades que han de ser tenidas en cuenta por los fundadores del Estado y que luego han de materializarse en el catálogo de derechos humanos y de derechos fundamentales²⁷. De acuerdo con Rawls, de este catálogo sólo pueden formar parte las libertades que sean “esenciales” para el desarrollo de las capacidades de la persona, es decir, las libertades de pensamiento y de conciencia, las libertades políticas de asociación, las libertades físicas y de integridad de la persona, y los derechos y libertades implícitas en el principio de legalidad²⁸.

2.2. Las facultades básicas de la persona democrática

También la teoría democrática ha esbozado una concepción del sujeto, compuesta por un conjunto de atributos o facultades básicas cuya protección, mediante la forma de los derechos humanos, representa el fundamento y la finalidad de toda comunidad política. La clave de esta concepción se encuentra en el concepto de autonomía y aparece ya ex-

²⁴ J. RAWLS, *El liberalismo político* (Tr. de A. Doménech), Grijalbo-Mondadori, Barcelona, 1996., p. 49 y 338.

²⁵ *Ibíd.*, p. 338.

²⁶ *Ibíd.*

²⁷ *Ibíd.*, p. 330.

²⁸ *Ibíd.*, p. 328.

puesta *in nuce* en el ideal de Rousseau, de "encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no se obedezca sin embargo más que a sí mismo, y permanezca así libre"²⁹. La teoría democrática propugna la atribución al individuo de la mayor capacidad posible para darse normas a sí mismo; defiende un entendimiento del hombre como sujeto soberano, capaz de autogobernarse, que tiene el derecho de no obedecer más que a sus propios designios.

Esta idea central de la teoría democrática ha conocido en las últimas décadas un vigoroso auge en la teoría del discurso pergeñada por J. Habermas y algunos otros autores que siguen su línea teórica. El concepto de persona democrática, o de persona deliberante, es el más relevante de los desarrollos de la teoría del discurso, si la observamos desde el punto de vista de los derechos humanos. Así como Rawls ha esbozado un concepto liberal de persona, los defensores de la teoría del discurso han expuesto las características antropológicas que su concepción presupone, es decir, también han enunciado un conjunto de facultades básicas de la persona que funcionan como propiedades materiales para la definición de cuáles deben ser los derechos humanos en una sociedad.

Como es bien sabido, en la teoría de Habermas, la clave de funcionamiento del Estado y del Derecho se halla en el llamado principio del discurso. De acuerdo con este principio, sólo deben ser consideradas como normas válidas, aquéllas a las que todos los afectados puedan prestar su asentimiento, en calidad de participantes en discursos racionales³⁰. De esta equivalencia entre el principio del discurso y el principio democrático se sigue que el concepto de persona presupuesto por el principio democrático, se identifica con el concepto de persona que exige el principio del discurso; o, en otros términos, que las facultades básicas de la persona democrática son las facultades básicas de una persona deliberante en un discurso racional.

El principio del discurso presupone una persona capaz de deliberar y de prestar su asentimiento. Esta circunstancia permite explicar, por qué desde el punto de vista de la teoría del discurso, el concepto de persona se articula básicamente en torno a la capacidad de discernimiento de cada

²⁹ J. J. ROUSSEAU, *El contrato social*, Taurus, Madrid, 1969, p. 25.

³⁰ J. HABERMAS, *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998, p. 172.

individuo ("Zurechnungsfähigkeit"). Esta capacidad se define como la habilidad indispensable que cada hablante debe poseer para tomar parte en la comunicación³¹. La capacidad de discernimiento engloba dos facultades susceptibles de ser predicadas de la persona: por una parte, la capacidad de hacer afirmaciones y de defenderlas de la crítica con razones convincentes; y por otra, la capacidad de ser crítico con las afirmaciones de los demás y con las suyas propias, es decir, las aptitudes de crítica y autocrítica, a la última de las cuales, se suma además la facultad de autocorrección³².

Estas facultades son, desde el punto de vista de la teoría democrática, aquello que los derechos humanos deben proteger. Asimismo, en su conjunto, como concepto democrático de persona, son el presupuesto del *status* de ciudadano. Por esta razón, desde el punto de vista de la teoría democrática, los derechos humanos prioritarios son los derechos políticos y la dimensión participativa de otros derechos liberales y prestacionales como la libertad de expresión e información o el derecho a la educación.

2.3. Las necesidades básicas de la persona presupuesta por el Estado Social

Por último, también la teoría del Estado Social perfila una imagen del sujeto que debe ser protegido por el Estado y que se compone, esta vez no de un conjunto de facultades sino de necesidades básicas. Según esta línea de pensamiento, ninguna concepción sobre el contenido de los derechos humanos, en cuanto fundamento del Estado, puede desconocer que "grandes sectores de la comunidad no pueden valerse por sí mismos"³³. A pesar de que el Estado y el derecho protejan las facultades básicas (liberales y democráticas) de las personas que forman parte de estos sectores de la población, esta protección no es suficiente para que puedan satisfacer sus necesidades básicas. De acuerdo con Tugendhat, uno de los principales valedores de la teoría del Estado Social en el ám-

³¹ J. HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa*, Tomo II: *Crítica de la razón funcionalista*, Taurus, Madrid, 1987, p. 110.

³² K. GÜNTHER, "Welchen Personenbegriff braucht die Diskurstheorie des Rechts? Überlegungen zum internen Zusammenhang zwischen deliberativer Person, Staatsbürger und Rechtsperson", en H. Brunkhorst y P. Niesen (eds.), *Das Recht der Republik*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1999, p. 83 ss.

³³ E. TUGENDHAT, *Lecciones de ética*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 338 ss.

bito de la filosofía política, el sistema de derechos humanos no puede sostenerse sobre la presunción errada de que la sociedad está conformada enteramente por individuos capaces, autónomos y autosuficientes, que además intervienen en condiciones de igualdad en la toma de decisiones políticas. Por esta razón, su base no puede estribar en el concepto de libertad sino en el de necesidad o, con mayor precisión, de necesidades básicas de la persona.

La idea de necesidades básicas de la persona no es por entero incompatible con el liberalismo. Detrás de las nociones de libertad negativa y de autonomía, que fundamentan la concreción de los derechos humanos en deberes de abstención, subyace también el reconocimiento de que el individuo tiene la necesidad de elegir y de decidir su propio rumbo. No obstante, la idea de necesidad se extiende sobre otros planos soslayados por el pensamiento liberal y por el pensamiento democrático. Esta idea también pone de relieve que la situación de carencia de los bienes indispensables para subsistir y para ejercer las libertades, en que se encuentran vastos sectores de la población de los Estados, es un hecho de relevancia social. De esto se sigue que el imperativo de satisfacer las necesidades básicas de toda la población, fundamente ciertas reglas de cooperación que también integran el contenido de los derechos humanos. Estas reglas de cooperación desarrollan el principio de solidaridad³⁴, conforman los derechos humanos prestacionales y prescriben deberes de actuar que tienen un doble efecto de irradiación³⁵. Dichos deberes se proyectan en primer lugar sobre el propio afectado —a quien su *status* inicial como persona autónoma le impone una obligación de autoayuda—, y sobre sus familiares y allegados, quienes tienen con el afectado un vínculo de solidaridad muy estrecho. Sin embargo, si estas obligaciones positivas no pueden ser satisfechas en esta primera instancia, se traspasan de modo subsidiario a todos y cada uno de los miembros de la sociedad que se reúnen en el Estado para procurar el correspondiente deber prestacional³⁶. La

³⁴ M. BORGETTO ha señalado que el principio de solidaridad cumple la función de fundamentar en alguna medida ciertos derechos sociales. En esta dimensión, la solidaridad se entiende como un "deber colectivo de ayuda mutua", como un "verdadero principio de acción política". En: *La notion de Fraternité en Droit Public Français*, LGDJ, París, 1993, p. 398.

³⁵ E. TUGENDHAT, *Lecciones de ética*, op. cit., p. 341 ss.

³⁶ Del mismo modo, J. J. GOMES Canotilho ha hecho ver que el imperativo que se desprende de los derechos sociales, vincula a todos los miembros de la sociedad y se hace efectivo sobre todo mediante la acción de los contribuyentes, quienes pro-

ejecución de estos deberes prestacionales debe proveer el mínimo vital a todos los individuos y los bienes necesarios para el ejercicio de su libertad y sus derechos políticos. Asimismo, si el Estado no puede llevar a cabo la provisión necesaria para la satisfacción de estos derechos, entonces, la comunidad internacional debe encargarse de ella.

2.4. Conclusiones relativas a las propiedades materiales

Las propiedades materiales definitorias de los derechos humanos deben entenderse como propiedades suficientes y alternativas que un derecho jurídico subjetivo debe revestir para poder ser considerado como un derecho humano. De este modo, un derecho jurídico subjetivo ha de ser considerado como un derecho humano si protege alguna de las facultades básicas del concepto liberal de persona (se capacidad de ser racional o su capacidad de ser razonable), alguna de las facultades básicas ligadas a la capacidad de discernimiento propia del concepto democrático de persona o alguna de las necesidades básicas que la teoría del Estado social atribuye al individuo, es decir, alguna de las necesidades básicas que se satisfacen por el mínimo vital o la procura existencial o alguna de las necesidades básicas indispensables para el ejercicio de las libertades o los derechos democráticos. Asimismo, dentro de la concepción liberal de la persona aparece protegido el derecho a la igualdad jurídica, al paso que la concepción de la persona del Estado Social protege el concepto de igualdad fáctica.

porcionan al Estado los recursos necesarios para atender las prestaciones necesarias para la satisfacción de los derechos sociales. En: "Metodología "Fuzzy" y "Carnaleones normativos" en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales", *Derechos y Libertades*, núm. 6, 1998, p. 39 ss.

NOTA SOBRE EL ARTÍCULO ¿DERECHOS HUMANOS SIN METAFÍSICA? DE ROBERT ALEXY (*)

Por Miguel Angel Ciuro Caldani (**)

a) Consideraciones básicas

1. La posición básica sostenida por el profesor Robert Alexy no puede dejar de resultarme muy atractiva, no sólo por la calidad de quien la sustenta sino porque es afín a la que afirmaba mi maestro el profesor germano-hispano-argentino Werner Goldschmidt, fundador de la teoría trialista del mundo jurídico y porque yo mismo la he apoyado de cierto modo en otros momentos¹. Sin embargo, considero que el requerimiento de la fundamen-

* Traducción por Eduardo R. Sodero, del original alemán *Menschenrechte ohne Metaphysik?*, publicado en *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 52 (2004), págs. 15-24.

** Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Investigador principal del CONICET.

¹ Sostenía GOLDSCHMIDT que los valores son entes ideales, como tales sólo asequibles a la razón, objetivos, es decir trascendentes a ella de modo que las afirmaciones de ella son controlables como acertadas o desacertadas, pero —a diferencia de los entes ideales meramente enunciativos— son entes ideales exigentes (GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 369/70). Se remitía, específicamente al realismo creacionista cristiano (op. cit., págs. 26 y 371/72). La justicia, como todos los otros valores superiores, era presentada como un valor natural absoluto (op. cit., págs. 372 y ss.). La justicia valora adjudicaciones razonadas, a través de un sentimiento racional (op. cit., págs. 396/7). Decía Goldschmidt que como siempre en la esfera ideal se emplean la intuición estigmática y conspectiva (op. cit., págs. 397 y 358 y ss.).

Puede v. nuestro artículo "*Las posibilidades de superación de la discusión entre Juspositivismo y Jusnaturalismo a través de la teoría trialista del mundo jurídico*", en "Revista de Ciencias Sociales", N° 41, "Positivismo jurídico y doctrinas del Derecho Natural", págs. 85 y ss.

tación metafísica racional y universal planteado por el profesor Alexy sólo responde a la manera en que él conceptúa los derechos humanos. En la construcción del problema está, en gran medida, la clave de la respuesta.

Todo planteo acerca de la justicia, el Derecho, y los derechos humanos *supone*, a mi parecer, creencias metafísicas explícitas o implícitas, pero como lo señala el profesor Alexy éstas *son diversas* y, a mi entender, no existe manera de convencer científicamente sobre la superioridad de unas u otras sin contar con alguna base no fijada de manera científica. Se trata de diversos modos de construcción del pensamiento², edificados de manera más o menos consciente según lo que resulte interesante a quienes los desarrollen³. Conforme a nuestra posición, metafísica y respecto de los derechos humanos, en el marco de éstos pueden lograrse, sin embargo, *consensos* de gran valor entre quienes tengan fundamentos metafísicos distintos. Además, según nuestro entender los derechos humanos *no son* universales ni permanentes.

2. Considero destacadamente interesante la construcción que, dentro de la corriente integrativista y su especificidad tridimensionalista, dirigida a hechos, normas y valores⁴, presenta la *teoría trialista del mundo jurídico*.

Entiendo que la teoría trialista supera los desvíos de la "complejidad impura", que en alguna medida mezcla los hechos, las normas y los

² Puede v. GUIBOURG, Ricardo A., "*La construcción del pensamiento*", Bs. As., Colihue, 2004.

³ Entendemos que la inevitabilidad del basamento metafísico es análoga a la de la concepción del mundo y la de la posición psicológica, que también creemos inevitables (es posible c. por ej. JASPERS, Karl, "*Psicología de las concepciones del mundo*", trad. Mariano Marín Casero, Madrid, Gredos, 1967).

⁴ En cuanto al tridimensionalismo en general, puede v. por ej. REALE, Miguel, "*Teoria tridimensional do direito*", 4ª. ed., San Pablo, Saraiva, 1986. Expresa el profesor Robert Alexy que "La cuestión consiste en saber cuál concepto de derecho es correcto o adecuado. Quien desee responder esta pregunta tiene que relacionar tres elementos: el de la *legalidad* conforme al ordenamiento, el de la *eficacia* social y el de la *corrección* material. Quien no conceda ninguna importancia a la legalidad conforme al ordenamiento y a la eficacia social y tan solo apunte a la corrección material obtiene un concepto de derecho puramente iusnatural e iusracional. Llega a un concepto de derecho puramente positivista quien excluya totalmente la corrección material y apunte sólo a la legalidad conforme al ordenamiento y/o a la eficacia social. Entre estos dos extremos son concebibles muchas formas intermedias." (ALEXY, Robert, "*El concepto y la validez del derecho*", trad. Jorge M. Seña, 2ª. ed., Barcelona, Gedisa, 1997, pág. 21).

valores, y de la "simplicidad pura", que los aísla, a menudo limitando el Derecho a las normas, como lo propuso Hans Kelsen, y dejando fuera los importantísimos despliegues de los hechos y los valores. La teoría trialista incluye en el mundo jurídico repartos de potencia e impotencia (dimensión sociológica) captados normativamente (dimensión normológica) y valorados por un complejo de valores que culmina en la justicia (dimensión dikelógica)⁵.

Werner Goldschmidt afirmó que el Derecho "es" tridimensional y que la teoría trialista expone la realidad de esa tridimensionalidad. A mi criterio, sin embargo, no es necesario ni viable demostrar lo que el Derecho es, basta con reconocer que se trata de una construcción de sobresaliente interés.

3. Aprovechando las perspectivas trialistas, entiendo que los derechos humanos pueden ser pensados jurídicamente en las dimensiones sociológica, normológica y dikelógica, dotándolos o no de fundamentos metafísicos explícitos. Según hemos señalado, todos vivimos en relación con respuestas metafísicas, pero éstas no son sustentables científicamente y no impiden que desde diversas respuestas básicas se llegue a puntos iniciales compartidos como los que propongo desde el trialismo⁶.

Las dimensiones normológica y sociológica son "puestas" por quienes conducen la realidad; la dimensión referida a valores que, por la jerarquía que asignamos a la justicia denominamos "dikelógica", para Goldschmidt está en los acontecimientos y es descubierta y, para nosotros, es construida sobre bases asumidas por acuerdo, sea éste real o supuesto. En consecuencia, los derechos humanos pueden ser *puestos*

⁵ Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico pueden v. por ej.; GOLDSCHMIDT, op. cit.; *"La ciencia de la justicia (Dikelogía)"*, 2ª. ed., Bs. As., Depalma, 1986; *"Justicia y verdad"*, Bs. As., La Ley, 1978; CIURO CALDANI, Miguel Angel, *"Derecho y política"*, Bs. As., Depalma, 1976; *"Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política"*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; *"Estudios Jusfilosóficos"*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; *"La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica"*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; *"Metodología Dikelógica"*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007.

⁶ Aunque la afirmación es a menudo discutida, Goldschmidt afirmaba la posibilidad de una Filosofía Jurídica de alcance menor (o Jurídica) que construye el mundo jurídico como una totalidad sirviéndose de conceptos tomados a préstamo de diversos sistemas filosóficos, sin preocuparse de la compatibilidad de éstos entre sí, examinando la coherencia interna de sí misma (*"Introducción ..."* cit., págs. 5/6).

por las normas y por la realidad de las adjudicaciones o puede afirmarse que *corresponden*, con diversos fundamentos, dikelógicamente. A nuestro parecer, la existencia de los derechos humanos no depende necesariamente de su fundamentabilidad, sí depende de ellos el deber de su reconocimiento.

En lo que sigue presentaremos las diversas *perspectivas* con que el trialismo propone considerar los derechos humanos y, específicamente, las *consecuencias trialistas* de los planteos metafísicos explicativos y existenciales. Estas bases metafísicas explicativas y existenciales, que tal vez Goldschmidt hubiera aceptado de buen grado como objetivas y naturales, sobre todo las segundas, a nuestro entender no son sino opciones que tienen determinadas consecuencias en el planteo jurídico, consecuencias que resultan satisfactorias para quienes las sustentan, incluso en general para mí mismo. Sobre esas bases son viables planteos científicos, pero los soportes son opciones precientíficas.

4. Las bases metafísicas de los derechos humanos corresponden a distintos *despliegues culturales*. Estos despliegues tienen gran valor en tiempos como el nuestro, de *cambio de era de la Historia*, cuando es de gran interés atender a las variaciones en la materia, el espacio y el tiempo ahondando en los significados de los derechos humanos para darles la mejor comprensión y realización.

En cuanto a lo *material*, consideramos que, más allá de los cambios producidos por ejemplo en la información y las comunicaciones existe una enorme modificación en las posibilidades genéticas respecto de nuestra propia especie. No tenemos conocimiento de que antes una especie pudiera disponer de su porvenir como ahora sucede con la nuestra. En el *tiempo*, nunca la humanidad se ha visto ante la necesidad de profundizar tanto en sus propios sentidos pasados y presentes si desea proyectarlos al porvenir⁷. Los contactos *espaciales* plantean desafíos

⁷ Pueden v. nuestros "*Estudios de Historia del Derecho*", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; también "*Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica*", en "*Investigación y Docencia*", N° 27, págs. 9 y ss.; "*Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración*", en "*Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*", N° 24, págs. 41/56.

Cabe v. asimismo ALTERINI, Atilio A. – NICOLAU, Noemí L. (dir.), "*El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Profesor Miguel Angel Ciuro Caldani*", Bs. As., La Ley, 2005.

que no tienen la enorme magnitud de los intertemporales, pero son también muy significativos ⁸.

Los derechos humanos han de responder a esas enormes exigencias. Aunque también puede apostarse al cambio radical que al menos pretenda ignorar las realidades y los derechos actuales, a nuestro entender es de extraordinaria importancia el sabio *replanteo* de los derechos humanos para contestar de manera satisfactoria a esas enormes transformaciones de la materia, el tiempo y el espacio ⁹.

5. La *interculturalidad* es uno de los mayores desafíos de los derechos humanos, hondamente vinculada con el debate de este caso ¹⁰. En países como la *Argentina* la interculturalidad que influye en los derechos humanos consiste principalmente en las relaciones entre dos vertientes, heredadas en gran medida de España.

Una es la corriente "*hispanica tradicional*", reforzada por elementos indígenas asimilados e inmigratorios, en especial de la Italia meridional. Se vincula con el catolicismo de bases medievales y es más comunitarista, a veces corporativista, y paternalista. Sus exponentes más representativos son Felipe II, Juan Manuel de Rosas y Juan Domingo Perón. Su manifestación literaria más categórica es "*Martín Fierro*", donde José Hernández relata la desgracia del gaucho, partícipe de la cultura hispanica tradicional ¹¹. La expresión arquitectónica más nítida del sector hispanico tradicional podría ser el monasterio-palacio de San Lorenzo de El Escorial, donde se advierte la profunda fe del monarca que lo hizo construir, auténtica pero a veces con características tremendas. En esta corriente, fuertemente

⁸ Es posible c. nuestro libro "*El Derecho Universal*", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001.

⁹ Quizás pueda decirse que la materia, el tiempo y el espacio cambian tanto que de cierto modo se "niegan".

¹⁰ 2008 es el Año Europeo del Diálogo Intercultural (pueden v. por ej. European Culture Portal, http://ec.europa.eu/culture/portal/index_en.htm, 18-2-2008; http://www.interculturaldialogue2008.eu/home.0.html?&no_cache=1&L=3&redirect_url=my-startpage-eyid.html, 18-2-2008; Centre de Documentació Europea, http://www.guiafc.com/ficha.asp?ld=8&ld_f=309, 18-2-2008).

¹¹ Pueden v. nuestra "*Comprensión jusfilosófica del "Martín Fierro"*", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984 y "*Notas de un "diálogo" del "Facundo" y el "Martín Fierro"*", en "*Filosofía, Literatura y Derecho*", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986, págs. 101 y ss.

no escéptica, predominan la fundamentación *religiosa e intuitiva* y la perspectiva empática de la metafísica.

La otra vertiente es la genéricamente "*anglofrancesa*", con influencias norteamericanas. Es afín al pensamiento de la modernidad, más individualista y abstencionista, quizás con ocultas proyecciones afines a la Reforma y, en el pasado, en casos importantes, tuvo influencias masónicas. Sus representantes más notorios son Carlos III, Mariano Moreno, Bernardino Rivadavia, Bartolomé Mitre, Domingo F. Sarmiento y Pedro Eugenio Aramburu. La manifestación literaria más rotunda es "Facundo" de Domingo F. Sarmiento, cuyo subtítulo "Civilización y Barbarie" expresa la dura oposición entre el sector anglofrancés, exponente de la civilización, y el hispánico tradicional, encarnación de la barbarie¹². Su representación arquitectónica más clara es el italianizante Palacio Real de Madrid. En el caso de la cultura genéricamente anglofrancesa, en cuanto al tema de nuestro especial interés a veces se encuentran líneas *escépticas* y en otros casos no escépticas; las segundas incluyen expresiones *biológicas, consensuales, instrumentales* y también *explicativas y existenciales*¹³.

En cuanto a esta oposición, tal vez quepa señalar que los *Pirineos* sirven para mostrar geográficamente las diversidades hispánicas tradicionales y anglofrancesas. Creemos que en Occidente hay dos grandes líneas de diferenciación cultural de importancia jurídica. Una es la que existe entre el common law y el Derecho romano justinianeo-germánico que, puede decirse (generalizando) es marcada por el Canal de la Mancha. Otra es la que se plantea respecto de la generación de la cultura hispánica tradicional y la anglofrancesa, correspondiente a los Pirineos. La propia España vive desde hace varios siglos la tensión entre lo tradicional y lo "anglofrancés".

La oposición en el espacio peninsular se muestra hoy, de manera predominante, entre el Partido Popular, más hispánico tradicional, sobre

¹² Es interesante tener en cuenta que el Código Civil afrancesado entró en vigor en 1871 y en 1872 apareció el lamento del gaucho en la primera parte de "Martín Fierro".

¹³ Es posible v. nuestro artículo "*Bases culturales del Derecho argentino*", en "Revista del Centro de Investigaciones ..." cit., N° 27, págs. 113/126; también "*La escisión de la conciencia jurídica y política argentina*", en "Revista de la Universidad de Buenos Aires", publicación dispuesta en homenaje al profesor Rafael Bielsa, vol. VI, págs. 21 y ss.

todo en cuanto hereda las posiciones de Francisco Franco, y el Partido Socialista Obrero Español, relativamente anglofrancés y más vinculado a la Segunda República. Sin ignorar que se trata de una particularidad, puede afirmarse que el rechazo y la admisión del matrimonio entre homosexuales es una de las vertientes del conflicto básico entre los dos partidos y los dos sectores culturales ¹⁴.

Tal vez pueda entenderse que la diferenciación entre lo anglofrancés y lo hispánico tradicional corresponde a la diversidad entre lo más o menos moderno, y creemos que hay cierta "dialéctica" entre la medievalidad, la modernidad y la posmodernidad ¹⁵, pero estimamos que este planteo, como la denominación "Edad Media", puede llegar a desjerarquizar y confundir la importancia de la distinción de sectores y, en nuestro caso, de las posiciones en cuanto a derechos humanos.

Los derechos humanos de *primera generación* estuvieron más vinculados con el sector *anglofrancés*, sobre todo en relación con el liberalismo político; los desarrollos *posteriores* han ido equiparando la vocación de los dos sectores al respecto. Quizás pueda afirmarse que en la Argentina, dado su carácter a menudo económicamente marginal, el sector hispánico tradicional ha promovido en mayor medida los derechos de generaciones posteriores. Cuando se llega a la protección de minorías, los dos espacios culturales ocupan los papeles de maneras equilibradas, según el lugar en que están situados. Por ejemplo: las minorías "raciales" históricas (indígenas, gauchescas, etc.) tienen más representación en el sector hispánico tradicional y las minorías sexuales poseen más presencia en el ámbito anglofrancés.

Los conflictos metafísicos se interrelacionan con los conflictos culturales y los referidos a derechos humanos, sobre todo cuando respecto de éstos se hacen remisiones concretas. Cada concepción del Derecho es una manera de concebir la justicia de los derechos humanos. Sin embargo, desde distintos puntos de vista metafísicos,

¹⁴ La diferenciación española y argentina *no es excluyente* de fenómenos de cierto modo parecidos en otros países. En América Hispánica la tensión suele estar también muy presente (cabe c. nuestro artículo "Notas para la comprensión jusfilosófica de América Latina", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N° 12, págs. 29 y ss.).

¹⁵ Es posible v. nuestro trabajo, en colaboración con Mario E. CHAUMET, "Perspectivas jurídicas "dialécticas" de la medievalidad, la modernidad y la posmodernidad", en "Investigación..." cit., N° 21, págs. 67 y ss.

reconociéndolos pero sin entrar a su debate, es posible llegar a *acuerdos convivenciales* que, quizás, sean una de las mayores conquistas de los derechos humanos.

II) Perspectivas trialistas para la consideración de los derechos humanos en general

1) El mundo jurídico

a) Dimensión sociológica

6.1. La dimensión sociológica se constituye por las *adjudicaciones* de "potencia" e "impotencia", es decir de lo que favorece o perjudica al ser y en especial a la *vida humana*. Las adjudicaciones son jurídicas en cuanto se relacionan con seres humanos. Aunque la vida es muy difícil de conceptuar, es de sumo interés referirse científicamente a ella en la mayor medida posible.

Las adjudicaciones jurídicas son *repartos*, originados por la conducción de seres humanos determinables o *distribuciones*, que provienen de la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar. La noción de "*reparto*" (de potencia e impotencia, al fin sobre todo de vida humana) es clave para la integración de las tres dimensiones, porque a los repartos se refieren en más o en menos las normatividades y en ellos deben realizarse los valores, especialmente la justicia.

Goldschmidt tuvo la lúcida percepción de la necesidad de atender a las influencias humanas difusas, de la economía, la religión, la ciencia, el arte, etc. -quizás quepa decir de la cultura en general- sin que resulten atribuibles a seres humanos particularizados. Las influencias humanas difusas pueden abarcar repartos, pero son diversas de ellos. No obstante, el maestro germano-hispano-argentino no dio a las distribuciones la importancia que es interesante asignarles, quizás porque a pesar de su grandeza su pensamiento estaba demasiado vinculado a la visión individualista de la Edad Moderna. En su gran erudición, mucho sabía de la Edad Contemporánea, pero a nuestro parecer no pudo incorporar de manera suficiente los planteos sociales que en ella se desarrollaron (sobre todo, v. gr., a la luz del marxismo) ¹⁶.

¹⁶ En cuanto a la posibilidad de que el trialismo sea compatible con el marxismo, cabe c. nuestro artículo "*Teoría tridimensional y teoría trialista*", en "*La Ley*", t. 148, págs. 1203 y ss.

6.2. En cierta concordancia con los elementos de los repartos, el profesor Alexy se remite, por ejemplo, a los portadores, los destinatarios y los objetos de los derechos humanos. Al menos en la realidad social y las normas hay *derechos humanos* porque los hombres los establecemos, de manera difusa, en distribuciones, o de modo determinable, es decir en repartos. Existen porque los propios seres humanos los ponemos de una u otra manera más o menos relacionada con la naturaleza o el azar.

Los derechos humanos se relacionan profundamente con las influencias humanas difusas de la economía, la religión, la ciencia, el arte, etc., abarcando la cultura en general. En mucho se plantean en el Occidente de la modernidad y no en la Edad Antigua, la Edad Media o el Islam, porque en el primer marco están dadas influencias humanas difusas, vinculadas incluso con la naturaleza y tal vez el azar, que los impulsan y que no se encuentran en los otros ámbitos ¹⁷.

6.3. La corriente *hispánica tradicional* tiende a pensar a los derechos humanos en mayor relación con las distribuciones de la naturaleza, en gran medida según la obra divina expresada en la religión. La orientación *anglofrancesa* se orienta a referirlos más a las influencias humanas de la economía y los repartos ¹⁸.

7.1. Los *repartos* han de ser considerados en sus *elementos*: *repartidores* (conductores), *recipiendarios* beneficiados y gravados, *objetos* (potencias e impotencias), *formas* y *razones*, sean éstas móviles de los repartidores, razones alegadas por los repartidores o razones sociales atribuidas por la comunidad cuando considera que los repartos son valiosos. Las normas suelen presentar estos elementos sociales según a sus autores (repartidores) les conviene hacerlo, pero siempre es interesante atender a su realidad social, que puede ser muy diversa.

7.2. En el campo de los *derechos humanos* es relevante determinar quiénes son realmente los repartidores y los recipiendarios, cuáles son los objetos, las formas y las razones. Mucho es lo que se alega y normativiza en nombre de los derechos, pero a menudo mucho menos es lo que realmente se adjudica. Grandes avasallamientos de los derechos humanos se concretan alegándolos y encubriéndolos en normatividades muy respetuosas.

¹⁷ Es posible c. nuestros "*Estudios de Historia ...*" citis.

¹⁸ Quizás, en relación específica con la posición del profesor Alexy valga señalar que los planteos metafísicos *explicativos* y *existenciales* vinculan a los derechos humanos más con los repartos.

7.3. Los *dos sectores* de la cultura argentina han participado en violaciones de los derechos humanos encubiertas en alegatos y normatividades de sentidos muy diferentes.

8.1. Los repartos pueden ser *autoritarios* o *autónomos*. Los primeros se desenvuelven mediante la imposición y realizan el valor poder y los segundos se desarrollan en el curso del acuerdo y satisfacen el valor cooperación.

Dada la importancia que el trialismo atribuye a la justicia, sea en el sentido "fuerte" que le asignó Goldschmidt o el relativamente "débil" que le atribuyo, no necesita del poder ni de la intervención estatal para reconocer el ámbito jurídico. La autonomía es jurídica por sí misma, sin ninguna referencia a la autoridad. Es más según el principio supremo de justicia, que referiremos más adelante, el reparto autónomo es básicamente preferible al reparto autoritario.

La importante expansión actual de los pactos es una expresión del acierto de la inclusión de la autonomía por sí misma en el campo jurídico.

8.2. Los *derechos humanos* pueden ser establecidos mediante la autoridad y la autonomía. Existen porque los hombres los ponemos autoritaria o autónomamente. En general, tienden a lograr desarrollos autónomos.

8.3. La orientación cultural *hispánica tradicional* tiene más expresiones autoritarias. La *anglofrancesa* posee más manifestaciones autónomas ¹⁹.

9.1. Los repartos pueden *ordenarse* verticalmente mediante la *planificación gubernamental* que indica quiénes son los supremos conductores (quiénes mandan) y cuáles son los criterios supremos de reparto (con qué criterios se manda) y cuando está en marcha realiza el valor previsibilidad. Su ordenación horizontal se produce según la *ejemplaridad*, en la que los repartos se vinculan a través del seguimiento de modelos que se consideran razonables, realizando el valor solidaridad. A través de la ejemplaridad se desenvuelven la costumbre, la jurisprudencia y los usos.

Según el principio supremo de justicia que adoptaremos, la ejemplaridad es en principio preferible a la planificación gubernamental. La

¹⁹ La propuesta del profesor Alexy se integra en esta corriente.

importante expansión de las costumbres y los usos en el tiempo actual evidencia el acierto de la jerarquía que el trialismo atribuye a la ejemplaridad.

9.2. Los *derechos humanos* pueden ser establecidos por la planificación gubernamental o la ejemplaridad. Existen porque los seres humanos los ponemos por vía de planificación o ejemplaridad. Aunque hay desarrollos de la ejemplaridad opresores, a menudo los derechos humanos tienden a apoyarse en la ejemplaridad respecto de la planificación.

9.3. En general y en cuanto a los derechos humanos la orientación cultural *hispánica tradicional* se orienta con mayor frecuencia por la planificación gubernamental. La corriente *anglofrancesa* se encamina más por los senderos de la ejemplaridad ²⁰.

10.1. Los repartos pueden encontrar *límites necesarios* que les impone la "naturaleza de las cosas". El tropiezo con esos límites significa que se quiere pero no se puede. Aprovechando afinidades "lassalleanas", puede decirse que hay una "constitución material" que limita las posibilidades ²¹. Los límites necesarios pueden ser físicos, psíquicos, socio-políticos, socioeconómicos, etc. Los repartos que tropiezan con límites son frustrados ²².

10.2. Los *derechos humanos* suelen encontrar importantes límites necesarios, de modo tal que en muchas circunstancias resultan frustrados. A veces incluso los pretendidos titulares no tienen deseos de contar con los derechos. En otros casos las declaraciones son simplemente "espectáculos". En países como la Argentina los límites necesarios de los derechos humanos son relativamente frecuentes.

10.3. Las dos corrientes culturales argentinas han intervenido a menudo como límites respectivos. El país ha vivido en largos períodos en *estado de guerra civil* en primer término declarada y luego latente que han dificultado el imperio de los derechos humanos. Al menos formal-

²⁰ El planteo del profesor Alexy se ubica más en este sentido.

²¹ LASSALLE, Fernando, "*¿Qué es una constitución?*", trad. W. Roces, Bs. As., Siglo Veinte, 1957.

²² Esto debe distinguirse de los casos en que ni siquiera existe la voluntad de repartir en que, como señalaremos en el texto, cabe hablar de normas "espectáculo". Puede v. nuestro trabajo "*Las fuentes de las normas*", en "*Revista de la Facultad de Derecho*" (UNR), 4/6, págs. 232 y ss., (también en "*Zeus*", 6/IX/1983, t. 32, págs. D.103 y ss.).

mente, en los primeros tiempos de la historia del país los esfuerzos para el establecimiento de los derechos humanos fueron encabezados por el sector anglofrancés. Parece que hoy los obstáculos emergentes de los conflictos entre sectores han disminuido y ambos confluyen en el interés en la realización de los derechos humanos.

b) Dimensión normológica

11.1. En la construcción trialista las normatividades son *captaciones lógicas* de repartos proyectados o del orden de repartos, con sentido "promisorio" o con sentido "prescriptivo" en sentido muy amplio. Las normatividades promisorias se construyen en términos del ser y traen consigo una importante problemática de verdad. Las normatividades prescriptivas en sentido amplio se edifican en términos del deber ser. La palabra *norma* es utilizada para nombrar las captaciones lógicas promisorias, que para ser tales son "edificadas desde el punto de vista de terceros".

La importancia de que las normas sean captaciones de la realidad de repartos proyectados es muy grande, porque así se evita que encubran los hechos, donde es de fundamental relevancia que existan las potencias y las impotencias. Se busca que las normas no oculten la vida humana, que es el objeto de especial interés.

Al captar los repartos proyectados, las normatividades simultáneamente *describen e integran* la realidad. En el caso de las normas, la *descripción* se refiere al contenido de la voluntad de los autores y principalmente al *cumplimiento* de esa voluntad. En el trialismo el cumplimiento de las normas, que les asigna exactitud, tiene destacadísima importancia. Así los repartos proyectados llegan a ser *repartos realizados*.

A veces los proyectos de los repartos son para el cumplimiento "inmediato" y otras son programáticos. En otros casos, donde el proyecto en sí es muy débil, son instrumentos de propaganda para convencer a fin de que alguna vez lleguen a cumplirse. En las normas de propaganda la exactitud es muy remota y eventual.

11.2. En consecuencia, las normatividades referidas a *derechos humanos* captan repartos proyectados. Importan principalmente en cuanto se relacionen con adjudicaciones de potencia y de impotencia. A veces esos proyectos son específicamente tales y en otros casos son programas o caminos de propaganda. En correspondencia con los límites necesarios

antes señalados, cabe señalar que en muchas circunstancias las normas de derechos humanos no son exactas y por esto hay que estar en guardia relacionando normas y realidad social. Las similitudes en las normatividades de derechos humanos entre muchos países pueden corresponder a realidades de cumplimiento muy dispares.

11.3. Ya hemos señalado las dificultades de cumplimiento de las normas de derechos humanos que con frecuencia ha producido la división cultural argentina. Hasta 1983, por los conflictos entre sectores culturales o por enfrentamientos principalmente económicos, los derechos humanos fueron a menudo promesas incumplidas. De todos modos, según también expresamos, se han alcanzado importantes avances al respecto.

12.1. Las normas captan los repartos en sus problemas y sus soluciones. Las captaciones de los problemas son los *antecedentes* normativos y las captaciones de las soluciones son las *consecuencias jurídicas*. Antecedentes y consecuencias tienen *características positivas y negativas* que deben estar respectivamente presentes y ausentes para que las normas funcionen. Por ejemplo: en la norma sobre homicidio puede formularse con frecuencia que si un hombre mata a otro (característica positiva del antecedente) y no fuera en legítima defensa, por obediencia debida, etc. (características negativas del antecedente) será la prisión del matador por "x" años (característica positiva de la consecuencia jurídica) a no ser que prescriba la pena, lo indulten, etc. (características negativas de la consecuencia jurídica).

12.2. A nuestro entender, los *derechos humanos* tienen tal significación que no sólo han de generar normas que los declaren, teniéndolos en cuenta como características positivas de los antecedentes, sino que su violación ha de figurar como característica negativa de todo antecedente y de toda consecuencia jurídica, esté o no explicitada. Ningún problema y ninguna solución pueden constituirse de manera aceptable si afectan los derechos humanos.

12.3. Quizás pueda sostenerse que el compromiso más radical con los derechos humanos de primera generación que puede asumir el sector *anglofrancés* haga que los tenga más presentes en la constitución misma de los problemas, como característica positiva, y como característica negativa del antecedente, en tanto para el ámbito hispánico tradicional figuren más como características negativas de la consecuencia jurídica. En cambio, el interés por las otras generaciones de derechos humanos se

equilibra en los dos sectores, que pueden tenerlos por igual en cuenta en los compromisos del antecedente, sea en las características positivas o negativas y en las características negativas de la consecuencia.

13.1. Las *fuentes reales* de las normas, de gran interés en el planteo trialista, son los repartos mismos. En cierto aspecto se presentan en su misma *materialidad* repartidora, en otro en las autobiografías *formales* de los repartos que hacen los propios repartidores (constituciones formales, tratados internacionales, leyes, decretos, sentencias, contratos, testamentos, etc.)

Las fuentes reales "viven" ²³ y por eso cambian su *jerarquía formal* y su *importancia material*. Por ejemplo, los tratados internacionales, las sentencias y los contratos avanzan en relación con las leyes. En países como la Argentina los tratados internacionales tienen siempre jerarquía formal superior a las leyes.

En concordancia con lo ya expuesto, cabe señalar que a veces las fuentes formales no son reales, sino meros *espectáculos* dictados fraudulentamente para engañar al resto de la sociedad.

13.2. En países como la Argentina las fuentes de los *derechos humanos* tienen con cierta frecuencia carácter de espectáculo, pero hay que señalar que avanzan en efectividad, en jerarquía formal e en importancia material. Tratados de derechos humanos han adquirido y otros pueden ir logrando jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional). El deseo de superar un período oscuro de la historia promovió la consagración internacional que, invocada a menudo, adquiere cierto éxito material.

13.3. La Constitución nacional de 1853/60, impulsada sobre todo por el sector *anglofrancés*, se refirió destacadamente a los derechos humanos de la primera generación ²⁴. La reforma al fin anulada de 1949, que impulsó el ámbito *hispánico tradicional* introdujo, también en concordancia con los nuevos tiempos, un importante elenco de derechos de la segunda generación. Por otro lado, debilitó los derechos de la primera

²³ En cuanto a los alcances, la dinámica y las situaciones de las respuestas jurídicas es posible v. nuestros "*Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas*", Rosario, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976 (reedición en "*Investigación ...*" cit., N° 37, págs. 85/140).

²⁴ sitios jurídicos, Constitución Nacional Argentina de 1853 y reformas, <http://www.biblioteca.ius.gov.ar/constitucionargentina1853.html>, 16- 2- 2008.

generación, sobre todo al habilitar la reelección sin límites del presidente de la República, con una duración de seis años por período ²⁵.

Quizás sea oportuno señalar que la mayor tarea de reconocimiento de derechos humanos en tratados internacionales se concretó a través de la reforma Constitucional de 1994 surgida del Pacto de Olivos entre el sector más anglofrancés, encabezado por el ex presidente Raúl Alfonsín, y el relativamente hispánico tradicional del presidente peronista Carlos S. Menem, pero el impulso mayor en cuanto a derechos humanos parece haberse debido al sector del ex presidente Alfonsín.

En la ley 24.309 dictada en base al Pacto, donde se habilitó la reforma, no se incluyó la modificación de los derechos humanos de la primera generación, aunque luego resultaron indirectamente enriquecidos ²⁶. La atenuación del sistema presidencialista pretendida por el sector anglofrancés estuvo lejos de lograrse. En cambio, a nuestro parecer hoy se advierte con claridad que la posibilidad de la reforma con miras a la reelección del presidente Menem, obtenida bajo presión de su sector hispánico tradicional, fue un empobrecimiento de las instituciones y los derechos humanos en el país ²⁷.

14.1. Para que los repartos proyectados captados en las normas se realicen éstas deben *funcionar* a través de un complejo de tareas, algunas necesarias siempre, otras sólo a veces (tareas de reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, argumentación, aplicación y síntesis). En la determinación y sobre todo en la elaboración son especialmente necesarias consideraciones de justicia. La determinación suele consistir en el desarrollo de principios, positivos o de valor. La elaboración abarca la producción de carencias dikelógicas (lagunas dikelógicas) que ha de hacerse cuando las normas existentes son injustas y su rechazo constituye el "mal menor". En estos términos se entiende que la injusticia extrema no deba ser acatada; suele decirse, con una ilustre tradición, que no es derecho ²⁸. A nuestro entender, más que afirmar que no es derecho suce-

²⁵ Constitución de la Nación Argentina, Sancionada el 11 de marzo de 1949, <http://www.adias.com.ar/Documentos/cons.html>, 16-2-2008. Para la realidad Argentina se trata de la posibilidad de una peligrosa continuidad.

²⁶ Puede v. Infoleg, <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/buscarNormas.do>, 16-2-2008.

²⁷ Honorable Senado de la Nación, De Interés, Constitución Nacional, <http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpol.php>, 16-2-2008.

²⁸ Es posible v. VIGO, Rodolfo L. (ed.), "La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)", Bs. As., Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires-

de que debe ser rechazada. Creemos que la interpretación acertada del trialismo, que compartimos, lleva a afirmar que las realidades injustas no dejan de ser por esto jurídicas, pero existe el deber jurídico (dikelógico) de no acatarlas. El derecho debido en términos de valor no puede derogar el derecho positivo. El derecho positivo no puede derogar el derecho debido en términos de valor, aunque sólo se trate de lo que corresponde porque así lo consideramos.

Para elaborar las normas (integrar las lagunas) se recurre a la justicia, sea ésta "formal", cuando se toman bases de analogía o principios generales del Derecho existentes en el ordenamiento (autointegración), o se hace remisión a la justicia "material", cuando se hace referencia a consideraciones directamente orientadas al valor (heterointegración). También la elaboración tiene importantes relaciones con los principios.

14.2. Las remisiones a la justicia pueden apuntar a los *derechos humanos* en su despliegue de valor. Esto significa que los derechos humanos pueden aparecer de manera especial en la determinación, en la producción de carencias dikelógicas y en la integración. Desde la perspectiva del deber de producir carencias dikelógicas para preservar los derechos humanos puede advertirse de cierto modo que, como lo afirma el profesor Alexy, éstos tienen prioridad, aunque nos parece más representativo de nuestro pensar afirmar que tienen "preferencia"²⁹. Ante una normatividad contraria a los derechos humanos puede surgir y habitualmente surge el deber de descartarla; las lagunas han de integrarse teniendo en cuenta los derechos humanos.

14.3. Según surge de lo ya expuesto, cuando se refieren a los principios y a la justicia los dos sectores de la cultura argentina lo hacen con cargas de fundamentación diferentes. En el ámbito *hispanico tradicional* es más profunda, con referencia relativamente generalizada a la religión, pero en el sector *anglofrancés* hay proyecciones de superficialidad escéptica y de honduras diversas no escépticas. Ambos sectores pueden utilizar la

La Ley, 2004 (en cuanto a esta Nota, conviene c. especialmente ALEXY, Robert, "La decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín", págs. 197 y ss. y "Una defensa de la fórmula de Radbruch", págs. 227 y ss.).

²⁹ Prioridad indica que están primeros; preferencia que se llevan adelante (puede v. por ej. COROMINAS, Joan con la colab. de José A. PASCUAL, "Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico", Madrid, Gredos, t. IV, págs. 648 y ss. y 632 y ss.).

referencia a principios, pero el hispánico tradicional lo hace con especial atención, a veces con miras a desarrollar con nueva apariencia cierto sentido jusnaturalista católico. La fundamentación más profunda a la que se refiere el sector hispánico tradicional suele viabilizarle la producción de carencias dikelógicas, en las que habiendo normatividades se las descarta por considerarlas injustas, y a la heterointegración, en la cual las lagunas son integradas en base a referencias materiales a la justicia.

15.1. La *integración* normativa se produce mediante *conceptos* que determinan y dan claridad y precisión a la realidad y le incorporan sentidos. Algunos conceptos tienen más carga ideológica y son menos disponibles para los particulares, denominándoseles entonces *institucionales*; otros tienen menos carga y son más disponibles, llamándoseles *negociales*.

Los repartos son captados normativamente en *relaciones jurídicas* que es importante reconocer. Por ejemplo, es importante saber quiénes son los sujetos titulares de derechos y deberes, para pensar en su viabilidad.

15.2. El concepto *derechos humanos* suele ser relativamente indeterminado, pero posee una alta carga institucional

Aunque los *derechos humanos* son establecidos principalmente frente al Estado, a menudo las normatividades de derechos humanos son redactadas sin considerar la efectiva obligación del Estado o de otros sujetos para su cumplimiento. Las declaraciones son a veces, entonces, sólo expresiones de buenos deseos.

15.3. El sector *hispánico tradicional* suele tener especiales afinidades con la carga institucional, en tanto el *anglofrancés* hace referencias más negociales. En aras de la autonomía algunos ámbitos del sector anglofrancés dan a ciertos derechos humanos sentido negocial.

16.1. El *ordenamiento normativo* es la captación lógica del orden de repartos. Se constituye mediante relaciones verticales y "horizontales"³⁰ de producción y de contenido. Las vinculaciones verticales de producción realizan el valor subordinación; las relaciones verticales de contenido satisfacen el valor ilación; las vinculaciones "horizontales" de producción realizan el valor infalibilidad y las relaciones "horizontales" de contenido satisfacen el valor concordancia. El conjunto del ordenamiento realiza el valor coherencia.

³⁰ Decimos "horizontales" en el sentido de no superioridad, incluyendo el sentido vertical ascendente.

16.2. Los *derechos humanos* pueden comprenderse en todos esos sentidos de verticalidad y horizontalidad y del complejo lógico. Es más, puede reconocerse un complejo normativo específico de derechos humanos dentro del ordenamiento normativo. En países como la Argentina ese complejo ha ido adquiriendo coherencia. Los derechos humanos están presentes en una gran cantidad de normatividades en las que influyen y tienen fuerte vocación de atracción en otras normatividades que los sostienen.

16.3. El sector *anglofrancés* tiene más afinidades con las relaciones formales. Así lo muestra, por ejemplo, la frecuente simpatía con la teoría pura del Derecho. El ámbito *hispánico tradicional* se vincula más con las relaciones materiales.

c) Dimensión dikelógica

17.1. Como adelantamos, Werner Goldschmidt atribuyó a la *justicia* carácter *objetivo* "*natural*" (no subjetivo ni fabricado). En afinidad con las ideas de Frege, afirmó que como valor es un *ente ideal exigente*, no es un objeto del mundo exterior ni un objeto psíquico. La justicia no necesita ningún portador a cuyos contenidos de conciencia pertenezca.

Sin entrar a la discusión respecto de la objetividad o la subjetividad y la naturalidad o la culturalidad últimas de la justicia, que depende de posiciones tomadas por los protagonistas, creemos que es posible adoptar por consenso real o eventual puntos de partida en base a los cuales fundamentar un desarrollo de rigor científico. Ese desarrollo es, obviamente, válido entre quienes participan del consenso. Se trata de una "objetividad" y una "culturalidad" que no se pronuncian sobre el fondo de la cuestión. Puede existir verdad acerca de la justicia, pero como no es "demostrable" sin ciertas bases compartidas, más vale no entrar al debate al respecto. Esto no excluye que pueda afirmarse que estamos cerca de una posición instrumental³¹.

17.2. Compartimos con Goldschmidt y Alexy que los *derechos humanos* son al fin "*morales*", sin perjuicio de que también tengan y deban tener reconocimiento positivo.

³¹ También el debate metafísico puede ser científico, entre quienes compartan ciertas bases al respecto. Con afinidades vaihingerianas suele hablarse, en este sentido, de una metafísica conjetural.

Goldschmidt expone con firmeza que cabe sostener que los derechos humanos existen con independencia de los pareceres de los seres humanos. En su perspectiva, relativamente análoga a la del profesor Alexy, los derechos humanos tienen una última fundamentación metafísica que los hombres debemos descubrir, y las adjudicaciones y las normas simplemente deben reconocer. Su obra jusfilosófica fundamental se denomina "La ciencia de la justicia (Dikelogía)" y, para pensar la justicia, desarrolló la teoría de las dimensiones sociológica y normológica³². La experiencia vital goldschmidtiana, estrechamente vinculada al sufrimiento del "Holocausto"³³, por su origen judío³⁴, le impulsaba a sostener enérgicamente el carácter objetivo y natural de la injusticia de crímenes como el que entonces se cometió.

Conforme al planteo goldschmidtiano, los *derechos humanos* son objetivos y naturales y lo que corresponde es descubrirlos. A nuestro parecer, que no afirma ni niega ese criterio, pueden ser desarrollados con rigor científico en la medida que por consenso real o eventual se construya una base para sustentarlos. La justificación racional significa, en nuestro caso, que sin discutir las bases metafísicas se parta de ciertas ideas básicas que se desenvuelven racionalmente. Son fundamentables sobre ciertas bases no necesariamente fundamentadas.

17.3. El sector *hispanico tradicional* tiende a dar a los derechos humanos una fundamentación más objetiva y sobre todo natural; en cambio el *anglofrancés* suele incluir más remisiones a lo cultural.

18.1. Aunque según la propuesta trialista el complejo de valores del Derecho ha de culminar en la justicia, cabe preguntarse si existen valores superiores a ella. A nuestro entender corresponde sustentar un valor superior que es la *humanidad*. Todo ser humano vale por el solo hecho de serlo, aunque hipotéticamente no realice ningún otro valor. Todos los otros valores valen porque contribuyen a realizar de manera potenciada la humanidad.

18.2. Sostenemos que los *derechos humanos* corresponden a todo ser humano porque realiza el valor humanidad.

³² Ya citada. La primera edición es de 1958 (Madrid, Aguilar).

³³ El nombre Holocausto no es estrictamente adecuado para los sucesos que entonces ocurrieron, pero ahora hay consenso en nombrarlos de ese modo.

³⁴ Converso al catolicismo.

18.3. Aunque los dos sectores argentinos tienen fuertes títulos para atender a los derechos humanos según el valor humanidad, quizás su carácter más frecuente de marginalidad lleve al ámbito *hispanico tradicional* a hacer más referencia directa a ese valor. El sector *anglofrancés* tiende a referir más los derechos humanos a otros valores específicos, como la utilidad.

19.1. Siguiendo el derrotero recorrido ya por Aristóteles, el trialismo brinda gran atención a las *clases de justicia*, es decir, a los caminos para pensarla. Entre estas clases se encuentran, en el estado de los estudios actuales, la justicia *consensual* y *extraconsensual*; *con o sin consideración* ("acepción") *de personas* (recortada a los roles o abierta a las particularidades personales), *conmutativa* y *espontánea* (con o sin "contraprestación"), "*partial*" y *gubernamental* (desde las partes o el todo); sectorial o integral (referida a las partes o el todo) y *particular* y *general* (hacia cada individuo o el conjunto ³⁵). La justicia particular es exigencia final del Derecho Privado y la justicia general es requerimiento último del Derecho Público. También cabe mencionar en este caso a la justicia "*de partida*" (que proyecta lo existente) y la justicia "*de llegada*" (que se remite a lo "por-venir") ³⁶.

19.2. Los *derechos humanos* pueden pensarse en sentidos más consensuales, como predomina en la actualidad, o extraconsensuales, según los planteos jusnaturalistas más tradicionales, y con caracteres más referidos a roles universalizados o alcances diferenciados en atención a las personas y las culturas. A menudo los derechos humanos se adjudican con sentido espontáneo y gubernamental, pero se defienden desde la justicia *partial*. Son, con frecuencia, avances de la justicia particular sobre la justicia general. En general los derechos humanos tienen un sentido especialmente relacionado con la justicia "*de llegada*".

19.3. En el sector *hispanico tradicional* los derechos humanos poseen más fundamentación extraconsensual y en el *anglofrancés* cierta preferencia por la fundamentación consensual. Tal vez en el espacio anglofrancés la referencia por la universalización sea mayor. El ámbito hispanico tradicional suele vincularse más con la justicia de partida; el anglofrancés con la justicia de llegada.

³⁵ Diverso del todo.

³⁶ Es posible v. nuestro artículo "*Hacia una comprensión dinámica de la justicia (justicia y progreso)*", en "El Derecho", t. 123, págs. 715 y ss.

20.1. La justicia es pensada de manera "*pantónoma*" (pan=todo; nomos=ley que gobierna), es decir, dirigida a la *totalidad* de las posibilidades de su realización, que abarca el conjunto del pasado, el presente y el porvenir, el complejo personal, temporal, espacial y material y las consecuencias. Como esa amplitud de perspectivas nos es inalcanzable, porque no somos omniscientes ni omnipotentes, nos vemos en la necesidad de "fraccionarla" y con esos recortes se genera *seguridad jurídica*. La enormidad del despliegue de la justicia contribuye a explicar los debates respecto de ella, porque se pretenden fraccionamientos y desfraccionamientos diferentes.

20.2. En cuanto sean una manifestación de la justicia, los *derechos humanos* se desenvuelven en las tensiones de la pantonomía del valor y de la seguridad que surge de su fraccionamiento. La comprensión de los debates acerca de los derechos humanos, sobre todo entre las distintas culturas, se enriquece cuando se advierte que se pretenden diferentes alcances de la recién referida pantonomía y de la seguridad.

20.3. En cuanto a las referencias a la justicia y los derechos humanos, el sector *hispanico tradicional* se remite más al pasado y el *anglofrancés* invoca más el porvenir. Sin embargo, también puede entenderse que, sobre todo hoy, el ámbito hispanico tradicional tiene más amplitud de pasado y porvenir, en tanto el anglofrancés se remite más al presente. Cada sector pretende que se le aseguren proyecciones de justicia distintas.

21.1. La perspectiva más polémica respecto de la justicia es la que el trialismo denomina "*Axiosofía Dikelógica*", es decir, la referida a los *contenidos* de la justicia. La Parte General de la Axiología Dikelógica y la "*Axiología Dikelógica*" en sentido estricto, orientadas de manera respectiva al concepto y a la "forma" de la justicia, a las que nos hemos referido en los párrafos dikelógicos precedentes, contienen posibilidades de coincidencias mucho mayores. También las presentan los puntos de vista de interés respecto de los contenidos de la justicia.

Como hemos señalado, Goldschmidt presentó, como contenido inicial de la justicia, un *principio supremo* de carácter objetivo y natural, que quizás pensó sustentable con independencia de la referencia metafísica en que se sustentara. Se remitió a una "*Filosofía Jurídica Menor*", referida sólo al Derecho. Si bien entendió que la integración de las tres dimen-

siones depende del realismo genético creacionista cristiano ³⁷, posición que no compartimos, dejó la composición de la teoría a la posibilidad de aportes de distintas Filosofías del Derecho (es decir, expresiones de la Filosofía Jurídica "Mayor").

Ese principio supremo consiste en asegurar a cada cual una esfera de libertad dentro de la cual sea capaz de desarrollar su personalidad, es decir, de convertirse de individuo en persona. Quizás pueda decirse en adjudicar a cada individuo la esfera de libertad para personalizarse. A nuestro entender, dicho principio puede ser *adoptado* como base para el siguiente debate acerca de la justicia, aunque mucho depende del acuerdo en los significados de los términos empleados para construir el principio (para avanzar hay que estar de acuerdo en los significados de asegurar, cada cual, esfera de libertad, capacidad y desarrollo de la personalidad).

Quizás cada sociedad tienda a tener al menos un *partido* de los individuos, que todavía no han logrado convertirse en persona, y otro de las personas.

21.2. En cuanto consideramos a los *derechos humanos* desde el punto de vista de la justicia, podemos entender que son una perspectiva del espacio de libertad que ha de adjudicarse a cada individuo para que pueda convertirse en persona.

21.3. Las perspectivas *hispanica tradicional* y *anglofrancesa* tienden a adjudicar a la composición del principio supremo y los derechos humanos alcances diversos. Dada nuestra trayectoria histórica, el sector hispánico tradicional suele ser partido de los individuos; el anglofrancés es más de quienes han logrado convertirse en personas.

22.1. Conforme al principio general adoptado, el *reparto* puede ser evaluado en cuanto a repartidores, beneficiarios, objeto, forma y razones.

La justicia de los *repartidores* proviene básicamente de su legitimidad por el acuerdo de los interesados que, al autoadjudicarse, obtienen la esfera de libertad que les corresponde. Esto significa que los repartidores han de ser *autónomos*. Siguiendo el camino del profesor Alexy puede señalarse que los individuos han de ser autónomos y reconocer a los demás como tales. Figuras afines en la legitimidad son la paraautonomía, en que los

³⁷ GOLDSCHMIDT, "Introducción ..." cit., pág. 26.

interesados están de acuerdo en quiénes han de repartir, como sucede en el arbitraje; la infraautonomía, en la que hay acuerdo de la mayoría de los interesados, según sucede en la democracia, y la criptoautonomía, en la cual los interesados estarían de acuerdo en caso de conocer lo que se hace, como ocurre a menudo en la gestión de negocios ajenos sin mandato. Una vía diferente de legitimación es la que surge de la *aristocracia*, o sea de la superioridad moral, científica o técnica de los repartidores ³⁸.

Un tema relevante es también el de la *responsabilidad* por la injusticia, sea que se refiera a los repartos aislados o el régimen en su conjunto. Parece claro que los repartidores deben responder siempre por sus propios repartos; en cuanto a la responsabilidad por régimen, los supremos repartidores han de responder por el conjunto, pero parece que los seguidores han de responder sólo por sus actos.

La legitimidad de los *recipiendarios* emerge de su conducta o su necesidad, es decir de sus *méritos* o de sus *merecimientos*. En este sentido, todo ser humano merece personalizarse aunque más no fuera por sus necesidades.

La justicia de los *objetos* (las potencias y las impotencias), que los hace "repartideros", se refiere al dar y quitar vida propia o ajena, a la actividad creadora, a la propiedad, a la soledad, etc. Uno de los objetos más legítimos, fuertemente destacado en nuestros días, es el reconocimiento de todos los hombres como sujetos discursivos. Adoptando palabras del profesor Alexy "se trata acerca de la cuestión fundamental de si aceptamos nuestras posibilidades discursivas".

La justicia de la *forma* de los repartos (es decir de los caminos elegidos para alcanzarlos) depende al fin de la *audiencia*, que dignifica a quienes son escuchados. En los repartos autoritarios la audiencia es proceso; en los autónomos es negociación.

La legitimidad de las razones de los repartos depende de la *fundamentación* que se les brinda. La audiencia es legitimación más en la relación desde los interesados a los repartidores; la fundamentación es legitimación más orientada en la vinculación desde los repartidores a los interesados. La audiencia y la fundamentación también se vinculan con el reconocimiento de las posibilidades discursivas.

³⁸ Es posible v. por ej. nuestro artículo "Integración trialista de la aristocracia y la democracia", en "El Derecho", t. 147, págs. 897 y ss.

22.2. Los repartos que adjudican *derechos humanos* pueden ser justos en todos los despliegues recién señalados.

La autonomía de los beneficiarios tiene gran significación. Mucho vale que los propios titulares de los derechos humanos se consideren tales por derecho propio y los manejen por sí mismos en la mayor medida posible. Es relevante que se piense que los derechos humanos no nos son adjudicados, sino que son originarios de cada ser humano. Esto no implica que la adjudicación de derechos humanos no tenga también amplia legitimación por la asignación infraautónoma democrática.

Los méritos y los merecimientos son a menudo títulos para la legitimación de los titulares de los derechos, aunque es frecuente una fuerte referencia a los segundos. Los derechos humanos, sobre todo a través de sus diversas "generaciones" cubren con amplitud el ámbito de los objetos "repartideros". Uno de los derechos humanos muy frecuentemente reconocidos es la audiencia. Otro es la fundamentación.

La justicia de los repartos tiene, en general, honda vinculación con los derechos humanos y su sustentación, sobre todo en cuanto al reconocimiento de las posibilidades discursivas. Esto se muestra, en especial, en las perspectivas de los objetos, la forma y la fundamentación de los repartos.

22.3. Por su carácter con mayor frecuencia marginal, el sector *hispánico tradicional* se viene remitiendo más al desarrollo de la justicia de los repartos por la infraautonomía y a la justicia de los objetos del reparto en referencia a la vida. Con cierta frecuencia cuestiona la propiedad privada. Más a menudo al sector anglofrancés le importan en especial la autonomía y la propiedad.

23.1. Para ser justo de acuerdo con el principio general adoptado, el *régimen* ha de tomar a cada individuo como un fin y no como un medio, es decir, debe ser *humanista* y no totalitario. La afirmación de que los hombres nos queremos de este modo es aquí consecuencia de una propuesta para el consenso, que puede ser o no compartida. La esfera de libertad a adjudicar a cada individuo da preferencia al humanismo *abstencionista*. Excepcionalmente se legitima el humanismo intervencionista ("paternalismo").

Como lo muestra la tradición de la Revolución Francesa, el humanismo exige respetar a cada individuo en su *unicidad*, su *igualdad* con los demás y su participación en la *comunidad* (Goldschmidt prefería re-

ferirse a la fraternidad). Los tres requerimientos tienen, como lo muestra la evolución histórica, relaciones a menudo muy tensas. La unicidad se vincula con el liberalismo político; la igualdad se relaciona con la democracia y la comunidad se vincula con la "res publica". A nuestro parecer, ni la universalidad ni la igualdad son requisitos imprescindibles de los derechos humanos, sólo lo son desde ciertos puntos de vista³⁹. A nuestro entender la igualdad ha de integrarse con la unicidad y la comunidad. Tal vez nunca como ahora la *diversidad* en cuanto a derechos y posiciones metafísicas ha sido tan valiosa.

23.2. Los *derechos humanos* exigen precisamente que cada individuo sea considerado siempre un fin y no un medio, es decir que el régimen sea humanista. Asimismo reclaman la preferencia del abstencionismo y se vinculan profundamente con las tensas vinculaciones entre la unicidad, la igualdad y la comunidad. La historia de la Revolución Francesa muestra diversos momentos de preferencia de los tres requerimientos. Comenzó siendo más afín a la libertad, se hizo más igualitaria y concluyó con más remisión a la libertad. Gran parte de los debates actuales se desenvuelven en relación con esas dificultades. Cabe preguntarse, por ejemplo, si los musulmanes han de ser respetados en su unicidad, si ha de imponérseles la igualdad con los occidentales y si lo que ha de respetarse es la "musulmanidad" o a los individuos musulmanes.

En una tensión difícil de resolver concretamente todos los hombres han de ser libres, iguales e incluso partes de la comunidad, pero como dice con acierto Alexy son necesarias premisas adicionales si se quiere pasar de la libertad e igualdad (e incluso la comunidad) en el etéreo mundo del discurso a la libertad e igualdad (e incluso la comunidad) en el estrecho espacio de las conductas.

23.3. La fundamentación *hispánica tradicional* de los derechos humanos es más intervencionista; la *anglofrancesa* es más abstencionista. La primera es más igualitarista y comunitarista; la segunda es más partidaria de la unicidad. El sector hispánico tradicional percibe más a los derechos humanos en sentidos de democracia rousseauiana; el

³⁹ En relación con el tema puede v. WELDING, Steen O., "Is Universalizability a Principle of Ethics?", en "Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie", vol. 75, fasc. 2, págs. 161 y ss.; en cuanto al criterio de universalidad de Kant y el pensamiento de su época cabe v. por ej. HRUSCHKA, Joachim, "Universalization and Related Principles", en "Archiv ..." cit., vol. 78, fasc. 3, págs. 289 y ss.

anglofrancés es a menudo más liberal y, en su caso, democrático en la orientación anglosajona.

24.1. Para la realización del régimen justo es necesario *proteger* a cada individuo contra todas las amenazas, de los *demás individuos* como tales y como régimen, respecto de *sí mismo* y de todo "*lo demás*" (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, etc.).

24.2. Aunque el tema es debatido, suele sostenerse que los *derechos humanos* están orientados a la protección del individuo contra el régimen ⁴⁰. También en el sentido específico de los derechos humanos el régimen ha de proteger al individuo contra los demás como individuos y como régimen, respecto de sí mismo y de todo lo demás. Un tema también discutido es la medida en que el régimen ha de amparar al individuo contra sí mismo, dado que esta protección puede afectar los derechos humanos en otros aspectos.

24.3. Como hemos señalado, la concepción de los derechos humanos del sector *anglofrancés* da a los de primera generación una consideración tradicional intensa que en el sector *hispanico tradicional* está más equilibrada con las otras generaciones.

2) Las ramas del mundo jurídico

25.1. El mundo jurídico ha de ser concebido como un complejo de sectores diferenciados que pueden denominarse "*ramas*" ⁴¹. Estos sectores se diferencian de los demás en cuanto a las tres dimensiones jurídicas, aunque la distinción principal aparece por una particular *exigencia de justicia*, casi siempre ante una situación de debilidad a resolver. Así, por ejemplo, quizás el Derecho Comercial se individualice por la necesidad de amparar al individuo respecto de la actividad económica en gran escala; el Derecho del Trabajo ha de resguardar al trabajador; el Derecho Internacional Privado clásico ha de proteger al elemento extranjero, etc.

La realización de la complejidad humana requiere hoy el despliegue de *nuevas ramas* jurídicas llamadas a enriquecer con cierto carácter "*transversal*" a las tradicionales, como el Derecho de la Salud, el Bioderecho, el Derecho de la Ciencia y la Tecnología, el Derecho del Arte, el Derecho

⁴⁰ No obstante, esta referencia a los repartidores no limita la legitimidad exigida a los otros elementos del reparto (recipiendarios, objeto, forma y razones).

⁴¹ Cabe c. nuestro estudio "*Las ramas del mundo jurídico*", en "*Jurisprudencia Argentina*", 13 de febrero de 2008, págs. 3/14.

de la Educación, el Derecho de Menores, el Derecho de la Ancianidad, etc. El conjunto de las ramas ha de ser estudiado por la *Teoría General del Derecho*, que debe ocuparse no sólo de lo común al Derecho sino de lo abarcador del conjunto de las ramas ⁴².

25.2. Los *derechos humanos* significan también una perspectiva "transversal" importante que ha de ser concebida para enriquecer los despliegues tradicionales y ellos mismos han promovido la formación de las otras ramas nuevas que hemos referido.

25.3. El sector *hispanico tradicional* pone énfasis especial en los derechos humanos de familia y puede tener especial atracción por el desenvolvimiento de los derechos humanos en ramas nuevas como el Bioderecho, que en alguna medida intentan poner límites éticos al desarrollo científico-técnico vinculado con la vida. Dada su condición de más frecuente marginalidad, puede brindar particular interés a áreas de protección referidas a ella como el Derecho de la Salud y el Derecho de Menores. El sector *anglofrancés* tiene mucha relación con la constitución actual de las ramas jurídicas, con más frecuencia v. gr. en los derechos patrimoniales y con un creciente replanteo contractualista y tal vez con otras ramas nuevas como el Derecho de la Ciencia y la Tecnología.

que el Derecho del ser humano, como la vida, no puede ser vista ni investigada directamente desde el entendimiento de ella. Por todo esto, en la medida en que los derechos humanos y como tales los comprenden fundacionalmente el derecho moral, poseen una importancia fundamental para la concepción y para llegar a una reflexión, la de ahora, en el significado nominalista de que los derechos humanos se sitúan fundados y no de otro modo. Esta cuestión de consideraciones conviene plantearla como una cuestión que, como plantea Thomas Nagel en los argumentos siguientes: "¿Cómo es posible que los derechos humanos sean de tal naturaleza que los conceptos de los mismos se relacionen con la moralidad en el mundo, en algo que el sistema académico, político, social y jurídico universalmente válido de hoy no pueda alcanzar?"

⁴² Es posible c. nuestras "*Lecciones de Teoría General del Derecho*", en "*Investigación ...*" cit., N° 32, págs. 33/76; también, en colaboración con Ariel ARIZA, Mario E. CHAUMET, Carlos A. HERNÁNDEZ, Alejandro Aldo MENICOCCHI, Alfredo M. SOTO y Jorge STÄHLI, "*Las ramas del mundo jurídico en la Teoría General del Derecho*", en "*El Derecho*", t. 150, págs. 859 y ss.

NOTA SOBRE EL ARTÍCULO "¿DERECHOS HUMANOS SIN METAFÍSICA?" DE ROBERT ALEX¹

¿ESENCIAS JUSFUNDAMENTALES?

Por Alfonso García Figueroa

Universidad de Castilla-La Mancha (España)

Un huracán recorre un desguace y sus fuertes ráfagas ensamblan con las piezas de desecho allí diseminadas un reluciente Boeing 747. Si esta escena resulta sorprendente, ¿qué decir de nuestra propia existencia, cuando consideramos que la probabilidad del surgimiento de vida sobre la Tierra fue en su momento inferior a la de la aparición del Boeing? Si la moral es obra de nuestra especie (a su vez mucho más contingente aún que el Boeing del desguace), entonces la moral no puede ser previa al surgimiento de nuestra especie, ni independiente de ella. Por todo ello, en la medida en que los derechos humanos constituyan un componente fundamental del discurso moral, parecería contraintuitivo considerarlos algo *necesario* y para llegar a esta conclusión, lo de menos es el argumento nominalista de que los derechos humanos se llamen *humanos* y no de otro modo. Este conjunto de consideraciones confiere pleno sentido a una cuestión que nos plantea Thomas Nagel en los siguientes términos: "¿Cómo es posible que criaturas como nosotros, dotadas de las capacidades contingentes de una especie biológica cuya misma existencia parece ser algo radicalmente accidental, puedan acceder a métodos universalmente válidos de pensamiento objetivo?"²

¹ Este trabajo es fruto de mi participación en el Proyecto de Investigación financiado por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, *La arquitectura de la Ley en el Estado constitucional* (PAI05-055).

² El ejemplo de Fred Hoyle es recogido por R. DAWKINS, *El espejismo de Dios*, trad. Regina Hernández Weigand, Espasa, Madrid, 2007, p. 124.

³ Th. NAGEL, *La última palabra*, trad. Paola Bargallo y Marcelo Alegre, Gedisa,

Por lo que a nosotros nos interesa, esta pregunta es relevante puesto que, cuando en nuestra argumentación invocamos los derechos humanos, alegamos razones respaldadas por una pretensión de validez universal y objetiva. ¿Pero qué es lo que confiere universalidad y objetividad a los derechos humanos? En este contexto, el rechazo de un fundamento metafísico de los derechos humanos parece una respuesta razonable frente a la tendencia de orientación religiosa a buscar un fundamento último de los derechos humanos y de la razón práctica en general fuera del mundo en que vivimos⁴.

Sin embargo, si dejamos a un lado las explicaciones teológicas (que a menudo subyacen a la discusión más o menos sutilmente), surgen al menos dos respuestas al interrogante de Nagel. La primera podría ser la que nos ofrece el propio Nagel, que no oculta su simpatía por planteamientos como los de Frege. Según Nagel, incluso en ausencia de toda criatura inteligente, los métodos básicos de razonamiento *existirían* en la medida en que “pertenecen a una categoría de *mente* más general. Las mentes humanas son ahora un ejemplo de ella, pero esos mismos métodos y argumentos tendrán que encontrarse entre las capacidades de cualquier especie que hubiera evolucionado hasta llegar al nivel del pensamiento, aun si no existieran los vertebrados y la Tierra estuviera gobernada por una civilización de moluscos y artrópodos”⁵.

No está del todo claro que el profesor Robert Alexy se halle lejos de esta posición⁶ a pesar de los matices que introduce en su trabajo “¿Derechos humanos sin metafísica?”⁷. Él cree, como Frege, que existe un tercer reino donde reside el teorema de Pitágoras, inmune a toda contingencia

Barcelona, 2000, p. 16. El libro está significativamente dedicado a Saul Kripke y Ronald Dworkin.

⁴ Es bien conocida la importancia de la tradición analítica en este contexto. Vid. e.g., V. Kraft, *El círculo de Viena*, trad. Francisco Gracia, Taurus, Madrid, 1966, pp. 42 ss.

⁵ Th. NAGEL, *La última palabra*, cit., p. 152.

⁶ Algún indicio en este sentido puede verse en su amable ejercicio de filosofía jurídica contrafactual en R. Alexy y A. García Figueroa, *Star Trek y los derechos humanos*, Tirant-lo-Blanch, Valencia, 2007, pp. 85 ss., en especial p. 100.

⁷ R. ALEXY, “Menschenrechte ohne Metaphysik?” en *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, 52 (2004), pp. 15-24. Cito por la traducción de Eduardo R. Soderó, “¿Derechos humanos sin Metafísica?”, de la que dispongo por gentileza del traductor (en lo sucesivo me referiré a este trabajo como “DHSM”).

de la experiencia⁸. De acuerdo con el planteamiento fregeano, como el teorema de Pitágoras no es algo que se halle *ahí fuera* (en el mundo de la experiencia), pero tampoco es un producto de nuestra mente (porque su validez es objetiva e independiente de ella), entonces no pertenece ni al mundo de la experiencia, ni al de la mente, sino a un tercero⁹. ¿Sugiere de algún modo Alexy que allí viven también los derechos humanos (o con su correspondiente calificación en otro mundo posible: los derechos artrópodos, por ejemplo)? En caso afirmativo, desde luego ello gravaría su teoría con algunos problemas de coherencia interna que desearía subrayar aquí brevemente.

El otro modo de ver las cosas consiste en reconocer que lo bueno y lo malo es algo que *inventamos*¹⁰ y que en esa medida es *accidental*, por más que formulemos juicios morales con una pretensión de objetividad. Consiste en reconocer que los juicios morales no están a nuestra disposición *ahí fuera* para auxiliarnos cuando tenemos problemas, sino que la ética es algo que *construimos*¹¹ y que, en efecto, construimos *discursivamente*. El constructivismo ético kantiano de las teorías de Rawls, Habermas o Nino¹² insisten en este aspecto. El constructivismo representa una teoría procedimental pura en el sentido de que, de acuerdo con él, no *preexiste* al resultado del procedimiento (discursivo en este caso) un criterio que sirva para evaluar como correcto o incorrecto el resultado alcanzado mediante ese procedimiento. Muchos juegos son así. Sus reglas determinan un procedimiento cuyo resultado (que ganemos o perdamos) no puede ser contrastado con ningún criterio previo y externo a esas reglas. Si se siguen las reglas del juego y no se hacen trampas, en ningún caso podemos afirmar que no haya ganado la persona adecuada. Su resultado (que, siguiendo sus reglas, yo gane o pierda) es en sí mismo justo¹³. De manera

⁸ DHSM, p. xi

⁹ Cfr. Una exposición crítica de este planteamiento de Frege en A. Kenny, *Introducción a Frege*, trad. Carmen García Trevijano, Cátedra, Madrid, 1997, pp. 241 ss.

¹⁰ J. MACKIE, *Ética. La invención de lo bueno y lo malo*, trad. Tomás Fernández Aúz, Gedisa, Barcelona, 2000.

¹¹ J. RAWLS, "Kantian Constructivism in Moral Theory", en J. Rawls, *Collected Papers* (ed. Samuel Freeman), Harvard University Press, Cambridge, 1999, pp. 303-358.

¹² C.S. NINO contrasta su propia posición con las de Habermas y Rawls en *El constructivismo ético*, C.E.C., Madrid, 1989.

¹³ J. RAWLS en "Distributive Justice" (en *Collected Papers*, cit., pp. 130-153;

similar, en la célebre "posición original" ideada por John Rawls, los participantes siguen un procedimiento discursivo cuyo resultado es válido, en la medida en que es el producto de ese procedimiento. Esta ausencia de un criterio independiente del resultado del procedimiento explica por qué el constructivismo ético tiende a ser antimetafísico.

Sin embargo, Robert Alexy (como a su modo Ronald Dworkin¹⁴) parece distanciarse de algún modo de la corriente principal del constructivismo discursivo al que se adscribe su teoría cuando defiende lo que podríamos denominar "una concepción metafísica de los derechos humanos" en los siguientes términos: "los derechos humanos no son posibles sin una metafísica racional y universal"¹⁵. Quizá se trate de una afirmación algo ambigua, pero en cuanto a lo que aquí interesa, algunos pasajes de su trabajo "¿Derechos humanos sin metafísica?", se muestra próximo a la opción de Nagel, profundamente metafísica, a pesar de que el cuerpo doctrinal en el que se inscribe la filosofía práctica alexiana, el constructivismo kantiano, no lo es. A partir de una interpretación sistemática de la obra de Alexy, la tesis de que los derechos humanos no son posibles sin una metafísica no parece un componente esencial de su teoría y sí quizá un elemento problemático para ella. Ni el estilo argumentativo habitual de Alexy, ni el contexto histórico y teórico actual que enmarca su obra e impulsa su éxito, ni sus influencias filosóficas principales, ni su visión del Derecho y de los derechos fundamentales, ni, como vengo diciendo, la filiación constructivista y discursiva de su filosofía moral parecen coherentes en principio con el espíritu que parece inspirar ese trabajo. ¿A qué se debe esta excentricidad en los planteamientos de Alexy?

p.148 s.) nos ofrece tres ejemplos respectivos para los tres tipos de justicia procedimental: perfecta, imperfecta y pura. La justicia procedimental perfecta se ilustra con el conocido ejemplo de repartir una tarta. Si establecemos como procedimiento de reparto que quien divide la tarta es el último en elegir, entonces garantizaremos que el reparto se ajustará al criterio previo e independiente del resultado del procedimiento de que las porciones sean lo más semejantes posibles. El procedimiento que rige un juicio penal es un ejemplo de justicia procedimental imperfecta. El procedimiento tiende a alcanzar el resultado de absolver al inocente y castigar al culpable, pero ello no siempre es así. Finalmente, los juegos de azar o las apuestas son ejemplos de justicia procedimental pura porque no existe ningún criterio externo al definido por el procedimiento que evalúe el resultado como correcto o incorrecto.

¹⁴ Pueden verse algunas consideraciones en este sentido en R. DWORKIN, *La justicia con toga*, trad. Marisa Iglesias Vila e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 72 ss.

¹⁵ DHSM, p. xi.

Una posible explicación sería que quizá no exista un sólo Alexy, sino dos, uno esencialista que parece imponerse en algunos de sus escritos más recientes, y otro más constructivista que parece haber inspirado más bien sus comienzos¹⁶.

I

Comencemos con la cuestión, quizá menor, del estilo. Alexy ha acostumbrado a sus lectores a tesis rigurosas, pero no fuertes. Por lo general, busca el punto medio entre tesis extremas¹⁷ o bien trata de debilitar la más plausible cuando todas parecen inadecuadas¹⁸. Ello permite pensar que cuando Alexy sostiene una tesis verdaderamente fuerte, en cierto modo está introduciendo un cuerpo extraño cuya incorporación a su sistema sólo puede justificarse por el carácter excepcionalmente importante, arquimédico, de ese elemento. Si los derechos humanos y la razón práctica representan piezas *clave* de su sistema, entonces parece natural que nuestro autor sienta la necesidad de reforzar esa pieza.

¹⁶ Formulo alguna consideración al respecto en mi trabajo "*Bemerkungen zu einer dispositionellen Erklärung des Rechts anhand der Diskussion der Verbindungs- und Trennungsthese*", en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (diciembre 2006), págs. 363-381.

¹⁷ ALEXY ubica su propia teoría entre la tesis extrema de la coerción y la tesis extrema de la no-coerción cuando define el papel de la fuerza en el Derecho, es decir, entre quienes establecen una conexión total entre fuerza y Derecho y quienes los disocian con igual intensidad (vid. R. ALEXY, "*The Nature of Arguments about the Nature of Law*", en L.H. MEYER, S.L. PAULSON y T.W. POGGE (eds.), *Rights, Culture, and the Law. Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*, O.U.P., Oxford, 2003, 5-16, 7) y en su *Epílogo* a su *Teoría de los derechos fundamentales* coloca su propia teoría entre el "demasiado" y el "demasiado poco" de BÖCKENFÖRDE y HABERMAS (R. ALEXY, "*Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*", trad. de Carlos Bernal Pulido, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66 (2002), pp. 13-64, pp. 14 ss.).

¹⁸ Por ejemplo, ALEXY defiende una "tesis débil de la vinculación entre Derecho y moral" (R. ALEXY, "*El concepto y la validez del Derecho*", trad. J.M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994, p. 53), una "versión débil de la tesis de la única respuesta correcta" (R. ALEXY, "*Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*", trad. M. Atienza, *Doxa*, 5 (1988), p. 140 y una "versión muy débil" de la fundamentación pragmático-trascendental de la pretensión de corrección asociada a los actos de habla regulativos, las normas (R. ALEXY, "*Teoría de la argumentación jurídica*", trad. M. Atienza e I. Espejo, C.E.C., Madrid, 1989, p. 306 y R. ALEXY, "*Una concepción teórica discursiva de la razón práctica*", en el cit. *El concepto y la validez del Derecho*, p. 143).

Sin embargo, contemplada más de cerca, la rotundidad metafísica de Alexy es más bien aparente. Con la noción de una metafísica constructiva¹⁹ Alexy parece acudir de nuevo a una fórmula de compromiso. Sin embargo, reforzar los derechos humanos sobre una metafísica a costa de debilitarla constructivamente parece un rodeo quizá poco eficaz. La búsqueda de una metafísica de los derechos humanos normalmente ha pretendido contrarrestar su naturaleza constructiva y ésta normalmente se ha opuesto a una concepción metafísica de los derechos humanos. En cierto modo, la concepción metafísica que adscriba los derechos fundamentales en alguna medida al tercer reino fregeano parece una secularización de la concepción teológica de los derechos humanos. Los derechos humanos obedecen así a las leyes de la aritmética, como en otros tiempos lo hacían a las leyes de Dios. Esta estrategia, que tiende a mantener ciertos conceptos prácticos en una "región de verdades eternas"²⁰, define una relevante continuidad entre el pensamiento teológico y el pensamiento formalista²¹ y explicaría la prevención antimetafísica de autores como Günther Patzig, Jürgen Habermas o John Rawls, partidarios de unos derechos humanos sin metafísica y de los que Alexy parece desmarcarse²².

II

Tampoco el contexto histórico actual, que se distingue por desarrollarse en sociedades pluralistas, *postmetafísicas*²³, *desencantadas*²⁴ y *líquidas*²⁵, donde han proliferado desafíos teóricos como los del

¹⁹ DHSM, pp. ix ss.

²⁰ Tomo la expresión de Ernst CASSIRER, quien se refiere con ella a la común región donde el espíritu humano y el divino se encuentran en autores como Descartes, Malebranche, Spinoza y Leibniz (E. Cassirer, "La filosofía de la Ilustración", trad. Eugenio Ímaz, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1972, p. 28).

²¹ En el capítulo I de su libro "Coherencia y sistema jurídico" (Marcial Pons, Madrid, 2006), J.M. PÉREZ BERMEJO examina la continuidad entre el pensamiento sistemático de LEIBNIZ y el de ALCHOURRÓN y BULYGIN.

²² DHSM, p. i.

²³ Vid. J. HABERMAS, "¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?", en *Escritos sobre moralidad y eticidad*, trad. M. Jiménez Redondo, Paidós, Barcelona, 1991, pp. 131-172; p. 138.

²⁴ En el conocido sentido weberiano de que la ciencia promueve un desencantamiento radical del mundo. Vid. M. WEBER, "La ética protestante y el espíritu del capitalismo", trad. L. Legaz Lacambra, Península, Barcelona, 1979 (5ª ed.), pp. 258 s.

²⁵ Por emplear la afortunada expresión de BAUMAN, a cuyo juicio la flexibilidad es la virtud que ha sustituido a la conformidad a reglas en el escenario "líquido" de la modernidad actual (Z. Bauman, *Tiempos líquidos. Vivir en una época de incertidumbre*, trad. Carmen Corral Santos, Tusquets, 2007, pp. 7-12).

relativismo, el escepticismo, el particularismo y el comunitarismo, parecen aconsejar respuestas de corte metafísico. Más bien se impone cierta "decorosa modestia intelectual", cuyo éxito explica así Ronald Dworkin no sin cierta ironía: "La modestia intelectual parece lo opuesto a una amplia variedad de vicios: al racismo y al machismo, que presuponen superioridad; a las ambiciones de los metafísicos y los constructores de sistemas, que parecen arrogantes y, sobre todo, al elitismo de los mandarines intelectuales, que parece antidemocrático"²⁶.

Tanto Dworkin como Alexy se enfrentan a esta posición *decorosa*, dominante en algún sentido, pero ambos parecen alejarse así de posiciones constructivistas sin duda importantes para ellos. Cuando John Rawls propugna la asunción del "hecho del pluralismo razonable"²⁷ como un elemento constitutivo de nuestro universo moral, ello parece coherente con cierta irrelevancia de las cuestiones metafísicas y con una actitud de cierta indiferencia en relación con este tipo de problemas. Nuestros problemas prácticos son políticos y no metafísicos, desde el momento en que la filosofía moral se fija en la condición fundamentalmente política de la persona. En este contexto no le corresponde a la esfera de la metafísica, sino de la política establecer los límites dentro de los que se desarrolla la teoría moral. Que Alexy asuma en algunos de sus trabajos el "hecho del pluralismo" rawlsiano²⁸, para luego atribuirle, como vemos, un trasfondo metafísico resulta así problemático, pero el mayor contraste con Rawls seguramente no radique tanto en la concepción metafísica de Alexy, sino más propiamente en sus discrepancias sobre la relevancia de esta cuestión para la teoría moral, pero a ello me referiré algo más adelante (*infra* IV).

III

La concepción metafísica tampoco parece coherente con las influencias más evidentes de la teoría alexiana. Su primera gran obra, *Teoría de la argumentación jurídica*, ilustra esta afirmación claramente. Alexy

²⁶ R. DWORKIN, *La justicia con toga*, cit., p. 87

²⁷ J. Rawls, "El liberalismo político", trad. de A. Doménech, Crítica, Barcelona, 1996, p. 67

²⁸ R. ALEXY, "Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático", trad. Alfonso García Figueroa, en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 31-47.

rebasó en su momento los límites de la ciencia jurídica y, por decirlo en apresurada síntesis, nos ofreció una brillante adaptación jurídica del pensamiento habermasiano. Con ello, Alexy no sólo estaba *importando* a Habermas al Derecho. En última instancia estaba anticipando, en línea con otros autores, la propia revisión de los límites y propósitos de la teoría del Derecho al concebir el Derecho como un sistema de argumentos²⁹ y no como un sistema de normas a la manera de Kelsen. Pero, como cualquiera puede suponer, no es el programa habermasiano la única influencia presente en los planteamientos de Alexy. Junto a algunas figuras tan relevantes para su formación como Ralph Dreier o Günther Patzig y junto a filósofos del Derecho tan destacados como Radbruch, Hart y Kelsen, debemos recordar a algunos filósofos clásicos como Aristóteles, Hobbes y, seguramente por encima de todos, a Kant³⁰. El trabajo de Robert Alexy “¿Derechos humanos sin Metafísica?” nos muestra otra influencia importante: la de Frege. ¿Pero son los planteamientos fregeanos los idóneos para articular una teoría dentro del constructivismo kantiano sobre el que se apoya Alexy?

IV

El planteamiento al que resueltamente se opone Alexy quizá pudiera comprenderse (en el doble sentido de que se inscribe y hace inteligible) dentro de una perspectiva más amplia que se expresa a través de la llamada por John Rawls tesis de “la independencia de la teoría moral”. Merece la pena ceder la palabra al propio Rawls para comprender su significado:

“(U)na buena parte de la teoría moral es independiente de las otras partes de la filosofía. La teoría del significado y la epistemología, la metafísica y la filosofía de la mente, a menudo pueden contribuir muy poco. De hecho, preocuparse por los problemas definidos por estas materias puede ser un estorbo y bloquear el camino. Ciertamente es que ninguna parte de la filosofía está aislada del resto; y lo mismo vale para esa parte de la filosofía moral que denomino teoría moral. Pero el estudio de concepciones morales substantivas y de la relación que guardan con nuestra sensibilidad moral tiene sus propios problemas característicos y un contenido que requiere

²⁹ Vid. e.g. M. ATIENZA, “*El Derecho como argumentación*”, Ariel, Barcelona, 2006.

³⁰ En su entrevista con M. ATIENZA (“*Entrevista a Robert Alexy*”, trad. Manuel Atienza, en *Doxa*, n.º 24 (2001), pp. 671-687) Alexy nos habla de la influencia de Habermas (pp. 675 s.), de Aristóteles, Hobbes y Kant (p. 679); de su formación con Patzig y Dreier (p. 671) y del reconocimiento de Kelsen Radbruch y Hart (p. 680).

ser investigado en atención a él mismo. Al mismo tiempo, las respuestas a cuestiones tales como el análisis de conceptos morales, la existencia de verdades morales objetivas y la naturaleza de las personas y de la identidad personal, dependen de cómo se entiendan esas estructuras. Y así los problemas de filosofía moral que guardan relación con la teoría del significado y la epistemología, la metafísica y la teoría de la mente, tienen que recurrir a la teoría moral³¹.

Algunos autores piensan que "cuando piden al filósofo moral que abandone la cuestión conceptual y proceda a considerar cuestiones sustanciales, lo que le están pidiendo es que deje de ser filósofo moral"³². Para Rawls, en cambio, la metaética, la epistemología, la filosofía de la mente o la metafísica no sólo son poco relevantes para una teoría moral. Pueden llegar a representar nada menos que "estorbos" en su camino, seguramente por razones análogas a aquellas por las que al neurofisiólogo, Dr. Townes, le resultaría un *estorbo* para su sentimiento de satisfacción profesional, descubrir cuáles son los mecanismos físicos que *explican* el sentimiento de satisfacción profesional y en cuyo descubrimiento tiene depositadas las mayores expectativas de satisfacción personal. Toulmin explica del siguiente modo la "paradoja de Townes":

"Muchos neurocientíficos creen que estamos, como mínimo, cerca de poder explicar, en términos neurofisiológicos, todas las interconexiones e influencias causales básicas implicadas en las operaciones del cerebro y del sistema nervioso central. Y cuando llegue el día en que podamos hacerlo (como le gusta recordarlo a Charles Townes), los científicos implicados desearán atribuirse el honor de sus hazañas intelectuales. ¿Atribuirse el honor de qué hazaña intelectual? se podría preguntar. 'Del descubrimiento científico de que los mecanismos cerebrales estrictamente causales subyacen a todos los procesos de pensamiento racional (incluyendo el descubrimiento científico de que mecanismos cerebrales estrictamente causales subyacen a todos los procesos de pensamiento racional)...'"³³

³¹ J. RAWLS, "La independencia de la teoría moral", en *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, trad. Miguel Ángel Rodilla, Tecnos, Madrid, 1986, cap. 7, pp. 122 s.

³² R. M. HARE, "Ordenando la ética Una clasificación de las teorías éticas", trad. Joan Vergés Gifra, Ariel, Barcelona, 1999, p. 45.

³³ S. TOULMIN, "Razones y causas", en N. Chomsky & al., *La explicación en las ciencias de la conducta*, trad. de J. Daniel Quesada, Alianza, Madrid, 1982, pp. 19-50, p. 22.

Quizá no sea necesario llegar a sentir ninguna hostilidad antimetafísica (ni antimetaética) para considerar que la posición de Rawls tiene pleno sentido dentro de una concepción ética constructivista. Al fin y al cabo, Rawls simplemente delimita el papel de la ética normativa dentro de la filosofía moral que abarca otras cosas. Que la ética normativa puede mantener su independencia frente a la metafísica parece hasta cierto punto obvio. Al fin y al cabo, la ética normativa es una disciplina *normativa*, que pretende dictar normas, es decir, pretende guiar nuestra conducta; mientras que la metaética, la epistemología, la filosofía de la mente o la metafísica no pretenden guiar nuestra conducta³⁴: "El objetivo de la justicia como equidad en cuanto concepción política es práctico, no metafísico o epistemológico"³⁵, razón por la cual, concluye Rawls: "la justicia como equidad se mantiene deliberadamente en la superficie, filosóficamente hablando"³⁶. Quedarse en la superficie no significa necesariamente negar la existencia de profundidades, pero una posible conclusión sería que es más importante determinar cómo garantizar los derechos humanos en el tercer mundo (no fregeano), que saber si los derechos humanos habitan, en efecto, el tercer mundo fregeano.

Buena prueba de esta discrepancia de Alexy la hallamos en su insistente preocupación en buscar el fundamento de los derechos humanos y de la razón práctica. Desde luego, con independencia de la relevancia que atribuyamos la cuestión, para la teoría moral, se trata de una cuestión difícil. ¿Qué significa buscar el fundamento de una norma? Si significa buscar su justificación última, entonces tenemos varias opciones, todas ellas problemáticas. Si buscamos una regla regulativa, una norma, entonces ésta no podría ser la última, porque requeriría una ulterior fundamentación. Si se tratara de una regla constitutiva, entonces no estaríamos propiamente *fundamentando*, sino más bien *definiendo*, pero esto tampoco parece aceptable porque el discurso moral presupone una vinculación y una objetividad que aparentemente no pueden ser meramente estipuladas (*decididas*). Si la justificación última fuera una regla técnica o un hecho, entonces en última instancia incurriríamos en

³⁴ Una posición discrepante sobre la escindibilidad de ética normativa y metaética nos la ofrece H. ALBERT en "Ética y metaética", trad. Manuel Jiménez Redondo, Revista Teorema, Valencia, 1978.

³⁵ J. RAWLS, "Justice as Fairness: Political not Metaphysical" (1985), en *Collected Papers*, cit., pp. 388-414, p. 394.

³⁶ *Ibid.*, p. 395.

la falacia naturalista, porque estaríamos justificando normas a partir de hechos. ¿Qué hacer?

Hace unos años, Alexy siguió los pasos del programa habermasiano³⁷ para tratar de superar los problemas de fundamentación³⁸. Se trata de un programa bien conocido consistente en articular una fundamentación pragmático-trascendental de la razón práctica. La fundamentación es pragmática, porque se sitúa en el nivel pragmático del lenguaje. En el nivel pragmático del lenguaje lo importante no es lo que se dice, sino lo que hacemos cuando decimos algo. Desde esta perspectiva, cuando decimos algo, sobre todo estamos *haciendo* algo. Cabe así distinguir diversos *actos de habla* regidos por diversas reglas de validez. El respeto de esas reglas constitutivas determina la dimensión trascendental de la fundamentación pragmático-trascendental. Esas reglas son condiciones de posibilidad del acto de habla en cuestión. Según el clásico ejemplo de John L. Austin³⁹, el acto de habla constatativo que lleva a cabo quien afirma "el gato está sobre el felpudo" tiene como condición de validez la observancia de una pretensión de verdad. Quien diga que el gato está sobre el felpudo tiene que creer que el gato está sobre el felpudo. De no ser así, incurriría en una contradicción performativa. Estaría infringiendo una de las reglas constitutivas del acto de habla de constatativo. De ahí, el consabido carácter defectuoso del acto de habla de quien aseverara "el gato está sobre el felpudo, pero yo no lo creo". Cuando en lugar de un acto de habla constatativo, llevamos a cabo un acto de habla regulativo (como dictar una norma), nuestro acto de habla también está sometido al respeto de una pretensión de validez, la pretensión de corrección. Si yo afirmara "compórtate de este modo, por más injusto que ello sea" incurriría también

³⁷ Vid. e.g. J. HABERMAS, "Teorías de la verdad", en *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Cátedra, Madrid, 1994, págs. 113-158.

³⁸ La búsqueda de un fundamento último de la moral es una tarea abocada al conocido "trilema de Münchhausen". Cuando decimos estar expuestos a un trilema, estamos admitiendo que estamos condenados al fracaso, aunque nuestro fracaso pueda discurrir por tres vías. En nuestro caso, la cadena de fundamentaciones de nuestros juicios morales se enfrentaría a tres y sólo tres destinos posibles, pero inaceptables: puede o bien prolongarse hasta el infinito, o bien incurrir en circularidad o bien interrumpirse en un punto arbitrario.

³⁹ J.L. AUSTIN, "Cómo hacer cosas con palabras. Palabras y acciones" (comp. J.O. Urmson), trad. R. Carrió y E. A. Rabossi, Paidós, Barcelona, 1981, p. 91.

en una contradicción performativa análoga a la del que dice "el gato está sobre el felpudo, pero no lo creo". Para Habermas, corrección y verdad quedan unificadas así bajo la más amplia rúbrica de la validez.

Esta fundamentación pragmático-trascendental es recuperada ahora por Alexy y aplicada en otros términos a los derechos humanos, cuya fundamentalidad es un trasunto de la fundamentabilidad de la propia razón práctica. Alexy habla de una combinación del "modelo explicativo" con el "modelo existencial" de fundamentación de los derechos humanos (que es una fundamentación en última instancia de la razón práctica)⁴⁰.

El modelo explicativo "sigue las líneas de la filosofía trascendental de Kant" ⁴¹. Esto significa que investiga las condiciones de posibilidad del propio discurso moral; es decir, se sitúa en un plano trascendental. La necesidad de los derechos humanos deriva de que son presupuestos trascendentales del discurso moral. El discurso moral no sería posible sin ellos. A la objeción de que sería posible intentar desarrollar tal discurso sin atender a los límites que la razón práctica y los derechos humanos imponen, cabría replicar entonces con la "fundamentación existencial". Quien renuncia a las exigencias del discurso se suicida, se autodestruye como participante en la forma de vida más general de los hombres. Quien renuncia a tomar parte en el discurso práctico en estos términos, renuncia a su condición de persona. ¿Pero podemos renunciar a esa condición? ¿Acaso no es posible simplemente considerar nuestro discurso moral como un conjunto de reglas constitutivas, sin necesidad de buscar un fundamento ulterior? Para algunos autores, la respuesta es claramente negativa. Existiría una diferencia esencial entre dejar de mover los peones como indican las reglas del ajedrez y dejar de respetar las reglas del discurso práctico y los derechos humanos en nuestros juicios morales. La moral se diferenciaría intrínsecamente del juego, porque no somos libres de no participar en él⁴². El anciano de Santo Domingo nos lo dice claramente desde la *Leticia* de Tugendhat:

Nadie tiene que ser médico, cocinero o violinista; eso depende de su libertad. Al contrario, las normas morales no son aquellas que se presentan cuando alguien quiere ser tal o cual persona, sino que en el interior de

⁴⁰ DHSM, pp. vi-vii

⁴¹ DHSM, p. vi

⁴² E. TUGENDHAT, *"Diálogo en Leticia"*, trad. Luis Román Rabanaque, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 21 y 23.

una comunidad moral planteamos categóricamente estas exigencias de modo recíproco. Se podría decir que la sanción consiste en la excomunión de la comunidad moral y esto es precisamente lo que se expresa en la indignación⁴³.

Es decir, lo característico de la moral es precisamente que exige una fundamentación frente a todos y no es posible escapar a ello. Tugendhat se refiere un episodio histórico que muestra con toda su crudeza las consecuencias de eludir precisamente la vinculación a la moral. Cuando, en Auschwitz, Primo Levi le preguntó a su guardián "¿por qué?", éste le respondió: "Aquí no hay por qué"⁴⁴. Aparentemente, cierta ininteligibilidad del mal tendría mucho que ver con esta ineludibilidad de nuestra condición moral. En este punto, resulta significativo que los caminos de un crítico de la teoría del discurso como Tugendhat⁴⁵ y un defensor de la teoría del discurso como Alexy se crucen en algún punto. Ambos buscan un fundamento último a la moral, buscan un refugio inexpugnable para la moral.

Sin embargo, hay algo de excesivo en estas pretensiones que en algún sentido parecen estar derivando de la posibilidad y deseabilidad de los derechos humanos, su necesidad metafísica. Si afirmara "el ajedrez no es posible sin unas reglas de ajedrez", no se me ocurriría derivar de la posibilidad de jugar al ajedrez, la necesidad metafísica del ajedrez. Podemos aceptar, en efecto, que quien no juegue, en efecto, quedará *excomulgado* o, como dirían Apel o Habermas, quedará abocado a la esquizofrenia, el suicidio o la autodestrucción⁴⁶ (en el ejemplo paralelo dejará de ser un jugador de ajedrez). Sería un *idiota* en el sentido griego del término, que dejaría de formular juicios morales y en esa medida renunciaría a una dimensión central de su condición de persona ("una persona es alguien que puede ser un ciudadano", dice Rawls⁴⁷), pero eso no impide reconocer en las reglas últimas del discurso moral un carácter constitutivo y no regulativo. Si no les reconocemos naturaleza constitutiva, entonces nos vemos abocados a un dilema: si tuvieran carácter regulativo, necesitarían un fundamento ulterior. Si no tuvieran carácter regulativo, se incurriría

⁴³ Ibid., p. 39.

⁴⁴ Ibid., p. 98.

⁴⁵ Vid. E. TUGENDHAT, "Lecciones de ética", trad. Luis Román Rabanaque, Gedisa, Barcelona, 1997, lección octava.

⁴⁶ Vid. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., p. 306, n. 51.

⁴⁷ J. RAWLS, de "Justice as Fairness: Political not Metaphysical", cit., p. 397.

en la falacia naturalista⁴⁸. El lenguaje parece ser la frontera *irrebasable* de una investigación sobre el fundamento de nuestra ética a partir de una posición constructivista, pero es eso precisamente a lo que parece renunciar en alguna medida Alexy con su concepción metafísica de los derechos humanos.

Todo ello parece llevarnos a pensar que la insistencia en buscar una fundamentación más allá de una dimensión constitutiva puede resultar muy problemática⁴⁹. No se comprende bien por qué no sea posible considerar simplemente la moral como un juego⁵⁰, un juego de lenguaje⁵¹. Incluso si, aceptando la primacía de la razón práctica, afirmáramos de algún modo que el discurso moral es algo así como el juego de lenguaje que abarca al resto de juegos del lenguaje, no por ello, dejaría de ser un juego del lenguaje.

Dado que hasta el momento he tomado como referente la posición anti-metafísica o extrametafísica de Rawls, estas consideraciones en torno a los planteamientos habermasianos brindan la oportunidad ahora para indicar, aunque sea en extrema síntesis, qué entiende Habermas por pensamiento metafísico y postmetafísico, dado que Alexy se opone con su concepción metafísica de los derechos humanos a la concepción postmetafísica de Habermas. Habermas subraya cuatro aspectos característicos del pensamiento metafísico: pensamiento identitario, idealismo, la primacía de la filosofía de la conciencia y el concepto fuerte de teoría⁵². La crisis de este

⁴⁸ Al modo en que incurre necesariamente el vitalismo, por ejemplo (cfr. F. SAVATER, voz "Vitalismo", en V. Camps & al. (eds.), "Concepciones de la ética", vol. 2 de la *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Trotta, Madrid, 1992, pp. 297-308, p. 298).

⁴⁹ Sobre todo puede llevar a incurrir en alguna manifestación de la falacia naturalista. Por ejemplo, TUGENDHAT parece asumir ese riesgo en su trabajo titulado "El origen de la igualdad en el derecho y la moral" (en "Diálogo Científico", vol. 15, núm. 1-2 (2006), pp. 26-40), donde explora la posibilidad de hallar una estructura antropológica fundamental basada en la simetría que sirva de punto de apoyo último de la moralidad.

⁵⁰ En un pasaje de "Justice as Fairness: Political not Metaphysical" (cit., p. 402-3), RAWLS indica que nada hay en el velo de ignorancia de metafísico y que no nos compromete con una posición sobre la naturaleza del yo más de lo que jugar al Monopoly nos pueda comprometer a pensar que somos propietarios enzarzados en la lucha por hacernos con todos los terrenos urbanizables de una ciudad.

⁵¹ Cfr., sin embargo, una enérgica crítica a la centralidad del lenguaje en la filosofía analítica, vid. Th. NAGEL, "La última palabra", cit., pp. 47 ss.

⁵² J. HABERMAS, "Pensamiento postmetafísico", trad. Manuel Jiménez Redondo, Taurus, Madrid, 1990, pp. 40 ss.

pensamiento "en vigor hasta Hegel"⁵³ sufre en esos cuatro aspectos una conmoción que tiene lugar respectivamente a partir de (1) la irrupción de la racionalidad procedimental "que no puede garantizar ya una unidad previa en la diversidad de los fenómenos"⁵⁴ como la que propugna el pensamiento identitario; (2) el "carácter situado de la razón" que, frente al idealismo, supone que por más que "la validez que pretendemos para las proposiciones y las normas trasciende espacios y tiempos, (...) la pretensión se entabla siempre aquí y ahora, en contextos determinados y se acepta o rechaza con consecuencias fácticas para la acción"⁵⁵; (3) el giro lingüístico, que supone el ya referido "tránsito desde la filosofía de la consciencia a la filosofía del lenguaje"⁵⁶; (4) la "deflación de lo extra-cotidiano", que tiene que ver con la centralidad que adquiere en el pensamiento postmetafísico el "mundo de vida", con el primado de la razón práctica frente a una concepción enfática de la teoría y la crisis del papel salvífico de la filosofía⁵⁷. De todas estas señales, claramente interrelacionadas y registradas por los "sismógrafos del espíritu de la época"⁵⁸, quizá el giro lingüístico presenta, como hemos visto, una especial relevancia aquí. El lenguaje se convierte en el marco irrebasable de nuestros actos de habla y ello incluye nuestros actos de habla regulativos. Desde este punto de vista, parece existir una suerte de tensión en el planteamiento de Alexy, pues la necesidad de una metafísica de los derechos humanos parece contraponerse a la fundamentación pragmático-trascendental que sitúa en el lenguaje ese marco constitutivo y último de nuestros actos de habla que nuestro autor también parece compartir. Si aceptamos, a la manera de eslógenes, que al tránsito desde la ontología hacia la filosofía de la consciencia le siguió el tránsito desde la filosofía de la consciencia a la filosofía del lenguaje, de la que sirvieron Apel y Habermas en sus programas de fundamentación de la ética, entonces cabe concluir que cuando Alexy pone énfasis en la dimensión metafísica de los derechos humanos parece expresar un cierto retorno a la ontología, con todas las cautelas que impone el examen de un trabajo que, como el de Alexy, es muy esquemático.

⁵³ Ibid., p. 43.

⁵⁴ Ibid., p. 45.

⁵⁵ Ibid., p. 180.

⁵⁶ Ibid., p. 55.

⁵⁷ Ibid., p. 60.

⁵⁸ La expresión es de J. HABERMAS, *ibid.*, p. 14.

V

Quizá una forma de aproximarse a la contraposición de posiciones metafísicas y antimetafísicas en torno al Derecho consista en contemplar paralelamente cómo contrastan esencialismo y antiesencialismo y ubicar luego esta cuestión, de acuerdo con nuestros intereses, en relación con los conceptos de Derecho y de derechos humanos. En las últimas décadas hemos vivido un nuevo auge filosófico del esencialismo, que se debe en buena medida a la obra de Saul Kripke. Su célebre teoría considera los nombres propios y los géneros naturales como designadores rígidos que denotan una misma referencia en cualquier mundo posible (se trata de la cuestión de la llamada "identidad transmundana"); en última instancia denotan, por tanto, *esencias*. Como es natural, aquí es imposible aludir siquiera resumidamente a su planteamiento, pero al menos cabe indicar que se funda en una enérgica distinción entre cuestiones metafísicas y epistémico-representacionales, una distinción entre verdades necesarias y verdades *a priori* y en la idea de que los conceptos modales de necesidad, posibilidad y contingencia son metafísicos, no meramente lingüísticos⁵⁹. Tomemos un ejemplo relativo a números para contrastar en sus aspectos más básicos los planteamientos esencialistas con los pragmatistas⁶⁰. Para un esencialista, el enunciado:

(1) "9 es impar"

expresaría una verdad necesaria porque la propiedad de ser impar es esencial en 9 (9 no puede ser par en ningún mundo posible). En cambio, el enunciado

(2) "9 es el número de los planetas"

expresaría una verdad contingente (de modo que esa propiedad del 9 no es esencial) porque sí es imaginable un mundo en que el número de planetas no fuera 9 (de hecho, el ejemplo es tan bueno que ahora el número de planetas es 8). Este es precisamente un ejemplo que examina críticamente el

⁵⁹ Estos son los aspectos que subraya Manuel PÉREZ en su excelente "Esbozo de la filosofía de Kripke", Montesinos, Barcelona, 2006.

⁶⁰ PÉREZ OTERO esclarece con este ejemplo la reivindicación del esencialismo aristotélico en Kripke e ilumina muchas otras cuestiones relativas en su "Esbozo de la filosofía de Kripke", Montesinos, Barcelona, 2006, pp. 138 ss.

pragmatismo, que sitúa en un plano epistémico-representacional su análisis. Por ejemplo, Quine convierte el enunciado (1), presuntamente esencial, en contingente cuando sustituye "9" por "el número de los planetas":

(3) "El número de los planetas es impar"

y convierte con esa sustitución el enunciado presuntamente contingente (2) en necesario:

(4) "El número de los planetas es el número de los planetas".

El pragmatista Richard Rorty utiliza un argumento en ese mismo plano cuando, con el fin mostrar que vivimos en un "mundo sin sustancias o esencias", examina la esencia de la "nuevidad"⁶¹. ¿En qué podría consistir la *nuevidad* para el pragmatismo rortyano? Desde luego, podemos indicar qué es 9 de muchos modos, pero ninguno de ellos puede arrogarse un carácter *esencial* (decir que 9 es 8 + 1 no es expresar nada más o menos *intrínseco* que afirmar que es el resultado de sustraer 1.678.905 a 1.678.914). Esta estrategia de crítica al esencialismo parte de la prioridad lingüística sobre la metafísica que es lo que Kripke cuestionaría. Parte de un enfoque epistémico-representacional del que Kripke emancipa el enfoque metafísico.

¿A qué se aproxima más el planteamiento de Alexy en "¿Derechos humanos sin Metafísica?": al esencialismo kripkeano o al antiesencialismo pragmatista? ¿Existe la esencia del Derecho y la esencia de los derechos humanos como existe para el esencialista la esencia del 9? ¿Existiría entonces la juridicidad y la *jushumanidad* a la manera de la "nuevidad"? Alexy combina, de nuevo, en su teoría afirmaciones fuertemente esencialistas con otras antiesencialistas. A mi juicio, presenta tendencias esencialistas cuando caracteriza algunos aspectos de su concepto del Derecho⁶², cuando distingue tajantemente reglas y principios⁶³ e incluso cuando propone formalizar matemáticamente la ponderación de principios jusfundamen-

⁶¹ R. RORTY, "¿Esperanza o conocimiento? Una introducción al pragmatismo", Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1997, cap. II y pp. 58 ss. Rorty examina el 17 y la "dieciséptividad" en lugar del 9 y su "nuevidad", así que modifiqué aquí levemente su ejemplo al sólo efecto de mantener cierta unidad expositiva.

⁶² El trabajo de R. ALEXY, "Law, Discourse, and Time", ARSP, cuaderno 64 (1995), pp. 101-110 mantiene un tono fuertemente esencialista.

⁶³ *Infra* nota 66.

tales⁶⁴; pero se muestra antiesencialista cuando reconoce la dimensión pragmática del análisis conceptual⁶⁵, cuando rechaza o al menos relativiza la tesis de la única respuesta correcta de Dworkin⁶⁶ o cuando reconoce, como arriba indiqué, la relevancia del hecho del pluralismo razonable.

VI

Aquí no me es posible hablar del esencialismo al que a veces parece confiarse la teoría del Derecho de Alexy⁶⁷. Por ello simplemente desearía considerar muy brevemente algunos aspectos de los derechos humanos y los derechos fundamentales que se resisten a su concepción metafísica. La teoría de los derechos fundamentales de Alexy es una teoría basada en una "teoría de los principios". Según la teoría de los principios alexiana, los derechos humanos y los derechos fundamentales son "mandatos de optimización", es decir, mandatos de realizar algo en la mayor medida posible *dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas*⁶⁸. En última instancia, esta teoría parece promover una visión dinámica de los derechos fundamentales⁶⁹, porque pre-

⁶⁴ Para una crítica a esos planteamientos, cfr. J.A. García Amado, "El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica", en R. García Manrique (ed.), *Derechos sociales y ponderación*, cit., pp. 249-332.

⁶⁵ Vid. R. ALEXY, "The Nature of Arguments about the Nature of Law", cit.

⁶⁶ Vid. R. ALEXY, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", cit.

⁶⁷ Aunque formulo alguna reflexión al respecto en mis "Bemerkungen zu einer dispositionellen Erklärung des Rechts anhand der Diskussion der Verbindungs- und Trennungsthese", cit.

⁶⁸ Los principios se oponen en este sentido a las reglas. Para Alexy, reglas y principios son dos categorías mutuamente excluyentes y conjuntamente exhaustivas del género norma. Toda norma es una regla o bien un principio y *tertium non datur*. Alexy sostiene así una ontología fuerte de los principios, que se basa en lo que él mismo denomina "tesis fuerte de la separación" (entre reglas y principios). Sin embargo, esto resulta llamativo porque Alexy, como he indicado más arriba, no suele inclinarse por tesis fuertes. Me ocupo de esta excentricidad alexiana en mi trabajo "¿Existen diferencias entre reglas y principios en el Estado constitucional? Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy", en R. García Manrique (ed.), *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007, pp. 333-370.

⁶⁹ Digo "parece" porque en la teoría de Alexy los principios no son derrotables. Lo son (lo cual parece contraintuitivo) las reglas que resultan de la ponderación de principios inderrotables en conflicto, como pone de relieve P.-H. WANG, "Defeasibility in der juristischen Begründung", Nomos, Baden Baden, 2003 (cito por la versión que consulto en internet: http://www.sinica.edu.tw/~philaw/documents/Diss_neu.pdf), p. 101.

supone una "teoría de límites externos"⁷⁰, de acuerdo con la cual los límites a nuestros derechos no se encuentran delimitados *ex ante* (de su aplicación)⁷¹, como una concepción metafísica tendería a aceptar, sino que se encuentran más bien *expuestos* a la aparición de nuevos límites por vía de su ponderación con otros derechos que puedan entrar en conflicto. Si aceptamos este planteamiento, entonces surgen, al menos aparentemente, dos graves inconvenientes para una concepción metafísica de los derechos fundamentales. El primero tiene que ver con el fenómeno de la *derrotabilidad* de las normas que viene a quedar reconocido implícitamente por la teoría externa de los derechos fundamentales. El segundo es consecuencia de considerar algunas de las advertencias que el *particularismo* ético formula al *generalismo* y que pueden ser trasladadas sin violencia en el ámbito de los derechos. Veamos estas dos cuestiones sucesivamente.

Decimos que un enunciado es derrotable cuando no podemos anticipar cuáles son sus excepciones. Desde este punto de vista, usamos enunciados

⁷⁰ Sobre esta cuestión, vid. L. PRIETO, "La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades", en *Derechos y Libertades*, n° 8 (2000), pp. 429-468; p. 436.

⁷¹ Por ejemplo, en España han sostenido la teoría interna Ignacio de OTTO ("La regulación del ejercicio de los derechos y libertades", en L. Martín-Retortillo e I. de Otto y Pardo, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 137 ss.) y más recientemente Joaquín RODRÍGUEZ-TOUBES ("En defensa de un modelo de reglas de derechos fundamentales", en *Derechos y Libertades*, 6 (1998), pp. 397-410 y *Principios, fines y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 148 ss.), si bien es cierto que como ideal regulativo de la interpretación jurídica (ibid., pp. 137-9). También con matices se inclina por esta posición MARTÍNEZ-PUJALTE ("La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales", C.E.C., Madrid, 1997, pp. 126 ss.). Mantiene una teoría interna conciliadora con una "metodología dinámica" en la interpretación de los derechos fundamentales Pedro SERNA ("Derechos fundamentales: El mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidación e información", en *Humana lura*, n° 4 (1994), pp. 197-234). Por su parte, CIANCIARDO ("El conflictivismo en los derechos fundamentales", EUNSA, Pamplona, 2000, p. 250) refuerza esta conciliación hasta llegar a una *teoría externa moderada*. A veces estas posiciones parecen comprometidas con teorías éticas de carácter absoluto, un carácter que repercute sobre su concepción de los derechos fundamentales en la forma de teorías internas de los derechos fundamentales o como teorías absolutas sobre su contenido esencial.

derrotables continuamente en nuestra vida cotidiana. Sería un ejemplo de enunciado derrotable⁷²:

E1: Si raspo una cerilla seca y bien hecha, entonces se encenderá. ($p \rightarrow q$)

Desde luego E1 parece razonable, pero pueden surgir excepciones imprevistas. Por ejemplo, es posible que alguien nos diga que bajo un campo electromagnético E1 no funciona. Esto debería llevarnos a revisar el enunciado E1 y reformularlo en el sentido siguiente:

E2: Si *p* y la cerilla se encuentra bajo un campo electromagnético, entonces no se encenderá. ($p \& r \rightarrow \neg q$)

Pero entonces cabría replicar que E2 también es revisable:

E3: Si *p* y *r* y la cerilla se encuentra en una jaula de Faraday, entonces se encenderá. ($p \& r \& s \rightarrow q$)

Y a su vez:

E4: Si *p* y *r* y *s* y se extrae el oxígeno, entonces no se encenderá ($p \& r \& s \& t \rightarrow \neg q$)

Y así sucesivamente. El consecuente de E1, como se ve, no es insensible a la incorporación de nuevos enunciados al antecedente. El resultado es un razonamiento no monotónico, porque no se cumple la ley del refuerzo del antecedente, que determina que la incorporación de nuevos enunciados al antecedente no afecta al consecuente. La cuestión es entonces si podemos *fixar* un conjunto exhaustivo de excepciones *ex ante* que cancele el carácter derrotable, revisable, inestable de E1. Aunque sea discutible en el plano teórico, desde luego parece imposible hacer tal cosa en el ámbito práctico y las razones de esta imposibilidad han sido certeramente indicadas por el particularismo. Veámoslo brevemente.

Como acabamos de ver, cuando decimos que una norma es derrotable, estamos afirmando que el conjunto de sus excepciones no es determinable exhaustivamente *ex ante*⁷³. Desde este punto de vista, la

⁷² Que tomo de Robert BRANDOM, "Articulating Reasons. An Introduction to Inferentialism", Harvard University Press, 2001, p. 88; citado por J. Dancy, *Ethics without Principles*, OUP, Oxford, 2004, p. 8.

⁷³ Me refiero a algunas consecuencias de la asunción de este fenómeno para la teoría del Derecho en mi trabajo "La incidencia de la derrotabilidad de los principios jufundamentales sobre el concepto de Derecho", en *Diritto e questioni*

asunción de una teoría externa de los derechos fundamentales parece consustancial a una concepción de los derechos como normas derrotables, pues los derechos quedan, en efecto, *expuestos* a nuevas excepciones que no son previsibles *ex ante*. ¿Por qué no son previsibles *ex ante*? Las razones son muy diversas, pero simplemente citaré tres cuestiones muy brevemente⁷⁴.

La raíz más general de la derrotabilidad de las normas arranca del hecho de que las normas tienen una vocación prospectiva que pretende regular comportamientos y estados de cosas futuros y por tanto imprevisibles⁷⁵, pero sólo podemos conocer cuáles serán precisamente esos comportamientos y estados de cosas futuros retrospectivamente, una vez acaecidos. La racionalidad exige, pues, que la regulación de hechos futuros contemple de algún modo la aparición de nuevos casos; exige que sea *sensible* a las nuevas excepciones, y para ello es necesario que las normas presenten una estructura *derrotable*. En sus *Investigaciones filosóficas*, Wittgenstein de algún modo nos estaba advirtiendo de este problema con su conocido análisis del seguimiento de reglas⁷⁶. En su ejemplo, le decimos a un alumno que continúe una serie de números que hemos formado sumando 2 al anterior. El alumno escribe "2, 4, 6, 8...", pero por encima de 1000 escribe "1000, 1004, 1008, 1012...". A partir de ese momento, Wittgenstein argumenta así en §185:

Le decimos: "¡Mira lo que has hecho!" - Él no nos entiende. Decimos: "Debías sumar dos; ¡mira cómo has empezado la serie!" - Él responde: "¡Sí! ¿No es correcta? Pensé que debía hacerlo así" - O supón que dijese, señalando la serie: "¡Pero si he proseguido del mismo modo!" - De nada nos serviría decir "¿Pero es que no ves...?" - y repetirle las viejas explicaciones y ejemplos. - Podríamos decir quizá en tal caso: Esta persona entiende por naturaleza esa orden, con

pubbliche (revista electrónica: www.dirittoequestionipubbliche.org), n.º 3 (2003), págs. 197-227.

⁷⁴ Me ocupo de estas cuestiones con algo más de detenimiento en el capítulo 4 de mi libro en curso de publicación "*Criaturas de la moralidad. Una concepción neoconstitucionalista del Derecho y los derechos*".

⁷⁵ Sobre las diversas fuentes de imprevisibilidad en las ciencias sociales, vid. A. MACINTYRE, "*Tras la virtud, Crítica*", Barcelona, 2001, pp. 122 ss.

⁷⁶ Puede verse una excelente exposición en M. NARVÁEZ MORA, "*Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*", Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. cap. III.

nuestras explicaciones, como *nosotros* entenderíamos la orden "Suma siempre 2 hasta 1000, 4 hasta 2000, 6 hasta 3000, etc."⁷⁷

De aquí se sigue que sólo podemos determinar el contenido de una regla a partir del examen de sus aplicaciones (pues existe una "relación interna" entre la regla y su aplicación), pero ese examen es necesariamente retrospectivo, porque esas aplicaciones son posteriores a la regla. Una conclusión posible consistiría en afirmar que no es posible hablar de la existencia de reglas.

A esta interpretación escéptica sobre las reglas a partir de la lectura de Wittgenstein⁷⁸ también nos conduce el particularismo moral, en especial el particularismo de Jonathan Dancy. El particularismo nos aboca al escepticismo frente a las reglas siguiendo una estrategia semejante que atiende no sólo a la imposibilidad de determinar la concreta constelación de propiedades relevantes en cada caso, sino también a la imposibilidad de determinar la polaridad que adquiere en el caso concreto cada una de esas propiedades porque la polaridad de cada propiedad depende de su interacción con el resto de propiedades involucradas en el caso. Un sencillo ejemplo de Dancy⁷⁹ sirve para comprender este extremo.

Supongamos que un amigo nos aconseja no ir a un restaurante porque su comida es terrible. Desde luego, se trata de una razón para no ir a ese restaurante. Pero supongamos que nuestro amigo añade que, por si eso fuera poco, las porciones son pequeñas. Aisladamente consideradas, cada una de estas advertencias nos disuaden de ir a cenar allí. Sin embargo, cuando lo pensamos con algo más detenimiento y *en su conjunto*, las cosas cambian. Quizá deberíamos darle una oportunidad al restaurante, porque, si bien es verdad que a nadie le gusta la mala comida ni las porciones pequeñas, cuando la comida es terrible, entonces la propiedad de esa comida de servirse en porciones mínimas cambia de polaridad para convertirse en una ventaja y más si tomamos en consideración otros atractivos del lugar. Por ejemplo, que los camareros son amables, que la música es exquisita y que las vistas panorámicas son excepcionales. Puede que al final recomiende ese

⁷⁷ L. WITTGENSTEIN, "Investigaciones filosóficas", trad. Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, Crítica, Barcelona, 2002, §185, p. 187.

⁷⁸ Vid. S.A. KRIPKE, "Wittgenstein. A propósito de reglas y lenguaje privado. Una exposición elemental" (1982), trad. Jorge Rodríguez Marqueze, Tecnos, Madrid, 2006.

⁷⁹ J. DANCY, "Ethics without Principles", cit., pp. 15-6

restaurante a mis amigos destacando, entre otras cosas, que esas porciones admirablemente frugales nos permiten disfrutar del resto de placeres que nos ofrece ese lugar sin caer en las distracciones del paladar. Esto me debería llevar a pensar que no debo confiarme a criterios aislados para recomendar un restaurante y ello no sólo porque debo tenerlos todos en cuenta; sino sobre todo porque la polaridad de cada uno de ellos depende del resto y su recíproca interacción en el caso concreto.

La asunción de la derrotabilidad de las normas y de una concepción particularista de la moral podría conducirnos a una posición extremadamente escéptica sobre el discurso práctico. Creo, sin embargo, que no es necesario comprometerse con un escepticismo radical para tomar en consideración muchas de las advertencias que nos formulan el particularismo y el análisis del fenómeno de la derrotabilidad. En este contexto, tan sólo se invocan como un contrapunto frente a la tendencia que ciertas posiciones esencialistas y metafísicas suelen exhibir a la hora de caracterizar esas "criaturas de la moralidad"⁸⁰, que son los derechos humanos y los derechos fundamentales. El análisis de la derrotabilidad y el particularismo ético nos advierten de que, con toda seguridad, tienen mucho menos de atemporales y universales de lo que pueda parecernos. Por eso, si su vida en el tercer mundo fregeano no parece cómoda, desde luego su residencia tradicional en el Reino de los fines, también se ha visto perturbada desde que, merced al constructivismo ético de la teoría del discurso, ese lugar ha dejado de ser un Reino, para convertirse, más bien, en "una democracia con igualdad ante la ley"⁸¹.

⁸⁰ La expresión "criaturas de la moralidad" es de Ronald DWORKIN, "A Reply by Ronald Dworkin", en M. Cohen (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Rowman & Allanheld, Totowa, 1984, pp. 247-300, p. 256.

⁸¹ R.M. HARE, "Ordenando la ética", cit., p. 29.

NOTA SOBRE EL ARTÍCULO "¿DERECHOS HUMANOS SIN METAFÍSICA?" DE ROBERT ALEXY.

Y LA TRADICIÓN DEL IUSNATURALISMO CLÁSICO.
ALGUNAS PRECISIONES

Por Carlos I. Massini Correas
Universidad de Mendoza

1. La cuestión planteada

La Comisión Directiva de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho ha enviado a algunos de sus miembros una traducción—elaborada por el profesor Eduardo Sodero— de un difundido artículo del profesor de Kiel, Robert Alexy, publicado en los *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* con el título de "¿Derechos humanos sin metafísica?", con el pedido expreso de redactar un breve comentario de ese trabajo desde cada particular perspectiva filosófica. Esos comentarios tienen como destino su publicación en la revista *Ideas y Derecho*, órgano oficial de la Asociación. Aceptando la invitación realizada, en lo que sigue se esbozará una sucinta valoración crítica de la tesis de Alexy desde la perspectiva propia de la tradición del Iusnaturalismo Clásico.

La cuestión planteada por la Comisión a través del mencionado trabajo puede formularse esquemáticamente en la siguiente pregunta: ¿es posible llevar a cabo la necesaria fundamentación racional de los derechos humanos (dando por supuesto que sin fundamentación racional ellos carecen de existencia) sin una referencia expresa a tesis metafísicas? La respuesta de Alexy a esa pregunta es claramente negativa, resumiéndose en la afirmación final del trabajo: no hay derechos humanos sin metafísica. Por su parte, la respuesta que aquí se propone se estructurará en los tres apartados siguientes: (i) necesidad de una justificación racional para la existencia de los derechos humanos (y del derecho en general); (ii) posi-

bilidad de una justificación práctico-filosófica de los derechos humanos, sin subalternación propia y formal de esa justificación a la metafísica o a la antropología filosófica; y (iii) cometido de las tesis metafísicas y antropológicas en la estructura de la justificación racional de los derechos humanos. Todo esto habrá de hacerse con carácter sintético y sucinto, dejando de lado muchas aclaraciones, precisiones y desarrollos.

2. Sobre la necesidad de una justificación racional

Comenzando por el primero de los temas enumerados, resulta claro que, tal como lo han puntualizado numerosos autores —entre otros, Sergio Cotta¹ y Georges Kalinowski²— no es posible sostener la existencia de principios, normas, deberes o derechos jurídicos sin la correspondiente justificación racional. Esto en razón de que los criterios o estándares de ordenación-coordinación-dirección de la conducta de un ser racional, han de ser necesariamente criterios o estándares racionales; "... los únicos estándares —escribe Mark Murphy— que pueden inducir a seres racionales, en cuanto racionales, a actuar, son estándares racionales. Por lo tanto el derecho es un estándar racional de la conducta"³ y requiere necesariamente una fundamentación racional.

Ahora bien, la justificación racional de una proposición cualquiera, sea ella teórica o práctica, se da cuando ella es la conclusión de una inferencia formalmente correcta y materialmente verdadera, probable o válida, según el caso. "La inferencia es formalmente correcta —escribe Kalinowski— cuando está conforme a una regla de inferencia fundada sobre, o dicho de otro modo, garantizada por, la constatación que hace evidente la conclusividad de la inferencia respetando la regla en cuestión. La inferencia es materialmente verdadera, probable o válida, cuando su o sus premisas son respectivamente verdaderas, probables o válidas". Y continúa sosteniendo que "conviene señalar que ese procedimiento de justificación racional, tan frecuente e importante, es él sólo absolutamente insuficiente (...). Si la premisa o premisas primeras de la inferencia dada

¹ COTTA, S., *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Milano, Giuffrè Editore, 1981 y, del mismo autor, "Le problème de la justification scientifique des normes", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, N° LVI-1, Milano, 1979, pp. 5-20.

² KALINOWSKI, G., "La justification de la morale naturelle", en AA. VV., *La morale: sagesse et salut*, ed. C. Bruaire, Paris, Fayard, 1981, pp. 209-220.

³ MURPHY, M., *Philosophy of Law. The fundamentals*, Malden-Oxford-Victoria, Blackwell Publishing, 2007, p. 39.

no está o no están todas justificada racionalmente, la conclusión deja de estarlo y con la regresión al infinito se destruye toda la justificación racional"⁴. Por lo tanto, si se quiere justificar racionalmente y por inferencia de un modo eficaz, resulta necesario disponer, al comienzo del proceso justificatorio, de una o unas premisas justificadas de un modo diferente, i.e., no por inferencia.

Ahora bien, sólo dos procedimientos se ofrecen para justificar premisas de un modo no inferencial: (i) el de la evidencia, y (ii) el de la convención. El primero de ellos, por evidencia analítica, cuando el significado del concepto-predicado está incluido en el significado del concepto-sujeto (dejamos de lado expresamente aquí la teoría de la evidencia empírica), y por convención, cuando una proposición no puede ser conocida por autoevidencia y debe por lo tanto ser construida por la razón y propuesta para su aceptación por la comunidad científica. Estas proposiciones son primeras, fundamentalmente, porque de ellas dependen discursivamente, a modo de inferencia, las proposiciones que se pretende justificar racionalmente. Pero resulta que en el caso de las normas, y en especial de las jurídicas, también existen normas primeras autoevidentes, la primera de las cuales: "todo hombre debe hacer todo aquello que resulte justo en cada caso relevante", se contrae en otras inferiores pero también autoevidentes: "todo hombre debe respetar la vida humana inocente", "todo hombre debe respetar (promover, desarrollar, perfeccionar, etc.) el conocimiento humano" y así sucesivamente.

Son entonces estas normas primeras autoevidentes (principios) —con los derechos primeros que les corresponden— los que sirven de fundamento a cualquier justificación de las normas o de los derechos. De este modo, la proposición práctica primera autoevidente "todo hombre tiene derecho a todo aquello que resulte justo en cada caso relevante", resulta ser el fundamento de toda argumentación justificatoria de derechos, en especial de derechos humanos, i.e., de aquellos derechos que tienen por título suficiente sólo la hominidad de su sujeto activo⁵. Y del mismo modo, la proposición primera autoevidente "todo hombre tiene derecho al respeto de su vida", es el fundamento del razonamiento justificatorio del llamado "derecho a la vida", y así sucesivamente.

⁴ "KALINOWSKI, G., "Sobre la relación entre el hecho y el derecho", en *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, trad. C.I. Massini Correas et alii, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982, p. 84.

⁵ VIDE: MASSINI CORREAS, C.I., *Filosofía del Derecho-I-El Derecho, los Derechos humanos y el Derecho Natural*, Buenos Aires, LexisNexis, 2005, pp. 111-130.

3. Una justificación racional práctica

Tal como se percibe claramente en lo expuesto hasta ahora, las proposiciones primeras —o principios— de las que parte el razonamiento justificatorio de los derechos, en especial de los derechos humanos, son proposiciones prácticas, normativas o de derechos, pero nunca proposiciones metafísicas. Esto es así porque, para la tradición realista clásica, la filosofía práctica: ético-personal, jurídica, política, no se encuentra subalternada, propia y formalmente, ni a la metafísica, ni a la antropología. Esta es una de las razones por las que no puede hablarse en este caso de falacia ser-deber ser, i.e., de la mal llamada falacia naturalista⁶. Todo esto ha sido estudiado con especial acribia y extensión por el recientemente fallecido profesor Guido Soaje Ramos, en un extenso trabajo publicado en 1990 en la revista *Ethos*, de su dirección, con el título de “Ética y antropología filosófica”⁷.

En ese trabajo, el profesor Soaje Ramos precisa que para la tradición realista, en especial la de carácter tomista, la doctrina de la subalternación de los saberes, que tiene su origen en los Analíticos de Aristóteles⁸ y en su Comentario por el Aquinate⁹, se distingue entre la subordinación de los saberes, i.e., la conexión entre dos determinados saberes con dependencia en alguna medida de uno respecto del otro, pero no viceversa, y la denominada propiamente subalternación de los saberes, que es un modo específico de subordinación, en el cual una ciencia recibe sus principios justificativos de otra ciencia, lo que puede ocurrir: (i) cuando la subalternada no tiene principios per se nota (autoevidentes) y debe recurrir para obtenerlos a otra ciencia subalternante, aunque sea algunas veces; y (ii) cuando el subjectum de una (lo que hoy se denomina el objeto) está contenido en el de otra ciencia¹⁰. En todos los casos se está hablando de los principios propios de cada ciencia, razón por la cual la metafísica no puede ser nunca un saber subalternante, ya que ella tiene por objeto a los principios comunes a todos los saberes. De todo ello se sigue inmediatamente que sólo existe —según esta doctrina— subalternación o dependencia radical entre distintos saberes

⁶ Vide en este punto: Massini Correás, C.I., *La falacia de la “falacia naturalista”*, Mendoza-Argentina, EDIUM, 1994.

⁷ SOAJE RAMOS, G., “Ética y antropología filosófica”, en *Ethos*, N° 16-18, Buenos Aires, 1990, pp. 53-106.

⁸ Aristóteles, *Analytica Posteriora*, I, 7, 75 b 9-20 y passim.

⁹ TOMÁS DE AQUINO, In Post. Anal., 15, 5 y passim. Asimismo, vide: De Veritate, q. 14, a.9, ad. 3 y passim.

¹⁰ Cfr. SOAJE RAMOS, G., o.c., pp. 96-97. La exposición resume mucho el rico y detallado desarrollo que se realiza en el artículo citado.

cuando uno de ellos debe recurrir a los principios propios de la otra ciencia para justificar racionalmente sus conclusiones, o bien cuando su objeto se encuentra comprendido en el del otro saber.

Ahora bien, resulta evidente que la filosofía práctico-jurídica –para referirnos sólo a ella– tiene sus principios propios, y que su objeto: la ordenación y dirección del obrar humano, no se encuentra comprendido dentro del propio de la metafísica o de la antropología filosófica; por lo tanto, la filosofía práctico-jurídica no se encuentra subalternada a ninguno de esos dos saberes. De aquí se sigue que la fundamentación y justificación racional de los derechos humanos, que es objeto de la filosofía práctico-jurídica, no depende propia y formalmente de los principios metafísicos o de la antropología filosófica. De aquí que en el citado trabajo de Soaje Ramos se concluya que “puede aprehenderse cómo intervienen los principios práctico-morales per se nota (...) en las estructuras justificativas de la ética, sin necesidad estricta de resolverse ésta, en el ámbito propiamente normativo, en principios o en conclusiones de la antropología filosófica”¹¹ o –corresponde agregar– de la metafísica.

Por otra parte, en los últimos años se han propuesto diversos ensayos de justificación racional de los derechos y de las normas que tienen por fundamento, i.e., como principios o premisas primeras de la argumentación justificatoria, proposiciones conocidas por su autoevidencia –lo que Tomás de Aquino llamaba per se nota –sin dependencia directa –deductiva– de tesis metafísicas o antropológicas. Dicho en otras palabras, se trata de intentos de justificar racionalmente normas y derechos –principalmente derechos humanos– sin un recurso previo, directo y necesario a doctrinas metafísicas o de la antropología filosófica. Entre estos ensayos se pueden enumerar –entre varios otros– los realizados por John Finnis¹², Alfonso Gómez-Lobo¹³ y el autor de estas líneas¹⁴.

¹¹ SOAJE RAMOS, G., *o.c.*, p. 100.

¹² FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1984. Hay traducción castellana de Cristóbal Orrego: *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.

¹³ GÓMEZ-LOBO, A., *Morality and the Human Goods. An introduction to Natural Law Ethics*, Washington DC, Georgetown University Press, 2002. Existe traducción castellana de María Alejandra Carrasco: *Los bienes humanos. Ética de la ley natural*, Santiago de Chile, Mediterráneo, 2006.

¹⁴ MASSINI CORREAS, C.I., *La ley natural y su interpretación contemporánea*, Pamplona, EUNSA, 2006.

4. El aporte de la metafísica y la antropología al saber práctico

Ahora bien, es claro que no obstante lo anterior, tanto la metafísica como la antropología filosófica tienen bastantes cosas que decir en la tarea de justificar racionalmente los derechos humanos. En efecto, resulta manifiesto que al hablar de "derechos humanos" es necesario tener un conocimiento bastante preciso de qué cosa es el hombre, cuáles son sus atributos constitutivos y cuáles son las líneas centrales de su perfección o acabamiento en cuanto tales hombres, y es evidente que estas nociones sólo pueden ser alcanzadas con un mínimo de rigor con el concurso de la antropología filosófica. Juan Poinset, un tomista portugués del siglo XVII, escribió en este sentido que "la regulación de algo no puede hacerse si no es conocida la naturaleza de lo que ha de ser ordenado (...) y entonces supondrá el conocimiento especulativo de lo que ha de ser ordenado"¹⁵. Es decir que, si bien "la regulación de algo" no puede deducirse del conocimiento de la naturaleza de la realidad regulada, supone ese conocimiento para la eficaz regulación o dirección.

Por otra parte, y esta vez con respecto a las tesis metafísicas, es preciso sostener que, como ya se estableció más arriba, las proposiciones de la metafísica en sentido estricto, i.e., el saber filosófico acerca del ente en cuanto ente, no pueden, en razón de su universalidad, servir de fundamento propio de las tesis de la filosofía práctica. En rigor, en el caso de la metafísica se trata sólo acerca de los principios comunes a toda la realidad y por lo tanto no es posible deducir de ellos —sólo de ellos— principios, normas o derechos. No obstante, al igual que en el caso de la antropología filosófica, las tesis metafísicas resultan necesarias para el conocimiento por autoevidencia de los principios prácticos que fundamentan la justificación racional de los derechos. Así por ejemplo, la tesis metafísica que sostiene que "el ente y el bien son convertibles", i.e., que las nociones de "ente" y de "bien" designan la misma realidad aunque con una significación parcialmente distinta¹⁶, resulta indispensable para la comprensión del primer principio práctico "lo bueno ha de hacerse", así como del primer principio jurídico "lo justo ha de hacerse". Pero de aquí no se sigue que ese primer principio práctico derive lógicamente a modo de conclusión de la mencionada tesis metafísica, sino sólo que ella contribuye a su conocimiento y sirve de premisa para su defensa dia-

¹⁵ POINSET, J., *Cursus Philosophicus*, cit. por Soaje Ramos, G., o.c., p. 102.

¹⁶ Vide: McNerny, R., *Studies on Analogy*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1968, pp. 55 ss.

léctica en sede filosófica. Los primeros principios prácticos son, en rigor, y conviene reiterarlo, autoevidentes, y por lo tanto no son deducidos de ninguna proposición previa, ni metafísica ni de ninguna otra índole.

5. Conclusión: la tesis de Alexy

De lo que se ha expuesto hasta ahora, se sigue que la tesis de Alexy en el sentido de que "los derechos humanos no son posibles sin una metafísica racional y universal"¹⁷ resulta, desde la perspectiva de la tradición clásico-realista, claramente ambigua. En efecto, si con la afirmación de que los derechos humanos "no son posibles" sin metafísica se quiere decir que la justificación racional o fundamentación de esos derechos se deduce de tesis metafísicas, esa afirmación es lisa y llanamente errónea, ya que la justificación racional de principios, normas o derechos proviene inferencialmente de primeros principios prácticos autoevidentes. Si por el contrario, lo que se quiere decir con esa afirmación es que para la fundamentación o justificación racional de esos derechos resulta relevante el concurso de tesis metafísicas o antropológicas, la afirmación resulta correcta, ya que, como sostiene Kalinowski, "las proposiciones teóricas racionalmente justificadas constituyen el saber necesario para la captación de la evidencia de las estimaciones y normas primarias, analíticamente evidentes"¹⁸.

En el trabajo comentado, Alexy no da mayores indicios acerca del sentido preciso con que utiliza la expresión "no son posibles", por lo cual resulta difícil decidir definitivamente la cuestión de la corrección o incorrección de la tesis en estudio. Por otra parte, del resto del artículo se infiere que Alexy utiliza la expresión "metafísica" en un sentido corriente —no técnico-filosófico— y por lo tanto ambiguo, incluyendo en ella prácticamente a la totalidad de la filosofía teórica, en especial a la antropología filosófica¹⁹. Esto último también dificulta el juicio acerca del acierto o desacierto de sus afirmaciones acerca de la fundamentabilidad de los derechos humanos.

¹⁷ ALEXY, R., "¿Derechos humanos sin metafísica?", trad. E. Sodero, *pro manuscripto*, p. xiv.

¹⁸ KALINOWSKI, G., "Sobre la relación...", cit., p. 92.

¹⁹ Resulta especialmente pertinente consignar aquí que, dentro de la tradición de la filosofía de raíz aristotélica, la metafísica es siempre y necesariamente un saber "racional" y "universal", claramente distinguible de la Doctrina de la Fe o Teología. Vide: Kalinowski, G., *L'impossible métaphysique*, Paris, Beauchesne, 1981 y Mondin, B., *Il sistema filosofico di Tommaso d'Aquino*, Milano, Massimo, 1985.

Pero no obstante esta ambigüedad, insuperable en el contexto del artículo analizado, la tesis de Alexy reviste una importancia radical a la hora de estudiar la cuestión de la fundamentación de los derechos humanos. Esto principalmente en razón de que, frente a las pretensiones posmodernas de hablar de derechos humanos al mismo tiempo que se niega la posibilidad de fundamentarlos racionalmente²⁰, Alexy llama la atención acerca de la necesidad de que esos derechos: exigencias dirigidas a la libertad y la razón humana, exhiban una justificación racional adecuada y una fundamentabilidad radical y consistente. De lo contrario se abocará necesariamente a una "declaración de bancarrota de la razón humana", para utilizar palabras de Karl Larenz²¹, con la consiguiente pérdida de fuerza moral, y en definitiva de la misma existencia, de los derechos humanos que se intenta defender.

²⁰ Vide: Vattimo, G., *Nihilismo y emancipación. Ética, política, derecho*, trad. C. Revilla, Barcelona, Paidós, 2004, pp. 156 ss.

²¹ LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1980, p. 233.

SOBRE EL STATUS ONTOLÓGICO DE LOS DERECHOS HUMANOS *

Por Eugenio Bulygin

El problema de los derechos humanos no solamente se ha convertido en nuestra época en un tema central de la discusión teórica, en la que participan activamente representantes de diversas disciplinas (juristas, filósofos, politólogos, etc.); desde el punto de vista de la política se trata de una cuestión sumamente actual, cuya importancia práctica difícilmente podría ser exagerada. En el transcurso del desarrollo de la teoría de los derechos humanos fueron ofrecidas distintas propuestas para su fundamentación. Casi todas estas propuestas parten del supuesto de que los derechos humanos no pueden tener su fundamento (exclusivo) en el derecho positivo, pues la idea de derechos humanos cobra especial importancia cuando tales derechos son violados o no reconocidos por los ordenamientos jurídicos positivos. Para usar un ejemplo de Nino¹: cuando en nombre de los derechos humanos se acusa a la Unión Soviética de no admitir otros partidos políticos que el partido comunista, la respuesta de que el orden jurídico de ese país prohíbe otros partidos sería claramente insatisfactoria. La razón es clara: una respuesta de ese tipo, de ser verdadera, sólo confirmaría la legitimidad de la crítica. En ese sentido parece claro que los derechos humanos no pueden reducirse a la regulación normativa, de un orden jurídico positivo, pues ellos ofrecen justamente el marco dentro del cual es posible la crítica de las leyes o instituciones de derecho positivo. De aquí parece inferirse que cuando un orden jurídico positivo otorga derechos humanos, en realidad no hace otra cosa que reconocer derechos ya preexistentes e independientes

* El presente artículo fue publicado en el número 4 de *Doxa*, Año 1985, pero dada la vinculación con el tema del artículo de ROBERT ALEXY se consideró procedente e importante su incorporación en esta Sección

¹ NINO, CARLOS S., *Ética y Derechos Humanos*, Buenos Aires, 1984, p.24.

de lo que establece el orden jurídico en cuestión. Ahora bien ¿qué son esos derechos independientes del orden jurídico?

Las primeras formulaciones históricas de los derechos humanos en la segunda mitad del siglo XVIII (*Bill of Rights* de la Constitución de Virginia, 1776, la declaración francesa de los derechos humanos de 1789) invocan expresamente el derecho natural. Los derechos humanos son concebidos como derechos otorgados por el derecho natural y su existencia no depende del derecho positivo. Lo único que queda al legislador es su reconocimiento.

En el transcurso del siglo XIX esta fundamentación de los derechos humanos perdió gran parte de su fuerza de convicción cuando el positivismo jurídico se convirtió en la concepción jusfilosófica dominante. Sin embargo, esta situación no fue vivida como una pérdida, porque los derechos humanos fueron recepcionados bajo la forma de derechos y garantías constitucionales por la mayoría de los órdenes jurídicos positivos y tuvieron reconocimiento práctico por lo menos en el mundo "civilizado" (por mundo civilizado se entendía en aquella época fundamentalmente Europa y los Estados Unidos; qué ocurría en otras partes del mundo, interesaba poco).

Recién con la aparición de los regímenes totalitarios en los años veinte y treinta de este siglo, regímenes que suprimieron en forma decidida los derechos y garantías constitucionales, se sintió una urgente necesidad de proporcionar a los derechos humanos una fundamentación más sólida que el mero derecho positivo para poder proteger esos derechos contra los regímenes totalitarios. A ello se agregó, además, la ampliación del mundo "civilizado". Ahora ya no puede ser contemplado con indiferencia lo que ocurre en Chile, África del Sur o en Corea.

Un problema práctico, la urgente necesidad de justificar el castigo de los crímenes del Tercer Reich, originó en los años cincuenta, es decir, pocos años después de la terminación de la Segunda Guerra Mundial, una reacción contra el positivismo dominante hasta entonces, que condujo a una especie de renacimiento del derecho natural, sobretodo en Alemania. Pero es dudoso que la invocación del derecho natural era capaz de suministrar una fundamentación teóricamente satisfactoria (y no sólo psicológicamente convincente) para el mencionado problema práctico².

² Cfr. HART, H.L.A., "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review*, vol. 71, n° 4, 593-629 (Trad. Castellana de Genaro R. Carrió, "El

En todo caso en la polémica de los años cincuenta se encuentran muy pocos argumentos racionales contra el positivismo jurídico; la mayoría de los ataques al positivismo descansan en confusiones conceptuales. Así, por ejemplo, se ha atribuido a todos los positivistas ciertas doctrinas que en el mejor de los casos fueron sostenidas por algún epígono, pero que jamás fueron compartidas por las figuras rectoras del positivismo jurídico moderno como Hans Kelsen, Alf Ross, H.L.A.Hart o Norberto Bobbio. En efecto, se ha sostenido más de una vez que para el positivismo todo derecho positivo y en particular toda norma jurídica emanada del poder estatal es válida en el sentido de que debe ser obedecida, cualquiera que sea su contenido. Basándose en argumentos de este tipo se acusó al positivismo de haber facilitado el advenimiento del régimen nazi, olvidando que los ideólogos del nacionalismo solían invocar el derecho natural para justificar las tropelías jurídicas del Führer y sus secuaces³. En realidad, el positivismo jurídico como teoría filosófica nada tiene que ver con las ideologías políticas y como bien decía Hume no hay peor argumento contra una teoría científica o filosófica que señalar sus presuntas consecuencias políticamente perniciosas.

No es de extrañar pues que este "renacimiento" del derecho natural no haya durado mucho tiempo. Autores como Kelsen, Ross, Hart y Bobbio⁴ se encargaron de poner las cosas en su sitio. De todos modos esta polémica tuvo también su lado positivo: los positivistas se vieron obligados a clarificar el concepto de positivismo jurídico para definirlo con mayor precisión. De esta manera salieron a la luz diferentes y a veces incompatibles tesis que fueron sostenidas por distintos positivistas. Esto lleva a la distinción entre varios tipos de positivismo; un trabajo paradigmático en tal sentido es el de Bobbio⁵.

positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral" en H.L.H. Hart, *Derecho y Moral*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1962).

³ Cfr. GARZÓN VALDÉS, ERNESTO, "Derecho y Naturaleza de las Cosas", vol. II, Córdoba, 1971.

⁴ Cfr. Kelsen, Hans, "Naturrechtslehre und Rechtspositivismus" en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1961-IV, pp. 8-45 (con traducción castellana de Eugenio Bulygin); Ross, Alf, "Validity and the conflict between legal positivism and Natural Law", *ibidem*, pp. 46-93 (con trad. castellana de Genaro R. Carrió y Osvaldo Pascheiro); Hart, H.L.A., *op. cit.*, en nota 2, y Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico* (trad. castellana de Ernesto Garzón Valdés), Buenos Aires, 1965.

⁵ Cfr. El libro citado en la nota anterior.

Sin embargo, en los últimos tiempos se ha producido un nuevo renacimiento de las teorías jusnaturalistas, aunque sus protagonistas rara vez utilizan el término "derecho natural" para referirse a sus doctrinas. Este resurgimiento del derecho natural comienza con Ronald Dworkin, quien lanzó ya en los últimos sesenta su famoso ataque al positivismo de Hart⁶. En los últimos años se ha incrementado notoriamente el número de pensadores que cabe calificar como partidarios del derecho natural: Rawls y Nozick en los Estados Unidos, Finnis en Inglaterra y Carlos Nino en la Argentina son quizás sus representantes más notorios. Todos estos autores se ocupan de derechos y en particular de los derechos humanos. En lo que sigue me referiré en especial al libro de Nino *Ética y Derechos Humanos*⁷.

¿Cómo fundamenta un autor moderno como Nino los derechos humanos? Nino comienza por señalar que el concepto de derecho subjetivo está referido a normas: proposiciones acerca de derechos subjetivos en general y de derechos humanos en particular son equivalentes a proposiciones acerca del contenido de las reglas o principios de un determinado sistema de normas (p.23).

En esto Nino tiene sin duda razón. En el caso especial de los derechos humanos se trata de reglas o principios de un sistema *moral*. Por lo tanto los derechos humanos son, al menos en un sentido originario, *derechos morales*. Llegamos, pues, a la conclusión de que los derechos humanos otorgados por un orden jurídico son derechos morales, que el orden jurídico en cuestión reconoce, pero cuya existencia es independiente de ese reconocimiento.

Cuando Nino habla de sistema moral no se trata de un sistema de moral positiva, es decir de una moral vigente de hecho en una sociedad determinada en un momento determinado, sino de una moral ideal o crítica. La moral ideal es para Nino un sistema de principios y juicios de valor que poseen validez objetiva, es decir, valen en todo tiempo y lugar, con independencia de su reconocimiento fáctico, y que son accesibles a la razón humana. De esta caracterización surge claramente que tal sistema moral no se distingue de un sistema de derecho natural, cosa que Nino admite sin tapujos (p. 25).

⁶ Cfr. DWORKIN, RONALD, "Is Law a System of Rules?" en R. M. Dworkin, *The Philosophy of Law*, Oxford, 1977, (publicado originalmente en 1967 bajo el título "The Model of Rules", 35 *University of Chicago Law Review* 14).

⁷ Op. cit. Nota 1.

La fundamentación de los derechos humanos descansa, pues, en la hipótesis de un sistema moral objetivamente válido, accesible al conocimiento humano. No voy a examinar aquí las razones que da Nino en favor de la aceptación de esta hipótesis (aunque no puedo dejar de reconocer que estas razones no acaban de convencerme). Pero Nino cree que esta hipótesis también es aceptable para un positivista jurídico, al menos para un positivista conceptual, por oposición a un positivista ideológico. Para poder analizar esta afirmación de Nino es indispensable definir con claridad los conceptos de jusnaturalismo y positivismo, decisivos en este contexto.

El jusnaturalismo puede ser definido (y es definido también por Nino) mediante las siguientes dos tesis: a) la primera tesis afirma la existencia de un derecho natural, es decir, de un sistema de normas universalmente válidas y cognoscibles que suministran criterios para la justicia de instituciones sociales; b) la segunda tesis afirma que un sistema normativo que no se ajusta al derecho natural (esto es, se halla en conflicto con él) no es un orden jurídico.

La primera es una tesis ontológica; en cambio, la segunda tesis puede ser considerada como una tesis semántica, pues ella limita la extensión del concepto de derecho y sirve, por lo tanto, para la determinación del significado de la palabra "derecho".

Nino caracteriza el positivismo conceptual como la posición que niega la segunda, pero no la primera tesis del jusnaturalismo. Este tipo de positivismo se reduce, por lo tanto, conforme a Nino, a una propuesta semántica: a saber, usar la palabra "derecho" en un sentido más amplio, de modo que también los sistemas normativos injustos, es decir, que contradicen el derecho natural puedan ser llamados "derecho". No es de extrañar, pues, que toda la polémica entre los positivistas y los partidarios del jusnaturalismo se reduzca para Nino a una pseudodiscusión acerca del significado de palabras.

La conveniencia de la definición de positivismo propuesta por Nino resulta dudosa, pues la mayoría de los autores de cuño positivista consideran que su posición es incompatible con la creencia en la existencia de un derecho natural. Por ejemplo, autores como Kelsen, Ross y Hart (y también von Wright) consideran la negación de la tesis (a) como una característica definitoria del positivismo jurídico. Por el contrario, el

positivismo jurídico, tal como lo define Nino, resulta compatible con la aceptación del derecho natural. Nino cree que la negación de la tesis (a) no es característica definitoria del positivismo jurídico, sino del *escepticismo ético*. El escepticismo en la ética en el sentido de Nino no cree en la posibilidad de poder identificar un sistema normativo justo y universalmente válido (llámese éste derecho natural o moral ideal), sea porque tal sistema no existe (escepticismo ontológico), sea porque no es accesible para la razón humana (escepticismo gnoseológico).

Personalmente prefiero considerar el escepticismo ético como una característica definitoria del positivismo jurídico. Es interesante observar que un filósofo como G. H. von Wright, quien tiene poco que ver con el positivismo jurídico, caracteriza este último a través de las siguientes tres tesis: (1) todo derecho es derecho positivo (creado por los hombres); (2) distinción tajante entre proposiciones descriptivas y prescriptivas (ser y deber), y (3) la concepción no cognoscitiva de las normas, que no pueden ser verdaderas ni falsas. Estas tres tesis implican que no puede haber normas verdaderas (ni jurídicas, ni morales) y por consiguiente no hay derecho natural. Si esto es considerado como escepticismo ético, entonces este último es una característica definitoria del positivismo jurídico en la concepción de von Wright.

Naturalmente, no tiene sentido discutir sobre el significado de las palabras y por lo tanto es en principio indiferente si el positivismo jurídico es definido como una tesis puramente semántica o como una tesis sustantiva. La pregunta interesante en este contexto es: ¿qué son los derechos humanos, es decir, cuál es su status ontológico para un positivista (en mi sentido del término) o para un escéptico ético en el sentido de Nino?

Es claro que si no hay normas morales absolutas, objetivamente válidas, tampoco puede haber derechos morales absolutos y, en particular, derechos humanos universalmente válidos. ¿Significa esto que no hay en absoluto derechos morales y que los derechos humanos sólo pueden estar fundados en el derecho positivo? Esta pregunta no es muy clara y no cabe dar una respuesta unívoca.

Por un lado, nada impide hablar de derechos morales y de derechos humanos, pero tales derechos no pueden pretender a una validez absoluta. Ellos sólo pueden ser interpretados como *exigencias* que se formulan al orden jurídico positivo desde el punto de vista de un determinado sistema

moral. Si un orden jurídico positivo cumple o no efectivamente con esas exigencias es una cuestión distinta, que sólo puede ser contestada en relación a un determinado orden jurídico y un determinado sistema moral.

Por lo tanto, los derechos humanos no son algo dado, sino una exigencia o pretensión. Recién con su "positivización" por la legislación o la constitución los derechos humanos se convierten en algo tangible, en una especie de realidad, aun cuando esa "realidad" sea jurídica. Pero cuando un orden jurídico positivo, sea éste nacional o internacional, incorpora los derechos humanos, cabe hablar de derechos humanos *jurídicos* y no ya meramente morales.

Se me podría reprochar que ésta concepción de los derechos humanos los priva de cimientos sólidos y los deja al capricho del legislador positivo. Por lo tanto, la concepción positivista de los derechos humanos sería políticamente peligrosa. Sin embargo, no veo ventajas en cerrar los ojos a la realidad y postular un terreno firme donde no lo hay. Y para defenderme del ataque podría retrucar que es políticamente peligroso crear la ilusión de seguridad, cuando la realidad es muy otra. Si no existe un derecho natural o una moral absoluta, entonces los derechos humanos son efectivamente muy frágiles, pero la actitud correcta no es crear sustitutos ficticios para tranquilidad de los débiles, sino afrontar la situación con decisión y coraje: si se quiere que los derechos humanos tengan vigencia efectiva hay que lograr que el legislador positivo los asegure a través de las disposiciones constitucionales correspondientes y que los hombres respeten efectivamente la constitución.

Por eso, la fundamentación de los derechos humanos en el derecho natural o en una moral absoluta no sólo es teóricamente poco convincente, sino políticamente sospechosa, pues una fundamentación de este tipo tiende a crear una falsa sensación de seguridad: si los derechos humanos tienen una base tan firme, no hace falta preocuparse mayormente por su suerte, ya que ellos no pueden ser aniquilados por el hombre. Para la concepción positivista, en cambio, los derechos humanos son una muy frágil, pero no por ello menos valiosa conquista del hombre, a la que hay que cuidar con especial esmero, si no se quiere que esa conquista se pierda, como tantas otras.

La discusión en torno a la fundamentación de los derechos humanos presenta una marcada analogía con la que se suscitó al comienzo de la edad

moderna y muy especialmente en la Ilustración respecto de la existencia de Dios. También en aquella época se esgrimió el argumento de que sin Dios el hombre se encontraría solo en medio de un universo hostil y la vida no tendría sentido. Pero si Dios no existe, de nada vale postular su existencia y fomentar la fe. Hay que probar la existencia de Dios de una manera independiente de las tristes consecuencias que acarrearía su ausencia. Y si tal prueba no se produce, la actitud racional consiste en afrontar la realidad, exactamente como en el caso de los derechos humanos.

NOTA SOBRE EL ARTÍCULO "¿DERECHOS HUMANOS SIN METAFÍSICA?" DE ROBERT ALEXY

¿PARA QUÉ METAFÍSICA?

Por Jan Sieckmann

I. Introducción

Alexy sostiene la tesis que "los derechos humanos no son posibles sin una metafísica racional y universal".¹ Entonces, los derechos humanos no son sostenibles sobre la base de una teoría naturalista, admitiendo solamente entidades empíricas, porque implican la existencia de personas con autonomía y dignidad, los cuales son entidades no empíricas. Pero tampoco requieren una "metafísica empática", que incluye, más allá de las características de comprensividad, necesidad y normatividad, un elemento de "salvación". En cambio, la "metafísica constructiva" sugerida por Alexy reemplaza este último elemento por el de la corrección.

Esta tesis de la necesidad de una metafísica puede entenderse solamente en la base de la estructura de la fundamentación de los derechos humanos ofrecido por Alexy, la cual incluye

- el concepto de los derechos humanos como derechos morales, justificados solamente por su corrección,
- la tesis que la fundamentación de los derechos humanos requiere una justificación explicativa y existencial,
- la tesis que la justificación explicativa muestra el reconocimiento de personas con autonomía y dignidad como presupuestos necesarios del discurso,

¹ R. ALEXY, *Menschenrechte ohne Metaphysik*, *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 52 (2004), 15-24. Cifras en el texto se refieren a las páginas de esta publicación. Agradezco a Eduardo Sodero por prestarme su traducción de este artículo.

- la tesis que la justificación existencial depende de una decisión personal en el sentido de querer-se como ser discursivo, lo cual implica reconocer la autonomía e igualdad de los demás en el discurso.

Para Alexy, esta decisión existencial forma un elemento imprescindible para fundamentar los derechos humanos. Cabe destacar que su tesis de la necesidad de una metafísica constructiva no se apoya en esta característica. Pero existe la otra interpretación de "metafísica" como proposición sin fundamentación objetiva,² y una decisión existencial es un ejemplo típico para tal fundamentación subjetiva o relativa. Entonces debe preguntarse si la concepción de Alexy incluye esta forma de metafísica no-objetiva, que, en adición, podría poner en duda la validez de su metafísica constructiva.

Voy a presentar primero el argumento de Alexy, en seguida discutirlo y ofrecer una alternativa para fundamentar derechos, y en fin concluir que, por un lado, la "metafísica constructiva" sugerido por Alexy no es necesario y, por otro lado, con el recurso a la justificación existencial, el problema del subjetivismo o relativismo no queda resuelto.

II. El argumento de Alexy

1. El concepto de los derechos humanos

Alexy define los derechos humanos por cinco características. Los derechos humanos son entonces derechos universales, fundamentales, abstractos, morales y prioritarios. Mientras las características de la universalidad, fundamentalidad y validez moral parecen plausibles, las de la abstracción y la prioridad generan dudas. Por ejemplo, el derecho de no ser encarcelado por meras críticas del gobierno es un derecho bien concreto. No hay porqué restringir derechos humanos a derechos abstractos.

De mayor importancia son las dudas acerca del carácter prioritario de los derechos humanos, el cual significa que "los derechos humanos en cuanto derechos morales no sólo no podrían ser derogados por normas de derecho positivo, sino que además son la medida (Maßstab) a la que

² En este sentido, por ejemplo, G. Patzig, *Ethik ohne Metaphysik*, Vandenhoeck, Göttingen, 1971, 3.

debe ajustarse toda interpretación de lo positivado.” (16) Sin embargo, aunque es correcto que los derechos humanos como derechos morales no pueden ser derogados por el derecho positivo, la fundamentación moral de los derechos humanos no implica necesariamente su prioridad frente al derecho positivo. Los derechos humanos pueden entenderse como exigencias al sistema político de reconocer y proteger estos derechos. Pero las consecuencias de un conflicto del derecho positivo con los derechos humanos deben ser definidos aparte. Por ejemplo, Alexy mismo sostiene la invalidez de derecho positivo injusto sólo cuando se trata de una injusticia extrema.³ Entonces no toda la violación de los derechos humanos a través del derecho positivo implica la invalidez de aquello.

Esta objeción lleva a la pregunta cómo relacionarse la tesis de la prioridad con la concepción de los principios que Alexy ha desarrollado para los derechos fundamentales.⁴ Si los derechos humanos fueran prioritarios, parece que no podrían ser principios capaces de ser ponderados y balanceados y, a veces, superados por otros principios en conflicto.

2. La fundamentación de los derechos humanos

Según Alexy, sólo la fundamentabilidad de los derechos humanos determina si los mismos son más que una ilusión. Lo que se debe fundamentar es la pretensión de objetividad, corrección o verdad de las proposiciones de derechos humanos.⁵

Alexy menciona ocho tipos de fundamentación: la fundamentación religiosa, biológica, consensual, instrumental, cultural, explicativa y expresiva, pero considera como suficiente sólo la fundamentación explicativa y expresiva. Sorprende que no atribuye mucha relevancia a la fundamentación consensual, porque la teoría del discurso sostenía que el consenso ideal es un criterio de verdad o corrección.⁶

³ R. ALEXY, *Concepto y validez del derecho*, 2.ed., Gedisa, Barcelona, 1997.

⁴ R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2.ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

⁵ ALEXY no distingue entre estos tres conceptos. Aunque habla de corrección en vez de verdad para evitar los problemas de la cognición práctica, no da una explicación de que distingue corrección y verdad.

⁶ Cfr. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, A. II, 4.

La fundamentación explicativa sostiene que la praxis discursiva, que puede ser entendida como praxis del afirmar, del preguntar y del aducir, presupone necesariamente reglas que explicitan las ideas de la libertad y la igualdad del participante en el discurso en cuanto participante del discurso. Todas estas actividades presuponen argumentos de estructura proposicional. Alexy no considera otras construcciones de la argumentación.

Según entiendo, el argumento explicativo necesita de premisas adicionales para fundamentar que sea necesario reconocerlos como libres e iguales también en el campo de los actos. De especial importancia es una premisa que vincula el concepto de la participación seria en el discurso con la autonomía. Autónomo es quien actúa según reglas y principios que él mismo juzga como correctos luego de una suficiente evaluación. Esta concepción de autonomía incluye solamente el juicio propio, no el derecho de auto-legislación en el sentido de determinar las normas que valen para su conducta.

La conexión de la participación seria con la autonomía incluye pasos que generan preguntas. Según Alexy, alguien participa seriamente en discursos morales si quiere resolver conflictos sociales por medio de consensos alcanzados y controlados discursivamente. Esta conexión de capacidad discursiva e interés en hacer un uso operativo de las mismas implica el reconocimiento del otro como autónomo. De ahí concluye que lo reconoce como persona, en consecuencia le atribuye dignidad y entonces reconoce sus derechos humanos. (21) Aunque la conexión entre discurso y reconocimiento de autonomía parece bien fundada, la siguiente derivación del reconocimiento como persona y la atribución de dignidad - aunque expresa principios básicos del pensamiento occidental - no parece evidente.

El problema de la fundamentación explicativa es que presupone la necesidad de las reglas del discurso. Alexy tiene que demostrar que no resulte posible renunciar a la participación en los discursos racionalmente. Según Alexy, esto depende del interés en la participación seria en el discurso. El interés en la maximización de la utilidad individual puede obligar a quienes deben contar con personas que tienen interés en la corrección, a fingir un interés en la corrección y respeto hacia la autonomía de los demás. Sin embargo, lo que importa es el interés en la corrección.

Acá entra la fundamentación expresiva o existencial. Según Alexy, el interés en la corrección es en el hacer realidad las posibilidades discursivas. Se trata de querer ser como creatura discursiva. La pregunta es si se trata de una fundamentación. Alexy lo afirma porque se trata de una confirmación de algo ya demostrado como posibilidad necesaria por vía de la explicación, lo que es, sin embargo, una fundamentación no muy clara. Por ejemplo, la posibilidad necesaria de que una teoría empírica pueda ser falsificada no fundamenta la falsedad de esa teoría. Entonces, ¿cómo puede la posibilidad necesaria de aceptar las reglas del discurso fundamentar estas reglas?

3. Derechos humanos y metafísica

Alexy pretende que los derechos humanos sólo son fundables a través de una combinación del modelo explicativo con el existencial. La fundamentación explicativa sigue de la estructura de la comunicación. Esto es, según Alexy, una estructura con características de metafísica.

Recurriendo a la cadena de derivación: el uso de las competencias discursivas de afirmar, interrogar y argumentar en serio implica reconocer el otro como autónomo y entonces como persona; Alexy concluye que "en la naturaleza discursiva del hombre (subyace) un sistema de conceptos que, en primer lugar, adquieren necesidad en lo relativo a nuestras competencias discursivas, que en segundo lugar tienen una significación normativa y que, en tercer lugar, llevan a que nuestro mundo esté poblado con entes que con sus solas fuerzas no pueden conformar los reinos de lo físico y de lo psíquico: con personas", y califica esto como tesis metafísica.

La asignación del estatus de persona ya constituye un elemento metafísico. Pero Alexy ofrece otra explicación del carácter metafísico de los derechos humanos. Introduce una "metafísica constructiva" con cuatro características: comprensividad, necesidad, normatividad y corrección, la cual se distingue de una "metafísica empática" solamente por el cuarto elemento: corrección, en vez de salvación. Sostiene que la fundamentación de los derechos humanos tiene necesidad y normatividad, y en cuanto que está recurriendo a la estructura de la comunicación, tiene fuerza sobre el todo, es decir, es comprensivo. Además tiene la característica de corrección. Alexy concluye que los derechos humanos no son posibles sin una metafísica racional y universal.

III. Discusión

Encontramos algunos problemas en la tesis de Alexy según la cual los derechos humanos presuponen una metafísica.

- Considera los derechos humanos como derechos prioritarios y, entonces, estrictos, y no considera derechos humanos como principios.

- No distingue entre los conceptos de objetividad, corrección o verdad.

- No presta mucha consideración a las fundamentaciones consensual y cultural.

- No considera construcciones de la argumentación no-proposicionales.

- Su concepto de autonomía no admite auto-legislación.

- La conexión del reconocimiento de autonomía, estatus como persona y dignidad no parece necesario.

- El estatus de la fundamentación "existencial" como fundamentación es dudoso.

- El concepto de la metafísica no es muy claro.

Casi todos estos puntos se unen en una crítica fundamental: Existe una alternativa para la fundamentación de los derechos humanos, que Alexy no considera, y la cual está basada sobre las ideas de la autonomía como auto-legislación y la ponderación de argumentos normativos. Si esta alternativa es viable, las pretensiones de necesidad que Alexy propone son infundadas. Esto no afecta la posibilidad de fundamentar derechos humanos, pero saca el fundamento para las tesis de Alexy sobre los presupuestos y implicaciones de tal fundamentación. En seguida voy a esbozar esta alternativa de la argumentación autónoma.

1. La concepción de la autonomía

1.1. Autodeterminación vs. autolegislación

Autonomía puede interpretarse en el sentido o de auto-determinación o de auto-legislación. Autodeterminación significa guiar la propia conducta de acuerdo con normas que uno mismo considera correctas. Esto es la interpretación que Alexy sugiere. En cuanto que Alexy entiende la pretensión de corrección como análogo a la verdad, los agentes no deciden sobre la validez de las normas, sino forman juicios normativos cognitivos y pueden

determinar sólo si quieren seguir las normas objetivamente válidas o no. Auto-determinación no equivale a auto-legislación, puesto que aquella es compatible con la existencia de una ley moral determinada que sea vinculante para los individuos pero no hecha por ellos.⁷ Por contrario, auto-legislación implica que los agentes autónomos por sí mismos determinan qué normas sean válidas.⁸ Esto excluye que existen normas válidas independiente de los juicios u opiniones normativos de los agentes autónomos. Entonces, los juicios normativos no pueden estar basados sobre el conocimiento de las normas existentes, sino son juicios no-cognitivos basados en decisiones libres.

Si se acepta una concepción de autonomía como auto-legislación, la argumentación normativa no está basada en aserciones y proposiciones, al menos en el principio de la argumentación, cuando se introduce argumentos normativos. Los argumentos normativos tienen un carácter no proposicional. Esto implica que los presupuestos que Alexy atribuye a la argumentación normativa, es decir, las pretensiones de objetividad, corrección y verdad, no son necesarios. Si existe una alternativa a la argumentación proposicional y cognitiva, el argumento de Alexy cae.

La pregunta entonces es si existe tal alternativa. Mi tesis es que autonomía como auto-legislación resulta de una concepción de argumentación autónoma basada en la ponderación de argumentos normativos.

1.2 . Argumentación autónoma

El núcleo de la argumentación autónoma radica en la ponderación de argumentos normativos basados en los intereses de agentes autónomos.⁹ Los argumentos normativos exigen un resultado concreto de esta ponderación, un resultado consistente en un juicio normativo que establece que una cierta norma es definitivamente válida, es decir, es resultado de una ponderación de todos los argumentos e información relevantes, y, por

⁷ Cf. J. SCHNEEWIND, *The Invention of Autonomy*, Cambridge Univ. Press, New York, 1998, 4.

⁸ Cf. J. SIECKMANN, *The Concept of Autonomy*, en: *Law and Legal Cultures in the 21st Century: Diversity and Unity*, eds. T. Gizbert-Studnicki/J. Stelmach, Oficina (Kluwers), Cracow, 2007, 149 y ss.

⁹ Cf. SIECKMANN 2007 (n. 9), 156; id., *El modelo de los principios del derecho*, Univ. Externado de Colombia, Bogotá, 2006, 121 y ss.

tanto, ha de ser aplicada y observada. Un ejemplo ilustrará la estructura de este razonamiento, que incluye los elementos precisos para definir la autonomía como auto-legislación.

Consideremos un caso en el que la caricatura de un líder religioso ofende a los miembros de esa religión. La situación normativa es como sigue. Algunos agentes pretenden que cualquiera debe tener el derecho a la libertad de expresión, una pretensión basada en un interés en la libertad de comunicar actitudes y opiniones. Otros agentes pretenden que los actos ofensivos para los sentimientos religiosos deben estar prohibidos, una pretensión basada en un interés en proteger los sentimientos religiosos. Cada una de las pretensiones constituye un argumento normativo válido. En el caso de las expresiones ofensivas para los sentimientos religiosos, estas pretensiones entran en conflicto porque exigen la validez de dos normas que no pueden ser, ambas a la vez, definitivamente válidas. Por tanto, se debe establecer una prioridad sobre la base de una ponderación de las pretensiones en conflicto, cuyo resultado determine qué norma es válida definitivamente. Por ejemplo, el resultado podría ser que las expresiones ofensivas para los sentimientos religiosos deben permitirse si forman parte de un debate sobre asuntos públicos. Aunque también son posibles otros resultados, por supuesto.

El ejemplo de ponderación esbozado antes muestra cuatro características del razonamiento autónomo.

- 1 El resultado de la ponderación no puede inferirse a partir de normas dadas, sino que debe ser establecido mediante un juicio autónomo.

Si hubiera que decidir el caso de acuerdo con normas preestablecidas, no quedaría espacio para la autonomía.

- 2 Los argumentos normativos son resultado de reclamos que elevan los agentes autónomos basándose en sus intereses.

El esquema de tales reclamos es que uno quiere que una norma sea válida y, por tanto, exige o pretende que debe ser válida. Los reclamos basados en intereses son legítimos y constituyen argumentos normativos. Y constituyen argumentos normativos válidos, sencillamente, porque un

agente autónomo ha elevado esa pretensión.¹⁰ No se requiere ninguna justificación adicional.¹¹

- 3 Los argumentos normativos incluyen exigencias de validez, esto es, demandan que una norma concreta sea aceptada como definitivamente válida.

El *quid* del razonamiento autónomo es qué norma debería aceptarse como resultado de la argumentación. Por consiguiente, los argumentos normativos incluyen exigencias de que una norma concreta sea aceptada como resultado de la argumentación, luego incluyen exigencias de que una norma concreta sea definitivamente válida.

Al contrario de lo que Alexy sugiere, tales exigencias de validez no se interpretan como proposiciones o enunciados normativos. Pues para contar como argumento dentro de una ponderación de argumentos en conflicto, un argumento normativo debe respetar la validez de los argumentos contrapuestos al tiempo que mantiene su fuerza argumentativa en la situación de conflicto. Esto es, los argumentos normativos no sólo deben ser objetos de la ponderación, sino que deben contar también como razones dentro de la ponderación.¹² Esto no sería posible si los argumentos normativos tuviesen el carácter de

¹⁰ Esto no niega la posibilidad de relaciones más complejas entre intereses y argumentos normativos. Pero una simple pretensión basada en intereses es suficiente, cuando es legítima, para constituir un argumento normativo. No obstante, hay límites a la validez de tales argumentos. Los argumentos normativos sólo pueden exigir aquellos resultados de la ponderación que sean posibles. Y dado que los resultados dependen de los juicios de agentes autónomos, sólo son posibles aquellos que sean razonablemente aceptables para todos los demás agentes. Por tanto, rige aquí un criterio de universalidad. En general, uno no puede negar la relevancia de los intereses de otros agentes autónomos para una argumentación, y tampoco puede transformar un interés en un argumento normativo cuando dicho interés persigue, por su propio contenido, una injerencia injustificada en los intereses de otros agentes. Por ejemplo, los intereses en el asesinato, la violación o el robo no pueden constituir argumentos normativos válidos que otros agentes tengan que considerar en su deliberación.

¹¹ Entonces, no se necesita fundamentar el propio interés en principios normativos para construir argumentos normativos válidos. En cambio, Nino parece exigir tal justificación, cf. C. Nino, *Ética y derechos humanos*, 2.ª ed., Editorial Astrea, Buenos Aires 1989, 268.

¹² Por tanto, los argumentos normativos deben distinguirse de los mandatos de optimización así como de los mandatos que deben optimizarse en el sentido de Alexy 2007 (n.º 5), 67 s. y id., *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Univ. Externado de Colombia, Bogotá, 2003, 93 ss.

enunciados o proposiciones.¹³ Por el contrario, las exigencias de validez mantienen su validez como argumentos a favor de un resultado concreto incluso en una situación de conflicto con otros argumentos normativos.

- 4 La estructura de las exigencias de validez implica que los juicios normativos incluyen la pretensión de que el resultado establecido es normativamente necesario.

Por consiguiente, los agentes autónomos elevan la pretensión de la *necesidad normativa* de sus juicios. En el ejemplo anterior, el posible resultado de la ponderación –conforme al cual las expresiones ofensivas para los sentimientos religiosos deben estar definitivamente permitidas si forman parte de un debate sobre asuntos públicos– estará, pues, amparado por el argumento a favor de la libre expresión que exige que la expresión debe estar permitida definitivamente. El argumento a favor de la libre expresión también exige, entonces, la validez de la norma condicional resultante.

Esta pretensión de necesidad normativa es crucial para la estructura de la autonomía. Cuando un agente considera como definitivamente válida una norma, cualquiera que sea, debe pretender también que este juicio es normativamente necesario. La norma se acepta como válida porque *debe ser* válida. Por eso, pretende establecer una norma que se debe aceptar y obedecer. Entonces, se entiende como acto de legislación. Sin embargo, la validez de esta norma no se sigue de criterios dados, sino, que resulta de una decisión libre. Por eso, es una determinación autónoma.

La argumentación autónoma no está basada en pretensiones de verdad, al menos con respecto a los argumentos normativos y los juicios ponderativos basados en ellos. Entonces, el argumento explicativo de Alexy basado en tales pretensiones no se aplica a esta argumentación,¹⁴ al menos no directamente.

¹³ Uno podría preguntar por una caracterización positiva de la estructura lógica y del tipo de validez de los argumentos normativos, más allá de la diferencia pragmática entre usar un enunciado normativo para construir un argumento o para establecer el resultado de una argumentación. La respuesta es que los argumentos normativos tienen la estructura de mandatos reiterados de validez, esto es, de conjuntos de mandatos de validez en los que cada mandato de validez está respaldado por otro de orden superior. Con más detalle, cf. Sieckmann 2006 (n. 10), 81 ss.

¹⁴ Puede objetarse que Alexy distingue entre afirmar y argumentar, lo que permitiría distinguir varios tipos de pretensiones de corrección. Sin embargo, Alexy no introduce tal distinción sino, que basa su argumento únicamente en las pretensiones de corrección de aserciones.

2. La fundamentación de la validez objetiva de las normas

La pretensión de la necesidad normativa de los aserciones normativas autónomas sólo constituye una validez subjetiva, pues explica simplemente las exigencias o pretensiones normativas del propio agente, sin que nadie más resulte vinculado por ellas. Queda por resolver la cuestión de si el razonamiento autónomo puede establecer la validez objetiva de normas y, entonces, presenta una alternativa de la fundamentación de los derechos humanos de Alexy. Antes de abordar esta cuestión es preciso clarificar el significado de la validez objetiva; después de hacerlo, discutiré cómo, y en qué sentido, puede el razonamiento autónomo establecer la validez objetiva de normas o de juicios normativos.

2.1. Concepciones de la objetividad

Opuesto a lo que Alexy sugiere, debe distinguir entre los conceptos de objetividad, corrección y verdad. Aunque se pueden usar estos términos de manera sinónima, es posible y, en el marco de una concepción de la argumentación autónoma, necesario, distinguirlos. La pretensión de corrección no es la verdad, sino la necesidad normativa. Es la pretensión de hacer lo correcto o debido, no de expresar una norma existente en el mundo real. La validez objetiva no puede entenderse como verdad, porque si fuera así, no habría espacio para juicios autónomos. Pero requiere una aclaración qué significa objetividad para la argumentación autónoma.

Más allá de la objetividad como verdad, deben distinguirse las concepciones estrictas y mínimas de la objetividad.¹⁵ Validez objetiva en sentido estricto quiere decir necesidad racional: exige, pues, que cualquier agente razonable debe reconocer como válida la norma o juicio en cuestión. La objetividad en sentido estricto excluye la auto-legislación individual, porque la validez de una norma está ya determinada por criterios dados. Las normas que cualquier agente razonable debe reconocer como válidas no se establecen mediante un razonamiento autónomo, sino que actúan como restricciones al mismo.

Validez objetiva en un sentido mínimo significa que la aceptación de una norma o juicio no es meramente subjetiva: requiere que la validez

¹⁵ Aquí no son relevantes otras concepciones de objetividad, en particular la de objetividad como verdad y la de objetividad como referencia a un mundo externo.

sea, de algún modo, *independiente de la aceptación* individual. Esta independencia puede reflejarse en un sentido negativo o en un sentido positivo. Negativamente, una norma podría no ser válida a pesar de ser aceptada individualmente como tal, como por ejemplo cuando un juicio normativo individual es sometido a la crítica racional y se muestra que es incorrecto. Positivamente, la independencia de la validez de la aceptación individual resulta si una norma es válida pese a no ser individualmente aceptada como válida. La objetividad, en este sentido, significa que la norma en cuestión es *vinculante* para sus destinatarios.

Los juicios autónomos cumplen algunos requisitos mínimos de validez objetiva. Son objetivos en el sentido negativo de que están sujetos a crítica racional de acuerdo con los estándares de la corrección de la ponderación.¹⁶ Por consiguiente, su corrección puede evaluarse conforme a criterios que son independientes del juicio individual mismo.

Los juicios autónomos incluyen, además, una exigencia o pretensión de necesidad normativa. Esta pretensión es una pretensión de objetividad en el sentido positivo de la obligatoriedad o carácter vinculante, pero es una pretensión válida sólo subjetivamente. Así y todo, permite aplicar aquellos requisitos de justificación racional de normas que deben cumplirse si la pretensión de validez objetiva ha de ser justificada. Por tanto, la pretensión de necesidad normativa amplía la posibilidad de crítica racional.

Queda aún por tratar, sin embargo, la cuestión de si el razonamiento autónomo puede establecer normas que sean objetivamente válidas en el sentido positivo de ser vinculantes para sus destinatarios.

2.2. Cómo establecer normas vinculantes

Una característica central del razonamiento autónomo es que no pueden establecerse normas vinculantes por medio de un razonamiento individual.¹⁷ Puesto que la autonomía incluye el derecho al propio juicio

¹⁶ En especial, los juicios autónomos están basados en premisas empíricas relativas a los intereses individuales y a cómo son afectados por los juicios normativos alternativos. Para los criterios de la ponderación correcta, cf. Alexy 2007 (n. 5), 135 ss y 529 ss; Sieckmann 2006 (n.10), 115 y ss.

¹⁷ Más precisamente, deben distinguirse dos tipos de juicio normativo individual: los juicios de primer orden basados en la ponderación de pretensiones basadas en intereses, y los juicios de segundo orden que abordan la cuestión de qué norma debe

normativo, ningún agente puede, sólo mediante su juicio normativo individual, pretender o exigir que una norma sea vinculante para un agente que rechaza la validez de dicha norma. Si ha de ser posible establecer normas vinculantes, serán necesarios el razonamiento autónomo colectivo y la aceptación colectiva de tales normas por parte de agentes autónomos. Tienen que considerarse, en este punto, dos formas de aceptación: el consenso y la convergencia.

2.2.1. La fundamentación consensual

Alexy rechaza la fundamentación consensual de los derechos humanos. La caracteriza con la tesis que los derechos humanos están justificados cuando logran la aceptación de todos, y objeta que cuando se trata de justificaciones, un consensualismo asentado exclusivamente sobre el *factum* de la coincidencia o la congruencia no alcanza por ello para la fundamentación de los derechos humanos. Se necesitan argumentos, y con esos se abandona el campo del puro consensualismo.

No hay que discutir esta conclusión. Sin embargo, la argumentación que reduce el criterio del consenso al consenso fáctico, apartando consenso y argumentos, se espera más bien de los opositores de la teoría del discurso. La idea del discurso es que por el intercambio de argumentos se encuentran al menos errores y quizás una solución racionalmente fundada. El consenso vale en tanto que sea el resultado de una argumentación racional.¹⁸ Esta idea está descuidada por Alexy completamente.

Si se toma en serio la teoría del discurso, debe aceptarse que la aceptación colectiva de una norma por agentes autónomos basada en un discurso racional constituye una fundamentación relevante. La pregunta queda cómo definir el criterio de la aceptación colectiva racional. Podría

ser definitivamente válida en relación con las visiones normativas en conflicto de otros agentes autónomos. Cabría denominar juicios "consideradas-todas-las-cosas" a los del primer tipo, y juicios "consideradas-todas-las-perspectivas" a los del segundo. Como nadie puede, por sí solo, establecer una norma válida para otros agentes autónomos, un juicio relativo a qué norma es definitivamente válida debe tomar en cuenta las visiones normativas de otros agentes autónomos y sólo puede ser, por tanto, un juicio de segundo orden. No obstante, seguirá siendo un juicio normativo individual sobre la validez definitiva, no una aserción de una norma vinculante y por tanto objetivamente válida.

¹⁸ Para una concepción de la racionalidad basada en discursos reales cfr. C. Bäcker, *Begründen und Entscheiden*, Nomos, Baden-Baden, 2008.

pensarse que el consenso es el criterio relevante para la obligatoriedad de las normas, porque representa no sólo el grado más alto de aceptación de una norma sino también la única manera de evitar que un agente esté sujeto a una norma en contra de su voluntad. El consenso, sin embargo, no puede establecer una norma como vinculante para agentes autónomos,¹⁹ toda vez que cualquier agente que haya consentido en esa norma podría cambiar de parecer y rechazar su validez, destruyendo con ello el consenso.

2.2.2. El criterio de la convergencia razonable

Una alternativa al consenso es el criterio de la convergencia razonable. La convergencia de agentes autónomos acerca de la validez de una norma consiste en un nivel predominante y creciente de aceptación de la norma por parte de agentes autónomos.

Por ejemplo, en un conflicto entre la libertad de expresión y la protección de los sentimientos religiosos, algunos agentes podrían conceder una prioridad incondicional a la libre expresión; algunos otros conceder una prioridad incondicional a la protección de los sentimientos religiosos, y la mayoría de ellos conceder una prioridad condicional a la libre expresión, cuando concurre una causa adecuada a favor de la libertad de expresión, pero conceder dicha prioridad a la protección de sentimientos religiosos si la expresión trata sólo de ofender. Dada esta distribución de opiniones, y en la medida en que una norma vinculante común parece ser necesaria aquí, algunos agentes pueden llegar a aceptar, como norma a la que debería asignarse validez definitiva, una solución intermedia. Cuando esto ocurre, aumenta el apoyo a la solución intermedia, lo que posiblemente motivará aún a más agentes a aceptarla.

De tal modo, puede reforzarse la tendencia a la aceptación creciente de un cierto resultado. Para establecer una norma vinculante, esta convergencia debe asimismo ser razonable, esto es, debe ser el resultado de un proceso de reflexión intersubjetiva que no sólo incluya una ponderación

¹⁹ Esto vale también para criterios modificados de consenso, como el criterio de que cualquier agente razonable podría posiblemente consentir en una norma, o el criterio de que cualquier agente razonable consentiría en la norma. El primero es demasiado débil para establecer una norma vinculante, porque normas incompatibles podrían cumplir este criterio. El segundo, si se usa como criterio de validez normativa y no como predicción empírica, presupone criterios que determinan el resultado de una forma que excluye la autonomía como auto-legislación.

individual correcta, sino también la consideración recíproca de las concepciones normativas de otros agentes autónomos.²⁰ De acuerdo con esto, podemos introducir la siguiente definición de convergencia razonable:

CR Una norma está apoyada por convergencia razonable si una mayoría creciente de los agentes afectados acepta la norma como válida sobre la base de un proceso de reflexión intersubjetiva.

La fundamentación por convergencia razonable puede interpretarse en cierto modo como una fundamentación cultural, la que Alexy rechaza como insuficiente. La fundamentación cultural sostiene, según Alexy, que la convicción pública de que hay derechos humanos es una conquista de la historia de la cultura humana. Pero para él, la historia de la cultura sólo tiene importancia en la fundamentación en la medida que ésta es un proceso en el cual se vinculan experiencias con argumentos. La validez universal no puede fundarse sólo sobre la tradición, sino únicamente sobre la argumentación. En esto, corresponde con el criterio de la convergencia razonable, porque conecta aceptación cultural con argumentación. Separar los dos elementos toma la fuerza justificativa del hecho de la aceptación de los derechos humanos. Como en el caso del criterio del consenso la pregunta es porqué Alexy insiste en tal separación. Desconectar la argumentación con toda la realidad social implica que la justificación discursiva resulta de la argumentación de cada agente individual, es decir, monológicamente. Entonces requiere criterios de corrección que no dependan de los juicios de los demás agentes autónomos o, si tales criterios no son disponibles, resulta en nada más que cada agente reclama su opinión como resultado del discurso ideal. Frente a esta alternativa, la concepción de una fundamentación cultural basada en la argumentación real en ciertas sociedades parece al menos interesante.

2.2.3. Objetividad como convergencia razonable

¿En qué sentido y hasta qué punto puede la convergencia razonable establecer objetividad? Las perspectivas de los partidarios y de los oponentes de una norma difieren en este punto.

Los partidarios de una norma respaldada por convergencia pretenderán que esta norma es vinculante para ellos y que, desde su punto de vista, es

²⁰ Una idea similar propone J. Rawls, Reply to Habermas, en: *Journal of Philosophy* 1995, 141 n. 16.

válida con independencia de los juicios de agentes individuales. Aunque alguien cambiase de opinión, ello no afectaría a la validez de la norma respaldada por convergencia. Por lo tanto, cabe sostener la tesis que los destinatarios de normas que apoyan una norma respaldada por convergencia razonable pretenderán que esta norma sea vinculante para ellos.

La convergencia razonable, sin embargo, es insuficiente para sustentar la pretensión de que una norma es vinculante para los oponentes que rechazan la validez de la misma. Por ejemplo, restringir la libertad de expresión para proteger frente a los insultos contra las creencias religiosas puede estar respaldado por convergencia razonable; pero así y todo, alguien podría sostener razonablemente, después de considerar todos los argumentos y diferentes visiones normativas sobre el tema, que la ponderación correcta entre la libre expresión y la protección de la religión debería incluso permitir tales insultos. Para quien sostenga esto, el hecho de la convergencia razonable constituirá sólo un argumento en sus deliberaciones. Pero si, en contra de este argumento, niega razonablemente la validez definitiva de la norma, la convergencia razonable tampoco podrá servir como argumento para que la norma que rechaza sea vinculante para él. Una pretensión semejante no lograría respetar su autonomía.

La pretensión de que una norma es vinculante incluso para quienes no la aceptan requiere, entonces, una justificación adicional. Cabría mostrar que los agentes deben aceptar la convergencia razonable como criterio último de validez, y que deben por tanto restringir su autonomía individual. Cabría defender que quienes se oponen a una norma, aunque rechacen su obligatoriedad, deben aceptar razonablemente la *corrección de la pretensión de obligatoriedad* que elevan los partidarios de dicha norma. La condición de convergencia razonable, si bien excluye la obligatoriedad de las normas que compiten con las normas apoyadas, no establece la obligatoriedad de éstas, ya que puede darse el caso de que ninguna de las normas en conflicto pueda reivindicarse como vinculante. Pero esta posibilidad queda excluida si se necesita una norma vinculante común, en cuyo caso se debe establecer una norma que sea obligatoria para todos los agentes. Incluso aquellos que rechazan una norma respaldada por convergencia razonable tienen que reconocer, entonces, la corrección de la pretensión de que dicha norma es vinculante. De aquí resulta la siguiente tesis:

Se puede pretender correctamente que una norma sea vinculante incluso para quienes no la aceptan si se satisfacen dos condiciones:

- 1 que la norma esté respaldada por convergencia razonable; y
- 2 que sea necesario tener una norma vinculante común.²¹

Esta pretensión de obligatoriedad se sigue de un razonamiento correcto, de modo que está *justificada objetivamente* en sentido estricto.²² Cualquiera debe reconocer la corrección de la pretensión de que la norma respaldada por convergencia razonable es vinculante si se necesita una norma común. Conviene notar, con todo, que la corrección de la pretensión de obligatoriedad no equivale a la objetividad en el sentido de que cualquier agente razonable deba aceptar la norma como vinculante. Los que se oponen a ella pueden seguir haciéndolo y criticar el juicio generalmente aceptado con la pretensión de que una norma rival sea reconocida como válida.

3. La justificación de los derechos humanos

La concepción de la argumentación autónoma ofrece un modelo distinto de la fundamentación de derechos humanos. La justificación de los derechos humanos consiste - como la de las normas en general - en la ponderación de reclamos normativos en conflicto. Tales reclamos constituyen argumentos normativos. La ponderación de estos argumentos resulta en un juicio normativo, sosteniendo la validez definitiva de una norma. Si el resultado está apoyado por una convergencia razonable de los agentes autónomos y es necesario tener una norma vinculante común, ellos quienes apoyan esta norma pueden reclamar su validez objetiva en el sentido de que su validez no depende de la aceptación de cada agente individual.

3.1. Derechos humanos a priori y a posteriori

El modelo principalista representa una forma de justificación autónoma. No presupone criterios sustanciales de la validez de las normas, sino

²¹ La necesidad de tener una norma vinculante común es un problema normativo que, como el de la validez de una norma, puede discutirse. Este tipo de discusión puede encontrarse, por ejemplo, a propósito de la demarcación de los asuntos públicos y privados.

²² La justificabilidad o corrección de una pretensión de obligatoriedad significa que se cumplen todos los requisitos de la argumentación racional. Equivale a una pretensión de posibilidad discursiva o defendibilidad de la pretensión de validez objetiva, la cual, con todo, no es análoga a la verdad.

está basado en reclamos que agentes autónomos hacen legítimamente. Necesita reconocer dos competencias autónomas: la competencia de introducir argumentos normativos basados en intereses de los agentes autónomos y la competencia de formar juicios normativos basados en la ponderación de los argumentos normativos ofrecidos por los agentes autónomos.

Estas competencias implican que los agentes autónomos deben considerar mutuamente sus reclamos y juicios normativos. En este respecto, todos los agentes autónomos deben ser tratados por igual. Además, parece necesario que todas las concepciones normativas de los agentes autónomos, en cuanto que son legítimas y coherentes, deben recibir igual atención e importancia en las ponderaciones de los agentes autónomos. Si no fuera así, aquellos que son despreciados tendrían buena razón para no aceptar los resultados de la argumentación como normas válidas.

Más allá de los derechos de la autonomía, pueden justificarse derechos humanos como resultados de la argumentación. En este respecto, debe distinguirse entre derechos humanos como argumentos normativos y como derechos definitivos, y con respecto a los derechos humanos como argumentos, derechos humanos que exigen la ponderación con otros argumentos y derechos humanos que prohíben - en principio - la ponderación con otros argumentos. Esto, sin embargo, es otro tema.

3.2. La relación de la justificación autónoma y la fundamentación alexyana

Podría pensarse que la fundamentación de los derechos humanos a través de la argumentación autónoma según el modelo de los principios por un lado y por la argumentación explicativa-existencialista de Alexy presenta dos aspectos que pueden ser combinados. Alexy sugiere algo así cuando dice que todos los otros aportes a la fundamentación de los derechos humanos son bienvenidos. Sin embargo, la relación no es tan simple.

La fundamentación autónoma recurre a la idea de la autonomía como auto-legislación. Esta idea excluye la pretensión de que normas sustanciales pueden ser fundamentadas sin tomar en cuenta las decisiones y juicios normativos de los agentes autónomos. Es decir, excluye una fundamentación a priori de las normas sustanciales. Solamente las

condiciones formales de una argumentación normativa correcta pueden establecerse con anterioridad a las determinaciones de los agentes autónomos mismos. Al contrario, las normas sustanciales, incluyendo los derechos humanos, requieren de una fundamentación a posteriori, basada en juicios normativos autónomos.

En la teoría de Alexy puede encontrarse algo parecido en el elemento existencial de la fundamentación de los derechos humanos. Sin embargo, este elemento sólo se aplica a la aceptación de los resultados de la fundamentación explicativa. No deja un margen para determinaciones autónomas. No contribuye al análisis de la estructura de la argumentación de los agentes autónomos.

En consecuencia, la fundamentación de los derechos humanos ofrecido por Alexy carece de contenido. Sostiene que la libertad y la igualdad deben reconocerse dentro, pero también fuera del ámbito de la argumentación, pero no explica qué contenido sea incluido en tales derechos. No parece aceptable que todo lo que puede subsumirse bajo los conceptos de libertad o igualdad sea un derecho humano con prioridad frente al derecho positivo. Quizás por eso Alexy sostiene que los derechos humanos son abstractos. La verdad es que con su concepción de la fundamentación explicativa no se puede fundamentar más que derechos abstractos que dejan abierto lo que los derechos humanos demanden en concreto. En cambio, el modelo de la argumentación autónoma ofrece una concepción que permite fundamentar derechos humanos concretos, aunque sólo como resultado de procesos de ponderación y reflexión intersubjetiva.

4. El tema de la metafísica

No es muy clara la relevancia que tiene la pregunta por el carácter metafísico de los derechos humanos. Las dudas que se han formulado acerca de la pregunta si los derechos humanos o morales en general son posibles sin metafísica se dirigen al problema de la justificación racional.²³ En este contexto, la metafísica está caracterizada por pretensiones que no son capaces de una justificación racional. Esta caracterización puede basarse en la tesis de que sólo los argumentos empíricos o analíticos son racionales. Pero cuando, por lo contrario, se sostiene que una justifica-

²³ Por ejemplo, Patzig 1971 (n. 2); A. MacIntyre, *After Virtue*, Duckworth, London, 1981.

ción racional puede recurrir a argumentos normativos, tal justificación no calificaría como metafísica.

Sin embargo, Alexy usa otra concepción de metafísica. Puede distinguirse cuatro sentidos de metafísica en el ensayo de Alexy:

- En sentido crítico o negativo, metafísica consiste en asunciones no capaces de una justificación racional.
- En sentido conceptual, metafísica está caracterizada como teoría con ciertas propiedades: comprensividad, necesariedad, normatividad y corrección.
- En sentido ontológico, metafísica consiste en la postulación de entidades no empíricas, como las de personas.
- En sentido semántico, metafísica consiste en asumir una ontología semántica que admite entidades abstractas.

La cuarta interpretación no es específica para el tema de la fundamentación de derechos humanos. La tercera interpretación parece poco discutible, porque todas las teorías normativas estipulan la existencia de normas como entidades no empíricas y, entonces, califican como metafísica ontológicamente.

Más interesante es la concepción conceptual. Llega a la tesis que la fundamentación de los derechos humanos explicativa-existencial es por un lado racional y, por otro, metafísica. No hay que objetar a esta tesis si por "racional" se entiende "defendible" o "racionalmente posible". Pero el tema de la fundamentación de los derechos humanos es fundamentarlos como racionalmente necesarios.

Alexy admite que la fundamentación explicativa no es suficiente para hacerlo. Por eso la combina con la fundamentación existencial. Pero en cuanto requiere de una decisión acerca de qué persona queremos ser, cabe preguntarse si se trata de un modo de fundamentación. Si se aceptaran decisiones personales como fundamentación, resulta enseguida la pregunta de porqué tal decisión debe referirse solamente a quererse como creatura discursiva. Cualquier otro contenido podría resultar de tales decisiones. Parece más plausible sostener que la necesidad de una decisión existencial excluye la posibilidad de una fundamentación como racionalmente necesario.

Entonces llegamos al resultado de que la fundamentación explicativa-existencial sugerida por Alexy de hecho incluye un elemento metafísico en el sentido que no presenta una justificación que cualquier agente racional debe aceptar.

IV. Conclusión

La tesis de Alexy del carácter metafísico de los derechos humanos presenta una valiosa contribución para distinguir distintos tipos de metafísica y reflexionar el estatus de la fundamentación de los derechos humanos. Muestra que no puede ser naturalista, sino que debe admitir entidades no empíricas. Sin embargo, la concepción de fundamentación basada en proposiciones y pretensiones de corrección análogos a la verdad no parece adecuada. En adición, no resuelve el problema de la fundamentación racional de los derechos humanos. Lleva a pretensiones metafísicas que pueden ser evitadas con la concepción de argumentación autónoma.

El primer paso en la elaboración de un plan de trabajo es la definición de los objetivos. Estos deben ser claros, medibles, alcanzables, relevantes y con un tiempo determinado. Una vez definidos los objetivos, se debe establecer un plan de trabajo que especifique las actividades a realizar, los recursos necesarios y el tiempo estimado para completar cada una de ellas.

101. Introducción

El primer paso en la elaboración de un plan de trabajo es la definición de los objetivos. Estos deben ser claros, medibles, alcanzables, relevantes y con un tiempo determinado. Una vez definidos los objetivos, se debe establecer un plan de trabajo que especifique las actividades a realizar, los recursos necesarios y el tiempo estimado para completar cada una de ellas.

El primer paso en la elaboración de un plan de trabajo es la definición de los objetivos. Estos deben ser claros, medibles, alcanzables, relevantes y con un tiempo determinado. Una vez definidos los objetivos, se debe establecer un plan de trabajo que especifique las actividades a realizar, los recursos necesarios y el tiempo estimado para completar cada una de ellas.

El primer paso en la elaboración de un plan de trabajo es la definición de los objetivos. Estos deben ser claros, medibles, alcanzables, relevantes y con un tiempo determinado. Una vez definidos los objetivos, se debe establecer un plan de trabajo que especifique las actividades a realizar, los recursos necesarios y el tiempo estimado para completar cada una de ellas.

El primer paso en la elaboración de un plan de trabajo es la definición de los objetivos. Estos deben ser claros, medibles, alcanzables, relevantes y con un tiempo determinado. Una vez definidos los objetivos, se debe establecer un plan de trabajo que especifique las actividades a realizar, los recursos necesarios y el tiempo estimado para completar cada una de ellas.

NOTA SOBRE EL ARTÍCULO "¿DERECHOS HUMANOS SIN METAFÍSICA?" DE ROBERT ALEXY

DERECHOS HUMANOS: NATURALEZA Y CULTURA

Por Carlos María Cárcova

El ensayo del Prof. Robert Alexy titulado "¿Derechos Humanos sin Metafísica?" que en este número de *Ideas y Derecho* sirve de base a comentarios de distintos autores de nuestro medio académico, merece un tratamiento exhaustivo y ponderado. Razones circunstanciales me impiden afrontar de manera conveniente esa responsabilidad, al tiempo de ser convocado. No quiero, sin embargo, ignorar por completo la cordial solicitud de los colegas que tienen a su cargo la confección de este ejemplar y, en consecuencia, asumiendo los riesgos de la improvisación y la espontaneidad, me limitaré a formular unas primeras y provisorias consideraciones acerca del texto antes mencionado.

Mis discrepancias con Alexy son estructurales, podría decir "metafísicas" u "ontológicas", en una segunda acepción de estos términos, divulgada a partir de la crítica del positivismo lógico a toda filosofía que soslayara un criterio empírico del significado. Así, desde hace décadas, lo metafísico no es solamente aquello que refiere al estudio del Ser, sino también todo discurso de pretensión cognitiva que se base en principios o presupuestos no explicitados o que escapen a los moldes de una objetividad observacional y empírica. Lo ontológico pasó a ser equivalente al conjunto de presuposiciones de una teoría. (Conf. Ernst von Glasersfeld "Nuevos paradigmas, cultura y subjetividad", Paidós, Bs. As., 1994, pág. 136). Quiero decir entonces, que mis discrepancias conciernen directamente con el conjunto de presuposiciones del destacado jurfilósofo alemán.

1. Sobre los derechos humanos

Para comenzar, diré que no me parece adecuado afirmar —como lo hace nuestro autor— que quienes son agnósticos o ateos deban pensar, por extensión, que no existen los entes abstractos como los números o las figuras geométricas. Las abstracciones son mecanismos mentales estudiados por la fisiología, la psicología y más modernamente las neurociencias, a través de los cuales los seres humanos son capaces de construir cierto tipo de objetos que no por carecer de materialidad, carecen al mismo tiempo de existencia. Por otra parte, es dudoso que ciertas abstracciones, ciertas ideas, no terminen por adquirir algún tipo de materialidad. Sin ir más lejos, piénsese en la materialidad de las ideologías, cuando ellas se expresan como prácticas sociales, como símbolos, como atribución de significados. Por ello, del mismo modo que se pueden rechazar las trascendencias, por ejemplo, por el carácter subjetivo y no comunicable del cual ellas dependen, pueden acogerse inmanencias de distintas índoles, entre las cuales, claro está, pueden inventariarse los derechos humanos. Decididamente mi perspectiva es que los llamados derechos humanos o derechos fundamentales, no demandan ninguna metafísica, ni siquiera la del moderado sentido constructivo al que el autor se refiere al final de su trabajo. Por el contrario, entiendo que los derechos fundamentales pueden ser pensados como construcciones humanas, históricas y contextuales. Como adquisiciones civilizatorias, que se transforman con el desarrollo de la evolución social, en el sentido de su progresiva ampliación, expansión y consolidación. En otros términos, lo que muestra la habitual periodización de los Ds. Hs., en derechos de primera, segunda, tercera y cuarta generación (cualquiera sea el grado de acierto o desacierto de esta caracterización) es que los prerequisites de la socialidad son hoy más exigentes que en períodos históricos anteriores, en donde no existían derechos de esta índole generalizados o existían algunos pero no otros.

De lo que acabo de afirmar se siguen bastantes consecuencias y todas ellas confrontan con las conclusiones del Prof. Alexy, según lo pondré de manifiesto oportunamente. No me adelanto a hacerlo, para seguir un cierto orden que la paráfrasis impone, pero puedo ya afirmar que creo posible una moral sin metafísica, tanto como derechos humanos sin metafísica, en una línea de fundamentación que me acerca, matizadamente, a las ideas de Habermas.

Afirma Alexy que la existencia de los Ds. Hs. radica en su "fundamentabilidad" y concluirá, luego de su reflexión, que esta última presupone elementos metafísicos. Para demostrarlo comienza por el análisis del propio concepto de Ds. Hs. y propone que ellos se definen por cinco notas (¿porqué no siete o tres?), la primera de las cuales es su *universalidad*. Este es un aspecto en el que posiblemente además de Alexy, también me distancie de Habermas, aunque no estoy completamente seguro de esto último. Si los Ds. Hs. fueran universales, serían también eternos, transhistóricos. Como dice el primero, cualquier persona por su condición de tal, los posee. Sin embargo, esto no es lo que puede comprobarse mediante el conocimiento de la evolución de la sociedad humana que muestra en el pasado remoto, en pasados no tan remotos y en ominosos presentes, que la lucha por el reconocimiento, por la autonomía personal, por la libertad, por la igualdad de trato, es un largo y complejo proceso histórico de marchas y contramarchas, con avances y retrocesos y, fundamentalmente, que dista de ser universal. Tal como los conocemos, transformados en doctrina y plataforma del Estado Democrático de Derecho, no cabe duda de que lo que nosotros llamamos Ds. Hs., son una creación occidental. Ciertas garantías consagradas como fundamentales e insoslayables para la convivencia social y que han adquirido carácter positivo como plexo de derechos, resultan claramente vinculadas, desde el punto de vista de sus contenidos materiales, a ciertas formas históricas de la moral social vigente, aun cuando no son lo mismo que la moral, ni adquieren el carácter de derechos por su contenido moral, sino por su sanción positiva tal y como se encuentre ella prevista, en el propio orden jurídico. No podría afirmar con relevancia jurídica que tengo el derecho humano a un ambiente sano y, en consecuencia, a que mi vecino no contamine, si la conducta de contaminar no fuera el antecedente de una sanción, en el texto de una norma. No me bastaría con convencer al Juez que la moral social media condena la contaminación, para que una acción judicial tuviera andamio, si no pudiera al mismo tiempo, alegar la existencia de la prohibición jurídica.

Y por fin, lo que me parece evidente es que lo que hemos llamado Ds. Hs. en Occidente, responde a valores y concepciones que son propias de una cultura y no de todas las culturas: Los primeros antropólogos jurídicos, cuya escuela se denominaba "evolucionista", sostuvieron la tesis de que las sociedades primitivas, las sociedades "otras" como las llamó más tarde Peter Winch, no eran en verdad diferentes a las nuestras sino que atravesaban un

estadio precedente, anterior, semejante al de los primitivos conglomerados indo-europeos y que evolucionarían en el mismo sentido y derrotero en el que habían evolucionado nuestras sociedades. Las corrientes posteriores de la antropología jurídica discreparon profundamente con esta visión eurocéntrica y adscribieron, de una forma u otra, a análisis de naturaleza relativista. La comparación entre culturas, dirían, no puede establecerse a partir de la idea de que poseen distintos grados de evolución, sino a partir de que sus contenidos (prácticas e imaginario) son diferenciados. En consecuencia, si llamamos derechos humanos a un conjunto de valores civilizatorios que nos definen como sociedad, no tendremos más remedio que admitir que ese conjunto de valores sustantivos existen en diferentes sociedades, pero no como idénticos. A lo sumo, como más o menos semejantes y siempre sujetos a las determinaciones que provienen de una cultura singular.

La segunda nota que nuestro autor menciona es la *fundamentabilidad* de los Ds. Hs. Esta es una palabra que no existe en nuestro idioma y que aparece en extraña relación con la de "fundamentación", que también acoge el texto. En cualquier caso, la distinción parece estribar en la primer parte de su ensayo, en el hecho de que los Ds. Hs no expresan cualquier derecho, sino un orden especialmente destacado de los derechos, precisamente aquellos que llamamos fundamentales por oposición a los no fundamentales. Esta distinción confirma una vez más la relatividad de los conceptos que atribuyen contenido a los Ds. Hs. ¿Cómo reconocer cuáles son unos y cuáles son otros, sino con apego a algún registro objetivo? Hay un registro objetivo en la historia, acerca de cuales *fueron* unos y cuales otros. En nuestra actual sociedad de la comunicación la construcción dialógica del consenso en el espacio público sería, según Habermas, un sucedáneo de la situación ideal de diálogo y en tal sentido habría también registros objetivos a nuestro alcance, a partir de los mensajes descentrados y no monopolizables que circulan en ese espacio. Dejo en claro por si fuera menester, que la idea del notable discípulo de Frankfurt no puede ser entendida sino como horizonte de sentido. El mismo admite que su modelo de construcción comunicativa de la legitimidad, puede ser pensado en términos descriptivos y no exclusivamente normativos, si y solo si, el objeto de nuestra observación lo constituyen las grandes democracias estabilizadas de occidente. De donde resulta que su pretendido universalismo posee límites estrechos. Abarca una parte de Europa, sólo una parte, EEUU y Canadá. Para decirlo con cierta ironía, se trata de un universalismo bastante relativo.

Ahora bien, la distinción entre derechos "ordinarios" y derechos "fundamentales", puede ser también teorizada desde una perspectiva sistémica, en cuyo caso ella dependerá no de un estado de cosas objetivamente considerado, sino de una operación derivada de la observación misma, que produce operativamente el sistema, cuando resuelve la complejidad del entorno, a partir del establecimiento de diferencias.

Dice Alexy que los Ds. Hs no protegen todas las fuentes del bienestar que pudieran imaginarse, sino exclusivamente aquellas que pudieran entenderse como "necesidades fundamentales". Una vez más me parece claro, que la fórmula "necesidades fundamentales" exhibe la condición difusa de la semántica de los derechos humanos, toda vez que, como lo recuerdan habitualmente los economistas, las necesidades humanas son infinitas y el orden de prioridades que a ellas otorguemos no es cuestión de metafísica, sino de política. Dicho de otro modo, las expresiones estereotipadas que padecen de labilidad semántica, se cargan hermenéuticamente de mayor precisión, en un proceso social de lucha por la apropiación del sentido. Lucha que concierne a valores en disputa, en un ámbito que habilita, contiene y metaboliza la conflictividad, en un marco institucional de naturaleza democrática. Dicho sea al pasar, lo que acabo de afirmar constituye otro dato que relativiza la noción de Ds. Hs, como coextensiva de modelos de organización de ejercicio del poder, marcados por la impronta democrática.

La tercera nota que caracterizaría a los Ds. Hs., según nuestro autor, sería su "abstracción" y esta última consistiría en que "...se puede estar rápidamente de acuerdo en que cada uno tiene derecho a la salud, pero lo que esto signifique en el caso concreto puede generar una larga discusión." Podría ser que existiera algún problema de traducción aquí, que mi ignorancia del alemán no puede dilucidar, pero la idea que se expresa no es tanto la de la abstracción, sino más bien la de la relativa indeterminación de los Ds. Hs, característica esta que lejos de constituir una desventaja permite que ese haz de derechos no se cristalice y que, por el contrario se amplíe, se extienda y profundice al hilo de la evolución democrática de la sociedad. Una evolución que es también tributaria del progreso científico y tecnológico. El derecho a la salud es un terreno ejemplar para ilustrar mi argumentación. Hace apenas unos años atrás la drogro-dependencia o la obesidad, eran consideradas vicios mientras que, actualmente, la medicina las trata como enfermedades. Este cambio tiene impacto severo

en el contrato que vincula a pacientes con prestadores de salud (obras sociales, empresas de medicina prepaga, etc) que por mandato judicial deben afrontar y subvenir los tratamientos que demanden esas personas consideradas hoy, como portadoras de patologías de distinto tipo. Ahora, que lo que ayer era vicio sea hoy enfermedad, resulta de un entramado de sutiles transformaciones en el campo de las valoraciones sociales y de los conocimientos médicos que tienen historia, evolución, registro, contexto y que no involucran ninguna clase de trascendencia.

Sostiene Alexy que la cuarta y quinta nota que caracteriza a los derechos humanos refieren a su validez. A continuación formula una afirmación muy rotunda: "los derechos humanos en cuanto tales, sólo tienen una validez moral". Ya he manifestado antes mi desacuerdo con esta idea. Un derecho, para ser tal, debe alcanzar consagración positiva. Otra cuestión muy distinta es preguntarse si cualquier contenido material puede atribuirse a la norma sancionada, aun aquellos que violenten ostensiblemente la moral media de la sociedad. Como es conocido, en este terreno abundan las respuestas discordantes. Para un positivista que en la saga kelseniana sostenga férreamente la brecha entre el mundo del ser y el del deber-ser, el de la moral y el derecho, la validez de la norma dependerá exclusivamente del procedimiento de su creación; para un jusnaturalista tradicional la norma que contradiga valores morales admitidos carecería de legitimidad y con ello de validez; para un habermasiano la norma jurídica o mejor el derecho en general, constituye el mecanismo a través del cual la moral (acción comunicativa) se transforma en acción estratégica (burocracia, institución judicial, mercado). Debo aquí dejar sentado, para el lector eventualmente desprevenido, que la construcción dialógica de legitimidad no presupone, en el esquema de Habermas, ningún contenido material, sino un procedimiento que por sus características y condiciones de posibilidad, generará los contenidos materiales que por haber sido obtenidos en un marco dotado de libertad, igualdad, competencia lingüística equivalente de los hablantes, etc. ofrece la legitimidad buscada, a partir de la directa o indirecta participación de todos los afectados, en la toma de decisión de que se trate.

De modo que la moralidad de los Ds. Hs no alcanza para hacer de éstos, auténticos derechos. En este punto es donde más compleja me parece la argumentación de Alexy, pues se torna notoriamente circular y para mi gusto aporética. Dice: los derechos humanos sólo tienen validez

moral; un derecho vale moralmente –agrega– si puede ser fundamentado frente a cada uno que participe en una justificación racional; la validez de los derechos humanos es su existencia; la existencia de los Ds. Hs. consiste en su fundamentabilidad. Ya hemos visto que fundamentabilidad es una expresión que alude, en el texto, a la circunstancia de que los Ds. Hs. son de una jerarquía distinta a las de otros derechos porque protegen *necesidades fundamentales*. En mi opinión cualquier derecho, para ser tal, debe estar positivamente consagrado; Alexy no tematiza el ámbito, ni siquiera en términos contrafácticos, de la justificación racional a la que alude. ¿Se trata de algo parecido a la *situación ideal de diálogo* de Habermas; a la de *posición originaria* de Rawls, a la circulación del sentido en el espacio público de la comunicación, a las instituciones políticas de sesgo participativo? Si como afirma, la existencia de los Ds. Hs. consiste en su fundamentabilidad y nada más (sic) y esta fundamentabilidad se explica por el tipo de necesidades que protege y, como se ha visto, el concepto de necesidades fundamentales no dice nada o dice muy poco, no cabe sino arribar a la conclusión de que las tesis analizadas, también dicen muy poco. Claro que nuestro autor no se olvida por completo de la positivación, expresada en tratados y pactos internacionales de Ds. Hs. y diversos instrumentos homólogos, pero para él representan apenas “intentos” de darle una expresión institucional, a lo que solamente vale a causa de su corrección (sic). Me pregunto, corrección para quién, averiguada por medio de qué procedimientos, pétrea o mutable, eterna o histórica, universal o particularista?

La última y quinta nota propuesta por Alexy es la de la “prioridad” de los Ds. Hs. Esto quiere decir que ellos, en tanto derechos morales, no pueden ser derogados por el derecho positivo y que además deben ser la medida a la que debe ajustarse toda interpretación de lo positivado. Esta idea, naturalmente, por lo que vengo argumentando, tampoco me parece acertada. Entre otras cosas porque, una vez más, importa el riesgo de pensar a los derechos humanos como principios cristalizados, válidos de una vez y para siempre y, en tal caso, insusceptibles de ser ampliados, extendidos, profundizados. Lo que las evidencias históricas muestran es todo lo contrario; lo que llamamos “derechos fundamentales” es un concepto que ha ido mutando con el transcurso del tiempo, las valoraciones sociales, los descubrimientos científicos, los cambios epocales, la revolución comunicativa, las grandes migraciones y otra enorme cantidad de factores. Lo que sí puede decirse, como lo hace Ferrajoli es que, siendo las

democracias contemporáneas definidas como tales en buena medida por la consagración constitucional (positiva) de los derechos fundamentales, los jueces y demás operadores jurídicos deben, al tiempo de formular sus interpretaciones, "constitucionalizar la ley", esto es, tornar prioritaria y determinante una inteligencia de la ley que sea siempre consistente con la preservación y operatividad de las garantías fundamentales.

Hasta aquí he comentado la primer parte del ensayo de Robert Alexy, en la que se encuentran consignadas sus premisas. La segunda parte constituye un análisis de distinto tipo de fundamentaciones para los derechos humanos, que el autor considera las únicas disponibles o interesantes. En la tercera parte, se refiere a Ds. Hs. y metafísica.

2. La fundamentación de los derechos humanos

En dicha segunda parte se nos presenta un imprevisto problema. La noción de "fundamentación" o "fundamentabilidad", sufre un considerable cambio respecto del criterio de uso anterior. Aquí de lo que se trata es de la justificación de las normas morales que garantizan los derechos universales, fundamentales y abstractos. Ya he señalado que en mi opinión, hablar de derechos remite siempre al orden jurídico y que los derechos humanos no deben ser considerados como universales o abstractos. Partiendo de una discrepancia tan marcada, no me parece razonable intentar un desmenuzamiento demasiado exhaustivo de las distintas visiones propuestas. Me limitaré a formular algunas breves observaciones respecto de ellas.

Alexy se refiere, en primer término, a las posiciones de la metaética no-cognotivista, es decir a un radical **escepticismo** acerca de la posibilidad de fundamentar los Ds. Hs. Aquellas posiciones –sostiene– podrían derivar de concepciones emotivistas, decisionistas, subjetivistas, relativistas, naturalistas o deconstruccionistas, poniendo en la misma cesta cualquier clase de hortalizas. Y agrega, la cuestión es determinar si un no-escepticismo, puede sostenerse sin metafísica. Diré que esa cuestión me concierne directamente, toda vez que, a pesar de mi relativismo, eventual naturalismo e inclinación deconstructiva, creo posible una fundamentación histórica, natural y socio-antropológica de los derechos humanos.

Nuestro autor distingue ocho modelos de fundamentación para los Ds. Hs. La primera, **religiosa**, tiene para él la ventaja de ser muy sólida

y fuerte desde el punto de vista metafísico, pero la limitación de que sólo alcanza a las personas de fe. (Dicho sea de paso, la religión a la que se refiere el autor es alguna de tradición judeo-cristiana, otra marca de relativismo no asumido) No es por ello vinculante para el que toma parte de una argumentación de tipo racional, sin poseer la fe en cuestión. Lleva aquí razón.

La segunda sería una fundamentación **biológica**. Aquí la metafísica es reemplazada por la observación de la naturaleza. El comportamiento altruista es preferible para la sobrevivencia de la unión de genes de un individuo –afirma– a la indiferencia o la agresividad hacia el otro. Este razonamiento estaría ligado a la idea de hostilidad natural respecto de lo extraño, lo que lo hace incompatible con el carácter universal de los Ds. Hs. De manera un tanto dogmática cierra el análisis diciendo que la justificación de los derechos humanos no debe provenir de observaciones acerca de la naturaleza biológica del hombre, sino a través de una explicación de su ser cultural (sic).

Existe en este planteo una concepción del conocimiento marcada por la tradición objetivista, de la distinción entre *physis* y *nomos*. Esa tradición ha sido puesta en crisis por las denominadas “nuevas ciencias” o “ciencias de la complejidad”, en las cuales los límites entre lo natural y lo social se han tornado más difusos. Permítaseme citar a dos autores muy destacados de esta época, para apoyarme en su autoridad y también en su elocuencia. Dice Illya Prigogine: *“El ideal clásico de la ciencia era describir la naturaleza como una geometría. Ahora vemos que la naturaleza está más cerca de la biología y la historia humana, ya que también en la naturaleza hay un elemento narrativo. En realidad cuanto más entendemos la estructura del universo, más comienza a tener elementos comunes con las sociedades humanas.”*¹ (“El futuro no está escrito”, Diario Clarín, 11/09/00, pág. 23).

Y en el mismo sentido aporta Humberto Maturana: *“...El principio constitutivo de la célula en su calidad de infraelemento de los organismos, se mantiene en todos los niveles de complejidad que tengan que ver con lo vivo: células, organismos, sistema nervioso, comunicación, lenguaje, conciencia, sociedad. Es decir, no hay discontinuidad entre lo humano, lo social y sus raíces biológicas.”*

...“El amor o, si se prefiere, la aceptación del otro junto a uno en la convivencia, es el **fundamento biológico del fenómeno social**; sin amor, sin aceptación del

¹ Aut.cit “El futuro no está escrito”, Diario Clarín, 11/09/00, p. 23

otro junto a uno no hay socialización y sin socialización no hay humanidad. Cualquier cosa que destruya o limite la aceptación del otro junto a uno, desde la competencia hasta la posesión de la verdad, pasando por la certidumbre ideológica, destruye o limita la posibilidad de que se de el fenómeno social, por lo tanto, lo humano. Porque destruye el proceso biológico que lo genera" ("La realidad: ¿objetiva o construida?", Anthropos, Barcelona, 1995. Tº I, pág. XII y ss.)

Como se advierte, para los pensadores citados, que marchan en numerosa compañía, la naturaleza biológica del hombre y su ser social son, en mayor medida, continuidad y no discontinuidad. Por esas ideas es que no desecho la fundamentación que nuestro autor denomina biológica o naturalista y que dista de demandar metafísica de ninguna índole.

Se refiere más tarde al **intuicionismo**. La justificación de los Ds. Hs. resultaría autoevidente. Coincido con Alexy en que esta explicación es tan poco sólida como la que podría proveer el emotivismo, del que sustancialmente no se diferencia.

Crítica luego la concepción que denomina **consensual** y que validaría los Ds. Hs. a partir del acuerdo de todos los afectados. Sin embargo, argumenta, si no se considera a ese consenso como algo distinto de una coincidencia de convicciones, no sería distinto a un intuicionismo colectivo. Cuando se trata de justificaciones, los argumentos cuentan más que las meras mayorías. La crítica de Alexy es válida si a) el consenso no es acompañado por un sucedáneo que es la ley de la mayoría y; b) si se piensa en un consenso no construido argumentativamente. Si estas dos condiciones se dan, la crítica, en mi opinión, pierde consistencia.

Otro criterio de fundamentación es el que caracteriza como **instrumental**. Sería aquel en el cual los Ds. Hs. se justifican porque maximizan la utilidad individual. Se trata de distintas tendencias de tipo utilitarista que Alexy no descarta por completo. Cree que sería válida incluida en un marco conceptual más amplio, determinado por principios que una argumentación puramente instrumental no justifica. Cualquiera sea la idea que aquí se sustenta no me parece que una especulación puramente egoísta pueda ofrecer fundamento para principios ligados con el reconocimiento del otro y la solidaridad recíprocas.

El otro enfoque es el que denomina cultural. La convicción pública de que hay derechos humanos es una conquista de la historia de la cultura humana. Dice Alexy que Radbruch presenta una vinculación de

este argumento con uno de naturaleza consensual. Como es obvio, por lo que he dicho precedentemente, este tipo de fundamentación es la que obtiene mi clara adhesión. Afortunadamente, el autor no descarta este tipo de enfoque pero... lucidamente, advierte que no en todas las culturas los derechos humanos son el resultado de la propia historia, por lo que su pretensión de universalismo se resentiría. La validez universal, agrega, no puede fundarse sólo en las tradiciones sino, en definitiva, únicamente sobre argumentación. Tal como yo lo veo, la validez universal no puede fundarse.

Sigue un interesante enfoque **explicativo**, que sería aquel capaz de poner de manifiesto lo que está contenido como implícito y necesario en la praxis humana. Esta línea de fundamentación se inscribe en el trascendentalismo kantiano, con lo que, para Alexy, aparece en el horizonte la posibilidad de una metafísica inmanente. Lo que sigue es un esquema de teorización del ámbito de intercambio discursivo, en el que el autor presupone la existencia de libertad e igualdad en los hablantes a partir de una demostración por el absurdo que resultaría de la negación de tales condiciones, cuando de lo que se trata es del campo de la argumentación. Más allá de la fragilidad del razonamiento al que acude, Alexy sostiene que aun cuando resultaran los otros reconocidos en el discurso, ello no implica el reconocimiento en el campo de los actos, pues se puede discutir con esclavos. No me resulta convincente este punto de vista. En primer término, porque los prerequisites de un intercambio argumentativo entre libres e iguales, no se materializa en un territorio abstracto, sino en la interacción comunicativa que presupone libertad e igualdad materiales. En segundo término, porque el discurso es un proceso objetivo, exento de sujeto como diría Foucault. En verdad no se argumenta, ni se discute con esclavos, como no se argumenta ni discute con cosas. Propone Alexy que a las premisas de la libertad y la igualdad es preciso sumar la idea de una participación seria en el discurso, que vendría dada por el principio de autonomía, que se da cuando el sujeto de que se trata actúa según los dictados de su propia conciencia, es decir, según principios y reglas que el mismo juzga como correctos. Desde mi punto de vista la libertad supone autonomía y el acuerdo moral es siempre acuerdo social. Del mismo modo que no hay lenguajes individuales, como sostenía Wittgenstein, cabe advertir que tampoco hay morales individuales, completamente ajenas a las sobredeterminaciones contextuales, culturales, históricas, políticas e ideológicas.

Lo que he afirmado en forma inmediata precedente, se liga con el último enfoque al que Alexy denomina del **interés**. De qué interés se trata? Del interés de la corrección, sostiene, consistente en hacer realidad las posibilidades discursivas. Dicho de otro modo en saber si aceptamos nuestras posibilidades discursivas, si nos aceptamos como criaturas discursivas. En definitiva la cuestión remite a lo que somos, de allí su condición existencial. Pero, en mi opinión, somos siempre con otros. Es decir adquirimos identidad como seres sociales.

3. La cuestión de la metafísica

También en este respecto Alexy establece, canónicamente, la existencia de dos clases de metafísica. Una que denomina empática, es omnicomprendiva en el sentido de que comprende al hombre y el mundo como un todo; necesaria, en cuanto trata sólo "la generalidad inmutable en las mudables particularidades"; normativa, en la medida en que la interpretación del hombre y su totalidad-mundo encierra saber teórico que es también rico en normatividad (sic); y por último salvífica, promete alguna forma de salvación, cuestión que la liga a la religión. Esta metafísica no es la que le interesa y recuerda que constituye el tipo de pensamiento que Habermas propone como superado con su expresión "filosofía post metafísica".

La otra metafísica es la que llama constructiva. Con apoyo en Fregue sostiene que el pensamiento no pertenece ni al mundo exterior de las cosas materialmente perceptibles, primer mundo, ni al mundo interior como segundo mundo, consistente en objetos psíquicos, tales como ideas, sino a un tercer mundo constituido por entes abstractos o ideales. Este mundo coincide con las ideas en cuanto sus objetos no pueden percibirse por los sentidos, pero también con las cosas "en que no necesitan de ningún portador a cuyos contenidos de conciencia pertenezca. Como ejemplo, Alexy propone considerar el teorema de Pitágoras, "atemporalmente verdadero, verdadero con independencia de si alguien lo considera como tal. El mismo no necesita de ningún portador. No es verdadero sólo desde que ha sido descubierto, como un planeta que desde antes de que alguien lo haya visto ya estaba en interacción con otros planetas." Al final de este párrafo, el autor cita una obra de Fregue, con un título en alemán demasiado complicado

para reproducirlo aquí. Ignoro si ello implica que la idea es del propio Fregue, aunque lo dudo. Comenzaré diciendo respecto de esta cuestión que, en efecto, hay una clase de entes ideales, abstracciones o construcciones imaginarias, que son producto de la actividad de la mente humana y, como tal, susceptible de ser aprehendido y explicado por las neurociencias, la fisiología, la biología, etc. No percibo hasta ahí, ninguna metafísica. En cuanto a la verdad intemporal o atemporal del teorema de Pitágoras, la cosa resulta un poco más especiosa. La verdad del Teorema de Pitágoras resulta de que es lógicamente derivable de los axiomas de Euclides. Los axiomas en general, son unos enunciados cuyo valor de verdad se postula, es decir, se declara arbitrariamente. Como es sabido, en un esquema de pensamiento formal como el de la geometría o la lógica, si admito algunos enunciados como verdaderos, deberé admitir la verdad de todos aquellos enunciados que formen parte de sus consecuencias lógicas de los primeros. De modo que el de Pitágoras y todos los demás teoremas de la geometría euclidiana son verdaderos por razones que tienen que ver con el modo en que el juego está organizado y no por propiedades metafísicas o atemporales de ninguna índole. En este sentido, si no fuera mezclar indebidamente dos criterios de verdad no conmensurables, podría afirmarse que es más "atemporal", al menos en términos del tiempo humano, el enunciado que informa acerca de la existencia de un planeta que cualquier teorema de cualquier índole. Es conocido que Lobachenvsky, desarrolló un sistema geométrico diferente al clásico, negando el quinto axioma de Euclides. En su sistema el teorema de Pitágoras probablemente sea falso y si por casualidad no lo es, no será el teorema de Pitágoras, porque este último es aquél que se deduce de los axiomas de Euclides. La verdad de los sistemas formales, que han probado, en muchos casos, excepcional utilidad y nos han permitido asombrosos avances científicos, es una verdad precaria, modesta, arbitraria, propuesta por el genio y la imaginación de un hombre, concreto, situado, histórico. No veo en ella ninguna majestad excepcional, ninguna trascendencia, ninguna metafísica.

Y entonces, como se pregunta Habermas, según recuerda el propio Alexy, ¿qué significa aquí, todavía, "metafísica"? La respuesta que nos ofrece es, para mi gusto y dicho sea con el mayor respeto, muy poco convincente. Véase: contesta Alexy el interrogante habermasiano del siguiente modo: "Al respecto ha de responderse que sea lo sea (la

metafísica) se trata de la aceptación de la existencia de objetos que no son entes físicos ni psíquicos". Ya he intentado mostrar anteriormente que esos objetos, ejemplificados con los teoremas, no difieren de otras creaciones psíquicas o mentales. Pero, en todo caso, aun distinguiendo unas especies de otras, todavía no se entiende en qué sentido cabe caracterizarlas como metafísicas. Para finalizar su ensayo, Alexy describe la situación en la que los individuos echan mano de su competencia de afirmar, interrogar y argumentar, lo que implica en su apreciación, el reconocimiento del otro con su autonomía y dignidad, es decir su condición de persona. En la naturaleza discursiva del hombre yace —afirma— un sistema de conceptos que implican la necesidad de la competencia discursiva (sic), que tiene significado normativo y que muestra que nuestro mundo está poblado por entes que con sus solas fuerzas no pueden crear los reinos de lo físico y de lo psíquico: con personas (sic). Debo confesar, con cierto pudor, que esta parte del razonamiento alexyano se me escapa por completo. Tengo la impresión de que incurre en un razonamiento circular preñado de injustificadas peticiones, para terminar concluyendo en lo siguiente: "Esta tesis metafísica tiene su fuente no sólo en la estructura del mundo, tampoco sólo en la razón del individuo, sino, completamente en el sentido de Habermas, en la estructura de la comunicación."

Pero si de lo que se trata es de fundar ciertos principios o valores en la estructura de la comunicación, tal como concibe Habermas la construcción dialógica del consenso, no necesitamos apoyarnos en ninguna metafísica, como este autor expone con precisa y extendida argumentación, según el propio Alexy ha reconocido en las páginas del texto en análisis.

Nuestro autor afirma que su idea de metafísica constructiva es opuesta a la metafísica empática, porque tiene un carácter racional y universal. Ello puede expresarse en la tesis: los derechos humanos no son posibles, sin una metafísica racional y universal.

He tratado de fundar mis radicales rechazos a las tesis de Robert Alexy. No sé si lo habré conseguido. En todo caso, para concluir y también para sintetizar diré que, en mi opinión, al contrario, los derechos humanos sólo son posibles si se los deja de tratar metafísicamente, como raras entelequias de este mundo o de aquel otro y se asume su dimensión humana

e histórica, el conmovedor y esforzado proceso de su lenta afirmación e incesante expansión y, al mismo tiempo, su fatal relativismo. Lo que constriñe a la civilización de nuestra época, más global y comunicada que ninguna otra que la precediera, al diálogo, al reconocimiento recíproco y a la tolerancia.

NOTA SOBRE EL ARTÍCULO "DERECHOS HUMANOS: NATURALEZA Y CULTURA" DE ROBERT ALLEN

Por Andrés Bello Quintana

En el seno de la comunidad académica de Estados Unidos existen dos corrientes que se refieren al problema de "Derechos humanos" de manera muy diferente. La primera es la de Robert Allen, "Derechos humanos: una controversia".

El texto es muy interesante, porque nos muestra por qué el autor, cuando habla de los estados de derecho, los llama y los trata de "seguros" que por lo tanto, no sólo pertenecen a los gobiernos, sino también a los ciudadanos. La segunda corriente, según la opinión de la editorial, es la de los autores, quienes, a su vez, cuando hablan de los estados de derecho, los llaman y los trata de "seguros" que por lo tanto, no sólo pertenecen a los gobiernos, sino también a los ciudadanos. La tercera corriente, según la opinión de la editorial, es la de los autores, quienes, a su vez, cuando hablan de los estados de derecho, los llaman y los trata de "seguros" que por lo tanto, no sólo pertenecen a los gobiernos, sino también a los ciudadanos.

Los puntos de vista de Allen que se encuentran en el primer capítulo de la obra, "Derechos humanos: una controversia", son los que forman el núcleo de la obra. En el capítulo II, "Derechos humanos: una controversia", se encuentran los puntos de vista de Allen que se encuentran en el primer capítulo de la obra, "Derechos humanos: una controversia".

En el libro "Derechos humanos: una controversia" de Robert Allen que aparece en esta colección, se encuentran los puntos de vista de Allen que se encuentran en el primer capítulo de la obra, "Derechos humanos: una controversia". En el capítulo II, "Derechos humanos: una controversia", se encuentran los puntos de vista de Allen que se encuentran en el primer capítulo de la obra, "Derechos humanos: una controversia".

NOTA SOBRE EL ARTÍCULO "¿DERECHOS HUMANOS SIN METAFÍSICA?" DE ROBERT ALEXY

Por Ariel Álvarez Gardiol

En el seno de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, se acordó, que el próximo número de "Ideas y derechos" tuviera como eje central el provocador aporte de Robert Alexy: ¿"Derechos humanos sin metafísica"?

El título de esa comunicación, sugiere una cierta perplejidad, insinuada con los signos de interrogación, que abren y cierran el epígrafe, que puede darse, no solo por los problemas de polisemia, en tanto pluralidad de significados de cualquier signo lingüístico, homonimia, como relación semántica, gráfica, o fónica, o multivocidad de las expresiones verbales, con las que están expresadas las ideas que se despliegan en él, sino, especialmente, por la carga ideológica y emocional, que esas locuciones orales, implican o sugieren.

Las palabras, son flechas que se introducen en la porosa piel de la realidad, cargadas con amor, como la que insinúa el frágil arco tensado en las tiernas manos del mitológico Cupido romano, o impregnadas de ponzoña, cuando están dirigidas a unificar codicias o intentando denotar valores universales pretendidamente encarnados en alguien.

La tesis del "papel" de Robert Alexy que instiga este comentario, se despliega a través del concepto, o mejor, de uno de los posibles conceptos constructivos de la metafísica, con sustento en la tercera vía abierta por Jürgen Habermas, que descrece de la posmodernidad, pero admite un pensamiento posmetafísico y toma de las ciencias experimentales, el modelo de una racionalidad procedimental, que se reduce solo a una racionalidad formal. La filosofía se descubre, como desvalida de la posibilidad de delimitar su propio estatuto, y esto reclama una nueva demarcación de fronteras, entre la ciencia y la filosofía.

El gran sustento deberá ser así, en esa nueva perspectiva, la referencia a la totalidad como espacio global propio de la metafísica, que adopta hoy la forma de un modo singular de la vida humana, fijando los bordes de este nuevo concepto de mundo, como el "mundo de la vida", en el pensamiento posmetafísico.

Éste, el pensamiento posmetafísico, tiene en cuenta a la razón como históricamente situada y es a partir de ese concepto de la metafísica, que se da el primer paso, hacia la metafísica como fundamento de los derechos humanos.

Es claro que, aun le falta a su tesis, el necesario "giro lingüístico" ya que al afirmar, interrogar o argumentar, se presupone el reconocimiento del otro, como participante del discurso como autónomo, es decir, como persona, que tiene un valor y una dignidad.

Esta tesis posmetafísica, tiene entonces su fundamento en la razón de los sujetos y en la estructura del mundo y en el entrelazamiento de las comunicaciones en el discurso. Esta posmetafísica, reemplaza el sentido salvífico de la metafísica clásica, y tiene un carácter nacional y universal, lo que induce al autor a la propuesta de su tesis final, de que los derechos humanos, *"no son posibles sin una metafísica racional y universal"*.

Nos parece evidente, que la tesis puede sostenerse, si cuando decimos metafísica estamos diciendo posmetafísica al modo planteado por el pensamiento fundante de la tesis. Pero cuando operamos con respecto de una palabra, que mienta una disciplina tan antigua, venerable y trascendente como la metafísica, que si es cierto que no encuentra en Platón un cuerpo de doctrina como tal, sí lo descubrimos fácilmente en Aristóteles, enlazado con la lógica, con la ética y con la física y es precisamente desde este planteamiento del problema metafísico por Aristóteles, que se ha defendido toda la historia ulterior de este saber, tanto en la escolástica cristiana como en la musulmana y aun en la judía, haciendo una peculiar combinación de Teología y Filosofía.

Luego de la Edad Media, en el Renacimiento, se plantea un cierto antagonismo de la Filosofía con la Metafísica, tanto por la inaccesibilidad o, más bien, la problematicidad de los objetos con los que trata, por la opacidad de las nociones con las que opera, ironizando el carácter inmaterial o transnatural de los objetos de su estudio.

En ese clima, se inserta la pirueta más atrevida, tal vez, en la historia de la metafísica, planteada por Kant, que reclama la necesidad de que las

cosas tienen que adaptarse a la estructura del pensamiento que las piensa, y no el pensamiento pensante al entramado de las cosas, destino al que arriba como consecuencia irrefragable, de su colosal descubrimiento, de la incognoscibilidad de "la cosa en sí", inaccesible por necesidad, produciendo ese notable "giro copernicano", que nos permite acceder solo a la realidad fenomenal, constituida gracias al aporte de "lo dado" y de "lo puesto" por el sujeto.

"La crítica de la razón pura", desarrolla esas "síntesis infinitas", que, si no niega, por lo menos cuestiona la legitimidad de la metafísica y pareciera evidente que toda la filosofía posterior al siglo XVIII acepta esa proscripción de la metafísica y los pocos intentos que tímidamente se formulan, se hacen a espaldas de la gigantesca influencia del coloso de Königsberg.

Este descreimiento y desprestigio de la metafísica, es asumido por toda las direcciones que, enlazadas en el positivismo de Comte, se regodean en el análisis propio del lenguaje, aun cuando es fuerza admitir que, algunos grupos intelectuales universitarios, continuaron fieles a la tradición clásica de la metafísica aristotélica.

Lo cierto es que, durante casi todo el trascurso de los siglos XVII y XVIII, la Metafísica, fue sinominizada con la Ontología (*metaphysica sive ontología*) separada sola con la conjunción disyuntiva, que denota "o", o "por mejor decir", de algún modo, definiendo la metafísica por su contenido, y no por lo que reclamamos de ella, como es su función. El propio Heidegger, que no tuvo ninguna dificultad en distinguir del "Sciendes y el sein" (el ente y el ser), se queja en "Introducción a la metafísica" (Tubinga 1953) de que se enseña una ontología, que parte del ser sin tener en cuenta que el ser no es sino una interpretación de la realidad. Si efectivamente creemos que la tarea esencial de la metafísica, es enseñarnos a comprender, que sepamos a que atenernos con respecto de la realidad, no es concebible su identificación con la ontología.

Toda metafísica que empieza en el ser, es decir en la realidad, omite una certeza esencial, que es comprender que la realidad es siempre pensada y vivida, desde una determinada interpretación.

Y llegamos, en este inevitable recorrido —esbozado con rasante superficialidad— en la historia de la metafísica, a un pensador ineludible en este siglo: Henri Bergson (1859-1941) que advirtió de los peligros del

cientificismo, que fueron una consecuencia del racionalismo a ultranza de los siglos precedentes, tratando de establecer, con el mayor rigor posible, los límites fronterizos entre el saber filosófico y el científico, para salvar el avance del científicismo decimonónico.

Bergson nos ha proporcionado una interpretación vitalista de la metafísica, que precisa de los conceptos de tiempo y espacio, en nombre de una intuición de la realidad, que no lograron ni el criticismo racionalista, ni el positivismo evolucionista, entregándonos una filosofía del devenir, íntimamente ligada a la idea de "duración". En "La evolución creadora" (1907) hay un párrafo que nos dice con rigurosa precisión: "nuestra duración no es un instante que reemplaza a un instante: entonces no habría nunca otra cosa que el presente, no habría prolongación en el pasado en lo actual, ni evolución ni duración completa. La duración es el progreso continuo del pasado, que corroe el porvenir y que se dilata al avanzar".

En párrafos que plasman como la colorida paleta de un artista, nos dice, anticipándonos ideas que parecen brotar de la pluma de los más exquisitos creadores del existencialismo, como Sartre o Heidegger, que cada uno de los momentos de nuestra vida, de la que somos sus artesanos, es una especie de creación "... cada uno de nuestros estados, al mismo tiempo que sale de nosotros, modifica nuestra persona, siendo como la forma nueva que acabamos de darnos. Hay pues razón para decir que lo que hacemos depende de lo que somos, pero debe añadirse, que somos en cierta medida, lo que hacemos y que nos creamos continuamente a nosotros mismos" (La evolución creadora, capítulo I, 1907).

Este filósofo de la intuición, nos enseña, que ciencia y metafísica, aplicarán un método claramente diferenciado, pero estableciendo entre ambas, una disparidad de dignidad, asignándole a ambas el mismo objeto, es decir el conjunto de las cosas, pero mientras la una lo mira de abajo hacia arriba, la otra lo hace en sentido contrario, siendo entonces la metafísica, a menos que pierda todo contacto con la realidad, "un extracto condensado o una extensión hipotética de la ciencia". En este sentido nos dirá bellamente, (no es casual que la Academia de Suecia hubiese premiado con el Nobel de literatura 1927 a un filósofo, en reconocimiento a su rico y fecundo ideario, expuesto con excepcional brillantez) "... la metafísica no tiene nada de común con una generalización de la experiencia; sin embargo, podría definirse como la experiencia total"

("Introducción a la metafísica en Revista de Metafísica y Moral 1903 incluido en el "El pensamiento y el movimiento").

Un último recuerdo inexcusable en este siglo XX es el de Ortega y Gasset para quien la metafísica no es "ciencia primera" ni "ciencia del ente" sino saber de la "realidad radical" que es la que tiene sus raíces en todas las demás y que se presentan en cualquiera de las formas posibles de la realidad. Esta idea de la realidad radical, que es, de paso, una de las tesis centrales de Ortega, siempre plenas de exultante armonía, es la "vida humana", "mi vida", la de cada cual, que es el lugar, el ámbito en el que se presenta todo lo que es en cuanto realidad. Mi vida, -el lenguaje de la filosofía de la razón vital- no es el "dasein" de Heidegger, ni se agota en el hombre. El camino de Ortega, es en alguna medida contrario al de Heidegger ya que, aunque su problema es el sentido del ser en general, tiene que fundamentar la ontología, en una previa analítica existencial, del existir, es decir que Heidegger va, del "dasein" al "ser" y Ortega va del "ser" como interpretación de la realidad a "la vida". La realidad radical no es el hombre sino las cosas en relación con el hombre, en relación conmigo.

Esto hace que la vida humana no sea una etapa, preparatoria para la metafísica, ni tampoco su fundamentación, sino que es la misma metafísica, que no es una certeza en la que se está, sino que es una meta a la que se llega y en este sentido no enseña Ortega, que es una verdad sin supuestos. Y decimos, solo en ese sentido, porque no se puede hacer metafísica desde la nada, desde una suerte de "posición originaria", absolutamente impensable hoy, ya que todo se asume desde una cantidad de dudas, de certezas y de incertidumbres. La metafísica deviene así una forma histórica de realización de la vida humana, decir de algo que es realidad, es referirlo a mi vida, y ello implica radicarla en ella. Lo que hizo Ortega con la metafísica, fue vincular, enlazar las palabras "Vida" y "Razón", refiriendo la una a la otra demostrando que lejos de ser antagónicas o contrapuestas, eran total y absolutamente inescindibles, produciendo en su alianza una "metafísica según la razón vital".

La vida intelectual, la vida plena en suma, se encuentra así de golpe, trasladada a un dominio, que le era insospechado; el mundo de la razón que es nada menos, que el ingreso a lo trascendental en cuya transcendencia, se realiza la transformación de una nueva existencia en toda su plenitud.

Cuando llegamos al final de este recorrido histórico, que se ha transitado sin pretender haber agotado, ni siquiera superficialmente los momentos más relevantes de su antiguo y noble desarrollo, advertimos que lo que está realmente en juego, no es solo la diversidad de enfoques, que ponen en evidencia la misma existencia de la metafísica, sino dramáticamente, casi su real posibilidad, precioso sortilegio que habría de ser entregado a la postre, casi como resultado de una ecuación algebraica, lo real, profundo y cabal, en toda su inmensa riqueza.

La comunicación del catedrático de la Universidad Christian Albrecht de Kiel, una de las más prestigiosas de Alemania, a partir de las ideas expuestas por algunos destacados autores de la tradición liberal, (Jürgen Habermas, John Rawls y Günter Patzig), que han afirmado, tal vez desde puntos de vista metodológicamente diferentes, que lo metafísico sería algo negativo, que sería bueno tratar de evitar o superar y que el tema de los derechos humanos, puede concebirse sin necesidad de un apoyo metafísico de fundamentación, concluye que: *"Los derechos humanos no son posibles sin una metafísica racional y universal"*.

Y esto nos parece más que suficiente para adherir a la tesis que proclama la juridicidad con valor obligatorio, de las normas que estatuyen la declaración universal de los derechos humanos, que deberá sostenerse como parte inescindible del patrimonio común de la humanidad.

Adherir a la tesis de Alexy, nos parece, debilitar la fortaleza intrínseca de los derechos humanos al exigirle los fundamentos de una metafísica constructiva de carácter racional y universal, ya que aceptar esa dependencia, podría significar admitir, una causa de justificación al incumplimiento de sus exigencias, por la adhesión a otro concepto de metafísica.

Si como el propio autor lo señala, ".....a la vaguedad de la normación de los derechos fundamentales, se suma, la vaguedad de la jurisprudencia sobre los mismos" (Teoría de los derechos fundamentales 1927), no parece plausible agregarle una exigencia obstativa más que pueda servir de causa justificación al incumplimiento de las exigencias normativas de los derechos humanos

El autor define a los derechos humanos, por cinco características: universalidad, fundamentalidad, (Alexy 1997), abstracción, moralidad (Nino: Ética y Derechos Humanos) y prioritariedad. Con estas características,

o con otras más o menos limitadas, la nota de universalidad parece una constante generalizada en la doctrina especializada. Desde los titulares o desde los obligados, no puede dejar de advertirse, en el mundo de hoy, que los seres humanos, titulares de derechos humanos y sin otros soportes, suficientemente idóneos y capaces de afirmar y respaldar aquellos, son casi inconcebibles en ningún tiempo ni lugar.

No desespero de la ilusión que anuncia el texto de La Declaración producida por las Naciones Unidas en 1948, porque tengo claro que la gestación de estos procesos, requiere de largos períodos de maduración, para superar el espinoso entramado de interés creados, tejidos para obstar a su efectivización.

Menores ofrecimientos me sugiere el Estatuto del Tribunal Internacional de 1998, fuertemente obstaculizado por algunas de las más poderosas potencias mundiales, que nos propone el aislamiento egoísta de algunos estados, solo preocupados por defender la situación de sus países, fronteras adentro.

En un pequeño ensayo de "Historia natural", escrito hace más de 200 años, Kant concluye, con el apoyo de la precaria tecnología de la que entonces disponía, pero con el sostén de su increíble inteligencia, en la esfericidad de nuestro planeta y como todos estamos en la superficie del mismo, estamos forzados a vivir con otros y en proximidad: "si entre las criaturas razonables de este planeta hay seres infames que no obstante todos los alicientes con que un tema tan grande pueda atraerlos, se aten firmemente a la servidumbre de la vanidad, ¡cuán desgraciado es este globo de haber podido producir criaturas tan miserables!. ¡Pero cuán feliz es al mismo tiempo, porque bajo las más aceptables condiciones, le está abierto a un camino para llegar a la felicidad y altura infinitamente superiores a los privilegios de la más ventajosa institución de la naturaleza pueda alcanzar a todos los cuerpos siderales! (Kant Historia Natural y Teoría General del Cielo-1784).

Kant parte indudablemente, de su imperativo categórico desde el cuál y en el reino de los fines, solo tiene dignidad lo pleno de valor en sí mismo ya que, la dignidad, conviene en primera línea a la ley moral misma y es precisamente de ese imperativo moral, que surge en Kant el respeto a la dignidad humana y el hombre no debe cumplir su deber en atención al provecho que espera, sino por respeto a sí mismo.

La obligatoria amalgama de los humanos, unos con otros, es el necesario confín de nuestra historia y de nuestra inteligencia y el poderoso instinto de supervivencia que nos condiciona. En 1786, un poco después, Kant nos dice que ".....sólo Dios sabe cuando.....podría ser saludable y hasta posible una paz perpetua..... Y en 1798 en la "Idea de una Historia Universal" su historia profética, nos anuncia casi en su epílogo que " Los dolores que seguirán a la presente guerra, pueden forzar al profeta político la confesión de la próxima orientación del género humano, hacia lo mejor que se halla ya en perspectiva. Sabe Dios ¡cuando ¡, y , sin embargo, los dolores que seguirán a la presente guerra pueden también forzar al profeta político a anunciar la reconciliación de lo humano con lo humano".

Nuestro mundo de hoy, como si Kant no se hubiese anticipado premonitoriamente a todos los enfrentamientos que le acompañaron y le sucedieron enunció de modo primigenio el "principio de la humanidad considerada como un fin en sí mismo" y el de la "autonomía de la voluntad", y sin embargo, nuestro mundo de hoy , repito, se ocupa afanosamente en concertar alianzas con Estados y de Estados con territorios y de territorios con soberanías y desde esas fortalezas, pretendidamente inexpugnables, se dedica a controlar esos límites y esas fronteras, creando barreras, murallas y alambradas, delimitando físicamente sus espacios y jurídicamente sus circunscripciones, interviniendo en las entradas y en las salidas, de los unos en los otros y en proporcionarles visas, permisos y deportaciones.

La total falta de eficacia de esos supuestos derechos universales e inalienables se encontró, casi como de repente, con un mundo poblado de "homeless", desalojados del planeta, que no encontraban ni el pedacito de territorio, ni la porción de nación ni mucho menos la estructura jurídico -política de un Estado formal, que asumiera responsabilidades por ellos y se dieron cuenta entonces que solo su Humanidad, no les deparaba ni la más endeble protección, sino que se constituía en el más tenebroso de los riesgos para ellos y para sus casi siempre muy numerosas familias. Los escasos sobrevivientes de los muchos campos de exterminios diseminados sobre la faz de la tierra, los prisioneros de los actuales campos de internamiento (neologismo metafórico) y los tantos apátridas que hoy huyen despavoridos de las naciones que deberían protegerles, saben que su sola humanidad es ciertamente su mayor peligro.

Estos derechos entonces no eran universales, porque carecían del mínimo imperio soberano que los respaldara y de ninguna manera podía suponerse que su sola invocación impusiera obligaciones realmente exigibles a todos los demás. Tampoco eran inalienables, porque en la mayoría de los casos, sus supuestos titulares no comprendían siquiera el significado de esto de la inalienabilidad y muchísimo menos que tuvieran la osadía de pretender esgrimirlos ya que casi todos, por desaliento, la mayoría por miedo, y multitudinariamente por ignorancia, estaban dispuestos a aceptar el ultraje y la violación, tan solo para mantener la vida miserable que su "mundo" les ofrecía. Y tal vez lo más sombrío de toda esta desoladora situación, fuera que la supuesta abstracción de tales derechos, demostraba palmariamente que esa la abstracción, fue una condición que jugó en contra de aquellos a quienes se pretendía beneficiar, frente a la total imposibilidad de hacerlos cumplir y dejándolos expuestos a la concreta y ahora aberrante desnudez de su humana condición.

El fenómeno de la globalización, nos ha traído, seguramente como una consecuencia preterintencional no querida, la situación de los "apátridas", como el más nuevo y aterrador fenómeno de masas en la historia contemporánea. Apátridas por haber perdido de jure o de facto, la protección de un gobierno nacional dejando para ellos el remedio de la repatriación, o de la nacionalización, ambos muy difíciles de implementar. El primero porque era retornarlos al infierno del que pretendían escapar al precio de su existencia. El segundo porque los febriles ingenios de la burocracia han inventado, tan complejos laberintos que ni el mismo Teseo con los auxilios de Ariadna sería capaz de recorrerlos. Como corolario, casi inevitable de la llegada de centenares de miles de apátridas, a las distintas "tierras prometidas", comenzó a debilitarse el derecho de asilo uno de los escuálidos remanentes de los derechos del hombre, que en un tiempo representó su símbolo paradigmático.

Aquella "Humanidad" kantiana dieciochesca, como idea ordenadora original, que tuvo en Aristóteles, su carácter liminarmente social y político (Política V I capítulo 2) pero que lo transformará en "un hombre" por la incorporación del lenguaje articulado, que le otorgará el fondo constitutivo de su hominidad, se manumita, de la Naturaleza primero y de la Historia después y se convierte en el avalista de los derechos humanos, pobre garante frente a un Derecho Internacional que hoy se estructura con apoyo en declaraciones, en tratados entre Estados soberanos y en acuerdos recíprocos sin coercibilidad efectiva en el mundo de lo real.

Inolvidables aquellas palabras de Platón de gratitud para con su adorado maestro recogidas en la "Apología" "doy gracias a Dios haber nacido griego y no bárbaro, libre y no esclavo, hombre y no mujer, pero por sobre todas las cosas doy gracias a Dios por haber nacido en la época de Sócrates" Es claro que lo mejor que puede sucederle a cualquier individuo desde la perspectiva del pensamiento de Hegel de revelación histórica del espíritu mundial, es haber tenido la insuperable suerte de haber nacido entre las personas adecuadas, en el momento histórico más aceptable. Es claro que esto es así porque para Platón, como seguramente también para Aristóteles y también para Hegel, ser miembro de la comunidad histórica significaba ser griego y no bárbaro en los primeros siglos de nuestra era, como más tarde fue preferible o deseable haber sido un ciudadano romano y no un bárbaro del siglo V antes de C. y en la Edad Media, privilegiado ser cristiano y no judío y ya, casi en los dinteles del siglo XIX, favorecido ser hombre y no mujer.

De ningún modo podemos admitir hoy, que somos iguales. Solo es verdad que llegamos a esa igualdad, formando parte de un grupo, y por el empeño de nuestra decisión de concedernos recíprocamente iguales derechos. La "extranjería" y no me refiero solo a la política sino también a la étnica, social y económica, es un símbolo elocuente del hecho de que la humanidad, como tal, individualmente, no pueda actuar por sí, ni cambiar nada por su sola voluntad.

"Cuando llegan a este último extracto de lo humano, entonces comienzan a pertenecer a la raza humana, de la misma manera que los animales pertenecen a una determinada especie animal" (Arendt, 1987, Los orígenes del totalitarismo) llegando a ser expulsados de la Humanidad, como en el medioevo lo fueron los proscriptos y los deportados.

Es bueno recordar aquí que la Revolución Francesa agregó la fraternidad al díptico de la libertad y de la igualdad, que fueron desde los griegos atributos esenciales de la condición política del ser humano y esa fraternidad tiene un lugar propio y natural, entre los perseguidos y los reprimidos, entre los explotados y los humillados, a quienes el siglo XVIII llamó los desdichados (les malheureux nos dice Hannah Arendt) y que pausadamente, poco a poco, pero inevitablemente, el siglo XIX convirtió en los miserables.

La historia humana es la historia del curso de estas tensiones entre el espíritu objetivado (Recaséns Siches) y el espíritu viviente que solo habita

en la intimidad de cada ser humano individual, que es en definitiva lo que soporta la concepción liberal, que es la matriz en la que se produce la proclamación de los derechos humanos, como un intento más de deprimir la sobrevaloración de los enormes poderes del Estado frente a la casi total indefensión del individuo. No podemos olvidar que el liberalismo está fundado sobre la noción del "valor absoluto de la personalidad humana, de la dignidad y de las excelencias humanas" (cita de John Hallowell en "La decadencia del liberalismo como ideología" recordada por Sebastián Soler en "Temas antiliberales" página 172). Interminable sería aquí recordar las etapas cumplidas por el ser humano en este proceso de individuación, hasta el reconocimiento definitivo, aunque frágil, de su humana dignidad.

Yo creo que es una utopía suponer que porque un Estado —cualquiera que sea el Estado— hubiese logrado, seguramente con no poco esfuerzo, sancionar un sistema de normas que garanticen las distintas manifestaciones de la libertad del hombre, y agregaría todavía más, hubiese estructurado un ordenamiento procedimental que se propongan asegurarlos, puede suponer que está en condiciones de afirmar, que ha logrado deificar en su seno, la libertad real del hombre.

No son liberales las constituciones que en lugar de pensar en los modos efectivos de asegurar las exigencias actuales de la efectiva protección de la personalidad humana, se contentan ingenuamente con su declaración o cuando no, lo que es mucho más grave, especular con malicia y espurias intenciones.

Los ordenamientos jurídicos no han podido resolver la miseria, no la pobreza que ennoblece, sino la indigencia que degrada y abre puertas a males mayores; tampoco ha podido siquiera encarar las mínimas condiciones de cédulas de habitabilidad decorosas (no digo viviendas que sería un término casi suntuario en algunos ámbitos cercanos a nuestras metrópolis) y de requisitos elementales de salud básica primaria.

Ha postergado las más claras y simples cuestiones de razas, manteniendo sumergidos inmensos grupos humanos, que sirven solo de instrumento de explotación colonial. Ha abandonado a grandes sectores del privilegio de la educación, que se exhibe como un artículo de lujo en las grandes ciudades para mostrarlos al turismo extranjero y los ha fanatizado en predicas idolátricas que son la única provisión cultural de

algunas limitadas porciones de habitantes originarios, que son ni más ni menos que los dueños originarios de la tierra.

Creo estéril seguir este largo y bochornoso enunciado, porque lo peor es que se ha llegado a la incomprensión de la libertad, reemplazada por el libertinaje y sustituida por un "patoterismo piquetero", tolerado y estimulado por quienes tendrían la obligación de reencausarlo en el camino de la libertad con respeto y con dignidad primero y de reprimirlo después si ello fuera absolutamente necesario para asegurar los derechos de los demás. Nuestros funcionarios responsables de custodiar el orden institucional de la República, desde las más altas magistraturas de los tres poderes del Estado, hasta el más intrascendente de los "pinches" de la burocracia, han asumido una capacidad notable de no ver, ni sentir, ni oler, la carcoma que nos corroe.

El único precio de los derechos humanos es su positivización y en todo caso su supra positivización, protegidos por el control de una vigilancia democrática, honesta y responsable.

El trágico dilema de nuestro tiempo respecto de la intangibilidad de los derechos humanos, es plantearnos o la quimera de un estado natural, —como tal vez lo imaginó Kant, desde su comarca natal— que hoy podría ser casi una irrealizable fantasía, y que podría implicar además, llevar a su realización más ambiciosa, la paradoja de la propia destrucción del derecho internacional, o la misma fundamentación de los derechos humanos, en una moral absoluta que no podría superar, en el mejor de los casos, el plano de las declaraciones y de las buenas intenciones.

"Nadie puede ser tan ciudadano del mundo, como es ciudadano de su país" decía Jaspers en "Origin and Goal of History" (1954 página 193) ya que de la noción misma de una ley soberana que gobierne toda la Tierra y posea el monopolio absoluto de la fuerza, sin ningún control de otras potencias soberanas, no solo es una pesadilla de tiranía, sino que importaría directamente el fin de toda vida política tal como la concebimos hoy. Un ciudadano es por definición un ciudadano entre ciudadanos de un país entre países y sus derechos y deberes deben estar definidos y delimitados no solo por los de sus conciudadanos, sino por los límites de un territorio.

La Humanidad, que en la antigüedad y aun en la modernidad nunca fue más que un concepto, no pocas veces una ilusión y casi siempre

una invención, se ha convertido en una realidad exigente e inminente. La Humanidad no debe su existencia a los sueños de los humanistas, ni a las elaboraciones sesudas de los filósofos y ni siquiera a los hechos políticos sino, casi con exclusividad, a los avances de la tecnología del mundo occidental. Y ello, porque seguramente por vez primera en la Historia universal, todos los pueblos del mundo tienen un ahora y un ya que los identifica, ya que ningún acontecimiento de alguna magnitud en cualquier lugar del mundo, puede ser comprendido u ocultado, como un accidente circunstancial en la vida de los demás. Cada nación, cada pedazo de nación, cada barrio, se ha convertido en el vecino inmediato de todos los demás y de alguna manera todos, recibimos las consecuencias de los hechos que suceden en cualquier lugar del mundo, cuando ellos tienen la dimensión suficiente.

Creo con Bulygin que los derechos humanos son una "muy frágil pero no por eso menos valiosa conquista del hombre, a la que hay que cuidar con especial esmero, si no se quiere que esa conquista, se pierda, como tantas otras" (Doxa 4 (1987) 79)

Estoy persuadido que cuando miramos al derecho positivo –interno o internacional– con una actitud de desdén, no se tiene en cuenta que todos o casi todos sus productos, son la consecuencia de largos y penosos procesos históricos y muy pocas veces, extravagancias ocasionales de algún legislador inspirado o trasnochado. El derecho positivo es el que extrae del mundo especulativo, los instrumentos para ser más noble y mejor nuestra convivencia con los demás y lo expone a la confrontación con la realidad.

Después de milenios del Sermón de la Montaña, superando inteligencias luminosas como las de Aristóteles y Santo Tomás de Aquino, es indudable que fue el cristianismo el que transformó definitivamente los valores y los sentimientos humanos, pero ello no obstante, fue necesario el derecho positivo en Gran Bretaña en 1833, en México en 1827, en Francia en 1848, en Portugal en 1858 en España 1868, y después de ello, muchos años más, para que casi todas las naciones civilizadas del orden, abolieran el escarnio de la esclavitud.

Y sin embargo hoy, se ha abolido la servidumbre como sumisión y los coolies de los países orientales, y los indios y los africanos de distintos lugares del mundo y los indocumentados de todos los confines de la tierra, la padecen.

Pareciera necesario superar el plano de la doctrina en el que valoramos opiniones y creencias y someternos al proceso histórico en el que funciona el pensamiento dogmático y en el que manejamos objetos respecto de los cuales es posible –no necesario– pero con absoluta certeza exigente y coercitivo. Y estos objetos no son otra cosa que los enunciados normativos prescriptivos con arreglo a los cuales, en caso de infracción, los violadores serán juzgados y si correspondiere condenados. “Inserto el pensamiento jurídico en el curso incesante de ese devenir histórico, el dogmático trabajará apoyado con la fuerza intelectual de todas las generaciones pasadas y con la experiencia de millares de años que pasaron” (R. von Ihering en “El Espíritu del Derecho Romano” citado por Sebastián Soler en “Las palabras de la ley”). Por eso es que creemos que precisamente de la aparente debilidad y relatividad del pensamiento dogmático real, histórico y acotado, es de donde emerge su grandeza, su dignidad y su enorme autoridad.

El derecho, es decir la estructura prescriptiva parece no alcanzar, pero tampoco parece precisar, de una metafísica racional y universal.

En estos “tiempos de oscuridad” (Arendt) lo importante no es no continuar enturbiando la conciencia y la voluntad bajo torrentes de declamaciones que no aseguran nada a nadie y especialmente a quien más lo necesita.

Sin la positivización supranacional de los derechos humanos siempre habrá lugar, para sustentar que el enemigo tiene menos derechos que nosotros. No creo que estemos en el ocaso de nuestra civilización que profetizó Spengler, hace ya demasiado tiempo para creer en ello. El vuelo de Minerva, solo se conoce en el crepúsculo. En un pequeño y no menos bello libro de Morrie Schwartz, profesor de Sociología de la Universidad de Massachusetts (USA) que indaga en los temas esenciales de la vida, como el amor, la cultura, la riqueza, en fin sobre la vida y la muerte, uno de los más sabios consejos que el ilustre profesor le deja a su amado discípulo Mitch –una especie de Sócrates en los diálogos platónicos– dice: invierte en la familia humana. Invierte en las personas. Construye una pequeña comunidad con los que amas y con los que te aman. Al principio de la vida, cuando somos niños recién nacidos, necesitamos de los demás para sobrevivir ¿verdad? Y al final de la vida, cuando te pones como yo, necesitas de los demás para sobrevivir ¿verdad? Pero he aquí el secreto: entre las dos cosas también necesitamos de los demás ... Quizá el secreto esté en vivir no con más, sino con los demás.

Yo estoy persuadido que sin metafísica racional y universal, los derechos humanos son parte del Derecho Internacional Consuetudinario (*Jus cogens*).

No desconozco que el fenómeno de la globalización ha puesto en jaque el concepto tradicional de soberanía, pero es absolutamente necesario comprender, que el modelo de nación soberana del siglo XXI no puede ser el del nacionalismo del siglo XIX, intensamente insolidario, permanentemente a la defensiva del vecino que pudiera amenazar sus fronteras, siempre pensando en el beneficio económico que el inmigrante nos pueda traer. Es indispensable, creo yo, comprender la necesidad de reemplazarlo por un modelo diferente de soberanía que descrea del materialismo interesado, y se constituya en un modelo prototipo y dialógico, donde lo de cada uno se realiza con el otro, y no contra él. Cuando lleguemos a esa cima, la libertad personal, la libertad individual no terminará donde comienza la libertad del otro sino que, allí apenas habrá de comenzar la maduración de un proyecto común, donde el yo y el tú, devengan en un nosotros.

SEGUNDA SECCIÓN

PREMIO 2007 AL JOVEN INVESTIGADOR

SEGUNDA SECCIÓN

PREMIO 2007 AL JOVEN INVESTIGADOR

"CUESTIONES METODOLÓGICAS QUE LA ANALYTICAL JURISPRUDENCE ACTUAL TODAVÍA NO HA RESUELTO"

Por Juan Bautista Etcheverry

En las páginas siguientes no se reflexionará directamente sobre el Derecho sino sobre los presupuestos metodológicos de una teoría que intenta explicarlo: la versión actual de la teoría analítica anglosajona del Derecho —de ahora en adelante, *analytical jurisprudence*—.

Sabido por todos es que el padre de la *analytical jurisprudence* actual —Hart— propone explicar la "naturaleza" o "esencia" del Derecho por medio del análisis conceptual del Derecho¹ y que este modo de aproximarse al estudio del Derecho ha dado lugar a una teoría que analiza de forma "general" —porque no se encuentra atada a un sistema jurídico o cultura jurídica particular— y "descriptiva" —porque es moralmente neutral y no tiene ningún propósito justificativo²— "nuestro" concepto de Derecho.

Si bien durante muchos años estos presupuestos metodológicos prácticamente no han sido explicados o defendidos de forma directa y pormenorizada —salvo honrosas excepciones³—, recientemente esta cues-

¹ En concreto, Hart cree que el análisis de los conceptos relevantes puede agudizar la percepción de los fenómenos y evitar confusiones comunes. Cfr. H. L. A. HART, "The Concept of Law", Oxford, Clarendon Press, 1961, traducción de G. CARRIÓ, "El Concepto de Derecho", Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963, XII y capítulo I, de ahora en adelante CD, y *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, 2-3.

² Cfr. H. L. A. HART, *Postscript*, en "The Concept of Law" (segunda edición), Oxford, Clarendon Press, 1994, 239 ss. De ahora en adelante, *Postscript*.

³ Hay que reconocer que hace ya varios años Hart y Raz han tratado algunas de estas cuestiones. Cfr. H. L. A. HART, "Definition and Theory in Jurisprudence", en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1983, 21-48 y J. RAZ, "La cuestión de la naturaleza del Derecho", en *Ethics in the Public*

tión ha despertado el interés de varios teóricos del Derecho⁴. De hecho, esto parece haber sacado a la luz una serie de dificultades que todavía necesitan ser resueltas

Con este trabajo solamente se busca dar cuenta de cinco de las dificultades —o tensiones internas— que esta teoría debe afrontar, para luego dejar en evidencia lo insuficiente que resultan los recientes esfuerzos por resolverlas. En concreto, estas dificultades están relacionadas con el hecho de que la *analytical jurisprudence* actual propone una teoría que busca esclarecer la “naturaleza” o “esencia” de un fenómeno —el jurídico— que considera puramente contingente. A su vez, esta teoría pretende ser “general”, pero sólo analiza “nuestro” concepto de Derecho, y “descriptiva”, pero admite la necesidad de acudir a valoraciones para explicar el Derecho. Por último, se buscará averiguar en que medida el hecho de que esta teoría sólo sea “descriptiva” limita su capacidad, por un lado, para explicar una práctica normativa como el Derecho y, por el otro, para ofrecer resultados que resulten interesantes para la práctica jurídica. Este trabajo terminará haciendo una recapitulación de las consideraciones que irán surgiendo a lo largo de su desarrollo. Se espera que dichas reflexiones sirvan para iluminar el alcance, sentido y posibilidad de este tipo de teoría.

1. Una teoría “general” que sólo analiza “nuestro” concepto de Derecho

En primer lugar, a primera vista parece haber cierta tensión entre la intención de hacer una teoría “general” o “universal” que únicamente analiza “nuestro” concepto de Derecho. De hecho, el objetivo de elaborar una teoría capaz de explicar las propiedades que todo fenómeno debe exhibir, en cualquier tiempo y lugar, para ser considerado Derecho puede no parecer del todo compatible con el medio escogido para obtener dicho resultado: el estudio únicamente de “nuestro” concepto de Derecho⁵. En el caso concreto

Domain, Oxford, Oxford University Press, 1994, traducción de M. L. MELON, “La ética en el ámbito público”, Barcelona, Gedisa, 2001, 211-226.

⁴ Aparte de las últimas declaraciones de Hart publicadas en el *Postscript*, recientemente han surgido muchos trabajos sobre esta cuestión. Por ejemplo, autores como RAZ, GREEN, SCHAUER, POSTEMA, WALUCHOW, COLEMAN, BIX, MARMOR, HIMMA, DICKSON, MOORE, BULYGIN, ALEXY, DWORKIN, PERRY, LEITER y FINNIS, se han interesado por este asunto. De hecho, a lo largo de este trabajo se tendrán en cuenta algunas de sus opiniones al respecto.

⁵ De algún modo, uno de los principales defensores de esta metodología —RAZ— parece admitir esto al sugerir que esta teoría, además de general, es local,

de Hart, el concepto de Derecho que propone parece derivar del lenguaje y de las prácticas jurídicas británicas. Por ello, lo que realmente se propone es examinar si otras culturas tienen "Derecho" a partir de lo que la sociedad inglesa de su tiempo concibe como "Derecho". Esto puede hacer parecer que la *analytical jurisprudence* actual es más local de lo que se pretendía.

Contra esta acusación se ha respondido –en concreto, Raz– que si lo que se quiere es comparar instituciones como el Derecho en diferentes culturas, es necesario tener alguna idea sobre qué es el Derecho, cuáles son sus características esenciales, etc. Por ello, será al menos necesario contar con algunas ideas provisionales sobre la naturaleza del Derecho para poder elegir lo que se está buscando comparar⁶.

Si bien esta defensa del modo en que esta teoría es general puede parecer inobjetable⁷, algunas cuestiones necesitan ser precisadas para que el alcance de esta afirmación pueda ser debidamente valorado. En primer lugar, esta teoría sólo permite conocer "nuestro" concepto de Derecho, que es local, y utilizarlo como medida para saber si otras sociedades –de diferente tiempo y lugar– comparten el fenómeno que concebimos como "Derecho". En segundo lugar, esta teoría del Derecho no busca explicar una realidad que vaya más allá del modo en que "nosotros" entendemos al Derecho –y que puede ser compartida por diferentes sociedades–, ni busca explicar el modo en que otras sociedades comprenden sus propias prácticas y organizaciones. En tercer lugar, esta teoría sólo parece capaz de explicar el Derecho de las sociedades que compartieron o comparten "nuestro" concepto de Derecho –no admitiendo la posibilidad de que alguna sociedad haya tenido o tenga Derecho si no compartió o comparte "nuestro" concepto de Derecho–. Esto resulta muy llamativo, porque parece implicar que a lo largo de la historia la mayoría de las sociedades no tuvieron Derecho. De hecho, esta teoría parece incapaz de explicar los sistemas normativos –ordinariamente considerados jurídicos– de sociedades a las que normalmente se les ha atribuido la tenencia de Derecho –v. g., el imperio Romano, etc.–, pues estos sistemas normativos no conforman las características que determina el concepto moderno de Derecho.

porque el concepto de Derecho es por sí mismo un producto de una cultura en particular. Cfr. J. RAZ, "On the Nature of Law", *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie* 82 (1998), 1-7.

⁶ Cfr. *Ibid.*, 3-7.

⁷ Cfr. M. MOORE, "Hart's Concluding Scientific Postscript", *Legal Theory* 4 (1998), 302-303.

2. Una teoría que busca la "naturaleza" o la "esencia" de una práctica contingente

Si bien el modo en que la *analytical jurisprudence* actual afirma que su teoría es "general" parece suponer que el fenómeno que analiza es "universal", lo cierto es que el Derecho es considerado una práctica social completamente contingente, una cuestión local cuyas características y contenido dependen puramente de instituciones, hechos y comprensiones locales⁸.

Esta consideración del Derecho como una práctica social puramente contingente parece poner en duda la posibilidad de que el fenómeno jurídico tenga una "esencia" o "naturaleza". Dicho de otra manera, el intento de la *analytical jurisprudence* actual de buscar la "naturaleza" de una práctica considerada completamente contingente tiene la dificultad de buscar lo inmutable dentro de lo considerado contingente⁹. De hecho, varios defensores de esta teoría se han dado cuenta de esto y han intentado ofrecer algún tipo de explicación.

Algunos –v. g., Dickson–, sugieren que la búsqueda de este tipo de características "necesarias" del Derecho por parte de la *analytical jurisprudence* actual no presupone ni defiende que existan: "simplemente se estipula que si existen tales propiedades, entonces una teoría jurídica exitosa del tipo que estamos considerando debe encontrarlas"¹⁰. En otras palabras, esta defensa deja abierta la cuestión de si existen o no propiedades esenciales o necesarias del Derecho, y sugiere que el tipo de teoría que defiende será inútil sólo cuando se pruebe que dichas propiedades en realidad no existen. Esta respuesta suena un tanto extravagante porque, por un lado, afirma que esta teoría sólo se dedica a teorizar sobre un tipo de características –"necesarias"– del Derecho que no se sabe si existen¹¹.

⁸ Cfr. L. GREEN, "General Jurisprudence: A 25th Anniversary Essay", *Oxford Journal of Legal Studies* 25 (2004), 565.

⁹ Cfr. B. BIX, "Palabras previas", en "Teoría del Derecho: ambición y límites", Madrid, Marcial Pons, 2006, traducción de P. E. Navarro, 15. Si bien Bix ha dedicado un artículo a esta cuestión –"Raz on Necessity"–, reconoce no haber logrado grandes progresos sobre esta cuestión. Cfr. B. BIX, "Book Review: Evaluation and Legal Theory", cit., 235, n. 14.

¹⁰ J. DICKSON, "Evaluation and Legal Theory", Oxford, Hart Publishing, 2001, traducción de J. Vega Gómez, *Evaluación en la teoría del Derecho*, México, UNAM, 2006, 23.

¹¹ Por ello, por más que se afirme lo contrario, lo que parece que se está haciendo es asumir indirectamente, sin defender, la idea de que el Derecho tiene una

y, por el otro, obvia la dificultad de compatibilizar la idea de "naturaleza" –o la referencia a elementos "esenciales" o "necesarios"– del Derecho con la tesis de que el Derecho es puramente un artefacto social cambiante.

Otros –v. g., Schauer–, en cambio, pretenden superar la tensión que supone buscar la "naturaleza" de un fenómeno considerado puramente contingente, aclarando que lo que en realidad busca el análisis del concepto de Derecho son las características "esenciales" de "nuestro" concepto de Derecho, es decir, las características "necesarias" de un concepto contingente¹². Esta aclaración supone una renuncia a la idea de que exista una "naturaleza" del Derecho necesaria y susceptible de un estudio transcultural, que se fundamenta en la creencia de que dicha "naturaleza" es definida por "nuestro" concepto –local– de Derecho. De hecho, se cree que la búsqueda de verdades conceptuales relativas al Derecho no termina nunca, ya que –entre otras cosas– "nuestro" concepto de Derecho fluye¹³. Esta fluidez no es considerada un problema para los objetivos de la *analytical jurisprudence* actual, porque se cree que lo que ésta busca es congelar una imagen –como lo hace una fotografía instantánea– de un ente que cambia continuamente¹⁴.

Uno de los inconvenientes de reducir el objetivo de la teoría del Derecho –y la explicación de su "esencia" o "naturaleza"– a la explicación de un concepto concreto de Derecho –el "nuestro"–, es que limita su capacidad explicativa. En concreto, este tipo de teoría sólo sería capaz de "explicar" el Derecho de las sociedades que poseyeron o poseen "nuestro" concepto de Derecho –no admitiendo la posibilidad de que alguna sociedad haya tenido o tenga Derecho si no poseyó o posee "nuestro" concepto de Derecho¹⁵–. Como se ha visto, esta idea es difícil de defender porque

"naturaleza". Esto hace que algunos autores interpreten este tipo de afirmaciones como una petición de principio. Cfr. B. BIX, "Book Review: Evaluation and Legal Theory", *Australian Journal of Legal Philosophy* 28 (2003), 234-235.

¹² Cfr. J. COLEMAN, "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis", *Legal Theory* 4 (1998), 393, n. 24.

¹³ Cfr. J. RAZ, "On the Nature of Law", cit., 6.

¹⁴ Cfr. F. SCHAUER, "The Social Construction of the Concept of Law: A Reply to Julie Dickson", *Oxford Journal of Legal Studies* 25 (2005), 498.

¹⁵ Raz advierte este problema en J. RAZ, "Can There Be a Theory of Law", en M. P. Golding y W. A. EDMUNDSON (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Malden, Blackwell, 2004, traducción de R. Sánchez Brígido, ¿Puede haber una teoría del Derecho?, en J. RAZ, R. ALEXI y E. BULYGIN, "Una discusión sobre la teoría del Derecho", Madrid, Marcial Pons, 2007, 72.

parece implicar que a lo largo de la historia la mayoría de las sociedades no tuvieron Derecho. Por otra parte, esto significa que son admisibles tantas teorías sobre la "naturaleza" del Derecho como análisis del modo en que diferentes sociedades usan el concepto de Derecho. Es decir, que habrá una teoría inglesa de la "naturaleza" del Derecho, una teoría alemana de la "naturaleza" del Derecho, etc.¹⁶. Todas estas aclaraciones sobre el sentido con que el se utilizan ideas como las de "esencia", "naturaleza", "general", etc., llevan a preguntas relativas a la utilidad –en aras de la claridad– de aplicar este lenguaje –en algunos casos metafísico– a prácticas que son consideradas como puramente contingentes y a explicaciones que son más locales que generales¹⁷.

Por último, hay quienes –en concreto, Raz– parecen reconocer la tensión que existe entre el estudio de la naturaleza del Derecho como tal –universal– y el estudio de nuestra auto-comprensión encapsulada en "nuestro" concepto de Derecho –local–¹⁸. Por ello, –y contra lo que se cree que es la posición de Hart¹⁹–, se sostiene que hay una diferencia entre la explicación de un concepto y la explicación de la naturaleza de una cosa. Esta distinción sería posible porque se cree que la explicación de un concepto no busca solamente –como creería Hart– la comprensión de todos los rasgos necesarios de su objeto –es decir, su completo dominio–, sino también las condiciones mínimas que son necesarias para poseerlo. De hecho, se afirma que la mayoría de los conceptos son dominados y entendidos sólo de modo incompleto. Esto permitiría explicar por qué las personas pueden cometer errores sobre los conceptos que dominan de

¹⁶ Moore considera que para Hart el Derecho es de tipo "nominal", es decir, que su naturaleza es dada por el modo en que comúnmente se catalogan los ejemplos de uso de este concepto. Cfr. M. MOORE, "Law as a Functional Kind", en R. GEORGE, (ed.), *Natural Law Theory*, Oxford, University Press, 1992, 206-208.

¹⁷ Cfr. B. BIX, "Legal Theory: Types and Purposes", en *IVR Encyclopedia of Legal Theory*, traducción de E. FRONTINI, "Teoría del Derecho: Tipos y propósitos", en *Teoría del Derecho: ambición y límites*, cit., 30-31.

¹⁸ Cfr. J. RAZ, "¿Puede haber una teoría del Derecho?", cit., 66-67.

¹⁹ Recientemente Rodríguez-Blanco pone en duda que esta sea realmente la posición de Hart al aclarar que si bien el profesor oxoniense busca explicar la realidad que está detrás de las palabras por medio del análisis conceptual, su teoría semántica puede ser considerada modesta –o no ambiciosa– porque no cree que este tipo de método –la comprensión de nuestros conceptos "a priori"– asegure el conocimiento de los fenómenos expresados por los conceptos. Cfr. V. RODRÍGUEZ-BLANCO, "A Defense of Hart's Semantics as Nonambitious Conceptual Analysis", *Legal Theory* 9 (2003), 122-124.

forma incompleta y por qué explicar un concepto es cercano a explicar la naturaleza de aquello de lo que es un concepto y, sin embargo, las dos tareas difieren. A partir de estas afirmaciones se concluye –a diferencia de Hart– que la tarea primaria de la teoría del Derecho es explicar su naturaleza y que la explicación del concepto de Derecho es solamente una tarea secundaria –relevante para los países en los que su población posee dicho concepto²⁰–.

El alcance de las afirmaciones de esta posición resulta un tanto confuso. De hecho, varios autores, dispares entre sí, –Dworkin, Bulygin, Bix– dudan y especulan sobre esto. Básicamente se presentan dos tipos de interpretaciones: i) las que consideran que con esta respuesta a la cuestión de la naturaleza del Derecho se está haciendo un giro hacia una tipo de teoría referencial y semántica como la de Kripke, Putnam o Moore²¹; y ii) las que aclaran que no se buscan teorías platónicas sobre tipos naturales, sino una noción de “necesidad” relativa a una sociedad, a un momento o a un modo de vida²².

Las dudas surgen porque quienes defienden la distinción entre la explicación de la naturaleza –universal– del Derecho y su concepto –local–, por un lado, observan que la realidad física no cambia si adquirimos o no un concepto para designarla –si bien se aclara que, a diferencia del Derecho, otras cosas, como el matrimonio, pueden ser consideradas sociales porque no pueden existir si su concepto no existe– y, por el otro, sugieren que el Derecho tampoco es considerado un designador rígido –es decir, un sustantivo que está determinado por el modo en que la realidad está dividida, independientemente de los hablantes²³–. En otras palabras, lo que hace que esta posición sea confusa es que si bien deja en claro que el Derecho no es una cosa cuyas propiedades dependan completamente de su concepto, y que tampoco es una cosa que depende simplemente del

²⁰ Cfr. J. RAZ, “¿Puede haber una teoría del Derecho?”, cit., 52-56.

²¹ Especulan con esta opción Dworkin y Bulygin. Cfr. E. BULYGIN, “Raz y la teoría del Derecho. Comentarios sobre «¿Puede haber teoría del Derecho?»”, en J. RAZ, R. ALEXI y E. BULYGIN, “Una discusión sobre la teoría del Derecho”, cit., 99-102 y R. DWORKIN, “The Concepts of Law”, en *Justice in Robes*, Mass., Harvard University Press, 2006, 229.

²² Cfr. B. BIX, “Raz on Necessity”, *Law and Philosophy* 22 (2003), 555-556.

²³ Prueba de esto último es que se considera que el concepto de Derecho cambia. Cfr. J. RAZ, “Teoría y conceptos. Réplica a Alexi y Bulygin”, en J. RAZ, R. ALEXI y E. BULYGIN, “Una discusión sobre la teoría del Derecho”, cit., 117-118.

modo en que las cosas son; lo que no se hace es precisar específicamente en qué medida las propiedades del Derecho dependen o no de "nuestro" concepto de Derecho.

A fin de aclarar esta cuestión, quienes defienden esta posición recientemente han sostenido que el Derecho es "un tipo de institución social" que es "aislado" o "designado" por el concepto de Derecho. Por ello, se cree que la búsqueda de la naturaleza del Derecho "supone" una comprensión del concepto de Derecho –y, por lo tanto, de "nuestra" cultura–. Esto significa que al intentar comprender la naturaleza del Derecho en gran medida lo que se estudia es "nuestra" auto-comprensión, ya que, la identificación de una institución social como el Derecho no es introducida por académicos al estudiar la sociedad sino que es parte de la auto-consciencia, del modo en que "concebimos" y "comprendemos" "nuestra" sociedad²⁴.

Las dificultades que tiene que enfrentar esta posición no difieren mucho de las advertidas contra la visión que identifica la explicación de la naturaleza del Derecho con la explicación de su concepto. Si bien la posición que distingue entre estas dos explicaciones expresamente permite reconocer que puede existir Derecho en una sociedad que no tenga un concepto de Derecho²⁵, en última instancia, para esta visión, lo que determina si unas instituciones son jurídicas no es otra cosa que "nuestro" concepto de Derecho. En otras palabras, esta propuesta es "universal" en el sentido de que se aplica a toda institución jurídica que se encuentre en cualquier momento y lugar, siempre y cuando sea reconocida como tal por "nuestro" concepto de Derecho²⁶. En definitiva, la generalidad o universalidad de esta propuesta

²⁴ Cfr. RAZ, "¿Puede haber una teoría del Derecho?", cit., 65. Sobre la idea –de Raz– de que comprender nuestro Derecho es una forma de auto-comprensión, Dworkin observa que dicha idea no parece muy compatible con el análisis conceptual. De hecho, sugiere que hay mejores caminos para auto-comprendernos y que cuando analizamos el concepto de Derecho lo hacemos para saber qué hacer, no para conocernos. Cfr. R. DWORKIN, "The Concepts of Law", en *Justice in Robes*, cit., 229.

²⁵ Como ejemplo de sociedad que no tenía concepto de Derecho pero sí instituciones jurídicas se nombra a las sociedades teocráticas judías. Además, se afirma que esta posición no tiene porque ser contraria a la tesis de Hart de que no puede haber un sistema jurídico si parte de la población no tiene una actitud interna hacia el Derecho, ya que no se cree que esta conciencia sobre las reglas signifique necesariamente conciencia de que dichas reglas son jurídicas. Cfr. RAZ, "¿Puede haber una teoría del Derecho?", cit., 66-86.

²⁶ Cfr. *Ibid.*, 74.

también implica sostener que a lo largo de la historia la mayoría de las sociedades no tuvieron Derecho. A esta crítica se ha replicado advirtiendo su incorrección, ya que se considera que "nuestro" concepto de Derecho es cada vez más inclusivo y menos local —en parte debido a la expansión de "nuestro" conocimiento sobre la historia y el mundo—²⁷. El problema de esta respuesta es que si el supuesto proceso de expansión que ha sufrido el concepto de Derecho "occidental" en los últimos siglos se debe, al menos en parte, a la ampliación de nuestro conocimiento, no resulta para nada clara —desde los presupuestos metodológicos que se comentan— la relación que puede existir entre esta mayor capacidad de conocer prácticas y la expansión de dicho concepto de Derecho. En otras palabras, si se considera que sólo el concepto de Derecho que surge de unas prácticas concretas determina qué es y qué no es Derecho a lo largo de la historia y de las distintas sociedades, parecería que el conocer nuevas prácticas que no conforman el concepto de Derecho del que se parte no tendría por qué ayudar a que dicho concepto de Derecho se expanda. Un ejemplo quizá ayuda a comprender lo que se quiere decir. Supongamos que finalmente el hombre consigue llegar a Marte y que en dicho planeta se encuentra con otra forma de vida parecida a la vida humana que conocemos. Al estudiarse analíticamente las prácticas de dichos seres se establecerá —entre otras cosas— si algunas de dichas prácticas son jurídicas a partir de "nuestro" concepto de Derecho. Lo que no queda claro es en qué medida este descubrimiento puede llegar a aportar algo a "nuestro" concepto de Derecho, ya que es este quien apriorísticamente establece qué es y qué no es Derecho.

3. Una teoría "descriptiva" que necesariamente debe acudir a valoraciones

Otra de las dificultades que tiene que enfrentar la *analytical jurisprudence* actual está relacionada con su carácter "descriptivo". Para explicar esta cuestión en primer lugar se intentará determinar en qué sentido esta teoría es "descriptiva". En concreto, una posibilidad es que esto implique que su propósito es describir algo —en este caso un fenómeno— sin hacer ningún tipo de juicio de valor sobre lo que se analiza —es decir, una teoría avalorativa—²⁸. Puede que existan teorías sobre el Derecho que se proponen

²⁷ Cfr. *Ibid.*, 68.

²⁸ Algunos autores han decidido llamar a este tipo de teorías como "puramente descriptivas", distinguiéndolas del tipo de teoría descriptiva —analítica o conceptual— que hace Hart. Cfr. B. BIX, "Teoría del Derecho: Tipos y propósitos", cit., 18-19.

este objetivo –un ejemplo de esto podrían ser las teorías sociológicas del Derecho–; sin embargo, existen razones para pensar que este no es el tipo de teoría que propone la *analytical jurisprudence* actual²⁹. Como se ha visto, esta teoría del Derecho pretende ser catalogada de conceptual o analítica porque busca ofrecer verdades sobre el Derecho en “general”, intentando captar su “esencia” o “naturaleza” por medio del análisis conceptual. Por ello, puede decirse que esta teoría del Derecho no es “meramente descriptiva”, en el sentido de que lo que se intenta hacer es algo más que un mero reporte de datos u observaciones locales³⁰. No obstante, sigue siendo “descriptiva” en el sentido de que pretende describir el modo en que las cosas son, antes que criticarlas o prescribir cómo deben ser. De esta manera, los defensores de esta propuesta –incluso embrionariamente, el propio Hart³¹– reconocen que para poder cumplir con su propósito –que sea a la vez general y descriptiva– es necesario llevar adelante selecciones y valoraciones que permitan organizar los datos que quieren describirse de forma tal que se desechen algunos aspectos de la práctica y se enfaticen otros. Sin embargo, buscan probar que esto no implica que esta teoría sea justificativa o deje de ser moralmente neutral, ya que el tipo de valoración que se reconoce como necesaria es sobre la importancia de los diferentes rasgos de las organizaciones sociales y, por lo tanto, es considerada no moral³². En la actualidad este tipo de valoración de importancia ha sido denominado –por algunos autores– valoración indirecta –para diferenciarla de la valoración directa o moral–³³. Con esta propuesta, lo que se intenta es encontrar una categoría intermedia entre las teorías catalogables como “descriptivas” y “normativas”. Por ello, al llevar a cabo este

²⁹ Como se verá a continuación, por momentos la propuesta teórica de Hart no parece ser “puramente descriptiva”. No obstante, hay que reconocer que la terminología que el profesor inglés ha elegido para caracterizar su teoría ha sido algunas veces confusa, lo que irremediablemente ha llevado a equívocos y a la necesidad de aclaraciones. Para ejemplificar esto basta con recordar que el propio Hart ha sugerido que “El concepto de Derecho” también puede ser considerado un ensayo de sociología descriptiva. Cfr. CD, XI.

³⁰ Cfr. J. COLEMAN y B. LEITER, “*Determinacy, Objectivity, and Authority*”, en A. MARMOR, (ed.), *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1995, 207.

³¹ Cfr. H. L. A. HART, “*Comment on Dworkin ‘Legal Theory and the Problem of Sense’*”, en R. GAVISON (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1987, 39.

³² Cfr. J. RAZ, “*La cuestión de la naturaleza del Derecho*”, cit., 226.

³³ Cfr. J. DICKSON, *Evaluación en la teoría del Derecho*, cit., principalmente capítulos II y III.

esfuerzo también se critica el uso de la dicotomía descriptivo/normativo para caracterizar los debates metodológicos de la teoría jurídica, por considerarla en exceso simplista³⁴.

A fin de desarrollar y defender esta propuesta, recientemente se han hecho esfuerzos por precisar las supuestas diferencias entre las valoraciones morales o directas y las no morales o indirectas³⁵. En concreto,

³⁴ Cfr. *Ibid.*, 38-39 y J. COLEMAN, *The Practice of Principle*, cit., 3 ss. y 175 ss. Basándose en esta idea, otros defensores de esta propuesta metodológica han sugerido la existencia de otros valores no morales —denominados meta-teóricos— que toda teoría del Derecho debe tener en cuenta para ser exitosa. En este sentido, se ha reconocido que así como la teoría del Derecho —en tanto teoría— tiene un propósito —desarrollar y comunicar argumentos de manera eficaz y coherente—, el modo en que debe buscarse dicho objetivo puede ser mejor o peor según sea o no conforme con determinadas cualidades tales como la sencillez, la claridad, la exhaustividad, la elegancia o la coherencia. De esta manera, se sugiere que las teorías descriptivas del Derecho podrían ser valoradas conforme a estos criterios no morales. Cfr. J. COLEMAN, *The Practice of Principle*, cit., 3 y 199 ss. y W. WALUCHOW, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1994, 19-29. Quienes han hecho hincapié en la valoración indirecta de importancia para la teoría del Derecho —v. g., Dickson— distinguen esta valoración no moral de las valoraciones meta-teóricas, también consideradas no morales o indirectas. La diferencia radicaría en que la valoración de importancia sería un tipo de valoración no moral necesaria y propia de la teoría del Derecho —y no indispensable para toda actividad teórica—, mientras que las valoraciones meta-teóricas se aplican a toda actividad teórica, incluida la jurídica. Por ello, se llega a calificar a la valoraciones meta-teóricas como “inocentes”, “triviales” o “netamente meta-teóricas”. Cfr. J. DICKSON, *Evaluación en la teoría del Derecho*, cit., 41-48. Contra esta distinción entre las valoraciones meta-teóricas y las de importancia se ha respondido que perfectamente podría considerarse que la valoración de importancia es en realidad una valoración meta-teórica, porque parece ser un valor que también es aplicable a toda actividad teórica —incluso a las ciencias “duras” como la química, etc.—. Cfr. K. E. HIMMA, “Book Review: Evaluation and Legal Theory”, *Law and Politics Book Review* 12 (2001), 569. Recientemente Raz aclara que las denominadas valoraciones “meta-teóricas” no se aplican al concepto de Derecho porque se cree que estas consideraciones teóricas abstractas son relevantes sólo cuando los académicos introducen una clasificación o un concepto para facilitar su investigación o la presentación de sus resultados. Sin embargo, este no es el caso del concepto de Derecho que no es parte del aparato escolar de ninguna disciplina sino que es un concepto imbricado en la auto-comprensión de nuestra sociedad. Cfr. RAZ, “¿Puede haber una teoría del Derecho?”, cit., 64-65.

³⁵ Cfr. J. DICKSON, “Evaluación en la teoría del Derecho”, cit., 48-89 y W. WALUCHOW, “Inclusive Legal Positivism”, cit., 19-29.

se sostiene que si bien valorar siempre significa adscribir valor a algo, existen diferentes tipos o categorías de proposiciones valorativas. Así, puede existir una categoría –básica– de valor como la propiedad de “ser bueno”, que corresponde a lo que se ha llamado las valoraciones directas o simplemente valoraciones morales. Sin embargo, se considera que este tipo de valoraciones son sólo un tipo o categoría –entre otras posibles– de proposiciones valorativas. De hecho, se afirma que muchas de las proposiciones que se consideran valorativas no encuadran en esta categoría. Por ejemplo, la categoría que sugiere que algo es importante no consiste en adscribirle un carácter de bueno a lo que se le ha adscrito importancia³⁶. Para que esta distinción conserve su sentido, también se busca probar que si bien puede existir una relación –o más de una– entre las valoraciones directas o morales y las indirectas o no morales, dicha relación no implica necesariamente que toda valoración no moral –indirecta– deba sustentarse en una moral –directa–³⁷.

Hechas estas aclaraciones se intenta mostrar que “la naturaleza de los fenómenos que están en consideración y la forma en que pensamos sobre los mismos, es lo que impulsa el enfoque de evaluación indirecta como el adecuado para entender el Derecho”³⁸. Para esto se sostiene que es parte de nuestro entendimiento común del Derecho el que donde se encuentra la existencia de un sistema jurídico, éste opera a través de instituciones y procedimientos distintivos que no dependen de su capacidad para ser ejemplos de una coerción justificada del Estado o para lograr el bien común³⁹.

Además, se presentan distintas formas de sustentar juicios indirectos sobre el Derecho que supuestamente no dependen de valoraciones directas o morales. En concreto, se cree que un ejemplo de esto puede hallarse en la valoración de importancia que se sustenta en que lo valorado como importante es algo que todo Derecho invariablemente exhibe y que, por ello, revela una forma peculiar en que opera el Derecho. Otra forma en

³⁶ El siguiente es un ejemplo de lo que se quiere decir: la idea de que una característica importante del Derecho es su pretensión de poseer autoridad moral –haciendo claramente alusión a una tesis de Raz–, no sugiere que el Derecho sea juzgado como bueno o malo. Cfr. J. DICKSON, “Evaluación en la teoría del Derecho”, cit., 67.

³⁷ Se reconocen ejemplos en los cuales una valoración directa sustenta a una indirecta –v. g. “determinado suceso es lo mejor que me sucedió en la vida”–, sin embargo se sostiene que esto no pone en peligro la distinción propuesta. Cfr. *Ibid*, 69.

³⁸ *Ibid*, 189.

³⁹ Cfr. *Ibid*, 187.

que se cree que se puede sustentar un juicio indirecto es la que tiene en cuenta las características del Derecho que las personas consideran importantes. Este juicio se sustentaría en que, debido a que el concepto del Derecho es un concepto que la gente utiliza para entenderse a sí misma, su opinión revela un aspecto significativo de su auto-entendimiento⁴⁰. También se ha sugerido que los juicios indirectos pueden sustentarse en el hecho de que, a veces, son necesarios para que puedan realizarse los juicios directos. En otras palabras, la idea es que, a veces, es necesario primero aislar y explicar –por medio de juicios indirectos– características importantes de lo que luego se juzgará de forma directa⁴¹.

Más allá de estos esfuerzos, el intento de ofrecer una teoría “descriptiva” que no termine siendo “normativa” ni “meramente descriptiva” no está exento de dificultades. En concreto, una de dichas dificultades está relacionada con la posible incorrección de la tesis que intenta defender y aplicar a la explicación del Derecho la distinción entre valoraciones directas –o morales– y valoraciones indirectas –o no morales–. En concreto, al menos en lo que respecta a los *constructos* humanos como el Derecho, las valoraciones directas de “bueno” y las indirectas de “importante” parecen estar vinculadas.

Si bien se ha pensado lo contrario porque un elemento de una práctica que es considerado “importante” también puede ser valorado como “malo” –y viceversa–, en realidad lo que permite esto es que no se haya tomado consciencia de que en este caso difiere el sujeto que juzga lo “importante” de dicha práctica, del que valora lo juzgado “importante” como “bueno” o “malo”. Esta afirmación se entiende mejor si primero se aclara que lo que, en realidad, buscan los teóricos que apelan a las valoraciones indirectas de “importancia” para explicar el Derecho, no es juzgar o adscribirle valor a una práctica, sino simplemente describir lo que una práctica concreta ha establecido como características importantes de sí mismas. Dicho de otra manera, las supuestas valoraciones indirectas de “importancia” a la que recurren los autores analíticos anglosajones no son más que descripciones de prácticas valorativas⁴², es decir, no son verdaderas valoraciones porque, como ha sugerido Hart, las “descripcio-

⁴⁰ Cfr. *Ibid.*, 74-82.

⁴¹ Cfr. *Ibid.*, 181. Esta idea se encuentra latente en el Postscript de Hart. Cfr. *Postscript*, 240.

⁴² Cfr. B. LEITER, “Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence”, *American Journal of Jurisprudence* 48 (2003), 40-43.

nes seguirán siendo descripciones, incluso cuando lo que es descrito es una valoración"⁴³. Una vez comprendido el verdadero alcance de estas –seudo– valoraciones indirectas, puede entenderse por qué del hecho de que alguien que describe las valoraciones de "importancia", que una práctica hace de sus propias características, pueda luego juzgar dichas características como "malas", no se deriva que las valoraciones de "bueno" e "importante" no estén vinculadas. Como es evidente, en realidad, esto sólo implica que el observador de una práctica puede no compartir lo que una práctica considera como "bueno" o "importante" para sí misma.

Hasta aquí se ha mostrado que el hecho de que algo considerado "importante" por una práctica pueda ser valorado como "malo" por un observador externo de dicha práctica, no sirve para fundamentar la distinción entre las valoraciones directas y las indirectas. Ahora, simplemente se buscará mostrar que si se parte del hecho de que todo *constructo* humano es desarrollado con una finalidad, resulta claro que todo lo que es "importante" para dicha finalidad también es "bueno" para esa meta. Esto implica que cuando alguien considera que algo es "importante" para ese fin, necesariamente también considera que es "bueno" para ese objetivo.

Sobre esta última cuestión podrían decirse muchas cosas más, sin embargo, lo hasta aquí expuesto parece ser suficiente para dejar en evidencia las dificultades que surgen cuando se intenta aplicar al Derecho la distinción entre valoraciones indirectas y directas. Por otra parte, dichas dificultades de algún modo parecen complicar el intento de buscar una posición intermedia entre las teorías "meramente descriptivas" y las "normativas". En concreto, si las supuestas valoraciones indirectas no son más que descripciones de datos concretos, las únicas opciones teóricas posibles para explicar una práctica como la jurídica siguen siendo la "mera descripción" de datos o la explicación de su "naturaleza" –verdaderamente universal y general–.

En otras palabras, si se pretende hacer algo más que un mero reporte de datos concretos y, por lo tanto, se valoran dichos elementos a fin de captar qué características del Derecho son importantes –en sentido general, es decir, no sólo para "nuestras" prácticas–, dicha valoración relacionará lo que considera importante del Derecho –en general– con lo que se considera bueno para dicha práctica social. En cambio, si lo que se pretende es hacer una teoría con aspiraciones de generalidad pero que sólo explica "nuestro" concepto de Derecho, entonces la supuesta valoración acerca

⁴³ *Postscript*, 244.

de lo que es importante es simplemente la observación de lo que parece ser importante sólo para "nuestro" concepto de Derecho⁴⁴.

4. La posibilidad de explicar de forma moralmente neutral una práctica normativa como el Derecho

En el epígrafe anterior se ha reflexionado sobre una de las dificultades de defender una teoría que pretende ser a la vez "general" y "descriptiva". En esta oportunidad se expondrá la dificultad que entraña el intento explicar de forma moralmente neutral y completa un fenómeno normativo como el Derecho.

A fin de superar las deficiencias del positivismo jurídico tradicional con respecto a esta cuestión⁴⁵, la *analytical jurisprudence* actual propone explicar el Derecho desde el punto de vista interno⁴⁶. Es decir, aproximarse a él adoptando la perspectiva del participante que acepta el Derecho como guía del comportamiento propio y como crítica al comportamiento ajeno⁴⁷. Aunque, se aclara, que la adopción del punto de vista interno no implica la aceptación del Derecho como si obligase moralmente⁴⁸. Se trata más bien de observar la realidad jurídica desde su interior, como un conjunto de reglas capaces de orientar la conducta humana⁴⁹. Por ello, este movimiento que se propone es considerado por algunos como una clase de giro hermenéutico⁵⁰.

Este giro de atención hacia el punto de vista interno se da con la convicción de que ello no implica abandonar una visión descriptiva —es decir,

⁴⁴ Cfr. J. FINNIS, "Law and What I Truly Should Decide", *American Journal of Jurisprudence* 48 (2003), 116 ss.

⁴⁵ Hart sugiere que la metodología de las ciencias empíricas fracasa en comprender el Derecho como práctica normativa, porque es incapaz la diferencia entre meras regularidades del comportamiento humano y el comportamiento regido por las reglas o entre quienes actúan porque se sienten obligados y quienes actúan porque tienen una obligación. Cfr. H. L. A. HART, "Essays in Jurisprudence and Philosophy", cit., 13 y CD, 69 ss. y 110 ss.

⁴⁶ Cfr. CD, 111.

⁴⁷ Cfr. CD, 110-113.

⁴⁸ Cfr. CD, 250-251.

⁴⁹ Cfr. CD, 117.

⁵⁰ Cfr. B. BIX, "H. L. A. Hart and the Hermeneutic Turn in Legal Theory", *Southern Methodist University Law Review* 52 (1999), traducción de Navarro y H. Seleme. "H. L. A. HART y el giro hermenéutico en la teoría del Derecho", en "Teoría del Derecho: ambición y límites", cit., 127. De hecho, el propio Hart llega a catalogar así a su teoría. Cfr. H. L. A. HART, "Essays in Jurisprudence and Philosophy", cit., 14 y C. ORREGO, H. L. A. HART. "Abogado del positivismo jurídico", cit., 308-343.

moralmente neutral y no justificativa— del Derecho. En concreto, se cree que una teoría jurídica descriptiva puede comprender y describir la perspectiva interna de las personas que se encuentran sometidas al Derecho sin adoptarla o compartirla⁵¹. De hecho, se sostiene que incluso si el fenómeno que se tiene que describir está formado por valoraciones, las “descripciones seguirán siendo descripciones, incluso cuando lo que es descrito es una valoración”⁵².

Como ha sido advertido en el epígrafe anterior, pareciera que la *analytical jurisprudence* actual busca una posición intermedia entre una postura moralmente comprometida y aquella que intenta reducir todo el fenómeno jurídico a datos empíricos⁵³. En palabras de algunos de sus defensores, una teoría descriptiva, aunque “impura”⁵⁴ y sin aspiraciones “científicas”⁵⁵. En esta oportunidad, el énfasis no se pondrá en mostrar la viabilidad o inviabilidad de dicha posición intermedia⁵⁶, sino en dejar en evidencia la dificultad a la que debe enfrentarse el intento de explicar de forma moralmente neutral y completa la normatividad del Derecho

Esta dificultad está relacionada con el hecho de que en realidad existen muchos puntos de vista internos⁵⁷, es decir, que existen diferentes

⁵¹ Cfr. *Postscript*, 243.

⁵² *Postscript*, 244. Estas ideas son defendidas por Waluchow al sugerir que se puede y debe distinguir entre (a) observar valores —morales— relevantes y ofrecer una justificación moral; (b) intentar hacer una teoría lo mejor posible y hacer del objeto de la teoría lo mejor posible; y (c) querer evitar que parezca estúpido lo que hacen quienes se encuentran comprometidos en una práctica que es objeto de estudio y querer justificar moralmente lo que uno observa. Cfr. W. WALUCHOW, “*Inclusive Legal Positivism*”, cit., 30.

⁵³ Cfr. H. L. A. HART, “*Definition and Theory in Jurisprudence*”, cit., 31-35.

⁵⁴ Waluchow considera que la teoría debe ser “impura” si el fenómeno que estudia también es impuro. Esto se relaciona con su propuesta incluyente que admite que los valores morales pueden ser incorporados al Derecho. Cfr. W. WALUCHOW, “*Inclusive Legal Positivism*”, cit., 30.

⁵⁵ Cfr. A. MARMOR, “*Positive Law and Objective Values*”, Oxford, Clarendon Press, 2001, 154.

⁵⁶ Sobre esta cuestión puede resultar interesante tener en cuenta que, incluso dentro de las mismas líneas de la *analytical jurisprudence* actual, hay quienes advierten la incapacidad de los argumentos de Hart para explicar la diferencia entre el Derecho y una banda de ladrones. Cfr. K. HIMMA, “*Law’s Claim of Legitimate Authority*”, en J. COLEMAN, (ed.), *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 307-309.

⁵⁷ Sobre lo confusa que puede resultar la división que hace Hart entre punto de vista interno y externo véase G. J. POSTEMA, “*Jurisprudence as Practical Philosophy*”, *Legal Theory* 4 (1998), 336 ss.

razones –en realidad, motivos– por las que alguien acepta el Derecho como si éste aportase razones para la acción. De hecho, esto es admitido por los defensores de la propuesta teórica que se comenta, al punto que algunos de ellos llegan a sugerir algunas de estas posibles razones –mejor dicho, motivos–: cálculo de intereses, interés desinteresado en los demás, una actitud irreflexiva heredada o deseo de comportarse como lo hacen los demás⁵⁸. La dificultad surge cuando se toma conciencia de que para poder explicar algunos aspectos relevantes de la normatividad del Derecho resulta necesario elegir o valorar en cuál de todos los puntos de vista internos posibles basarse y, para ello, se hace preciso acudir a argumentos o razones morales⁵⁹. En concreto, esta valoración es necesaria para poder explicar cuándo y por qué, una vez consideradas todas las cosas, el Derecho obliga o, dicho de otra manera, cuándo y por qué el Derecho constituye una verdadera *razón* –no un mero motivo– para la acción.

En definitiva, todo esto parece dejar en evidencia que si se pretende explicar de forma completa la normatividad del Derecho es necesario acudir a argumentos o razones morales. De hecho, el no haber dado este último paso es lo que al final termina imposibilitando a la *analytical jurisprudence* actual cumplir con la finalidad con la que introdujo la noción de punto de vista interno: explicar la normatividad del Derecho.

5. El interés de hacer teoría del Derecho descriptiva de un fenómeno eminentemente normativo⁶⁰

La defensa de esta teoría del Derecho que sostiene que su propuesta teórica es puramente descriptiva y que por ello no necesita acudir a valoraciones morales ni terminar comprometiéndose moralmente con los puntos de vista que describe tiene que enfrentarse a otro tipo de dificultad,

⁵⁸ Cfr. CD, 251.

⁵⁹ Cfr. Cfr. J. FINNIS, "Natural Law and Natural Rights", Oxford, Clarendon Press, 1980, traducción de C. Orrego, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, 45-51 y S. PERRY, "Interpretation and Methodology in Law", en A. MARMOR (ed.), *Law and Interpretation*, cit., 107-135.

⁶⁰ La pregunta sobre el interés de una teoría que sólo describe cómo una práctica conceptualiza al Derecho sin explicar por qué éste obliga y sin capacidad de producir consecuencias prácticas puede conducir al siguiente interrogante: además de ser descriptiva, ¿la *analytical jurisprudence* puede ser prescriptiva? Esta interesante cuestión ha abierto un debate dentro de la propia teoría analítica. Sin embargo, en esta oportunidad no se tratará este tema.

no ya relacionada con su viabilidad, sino con el sentido que puede llegar a tener esta empresa.

En relación con esta cuestión, y como ha sido esbozado en epígrafes anteriores, algunos defensores de la *analytical jurisprudence* actual han sostenido la importancia de la descripción del Derecho como un significativo primer paso para cualquier crítica moral útil del mismo. Otros, en cambio, si bien admiten que una visión "general" y "descriptiva" puede parecer una cuestión puramente teórica que no tiene ninguna trascendencia práctica⁶¹, sostienen simultáneamente que este tipo de teoría no requiere más justificación que cualquier otro tipo de teoría que busca describir un fenómeno⁶². En este sentido, se afirma que el conocimiento no necesita de una justificación instrumental, porque el conocimiento es algo intrínsecamente valioso⁶³.

Si bien, como ha sido sugerido, de algún modo puede aceptarse la idea de que el análisis fáctico de un sistema jurídico en particular puede llegar a tener algún pequeño tipo de utilidad para entender al Derecho y su normatividad, este tipo de análisis parece ser meramente una pequeña parte de la reflexión general —que es la realmente interesante— sobre cuáles son las *razones* —no meramente los motivos— por las que, una vez consideradas todas las cosas, el Derecho obliga o debe ser obedecido. Y, si uno se remonta un poco más, por qué se forma una práctica como la jurídica, o cuáles son las razones para tenerla, aceptarla y mantenerla.

En definitiva, una teoría puramente descriptiva de lo que los jueces, funcionarios y personas obligadas por el Derecho hacen puede parecer superflua y, como mínimo, incompleta porque deja sin responder las preguntas nucleares —antes mencionadas— sobre la normatividad del Derecho⁶⁴.

⁶¹ Este tipo de afirmaciones de algún modo suponen la tesis —esgrimida por Hart— de que no tiene por qué haber conflicto entre una visión normativa —y particular como la de Dworkin— y una descriptiva —y general como la suya—. Sin embargo, Dworkin ha aclarado que su teoría es más general de lo que Hart cree y ha sostenido que en realidad la teoría de Hart también lleva consigo consecuencias prácticas. Cfr. R. DWORKIN, "Hart's Postscript and Character of Political Philosophy", 24 *Oxford Journal of Legal Studies* 1 (2004) 2-5 y "Hart and the Concepts of Law", *Harvard Law Review* 119 (2006), 95-104.

⁶² Cfr. M. MOORE, "Hart's Concluding Scientific Postscript", cit., 326.

⁶³ Cfr. K. HIMMA, "Substance and Method in Conceptual Jurisprudence and Legal Theory", *Virginia Law Review* 88 (2002), 1224 ss.

⁶⁴ Cfr. D. PRIEL, "Forty Years on: (Review of Ronald Dworkin, *Justice in Robes*)", *pro manuscripto*, 2007, 11.

De hecho, este desinterés por las *razones* por las que el Derecho es una práctica obligatoria y por el modo en que el Derecho ha de ser aplicado en los casos prácticos puede ser la razón por la que en los últimos años “ha ido aumentando el sentimiento de descontento con el modo dominante de la Filosofía analítica del Derecho, dentro y fuera de su círculo restringido”⁶⁵. En concreto, esto es lo que parece justificar que haya quienes consideran que esta teoría del Derecho es estrecha de miras, ascética, tolemaica y parecida a la Filosofía escolástica⁶⁶, es decir, una actividad estéril e ingenua, ilustradora del empobrecimiento de la tradicional teoría del Derecho⁶⁷. En este sentido, se llega a afirmar que “la filosofía del Derecho analítica se ha convertido en un tema aparte”⁶⁸.

6. Conclusiones

La *analytical jurisprudence* actual se propone explicar la “naturaleza” o “esencia” del Derecho de forma “general” y “descriptiva”. No obstante, de lo hasta aquí expuesto parece quedar claro que dicha explicación:

- 1) por más que aspire a ser “general”, sólo es capaz de explicar unas prácticas concretas, con unas coordenadas de tiempo y espacio bien claras –las que se expresan en “nuestro” concepto de Derecho– y por más que pretenda servir como medida de comparación para establecer la juridicidad de otras prácticas, lo cierto es que termina negándole la juridicidad a sistemas normativos que el lenguaje cotidiano reconoce como jurídicos;
- 2) si bien afirma que busca dilucidar la “esencia” o la “naturaleza” del Derecho –lo que, a primera vista, parece contrario a la tesis, también analítica, de que el Derecho es un fenómeno puramente contingente–, termina reconociendo que en realidad dicha “naturaleza” no es verdaderamente “necesaria”, sino que, como mínimo, es relativa a una sociedad, a un momento o a un modo de vida; aunque intente evitar que su “generalidad” quede degradada a un mero reporte de datos concretos, esto no parece lograrse solamente sosteniendo que el teórico del Derecho también debe

⁶⁵ W. TWINING, “Teoría General del Derecho”, *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, Granada, IVR, 2005, 577.

⁶⁶ Cfr. R. DWORKIN, “Thirty Years On”, *Harvard Law Review* 115 (2002), 1678-1679.

⁶⁷ R. POSNER, “Law and Legal Theory in the UK and the US, Oxford, Clarendon Press”, 1996, vii.

⁶⁸ W. TWINING, “Teoría General del Derecho”, cit., 577.

describir el modo en que la práctica valora sus propias características –por medio de las llamadas valoraciones indirectas–;

- 3) busca ocupar un espacio entre las posiciones “meramente descriptivas” –no verdaderamente generales– y las “moralmente comprometidas” que no parece existir⁶⁹; de hecho, a simple vista sólo surgen dos grandes posibilidades para explicar el Derecho⁷⁰: i) hacer una descripción sociológica de cuáles son las características de una práctica jurídica en concreto y acerca de por qué las personas tratan a las reglas jurídicas como suministradoras de razones para la acción; o ii) determinar cuáles son las características esenciales de toda práctica jurídica y cuándo y bajo qué condiciones las reglas dan efectivamente razones para la acción –es decir, cuándo la obediencia al Derecho está justificada–;
- 4) parece terminar siendo “meramente descriptiva”⁷¹, de una “naturaleza” considerada contingente, y “general”, en un sentido no-pleno o rebajado, lo que la inhabilita para explicar de forma completa algunos aspectos importantes del Derecho –como la justificación de su normatividad–;
- 5) además de incompleta, resulta “un tema aparte” para aquellos que se acercan a la teoría del Derecho con la expectativa de poder iluminar la resolución de los problemas jurídicos concretos.

En definitiva, las dificultades que la *analytical jurisprudence* actual todavía debe afrontar y la consecuente necesidad que tiene de aclarar el sentido con que utiliza las expresiones –como “esencia”, “naturaleza”,

⁶⁹ Brian BIX advierte lo problemática que resulta la búsqueda de esta visión intermedia en “H. L. A. Hart y el giro hermenéutico en la teoría del Derecho”, cit., p. 158.

⁷⁰ Sobre el Derecho en general, Finnis ha observado metafóricamente que este fenómeno tiene una doble vida. Por un lado es una cuestión de hechos –principalmente relativos a las opiniones y prácticas de determinadas personas y grupos, como el conformado por los funcionarios– que los historiadores y observadores pueden describir y utilizar para hacer predicciones sobre su contenido y efectos. No obstante, por otro lado, tiene la capacidad de guiar el razonamiento práctico de las personas. Cfr. J. FINNIS, “The Fairy Tale’s Moral”, *Law Quarterly Review* 115 (1999), 170.

⁷¹ DWORKIN es receloso de esta posibilidad por varias razones. En primer lugar, porque no entiende cómo la teoría de Hart puede ser sociológicamente descriptiva, si casi no procesa información fáctica. Además, se cree que sería pretencioso referirse a estudios empíricos como descubridores de la naturaleza del Derecho. Por último, Dworkin observa que si se toma mucha información para sostener las tesis positivistas, como si representase una generalización empírica, éstas podrían ser refutadas mediante contra-ejemplos. Cfr. R. DWORKIN, “Hart’s Postscript and Character of Political Philosophy”, cit., pp. 19-23.

“general” y “descriptiva”– que ha elegido para caracterizar su teoría, parecen reflejar una tensión interna e inherente a su intento de encontrar caminos teóricos intermedios que resulten transitables⁷².

TERCERA SECCIÓN

⁷² Algunos autores sugieren que la *analytical jurisprudence* actual sufre la tensión de pretender ser una teoría meramente descriptiva e incorporar elementos propios de una teoría normativa. Cfr. R. DWORKIN, “*Hart’s Postscript and Character of Political Philosophy*”, cit., pp. 1-37 y S. PERRY, “*Hart’s Methodological Positivism*”, en J. COLEMAN, “*Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*”, cit., pp. 311-354. Recientemente hay quienes han intentado reconciliar el hecho de que la teoría de Hart pretende ser analítica y descriptiva o sociológica sosteniendo que su visión es modesta o no-ambiciosa. Esto significa, que su teoría acepta las limitaciones del análisis conceptual, usando el conocimiento empírico y argumentos sustantivos para explicar, refinar e incluso refutar intuiciones iniciales. Cfr. V. RODRÍGUEZ-BLANCO, “*A Defense of Hart’s Semantics as Nonambitious Conceptual Analysis*”, cit., p. 116.

The first of these is the fact that the United States is a young nation, and that its history is a history of growth and expansion.

The second is the fact that the United States is a nation of immigrants, and that its history is a history of the struggle for the rights of these immigrants.

The third is the fact that the United States is a nation of free men, and that its history is a history of the struggle for the rights of these free men.

The fourth is the fact that the United States is a nation of peace, and that its history is a history of the struggle for the rights of these peace-loving people.

The fifth is the fact that the United States is a nation of progress, and that its history is a history of the struggle for the rights of these progressive people.

The sixth is the fact that the United States is a nation of justice, and that its history is a history of the struggle for the rights of these just people.

The seventh is the fact that the United States is a nation of liberty, and that its history is a history of the struggle for the rights of these free people.

The eighth is the fact that the United States is a nation of unity, and that its history is a history of the struggle for the rights of these united people.

The ninth is the fact that the United States is a nation of strength, and that its history is a history of the struggle for the rights of these strong people.

The tenth is the fact that the United States is a nation of hope, and that its history is a history of the struggle for the rights of these hopeful people.

TERCERA SECCIÓN

EL MODELO DE CONTROVERSIAS FÁCTICAS EN LA AUDIENCIA PRELIMINAR

(UNA VISIÓN NARRATIVISTA ACERCA DE QUÉ Y CÓMO CONOCEMOS SOBRE LOS HECHOS EN LITIGIO)

Por José Calvo González

(Universidad de Málaga. Málaga. España)

1. Introducción

Incluida entre las materias concernientes a la aplicación e interpretación del Derecho, la relativa a los hechos parece haber recibido en la última década, finalmente, la merecida atención que de mucho más antiguo reclamaba. Y, en efecto, van siendo cada vez más numerosos los trabajos que desde la Teoría del Derecho¹ y algunas áreas de la Ciencia

¹ Vid., refiriendo sólo la literatura en España, JOSÉ CALVO GONZÁLEZ, "El Discurso de los hechos. Narrativismo en la interpretación operativa", Tecnos, Madrid, 1993 (19982), "Derecho y Narración. Materiales para una teoría y crítica narrativista del Derecho", Ariel, Barcelona, 1996, "La verdad de la verdad judicial. Construcción y régimen narrativo", en Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto (Milano) [en adelante RIFD], 76, 1999, pp. 27-54, "Hechos difíciles y razonamiento probatorio. (Sobre la prueba de los hechos disipados)", en Anuario de Filosofía del Derecho (Madrid) [en adelante AFD], XVIII, 2001, pp. 13-33, "Modelo narrativo del juicio de hecho: inventio y ratiocinatio", en VIRGILIO ZAPATERO (ed.), "Horizontes de la Filosofía del Derecho. Libro Homenaje al Profesor Luis García San Miguel", Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2002, T. II, pp. 93-102, "Verdades difíciles. Control judicial de hechos y juicio de verosimilitud", en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, 15/2007, pp. 1-22 [<http://www.uv.es/CEFD/15/calvo.pdf>], y "Octroi de sens. Exercices d'interprétation juridique-narratif, Université Laval", Québec, 2007; JUAN IGARTUA SALAVERÍA, "Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal", Titant lo Blanch, Valencia, 1995, "La prueba de los hechos", en María Ángeles Barrère Unzueta [et al.], "Lecciones de Teoría del

jurídica² hacen de la *quaestio facti*, aún en grado variable, asunto de su preocupación e interés. Ésta cobra así, además, una visibilidad en los programas docentes de la que antes había carecido. Para comprender una situación tan favorable acaso podrían hallarse diferentes posibles explicaciones.

A mi juicio, creo que la han propiciado varias y distintas causas. Sin pretender jerarquizarlas, ni agotarlas tampoco, afectan en su diagnóstico —de modo desigual, pero conjunto— entre otras, y excluida la de una

derecho”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 269-294, y “La coherencia narrativa en la valoración judicial de las pruebas”, en LUIS MARTÍNEZ-CALCERRADA y GÓMEZ (Coord.), Homenaje a Don Antonio Hernández Gil, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, vol. 1, 2000, pp. 795-804; MARINA GASCÓN ABELLÁN, “Los Hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba”, Marcial Pons., Madrid, 1999 (20042), “La racionalidad en la prueba”, en Revista de Ciencias Sociales (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso), primer y segundo semestre de 2000 (sobre El razonamiento jurídico), pp. 605-630, y “Concepciones de la prueba. Observación a propósito de Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad, de Michele Taruffo”, en Discusiones, III, 3, 2003 (sobre Prueba, conocimiento, verdad), pp. 43-54 [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01482529890165929650035/discusiones3/discusiones_04.pdf]; DANIEL GONZÁLEZ LAGIER, “Los hechos bajo sospecha. Sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial”, en Paulo Comanducci-Riccardo Guastini, *Análisis e Diritti* 2000. “Ricerche di giurisprudenza analitica”, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 69-87, “Hechos y argumentos. Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal” (I y II), en Jueces para la Democracia (Madrid) (en adelante JD), 46 y 47, 2003, respect. pp. 17-26 y 35-51, y *Quaestio facti*. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción, Palestra, Lima-Bogotá, 2005; RAFAEL DE ASÍS ROIG, “Jueces y Normas. La decisión judicial desde el ordenamiento jurídico”, Marcial Pons, Madrid, 1995, “Sobre el razonamiento judicial”, Dykinson, Madrid, 1998, “Sobre la motivación de los hechos”, en ADF, T. XVIII, 2001, p. 35-48 y “El juez y la motivación en el Derecho”, Dykinson, Madrid, 2005; LAURA MIRAUT MARTÍN, “La sentencia judicial entre la recreación y la sustitución de los hechos”, en ADF, XVIII, 2001, pp. 49-66; JORDI FERRER BELTRÁN, “Está probado que p”, en Lucia Triolo (ed.), *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 73-96, “Prueba y verdad en el Derecho”, Pról. de Michele Taruffo, Marcial Pons, Madrid, 2003, “Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales”, en JD, 47, 2003, pp. 27-34, y “El contexto de la decisión sobre hechos probados”, en ALFONSO GARCÍA FIGUEROA (coord.), *Racionalidad y Derecho*, CEPyC, Madrid, 2006, pp. 159-183.

² Destaco particularmente los libros de DAVID BLANQUER CRIADO, “La prueba y el control de los hechos por la jurisdicción contencioso-administrativa”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, y “Hechos, ficciones, pruebas y presunciones en el Derecho Administrativo. Taking Facts Seriously”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

ocasional mudanza en la moda jurídico-cultural, dos muy destacables. Una se alcanza desde ciertos signos de agotamiento del debate sobre problemas de racionalidad jurídica cuando si en especial centrado en la exigencia de fundamentación de las decisiones judiciales, afrontó no obstante en lo básico y principalmente aspectos relativos a la *quaestio iuris*, tales como el de la coherencia normativa en la motivación del *iudicium iuris*, y así con no poco abandono de lo mucho problemático que envolviendo al *iudicium facti* también involucraba el mecanismo de control de la decisión sobre los hechos, por ejemplo en orden a la coherencia narrativa, aunque no sólo ni exclusivamente a ella. La otra resulta a partir de las recientes reformas de las leyes rituales del sistema de justicia civil, penal y administrativa que, como orientadas hacia la oralidad, han introducido una rehabilitación de las habilidades y competencias retóricas y de las técnicas de litigación adversarial entre las representaciones y defensas técnico-jurídicas participantes en la sustanciación de procedimientos judiciales.

Ambas han actuado a mi parecer en calidad de concausas, si bien su nivel de influencia en absoluto ha sido idéntico. La clase de interés suscitado en reacción a la incuria por la *quaestio facti* difiere igualmente en uno y otro caso. Distinta es también su procedencia.

El enfoque a los hechos que se origina desde el replanteamiento de *quaestio iuris* ha supuesto en realidad, por lo general, un desvío de mirada apenas sólo estratégico en la visión jurídica de la facticidad. La nueva visibilidad de los hechos es débilmente crítica con la perspectiva hegemónica de la *quaestio in iure*, que sigue absorbiendo a la *quaestio in facto*. El panorama de los hechos es allí una vista desde el mirador de la *quaestio iuris*. No extraña pues que instalados en ese punto de vista (usualmente el *in focus* —la estructura de trabajo— de la mayoría de los ensayos académicos sobre *quaestio facti*), el problema de los hechos en la aplicación del derecho se contemple como *quaestio* de construcción jurídica del hecho, o *quaestio* de comprobación fáctica y, en consecuencia, que observar los hechos con esa mira lleve a reducir el problema de la facticidad al de su interpretación o su prueba. El riesgo de esa mirada comprimida y estrechada está en terminar asimilando el hecho a su justificación jurídica.

Atisban de otra manera el problema de los hechos en la aplicación del derecho los estudios que al contacto con la experiencia jurisdiccional

adoptan una estructura de trabajo que focaliza los hechos en directa observación de la práctica procesal y judicial del derecho. Desde allí la *quaestio facti* comienza a ser vista en un contexto que ahora amplía el clásico de la justificación (*quaestio in iure*, que tanto abarca la calificación del hecho como la valoración del resultado de la actividad de prueba o rendimiento probatorio)³ incursionando en el descubrimiento. Con todo, el problema de conocimiento judicial de los hechos no va ya limitado al desarrollo de un modelo de índole cognoscitivista para la fijación judicial de los hechos, sosteniendo uno u otro tipo teorías coherentistas y pragmatistas de la verdad. Su dedicación, más allá incluso de reflexiones críticas para con el tránsito de la *quaestio facti* a *quaestio iuris* en determinada modalidad de enjuiciamientos⁴, tiene un ámbito y empeño bien definido. Compete de forma inmediata y específica, *prima facie*, a la presentación del material fáctico, pero incide asimismo con centralidad en la concreción de los hechos que pueden ser probados, independientemente de su ulterior repercusión sobre la premisa fáctica del *thema probandi* (hechos que se han de probar y serán presupuesto de los efectos jurídicos buscados por las partes).

El ámbito material y formal del problema de los hechos en la aplicación del derecho se correspondería, pues, tanto con la inicial alegación fáctica de las partes en el proceso civil (demanda, contestación y reconvención), o con el de la hipótesis fáctica contenida en el escrito acusatorio tratándose del penal —es decir, incumbiría a la sección alegatoria de los escritos rectores del proceso donde se consignan los hechos— como también, a través

³ Vid. PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (Alicante) [en adelante *Doxa*], 12, 1992, pp. 257-299, "¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación del derecho? Interpretación judicial e insuficiencia del formalismo", en *Doxa*, 15-16, 1994, pp. 861-882, "Carpintería de la sentencia penal (en materia de 'hechos')", en *Revista del Poder Judicial*, 49, 1998, "Sentencia penal: formación de los hechos, análisis de un caso e indicaciones prácticas de redacción", en *Poder Judicial*, 57, 2000, pp. 179-180, y "La argumentación probatoria y su expresión en la sentencia", en VV.AA., "Lenguaje forense", Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 9-34 [*Estudios de Derecho Judicial*, 32], y JUAN MOLINS GARCÍA-ATANCE, "El control del razonamiento fáctico de instancia al margen del art. 191.b) de la LPL", en *Tribuna Social. Revista de Seguridad Social y Laboral*, 173, mayo 2005, pp. 27-44.

⁴ Vid., por ejemplo, VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN, "De los hechos al derecho: uno de los sofismas de la ley del jurado de 1995", en *Revista de Derecho Procesal*, 2, 1997, pp. 355-374.

de determinado momento decisonal previo al juicio (la audiencia previa o preliminar)⁵, con la cuestión de la fijación de los hechos

⁵ El momento procesal previsto por la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero [en adelante LECv], es la denominada *audiencia previa al juicio* (arts. 414 y ss.), siendo en su art. 428.1 donde se delimita la función de dicha fase procesal respecto de los sujetos, objeto (sustrato fáctico de la causa de pedir, prosecución de la litispendencia o posibilidad de terminación del litigio) y modo de fijación de los hechos sobre los que exista conformidad o disconformidad. En esto último la referencia legal dispone que en el debate sobre la controversia se produzca la intervención del tribunal "con las partes o sus defensores", y subsidiariamente, con la parte. A los efectos de proposición y juicio de admisión de la prueba corresponde asimismo al órgano judicial, según le atribuye el art. 429.1, una participación decisiva al poder manifestar que "las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos", indicando el hecho o hechos que pudieran verse afectados por aquella insuficiencia, pudiendo también "señalar la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente". Asimismo en relación con el art. 435.1.1º (Diligencias finales), sin que en ningún caso ello pueda significar que el órgano judicial supla de falta de diligencia probatoria de las partes.

Para un más concreto análisis de esa facultad judicial en la controversia fáctica remito en la literatura procesalista a los trabajos de VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN, "*La audiencia previa: consideraciones teórico-prácticas*". *Comentarios a los arts. 414 a 430 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero del año 2000*, Civitas, Madrid, 2000; FRANCISCO GONZÁLEZ MONTES, "*La audiencia previa en el juicio ordinario de la Ley 1/2000, de 7 de enero*", en *Tribunales de Justicia. Revista española de Derecho procesal*, núm. 10, 2000, pp. 1049-1060; JOSÉ BONET NAVARRO, "*Audiencia previa al juicio ordinario (artículo 414)*", en VV. AA., "*Abogado y procurador en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina y jurisprudencia*", Aranzadi, Pamplona, 2003, pp. 313-324; ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS, "*La conciliación en la audiencia previa al juicio*", en *Revista jurídica del Notariado*, núm. 49, 2004, pp. 147-186; ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS, "*Génesis de la audiencia previa en el juicio ordinario de la Ley de enjuiciamiento civil 1/2000*", en Andrés de la Oliva Santos (Coord.), "*El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de Enjuiciamiento Civil*", Civitas, Madrid, 2005, pp. 23-34; ENRIQUE VALLINES GARCÍA, "*El acto de celebración de la audiencia previa al juicio*", en Andrés de la Oliva Santos (Coord.), *op. cit.*, pp. 361-452 y ANER URIARTE CORDÓN, "*La fijación de los hechos controvertidos como presupuesto del juicio sobre la admisión de los medios de prueba*", en XAVIER ABEL LLUCH- JOAN PICÓ I JUNOY (fir.), "*Aspectos prácticos de la prueba civil*", Bosch, Barcelona, 2006, pp. 75-104.

La Comisión redactora del Código Procesal Modelo para Iberoamérica, integrada por los procesalistas Adolfo Gelsi Bidart, Enrique Vescovi, y Luis Torello, miembros de Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, que entregó el Anteproyecto el 19 de febrero de 1987, finalmente aprobado el año 1988 en Río de Janeiro, ya había diseñado la "audiencia previa" en su art. 33. Vid. ADOLFO GELSI BIDART- ENRIQUE VESCOVI- LUIS TORELLO, "*El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*",

controvertidos, en cuanto ésta opera en calidad de presupuesto de la proposición de los medios de prueba y del juicio de relevancia y admisibilidad (utilidad y pertinencia). Y así, lo que acerca de la *quaestio in facto* interesa con carácter antecedente y precursor es ahora, por tanto, el establecimiento y control de la *controversia fáctica* en sí misma considerada.

En este sentido, la relación *quaestio facti* – *quaestio iuris* experimenta un reenfoque fundamental. Y es de singular importancia señalar que, como guiada desde el primero de sus términos, dota de pleno alcance al postulado *ex facto oritur ius*⁶.

Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Montevideo, 1988. Han incorporado la audiencia preliminar o previa a su legislación interna primero el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay de 1989 (Ley 15.982, de 18.X.1988, con entrada en vigor a partir del 20.XI.1989) en arts. 340 a 343, el Código Procesal civil de la República del Perú (Resolución Ministerial núm. 10-93-JUS Promulgado a 08.01.93 y publicado el 23.04.93) en arts. 468 a 472, en esp. art. 471, y también la Ley Procesal de Familia de la República de El Salvador (Decreto Legislativo núm. 133, de 14.09.94, publicado el 20.09.94, y reformas introducidas por el Decreto Legislativo núm. 213, de 25.11.03, publicado el 08.01.04), en esp. arts. 103-105 y 108-110. En la República de Argentina, si bien pueden rastrearse antecedentes de esta institución en ley 22.434 (1981), que introdujo el art. 125 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, fue la ley 24.573, dictada en 1995, la que incorporó (art. 360) una audiencia que sin asignarle nombre fue conocida “audiencia preliminar”. Ésta, sería luego modificada a través de la reforma operada por ley 25.488 a dicho Código, vigente a partir del 22.V.2002, regulándose con mayor detalle dicha audiencia, ya expresamente como audiencia preliminar, y extendiéndola a los “juicios que tramiten por otros procedimientos”. Así, el mencionado art. 360 inc. 1º impone al juez, oídas las partes, fijar por sí los hechos articulados que considere conducentes a la decisión del juicio y sobre los que versará la prueba desestimando los que considere inconducentes de acuerdo a las piezas procesales. Vid. Patricia Bermejo, La audiencia preliminar en el proceso civil, en Revista del Colegio de Abogados de La Plata, 55 (1995), pp. 257-300, y Carlos J. Colombo- Claudio M. Kiper, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y comentado, Edit. La Ley, Buenos Aires, 2006, T. IV, p. 30. La audiencia preliminar se encuentra asimismo recogida en varios Códigos provinciales (Anteproyecto de Reforma al Código Procesal Civil y Comercial Provincial de 1961 y el Proyecto de Reforma de 1966 en la Provincia de Buenos Aires, e incorporada a los procesos de familia por la Ley Procesal de Familia; Provincia de Río Negro (1988), Provincia de Tierra del Fuego, y Código Procesal Civil y Comercial de La Pampa de 2002.

⁶ Santiago Sentís Melendo, “Ex facto oritur ius”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 74, 1, 1975, pp. 45-96.

Ciertamente, es en la controversia fáctica donde los hechos se convierten en *factores propulsivos de la quaestio iuris*⁷.

2. La controversia fáctica como afirmaciones de los hechos: naturaleza y alcance.

Decir la controversia fáctica emplaza en sede procesal el litigio sobre los hechos (*quaestio facti*) puede parecer una aserción trivial o vacua de tan simple y obvia. Apenas lo será sin embargo si la reenunciamos expresándola, por ejemplo, del siguiente modo: *la controversia fáctica sitúa procesalmente las afirmaciones sobre los hechos litigiosos*. Creo que su valor semántico cambia significativamente.

En efecto, *el litigio en la quaestio facti es en realidad la controversia de "afirmaciones" sobre los hechos*. Pero, ¿quiere decir esto, acaso, que no hay negaciones en la contestación al desafío de demanda, o en la disconformidad de la defensa respecto de la hipótesis fáctica de la acusación? Pues bien, eso es exactamente lo que quiere decirse.

Existiendo más de una versión sobre la ocurrencia histórica acerca de algún determinado suceso⁸, lo que hallaremos será siempre, antes que negación, una impugnación, la que para ser tal no exige negar la adversa, o bien será directamente una afirmación incompatible respecto de aquélla; le bastará con objetarla, pues su finalidad es enfrentarla y reñirla, o también estorbarla (mediante excepciones dilatorias) o repelarla (mediante excepciones perentorias), siendo precisamente esa situación la que origina el estado de controversia y adversariedad, de contradicción. Sucede así, claramente, en el proceso civil (principio dispositivo: *alegata et probata partium*) que es el sistema representativamente puro de controversia, y aún de jurisdicción. Y también en el proceso penal, jurisdicción "mixta" y garantizada (tanto concentrado derecho defensivo del Estado frente a la dispersa *vindicatio privata*, como derecho de autodefensa de la sociedad,

⁷ Confío que esta formulación sorteará sin polémica otros problemas relativos al ligamen *quaestio facti / quaestio iuris*, que no son objeto del principal asunto que aquí se trata. Vid. sobre ellos, no obstante, CHAÏM PERELMAN, "La distinction du fait et du droit", en Chaïm Perelman (ed.), *Le fait et le droit*, Vruylant, Bruxelles, 1961, pp. 268-278, y JOHN D. JACKSON, "Questions of Fact and Questions of Law", en William Twining (ed.), *Facts in Law*, Franz Steiner Verlag, Wiesbaden, 1983, pp. 85-100.

⁸ Lógicamente queda excluida la interpelación judicial de jurisdicción voluntaria, donde no hay contienda.

v. gr.: ante hechos que atenten a la seguridad colectiva, a la forma de gobierno, etc., y frente al propio Estado), donde la resistencia de la defensa a la hipótesis fáctica acusatoria (Conclusión Provisional Primera –Hechos– del escrito provisional de la acusación pública y/o privada) se produce expresivamente en términos de desnuda “disconformidad”, que es *per se* desacuerdo, discrepancia, o cuanto menos divergencia (patentizada más adelante, con claridad, en la Conclusión Definitiva mediante calificación subsidiaria del hecho como otro delito análogo o como falta; v. gr.: hecho delictivo de hurto en vez de robo, falta de hurto en vez de delito de hurto). En lo demás, aparte el que ninguna defensa penal inteligente anticiparía su estrategia procesal más allá de esa “inconformidad” de principio, en lo concerniente a su posterior eficacia respecto del *thema probandum* o materia de la actividad probatoria⁹, junto a hallarse vedado por la presunción de inocencia¹⁰ pretender imponer a la defensa la prueba de hechos negativos (*probatio diabolica*)¹¹, tampoco le traería demasiado beneficio a tal parte proponer una ocurrencia alternativa construyéndola sobre la premisa fáctica de una negación absoluta, negación de hecho pura y simple o negación indeterminada (en el tiempo o el espacio; v. gr.: coartada indefinida), pues comoquiera que ella no implicaría a su vez afirmación opuesta, al resultar entonces lo negado de extremadamente difícil probanza (prueba como *confirmación* o *refutación*) dada la imposibilidad práctica para suministrarla, ello mismo le haría quedar fuera de los hechos que han de ser probados. Por último, tratándose de pleito civil si la negación

⁹ Esto es, lo relacionado con las reglas distributivas del *onus probandi*, valiendo recordar: 1. La carga de la prueba corresponde tanto al demandante como al demandado de acuerdo a sus respectivas afirmaciones de hecho. 2. Corresponde al actor la prueba de los hechos que dan nacimiento al derecho por el invocado (hechos constitutivos). 3. Corresponde al demandado la prueba de los hechos en que fundamenta su excepción (hechos extintos o impeditivos). 4. Que la excepción del demandado en ocasiones implica la admisión del hecho constitutivo alegado por el actor con fundamento de la pretensión. Vid. art. 217 LECv, y por extenso MERCEDES FERNÁNDEZ LÓPEZ, “La carga de la prueba en la práctica judicial civil”, La Ley, Madrid, 2006.

¹⁰ Vid. el completo trabajo de MERCEDES FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Prueba y presunción de inocencia”, Pról. de Olga Fuentes Soriano y José M^a Asencio Mellado, Iustel, Madrid, 2005.

¹¹ De antecedente romanista. Vid. MARÍA EUGENIA ORTUÑO PÉREZ, “La carga de la prueba de los hechos negativos en Diocleciano”, en VV. AA., “La prueba y medios de prueba. De Roma al derecho moderno. Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano”, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2000, pp. 563-576.

del actor o la contraparte involucrase una afirmación, comoquiera que deberá ser probada –los hechos negativos se prueban aportando la prueba de los hechos positivos– nada ahorrará respecto de la proposición de hechos positivos.

Basta, pues, con que se produzca la *impugnación* o la *disconformidad* para que tenga lugar un estado procesal de oposición, de contrariedad, que es desde luego de debate, y hasta de disputa genuina, *sobre los hechos afirmados*.

La controversia fáctica, por tanto, *pone al descubierto el contencioso de las respectivas afirmaciones, expresas o tácticas, sobre la quaestio facti*.

Importa, en fin, subrayar que sólo hay *afirmaciones de hechos*, no “*realmente*” hechos. Difícilmente cabrá sostenerlo de otro modo si aceptamos –algo que no podremos dejar de admitir– que la controversia fáctica es asimismo la *occassio* procesal para el *qué pueda conocerse de los hechos en litigio*, que no será sino la fijación de las afirmaciones sobre los hechos, ya que los hechos se encuentran perdidos (*post res perditas*), y *cómo esto pueda hacerse*, e igualmente para el *qué pueda probarse*, es decir, *qué sea probable*, *qué pueda someterse a prueba*, que será, ya que los hechos no se comprueban, únicamente lo probable de aquello alegado acerca de los hechos por las partes en sus afirmaciones, y el *cómo esto pueda hacerse*.

3. Controversia fáctica y reducción de la complejidad.

Según vengo sosteniendo, la controversia fáctica que descubre el *contencioso de afirmaciones sobre la quaestio facti* es también la oportunidad procesal en que se precisa *qué y cómo pueda conocerse acerca de los hechos en litigio*, e igualmente *qué y cómo pueda probarse sobre ellos*.

Esa precisión tiene el sentido de criterio reductor de la complejidad *de los hechos*, anterior a otros también existentes, y de efectividad relativa a mi modo de ver, cuya base es normativa o probatoria.

Porque, en efecto, la norma (premisa mayor) funciona sin duda como un esquema de contención de los hechos (premisa menor) permitiendo su puntualización objetiva¹², para desde allí prescribir

¹² Vid. EMILIO BETTI, “*Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria Generale e Dogmatica*, Giuffrè”, Milano, 1949, pp. 11-12, 129 y 144-145. como

por subsunción la hipotética conclusión lógicamente deducible. Y la prueba, en especial para lo relativo a la iniciativa probatoria y las reglas distributivas del *onus probandi*, ciertamente constituye asimismo un reajuste de los hechos (*thema probandum* o hechos que deberán ser materia de actividad probatoria, o sea, confirmados o refutados).

No obstante, norma y prueba presentan espacios de déficit formularios o funcionales en su disposición para actuar de criterios reductores de la complejidad fáctica. La norma no siempre programa con exactitud la fórmula de contención fáctica, porque la norma habla de los hechos —permítaseme la metáfora— como en código Morse, lo que a su vez ocasiona frecuentes y comprometidos trances probatorios. Tales dificultades se patentizan en lo que agruparía como *hechos rebeldes*. Estos surgen:

a) Porque existan “supuestos de hecho” que no se contengan en el registro prescriptivo base de la estructura fija de imputación normativa. La norma es una fórmula y como tal una reducción de la complejidad fáctica. La situación de rebeldía fáctica viene dada porque la norma no formule un *referente suficiente* de contención. Así, habría hechos al margen de la fórmula normativa, ante los que la norma se muestra incapaz de un tracto (acarreo) fáctico, incapaz de operar respecto de ellos algún mecanismo de subsunción.

Hablaremos entonces hechos de una realidad marginal, *para-normativa* o *adyacente*; hablaremos de hechos rebeldes como *inatrapables*, de hechos *extravagantes*.

b) Porque acaezcan “supuestos de hecho” que trascienden el tipo fáctico prescrito por la norma. La norma, además de una fórmula de contención fáctica es igualmente, y al propio tiempo, una regla óptica factual, de creacionismo fáctico, de modo que el fenómeno de rebeldía se produce también cuando la norma no formula un *referente exclusivo* de contención. Es decir, se registran hechos sobrenormativos, hechos *expandidos* de la norma, y ante los que la norma no sólo se retrasa y distancia, sino que se ve superada por los hechos.

“recognoscibilidad objetiva”, *id.*, p. 281. Sobre lo denominado como “punto de relevancia hermenéutica”, EMILIO BETTI, “*Teoria del negozio giuridico*”, Utet, Torino, 1943, pp. 212-213.

Hablaremos entonces hechos de una sobrerrealidad, *extra-normativa*; hablaremos de hechos rebeldes como desbordados, de hechos emergentes.

Desde un punto de vista teórico la dificultad producida en esta *rebelión de los hechos* y entrañada en el *déficit de clausura* (por insuficiencia o inexclusividad) del hecho normativo obedece, en general, al diseño del esquema de tipología referencial del “supuesto de hecho” disponible para interrogar y verificar su existencia jurídico-legal; esto es, a dificultades constatables a partir de las diferentes convenciones teóricas y terminológicas del lenguaje jurídico –referencias descriptiva, empírica, valorativa o relacional, y positiva o negativa– con que el “hecho” figure presentado en el enunciado normativo¹³. Por tanto, no se trata de una dificultad canónica provocada en la posible existencia de dos particulares lenguajes, el de las normas y el de los hechos (cuestión que, además, no sería sólo terminológica, pues asimismo afecta al tipo de sujetos de la enunciación¹⁴),

¹³ Vid. JERZY WROBLEWSKI, “Los hechos en el Derecho”, en Jerzy Wroblewski, *Sentido y hecho en el Derecho*, trad. de J. Igartua y F. J. Esquiaga Ganuzas, Universidad del País Vasco- Euskal Eriko Unibertsitatea, San Sebastián, 1989, pp. 193-200. MICHELE TARUFFI, “Note in tema di giudizio di fatto”, en *Revista di Diritto civile*, 1, 1971, p. 41 y *La prueba de los hechos* (1992), trad. de J. Ferrer Baltrán, Trotta, Madrid, 2002, pp. 105 y ss., y TECLA MAZZARESE, “Dubbi epistemologici sulle nozioni di *quaestio facti* e *quaestio iuris*”, en *RIFD*, 69, 1992, pp. 294-320, en esp. pp. 304 y ss.

¹⁴ Señalo aquí la circunstancia de que la enunciación de determinados hechos por el sujeto que comparece o presenta denuncia ante el Juzgado de Guardia se encuentra a menudo interferida por la enunciación que del evento trasladan otros sujetos, como los funcionarios policiales, al introducirlo en modelos de hechos o reconducirlo a prototipos fácticos considerados en su cultura jurídica como esenciales para la existencia posible de un tipo determinado *hecho jurídico*, y a veces directamente categorizándolos jurídicamente antes incluso de su calificación por el Ministerio Fiscal. Esta enunciación “protojurídica” de los hechos está ayuna de estudio. Sin embargo, es evidente que no escapa al interés del *thema probandum*, por su clara trascendencia a efectos de incoación diligencias previas o preparatorias. Por lo demás, la enunciación de hechos contenida en los atestados policiales, sobre los que en ulterior fase de plenario opera el principio de “no constituir prueba, sino ser objeto de prueba”, y que exige, aparte de la testifical de los agentes intervinientes, la inclusión en el mismo ramo de la def instructor y el secretario de las actuaciones, es de una importancia probatoria que raramente escapa a la detenida atención y examen por las partes. Las repercusiones de este tipo de enunciaciones alcanzarían también a la interferencia producida por funcionarios judiciales, en concreto actuarios y secretarios judiciales en orden a la fe pública, con ocasión de las comparecencias.

sino fundamentalmente a las formas de discurso enunciativo del supuesto de hecho, o gramaticalidad designativa del supuesto de hecho (*fattispecie*, *abstrakte Tatbestand* o *if-then statement*), en los predicados del lenguaje normativo que sólo trasladan descripciones empíricas.

En el orden práctico, más cercano a la prueba (*thema probandum*, o hechos que se deben probar) este conjunto de situaciones y/o retos de rebeldía, ante los que se han abierto diversas vías jurisprudenciales de reconducción y sujeción fáctico-normativa, se advierte sobre todo, con alto número de experiencias, en el ámbito de las relaciones jurídico-patrimoniales y colaciona, por incidencia complementaria, en la dificultad para la debida actividad probatoria de cargo respecto de diversos fenómenos delictivos complejos, especialmente de carácter u orden económico

Del resto, en materia de probática la instancia reductora de la complejidad fáctica tampoco supera para con la determinación del hecho el polémico déficit que apunta todo lo relacionado con la prueba extemporánea, la no practicada, la prueba nula o viciada de ilicitud, el límite de la eficacia probatoria de las pruebas atípicas o, en fin, los controles sobre la valoración judicial de las pruebas.

Pero, repito de nuevo, la oportunidad procesal (audiencia previa o preliminar al juicio) en que irrumpe el *contencioso de afirmaciones sobre la quaestio facti* confiere a la condición y signo de esa controversia también, y pienso que con más motivo y eficiencia, una capacidad reductora de la complejidad fáctica con frecuencia inadvertida. Antes que entren a actuar criterios de base normativa o probatoria, la complejidad de los hechos experimenta una significativa reducción porque durante su desarrollo provoca la delimitación del sustrato fáctico de la *causa petendi*¹⁵ y demarca los medios de prueba idóneos y bastantes.

¹⁵ *Sustrato fáctico de la causa petendi*. Lo expreso así con la intención de hacerme eco del sentir jurisprudencial mayoritario en el que, coincidente con parte de la doctrina procesalista (vid. al respecto de la composición de la causa de pedir M^a Victoria Berzosa Francos, *Demanda, «causa petendi» y objeto del proceso*, Ed. El Almendro, 1984, pp. 29-53 versus Isabel Tapia Fernández, *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, La Ley, 2000, pp. 21-27. En la portuguesa puede seguirse de Isabel Canadas, *Perfil normativo e substracto fáctico da causa de pedir. Quaestio facti -quaestio iuris*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2002), se considera que la causa de pedir va limitada a los hechos alegados por el actor y en su caso el demandante reconconvencional, únicos que vinculan al Tribunal, de modo que la *causa petendi* no incluiría elemento normativo alguno. No obstante, pueden también traerse a colación algunas decisiones (v. gr.: SSTs 20 de febrero de 1993 [RJ

Y así, del resultante acotamiento del sustrato fáctico de la *causa petendi* y delimitación de medios probatorios hallaremos que no todos los hechos que parecían formar parte de la controversia constituyen afirmaciones contenciosas, por existir hechos disconformes pero igualmente hechos conformes (hechos expresamente admitidos por ambas partes o hechos pacíficos, hechos tácitamente admitidos por la parte contraria, hechos ciertos o prejudiciales como los reconocidos por la parte que hubiera intervenido en ellos¹⁶, y hechos de notoriedad "absoluta y general"¹⁷), los

1993, 6889], 15 de octubre de 1984 [RJ 1984, 4865] y 31 de diciembre de 1998 [RJ 1998, 9768]) inclinadas a integrar e identificar en la causa de pedir elementos normativos. Tales estas resoluciones, en mira a lo dispuesto por el art. 399 de la LECv (los fundamentos de derecho de la demanda incluirán "cualesquiera otros hechos de los que pueda depender la validez del juicio y la procedencia de una sentencia sobre el fondo"), consideran pues que la *causa petendi* debería abarcar asimismo presupuestos normativos del hecho o hechos-base de las normas que se pretenden aplicar de donde, en favor a no generar a esa parte indefensión, por lo que configuran la causa de pedir como la situación de hecho jurídicamente relevante y susceptible, por tanto, de recibir del órgano judicial competente tutela judicial efectiva. De resultas, cabría entender que la *causa petendi* se compone de un elemento fáctico (*quaestio facti*), determinable como el conjunto de hechos que sirven de fundamento al objeto de la demanda individualizado en el *petitum*, y por un elemento de Derecho (*quaestio iuris*), formado a su vez por la calificación jurídica que da la parte actora o demandante reconventional a su pretensión, o lo que es igual, por la apreciación que en Derecho recibiría su pretensión, y por el fundamento normativo que en concreto le serviría de soporte, es decir, las normas que entiende son de aplicación. Este último, parece entre todos los elementos integrantes muy secundario en virtud de lo prevenido por el párrafo último del art. 218.1 de la LECv, por el que conforme al principio *iura novit curia* "el Tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por las litigantes"; de donde la *causa petendi* padecería alteración, produciendo *mutatio libelli*, únicamente con la modificación de la relación causal entre los hechos alegados y la calificación de la lesión que a partir de ellos presentara como jurídicamente relevante, o a la inversa.

¹⁶ Vid. art. 283 en relación al art. 414, ambos de la LECv, y STS 6 de diciembre de 1952.

¹⁷ Vid. art. 281.4 LECv. Ello, naturalmente, significa que en el hecho notorio subsiste un resto de *dificultad fáctica*. Así, respecto de si la notoriedad "absoluta y general" debe ser o no alegada, como también acerca de si existe "notoriedad absoluta y general", para lo que será necesaria cierta actividad probatoria de parte, nunca aportación *ex officio*, y consiguiente razonamiento probatorio judicial a fin de discernir si el hecho obtuvo trascendencia pública a la generalidad social o sólo a una parte de la sociedad. De otra parte, vid. en la ardua conexión entre la notoriedad y el "hecho"

que a su razón habrán quedado fuera de las afirmaciones contenciosas, y respecto a los que el juicio de relevancia y admisión de prueba no tendrá necesidad, por inútil, de pronunciarse. Frente a tales "hechos fáciles", es decir, experiencias existenciales cuya *adquisición, fijación y verificación fáctica* no procederá a través de medio probatorio del que luego se obtenga confirmación o refutación alguna, otros sin embargo permanecerán contendidos, siendo así que como "hechos difíciles" su *conocimiento, esclarecimiento y puntualización fáctica objetiva* requerirá conjeturar¹⁸ la relevancia y admisibilidad de la propuesta de medio de prueba como adecuada y capaz de suministrar algún corolario probatorio para la determinación del hecho en cuestión.

Entre las operaciones que comporta esa fijación de hechos controvertidos (objeto de la controversia) y proposición y admisión de la prueba se incluye fiscalizar, por ejemplo, el enlace de las cuestiones fácticas con los presupuestos de las acciones ejercitadas, es decir, su conexión objetiva causal; esto es, que entre la causa de pedir de la acción principal y de la acción reconventional exista un nexo o conexión, pero claramente también que si se obtuviera conformidad en todos los hechos y la discrepancia se redujera a cuestión o cuestiones jurídicas el propósito reductor de complejidad se habría alcanzado plenamente¹⁹, lo

de "la circunstancia de afectación general" (art. 189.1 b Ley de Procedimiento Laboral) [*hecho* consistente en el "nivel de litigiosidad real existente sobre la cuestión discutida en el proceso"], salvando su prueba cuando se trate de "hecho notorio" o no haya sido puesto en duda entre las partes (SSTC 79/1985, 59/1986, 143/1987, 108/1992, 164/1992, 58, 127 y 347/1993, entre otras) aunque no su alegación, sin que pueda ser aportada de oficio por el juez, vid. SSTs (Sala Cuarta. Social), de 15 de abril de 1999 (recursos [en adelante r.] 5218/1997, 498/1998, 1591/1998, 1600/1998, 1602/1998, 1604/1998, 1605/1998, 1606/1998, 1942/1998) pronunciadas en Sala General, y otras muchas posteriores, como SSTs de 23 (r. 523/1998) y 30 (r. 5108/1997) de abril de 1999, 29 de Septiembre de 1999 (r. 2432/1998), 3 (r. 6/1999) y 4 (r. 3276/1998) de Noviembre de 1999, 14 (r. 2860/1998) y 23 (r. 723/1999) de diciembre de 1999, 17 de enero de 2000 (r. 1911/1999), 6 (r. 1595/1999) y 7 de marzo de 2000 (r. 268/1999), 10 de abril de 2000 (r. 544/1999), 25 de julio de 2000 (r. 3502/1999), y 11 de junio de 2001 (r. 4273/2000), con interpretación del citado precepto a efectos de la interposición del recurso de suplicación.

¹⁸ Advuértase que, como MICHELE TARUFFO, *op. cit.*, p. 366, "esta operación anticipa en cierto sentido el juicio sobre el resultado de la prueba respecto de la determinación del hecho, pero no coincide con la determinación del valor efectivo que la prueba podrá tener *ex post* en el juicio final sobre los hechos".

¹⁹ Art. 428.3 LECv: "Si las partes no pusieran fin al litigio mediante acuerdo (...), pero estuvieren conformes en todos los hechos y la discrepancia quedase reducida

que igualmente significa que le es por completo ajena cualquier reducción que concierna a la controversia jurídica, a la *quaestio iuris*²⁰.

Esto lleva necesariamente a interrogarse sobre cuál pueda ser la base de criterio reductor de complejidad fáctica, una vez excluido el normativo y probatorio, y a defender que aquella sea de índole *narrativa*, tomando de modo imprescindible como punto de partida la propia estructura de los escritos de alegaciones al presentar *en relato* los cursos de acción (acontecimientos) y circunstancias concretas del mundo exterior y de la vida anímica humana relacionadas con *hechos difíciles*, con

a cuestión o cuestiones jurídicas, el tribunal dictará sentencia dentro de los veinte días a partir del siguiente al de la terminación de la audiencia”.

²⁰ Un aspecto hacia el que aún no se ha prestado oportuna consideración atañe al ocasional vínculo problemático entre hechos controvertidos y medios de prueba. Cuando la LECv en su Exposición de Motivos (XI) alude al documento como instrumento probatorio, es posible inferir sin mayores dificultades que tratándose de documentos públicos no puede producirse controversia, de modo que “cabe y conviene atribuir una clara y determinada fuerza a la hora del referido juicio fáctico” (o sea, “a efectos de formación del juicio jurisdiccional sobre los hechos”). Ello, aunque se plantea desde una indebida miscelánea de la naturaleza del instrumento como medio de prueba y su valor probatorio a razón de fuerza fundamentadora de la certeza procesal, deja sin embargo abierta la posibilidad a ocasiones en que el documento privado como medio de prueba pueda efectivamente formar parte de la controversia fáctica (“salvo que su autenticidad sea reconocida por los sujetos a quienes puedan perjudicar”). Además de este supuesto, me parece de más interés el que, con mayor frecuencia también, se plantea cuando el núcleo de la controversia está afectado por medios probatorios, y en concreto por la pericia (dictamen pericial, medio probatorio *ex art.* 335.1 LECv). Así, en concreto, cuando la controversia no incumbe al acaecimiento de hechos, que por tanto no se discuten, sino a la valoración de los hechos no discutidos, por ejemplo científica, a través del juicio pericial. V. gr., en el orden jurisdiccional civil, el dictamen emitido por los peritos de la aseguradora frente a la reclamación del asegurado o perjudicado, que podrá aportar su propio dictamen o solicitar la emisión de uno elaborado por perito independiente. Desde mi punto de vista, en absoluto se habría rebasado aquí el ámbito de la controversia fáctica. Tampoco lo desbordaría en un procedimiento penal la discusión sobre el dictamen emitido o no acerca del grado de pureza de una sustancia estupefaciente intervenida (independientemente luego de su relevancia como *quaestio iuris* a efectos de constituir o no prueba de cargo suficiente para aplicación o no de un subtipo agravado en sustancias que causen grave daño a la salud, del art. 369.3 CP [LO 15/2003]). En esto último, alguna resolución del TC (v. gr., STC 238/2006, de 17 de julio de 2006), acogiendo la argumentación dada en la STS impugnada, presenta a mi entender un pulcro aqilatamiento del espacio tocante a la controversia fáctica exponiendo el razonamiento en que se condujo para establecer y fijar la base fáctica que ulteriormente permitió determinar el elemento objetivo del tipo penal por el que se condenó.

preferencia acaecidos en el pasado, esto es, propiamente extinguidos (*in facto esse*, hechos, terminados, acabados [completos, consumados, ejecutados]), pero también con hechos presentes (*in fieri*, en acto de realizarse), con hechos que con carácter previo quizás pudieron o no haber acaecido (*ante-puestos*), con hechos de acaecimiento pronosticado (*ante-futuros*), o con hechos que ya no acaecerán (*ex-futuros*).

4. Controversia fáctica y teoría narrativista del Derecho

Uno de los frentes de trabajo de la teoría narrativista del Derecho (*Narrative Jurisprudence*) ha consistido en promover una perspectiva crítica (*Narrative Criticism of Law*) con la idea de verdad como correspondencia entre el resultado probatorio y la *realidad de los hechos*. En decidirse por esta tarea no intervinieron especiales prevenciones acerca de la posible funcionalidad (aptitud y competencia) que a la prueba incumbiera en tendencial dirección a tal objetivo, aunque también, es decir sin disimulo de un escepticismo fraguado en la experiencia de las limitaciones procesales de su práctica.

En este sentido, no se trata aquí de reproducir de otro modo las aprensiones constructivistas²¹, autoconscientes de la trampa epistemológica tendida por una procedimentalización del conflicto de conocimiento, donde persiguiendo atrapar la realidad independiente (*hechos brutos*) se termina instituyendo una "hiperrealidad" (*hechos jurídicos*)—un "paraíso de conceptos jurídicos", podría decirse también con Hart²²— que no sólo la esquiva sino que se convierte en una abierta huída de ella. Esa misma propensión al realismo metafísico ya con anterioridad la había denunciado también Ihering en la fantasía de lo que presentó como "cielo de los conceptos jurídicos"²³. Tampoco se trata, aún sin desatender sus resultados, de

²¹ GUNTHER TEUBNER, "El derecho como sujeto epistémico: hacia una epistemología constructivista del Derecho", trad. de C. Gómez-Jara Díez, en *Doxa*, 25, 2002, pp. 533-571.

²² HERBERT L.A. HART, "El concepto de Derecho" (1961), trad. de G. R. Carrió, Nacional, México, 1980, pp. 161-162.

²³ RUDOLF VON JHERING, "Bromas y veras en la Ciencia Jurídica. Ridendo dicere verum. Un presente navideño para los lectores de obras jurídicas" (1880), trad. de T. A. Banzhaf, concordada de la 13ª ed. alemana por M. Santiago Luque, con índices analítico y onomástico de M. C. Martínez, e Introd. de J. Bms. Vallet de Goytisolo, Civitas, Madrid, 1987, pp. 215 y ss.

remedar los aportes analíticos sobre conocimiento de la verdad con relación a la actividad probatoria desplegada. La prueba, en efecto, no atestigua ni asegura la verdad de los enunciados fácticos; únicamente aporta razones para aceptar tales enunciados como verdaderos²⁴. Cualquier otra aspiración se alimenta de una confusión entre prueba y verdad²⁵.

Lo que dispuso la agenda reflexiva de la teoría narrativista del Derecho partió mayormente de su incredulidad acerca de la noción *realidad de los hechos*. Admitiendo que el conocimiento de la "realidad" se expresa en enunciados sobre hechos o enunciados fácticos, buscaba cómo poder discernir y aumentar el conocimiento de los hechos brutos que se desarrollan en la "realidad" de acuerdo al propio modo de conocimiento con que se aprehenden; esto es, mediante la secuencia de palabras que integran enunciados fácticos.

Es claro que los operadores jurídicos de un procedimiento (partes procesales y juez) no aprehenden la *realidad de los hechos* como una suerte de existencia independiente de la forma lingüística que los transpone. Litigantes (técnicos o no) presentan "los hechos" como palabras, y en adelante hablan solamente de las palabras. Éstas se entrelazan formando discursos, varios discursos, que son las alegaciones, siendo así que "los hechos" expuestos ante los jueces (togados o legos) no serán ya entonces otra cosa que los hechos alegados en la controversia del discurso de los hechos. De la aportación discursiva de tales "hechos" se va luego, desde ahora como hechos aportados que pueden ser probados, a la verificación de la actividad probatoria, o sea, a los hechos aportados que deben ser probados, de donde a su vez como hechos probados pasan a hechos establecidos por el juez (o jurado) en el "juicio de hecho", cuyo modelo discursivo es un relato que ha de poseer coherencia narrativa y que así suministra el *argumento maestro* sobre el que pivota la traducción

²⁴ Vid. CARLOS ALCHOURRON y EUGENIO BULIGYIN, "Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico", en Id., *Análisis lógico y Derecho*, CEP, Madrid, 1991, p. 310. Y en cuanto a la verdad judicial añaden: "es final, en el sentido de que pone fin a la controversia, (¡pero poner fin a la discusión sobre la verdad no hace verdadero el enunciado!)", p. 311.

²⁵ Vid. RICARDO CARACCILO "El problema de los hechos en la justificación de las sentencias", (inédito) II Seminario de Teoría y Filosofía del Derecho. Sierra de Ventana, mayo 2000. Cit. en ANDRÉS BOUZAT y ALEJANDRO S. CANTARO, "Verdad y prueba en el proceso acusatorio", en *Discusiones*, 3, 2003, pp. 68 y 74.

normativa o "juicio de derecho" como subsunción, coherente a su vez con las específicas previsiones fáctico-jurídicas que cada ordenamiento haya podido disponer.

Pero, si se observa bien, en todo este recorrido el conocimiento de los hechos, los enunciados sobre hechos o enunciados fácticos, da a ver la presencia del *test de coherencia narrativa* únicamente aplicado al decisivo relato judicial de los hechos probados. Esta situación conduce a fomentar una baldía polémica en torno a la inteligencia de la coherencia narrativa como criterio de verdad y prueba. Por ejemplo, la que objeta operatividad a la coherencia narrativa respecto de la verdad de los hechos, porque puedan existir narraciones de los hechos que sean coherentes pero falsas²⁶. O también, la que concluye de la coherencia narrativa una concepción "retórica" de la prueba, puramente marginal²⁷, presumiendo que de la renuncia a la correspondencia entre el resultado probatorio y la realidad de los hechos la declaración de un hecho como probado se sigue de la plausibilidad o fuerza persuasiva —cierto que no siempre bien explicada²⁸— de una entre las varias posibles narraciones de hechos.

Desde mi percepción creo que conviene ordenar la discusión en dos direcciones. Una es rescatar la idea de coherencia narrativa como control de la *quaestio facti* aplicable no sólo al decisivo relato judicial de los hechos probados. Otra es subrayar que la noción de coherencia narrativa tiene por objeto, incluso en las versiones más radicales²⁹, antes que examinar la verdad de la narración de los hechos o interesarse por la narración de la verdad, el análisis estructural de las narraciones.

Bajo ese doble prisma un enfoque narrativista de la *quaestio facti* debería incidir asimismo, y hasta particularmente, sobre la "decisión constitutiva de la litis"³⁰ que tiene lugar durante controversia fáctica,

²⁶ Así, ALEXANDER PECZENIK, "On Law and Reason", Kluwer, Dordrecht-Boston-London, 1989, p. 181.

²⁷ MICHELE TARUFFO, *op. cit.*, pp. 172 y 312-313.

²⁸ Vid. NEIL MACCORMICK, "Time Narratives, and Law", en Jes Bjarup-Mogens Blegvad (eds.), *Time, Law and Society, Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, Beiheft 64, 1995, pp. 111-125, en esp. p. 117.

²⁹ BERNARD S. JACKSON, "Law, Fact and Narrative Coherence", Deborah Charles Pub., Liverpool, 1988. pp. 61 ss., 151 ss. y 166 ss.

³⁰ Como "decisión constitutiva de la litis" la presenta RODOLFO LUIS VIGO, "Razonamiento judicial justificatorio", en *Doxa*, 21, 2, 1998, pp. 483-499, en esp. p. 492.

debería abordar la interrogante sobre *qué y cómo conocemos acerca de los hechos en litigio* en ella y debería, por tanto, auspiciar el análisis estructural de las narraciones que articulan, con base en los enunciados fácticos, lo alegado en las afirmaciones sobre la ocurrencia histórica de un hecho.

5. Controversia fáctica y *ars narrandi*

Se propone este epígrafe indagar la construcción narrativa de la controversia fáctica, averiguar la estructura de su *ars narrandi*, o lo que es igual, la codificación de las narraciones en que discurre la alegación contenciosa sobre los hechos –*relato*[/*historia*/narración]³¹, o *discurso narrativo* de los hechos– con el objetivo de responder a *qué y cómo conocemos acerca de los hechos en litigio*.

No obstante, precede a tal propósito una necesaria precisión que remite al contraste, de origen platónico³² entre *mímesis* y *diégesis*, y también

³¹ Recojo y reúno las tres categorías genettianas, diferenciables pero a menudo intermediadas, de “relato”: *relato* (*récit*), o “(...) el enunciado narrativo, el discurso oral o escrito que entraña la relación de un acontecimiento o de una serie de acontecimientos”, *historia* (*histoire*), o “(...) sucesión de acontecimientos, reales o ficticios, que son objeto del discurso” –“relato” *sensu stricto* para Genette– y *narración* (*narration*), o “(...) el acontecimiento consistente en que alguien cuente algo: el hecho de narrar tomado en sí mismo (...)”. Vid. GÉRARD GENETTE, “Discurso del relato”, en *Figuras III* (1972), trad. de C. Manzano, Lumen, Barcelona, 1989, pp. 75-327. La intermediación se produce porque la *historia* y la *narración* únicamente son posibles a través del *relato*, al tiempo que éste no existe sino porque cuenta una historia. En consecuencia, el *relato* o *discurso narrativo* relaciona *relato* e *historia*, *relato* y *narración* e *historia* y *narración*. De ahí que, para Genette, el análisis del discurso narrativo o relato sea en esencia el estudio de las relaciones entre relato e historia, entre relato y narración y (en la medida en que se inscriben en el discurso del relato) entre historia y narración. Y así, en definitiva, la narración cuenta la historia en un relato. De otros lugares de esa misma obra cabe recatar las mismas nociones con exposición distinta; así *historia* como *anécdota*, y *relato* como *presentación de la anécdota*, o bien *historia* como el significado o contenido narrativo y *relato* como el *significante*, siendo *narración* la *situación narrativa*. Vid. también sobre algunos de estos conceptos y nociones, lo puntualizado en GÉRARD GENETTE, “Nuevo discurso del relato”, trad. de M. Rodríguez Tapia, Cátedra, Madrid, 1998.

³² PLATÓN, “*Politeía*”, libro III, cap. VI [*La República*, ed. bilingüe, trad., notas y Estudio prel. de José Manuel Pabón y Manuel Fernández-Galiano, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 19.8'3].

aristotélico³³ entre *mimesis narrativa* y *mimesis dramática*. A mi entender, la polaridad de estos pares —semejante a la expresada en lengua anglosajona entre *telling* y *showing*— ha perdido utilidad en la moderna narratología³⁴. Desde luego, no tiene demasiada para nuestro planteamiento, que va sostenido en la precomprensión fundante de que la narración no persigue trasladar el hecho mediante representación (perfecta) del acontecimiento real histórico, o mediante imitación (representación imperfecta), pues el hecho únicamente posee realidad lingüística. El hecho no es la empiria del *datum*, como no es tampoco un *ab extra*³⁵ que exija convertir la narración en *historia rerum*. El hecho es discurso que no se toma de *re*, sino de *dicto*, es decir, de la sucesión de acontecimientos, reales o ficticios, que son objeto del discurso, o lo que es igual, del relato³⁶. En suma, el hecho no será sino la *inventio* discursiva (*ars inventa disponendi*) de su historia en la narración de su relato. La respuesta a *qué y cómo conocemos acerca de los hechos en litigio* ha de ser buscada, pues, en el decurso del relato (o *diégesis*).

Y ese decurso parte en un postulado preambular, cuya importancia pasa siempre injustamente desapercibida. Permítanme para recordarlo acudir a un ejemplo emblemático:

“Cuando llegó la noche doscientas setenta y dos

Sahrazade dijo:

- Me han contado, oh rey feliz....”

Las Mil y Una Noches

Dos consideraciones son destacables:

a) *El relato de los hechos es, ante todo, el modo de atraer la atención sobre ellos, y*

b) *El relato de los hechos se construye en función narrativa heterodiegética*

³³ ARISTÓTELES. “Poética”, 1449b, 1450a, 1462a y b [ed. trilingüe por Valentín García Yebra, Gredos, Madrid, 1974].

³⁴ Vid. Gerald Prince, *A Dictionary of Narratology*. University of Nebraska Press, 1987.

³⁵ Vid. ROLAND BARTHES, “El discurso de la historia”, en Id., “El susurro del lenguaje. Más allá de la palabra y la escritura”, trad. de C. Fernández Medrano, Paidós, Barcelona-Buenos Aires, 1987, p. 174.

³⁶ “L’histoire est récit d’événements. Tout le reste en découle”. Cf. PAUL VEYNE, “Comment on écrit l’histoire”, Seuil, Paris, 1978, p. 14.

Lo primero es fundamental. Desde luego, entre las varias estrategias narrativas empleadas en el relato de los hechos una tiene como finalidad sugestionar al receptor, al juez (o jurado). El relato progresa en busca de ese narratario y a él se dirige desde el inicio tratando de suspender o incluso arrebatar su incredulidad. El conocimiento de ésta y otras estrategias es importante. Pero tanto o más me lo parece subrayar que determinada forma discursiva, la de la historia narrada en un relato, sea también el *modo de atraer la atención sobre los hechos*. Esta aseveración podría relativizarse fuera del contexto judicial, donde ciertamente cabe organizar otros modos de atraer la atención sobre los hechos (la imagen en el periodismo gráfico, el reportaje de investigación, la declaración política, la queja ciudadana, etc.)³⁷. En el jurídico-procesal sin embargo la participación del hecho a la autoridad judicial, sea que se produzca a través de interposición de denuncia o querrela, desde el atestado que confeccione la policía judicial, o mediante presentación de la papeleta de demanda, se asume a partir de su armadura en un relato. La atención judicial sobre los hechos está administrada a partir del principio organizativo de una narración y, en consecuencia, también su asimilación de la controversia fáctica (*Da mihi factum* o *Venite ad Factum*; desde la esquemática relación circunstanciada de hechos, hasta relato de hechos, más elaborado) está adaptada al tipo narrativo de congruencia de la historia contada.

Con la segunda consideración se pone de manifiesto algo, creo, igualmente de interés. Quienes cuentan la historia (asistencias técnico-jurídicas) no han intervenido en los hechos que relatan, son narradores heterodiegéticos, por lo que marcarán una distancia mayor, respecto de la acción que cuentan ("Yo no estaba allí, y los hechos sucedidos me han sido referidos así"), que si la historia fuera contada por narradores *homodiegéticos* ("Yo estaba allí, y los hechos sucedieron así"). Tal función determina que a la mediación de los narradores en el relato le sea extraño el modelo del narrador omnisciente, esto es, de quien se inmiscuye o produce una ingerencia en la historia que cuenta. Asimismo, que limitándose pues a contar pueda el narrador fingir que los hechos, o sea la *historia de lo sucedido*, "se cuenten por sí solos". Naturalmente este fingimiento puede resultar efectivo si el narrador posee suficiente astucia para disimular la fábrica, la *inventio*, que todo relato exige para ser contado. Pero aún así, aunque la elaboración de la historia que de los hechos lleve a cabo el relato pareciera contarse por sí sola, al tratarse de narradores heterodiegéticos,

³⁷ Todas, no obstante, pueden también ser leídas como una narración.

semejantes a historiadores y no a "testigos" (narración testimonial), aquella deberá no obstante venir asistida por un compromiso de refrendo que no es otro que el ofrecimiento de medios probatorios. Posee así plena razón de ser que la *audiencia previa o preliminar* en la que se relatan los hechos en controversia apareje también la propuesta de medios de prueba y, por tanto, establecido cuál sea el perímetro de la incertidumbre (*qué hechos inciertos*) resuelva respecto del instrumental acreditatorio permitido y adecuado (*cómo conocerlos*).

Junto a este postulado preambular y sus repercusiones, otros dos postulados instauran el espacio liminar a toda la ulterior prosecución del decurso narrativo o *diégesis*:

Del relato de los hechos lo que cuenta (lo valioso del relato de los hechos) no es quién cuenta lo contado, sino lo contado por cada quien, y

Del relato de los hechos conocemos aquello que nos cuentan que viene a cuento

El primero de estos postulados instaura la no discriminación "por el sujeto que cuenta" sino "por lo que cuenta el sujeto". Ello significa que la controversia fáctica que presentan los relatos de los hechos se inaugura sin conceder prevalencia a la forma activa o pasiva en que las partes, incluido el Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acción pública, hayan concretado su posición o *status* procesal. La controversia fáctica, por tanto, abre en un panorama procesal donde las *afirmaciones* realizadas por las partes procesales involucradas que relatan los hechos de modo antagónico, son, además de así equicontendientes, también equidistantes. Esta consecuencia opera tanto cuando la relación jurídico-procesal adversaria se ha constituido en la manera más habitual –demandante/reconvenido vs. demandado/reconviniente, acusación vs. defensa– como también a presencia de situaciones procesales singulares, de función narrativa homodiegética, como pueda ser la relativa al relato de hechos del coimputado, pues las afirmaciones de éste no presentan más excepcionalidad narrativa en torno a los hechos relatados que la de cualquiera otro en su misma posición o *status* procesal (coprocesado). Extraer una diferente conclusión vulneraría conocidos principios y garantías-derechos genéricos y consustanciales al proceso los que, en consecuencia, pueden también ser explicados desde un enfoque narrativista (derecho a la presunción de inocencia y de preservación del derecho a un proceso justo, derecho de igualdad y tenencia de un proceso

público con todos los medios de prueba previstos por la ley, garantía de la no inculminación o derecho del inculcado de introducir al proceso la información que considere conveniente, etc.). La diferencia en el caso del relato del coimputado respecto de otro contador de hechos no reside en adoptar una estructura de relato distinta, sino que se sitúa en el diferente momento (procesal) en que cuenta acerca de los hechos.

En cuanto al segundo postulado, su proposición puede ser desentrañada en un doble sentido. Porque, en efecto, *lo que se cuenta se soporta en lo que viene a cuento*, y de ello se implica tanto *concentración de importancia* como *selección de interés*, con evidente incidencia por consiguiente sobre la estructura y organización del relato de los hechos.

Así, *lo que se cuenta que viene a cuento* bien podría acomodarse en el criterio reductor de la complejidad fáctica mostrando ahora el definido perfil de *facilitación y simplificación* de los hechos mediante *estructuración narrativa de los sucesos que importan*.

Permítaseme recuperar la idea en un párrafo borgeano:

“La postulación clásica de la realidad puede asumir tres modos, muy diversamente accesibles.

El de trato más fácil consiste en una notificación general de los hechos que importan”.

J. L. Borges, *La postulación de la realidad, Discusión* (1932)

El relato de los hechos, pues, como notificación general de los hechos que importan; esto es, *facilitación y simplificación* de los hechos mediante *estructuración narrativa de los sucesos que importan*. Quiere decirse que el relato se alejará del propósito representativo del suceso (mayor o menor mimetismo), sacrificando también muy seguramente la pretensión de ofrecer “una historia bellamente contada” frente a procurar “una buena historia”, y todo a fin de cumplir con un objetivo primordialmente predicativo: afirmar un acaecer. Contar los hechos no será ofrecer su representación. Contar los hechos será narrar en relato la *afirmación de su ocurrencia*.

Adeudo nuevamente en el mencionado texto de Borges, además con declarada codicia de su recitación, la idea y manera de tal narrativa:

“Los ricos hechos a cuya póstuma alusión nos convida, importaron cargadas experiencias,

percepciones, reacciones; éstas pueden inferirse de su relato, pero no están en él.

Dicho con mejor precisión: no escribe los primeros contactos de la realidad, sino su elaboración final en concepto"

J. L. Borges, *La postulación de la realidad. Discusión* (1932)

Esta estructuración narrativa de los sucesos que importan funciona en la composición y conexión discursiva del relato mediante progresos y enlaces:

- Composición discursiva

"La lección más crucial de composición,

a saber, que lo que hace que una narración sea buena

no es la historia en sí misma,

sino qué sigue a qué en una historia",

Joseph Brodsky, *Watermark* (1992).

— Conexión discursiva

"Explicar (o juzgar) un hecho es unirlo a otro"

J. L. Borges, Tlön, Uqbar, Orbis tertius, *Ficciones* (1944)

A esa disposición lineal —de un principio hacia un final— y causal —de un antecedente a un consecuente, o a la inversa— (además manifiestamente privilegiada en la perspectiva occidental acerca de lo que se entiende por narración), es a lo que llamo *consistencia narrativa*. La consistencia narrativa, pues, como disposición organizativa de la historia sustentada en la prolongación en continuidad y en la vigencia de la causalidad del suceso durante el decurso de su relato. Expresado de otro modo, la consistencia narrativa se sujeta a la exposición secuencial y a la lógica conexiva del encadenamiento.

"-Intente contármelo con lógica —le rogó Firmino—,

sobre todo la sucesión de los hechos,

tenga en cuenta que yo no se absolutamente nada,

si no, no podré entenderlo [...]

*Por favor –repitió Firmino–, con lógica,
intente contármelo con lógica”*

Antonio Tabucchi, *La testa perduta di Damasceno Monteiro* (1997)

La exposición secuencial en la *estructuración narrativa de los sucesos que importan* se vincula fundamentalmente al patrón temporal; el tiempo avanza (o retrocede) según fueron sucediendo los hechos (de un antes a un después, o al contrario). Su lógica es ordinal. La lógica conexiva de encadenamiento puede sin embargo ser también cardinal; es decir, no ha de seguir siempre un *ordo naturalis*, sino que le es posible decidir cualquier otro orden (*ordo artificialis*), montando (*ars inventa disponendi*) la estructura narrativa causal de los sucesos como *mejor venga a cuento*³⁸ para narrar en relato la *afirmación de su ocurrencia*. En todo caso, cuando el orden de la exposición secuencial y el orden de la lógica conexiva del encadenamiento no sean coincidentes la consistencia narrativa deberá trasladar el orden temporal de la consecución al orden lógico de la consecuencia.

En cuanto a la conexión discursiva, los impulsores que dinamizan el relato de los hechos haciéndolo discurrir (avanzar, o también retroceder, caso del relato de los hechos disipados o meramente indiciarios) para *dar cuenta* de su ocurrencia funcionan mediante interrogaciones dirigidas a la propia discursividad. Inquieren sobre lo que ha de contarse en la *estructuración narrativa de los sucesos* como notificación general de los hechos que importan. Tales interrogaciones discurren en un *índice* tópico y retórico acerca de los hechos *que vienen a cuento*. El tópico *cuenta y da cuenta* de la circunstancia y los actantes³⁹ de la historia, el retórico de qué aspectos considera el narrador fundamentales y su razón. El modelo de unos y otros aprovecha del hexámetro interrogativo

³⁸ QUINTILIANO, *Institutio oratoria*, IV, 2, 83-84: “Pues yo tampoco me sumo a aquellos que consideran que siempre hay que narrar en el orden en el que algo haya sido hecho, sino que prefiero narrar en el modo que conviene. Lo cual puede hacerse de muchas formas. Pues algunas veces simulamos que hemos olvidado cuando dejamos algo para un lugar más útil, y a veces declaramos que vamos a restituir el orden que falta porque así la causa va a ser más clara, a veces subordinamos al asunto expuesto las causas que lo precedieron”.

³⁹ “Actante” entendido como el agente de la acción, paciente de la acción o beneficiario de la acción. Vid. “Actante” en ALGIDRAS JULIEN GREIMAS- JOSEPH COURTÉS, “*Sémiotique. Dictionnaire raisonné de la théorie du langage*”, Clássiques Hachette, Paris, 1979, pp. 3-5.

de Quintiliano (*Quis, quid, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo, quando*; quién, qué, dónde, con qué medios, por qué, de qué modo, cuándo)⁴⁰. Su influjo sobre *estructuración narrativa de los sucesos* determina que el relato presente un desarrollo descriptivo o evaluativo de lo que viene a cuento. Estas interrogaciones tópicas o retóricas articulan la narratividad en dos trayectorias implicantes, horizontal las tópicas, vertical las retóricas, construyendo (*inventando*) subestructuras narrativas identificables, respectivamente, como *fábula*, *historia externa o aventura*, donde el relato cuenta y da cuenta de la acción de los hechos, y *trama*, *intrahistoria o intriga*, donde el relato cuenta y da cuenta de los hechos en acción.

Pero, como anuncié más arriba, *conocer del relato de los hechos aquello que nos cuentan que viene a cuento* no sólo implica *concentración de importancia* sino también *selección de interés*. La diferencia es que mientras en la concentración de importancia la *dispositio* de los hechos en la estructura y organización narrativa de su relato subraya o remarca discurso, en la selección de interés se borra o suprime discurso. Para ello puede existir un propósito abiertamente declarado: evitar las digresiones. No obstante, pueden especularse otros, de naturaleza subrepticia y hasta quizás profunda y oculta. Los estudios, muy escasos, que se han ocupado de esta conducta narrativa, a la que han denominado

⁴⁰ QUINTILIANO, *op. cit.*, V, 10. El modelo interrogativo de Quintiliano es en todo de *topoi* o *loci*. Su fortuna ha sido grande en la historia de la Retórica medieval, y modernamente es asumido en una fórmula de encadenamiento lineal en cinco preguntas (Quién – dice qué – por cuál canal – a quién – con qué efecto) por HAROLD D. LASWELL, “Estructura y función de la comunicación en la sociedad”, en MIGUEL DE MORAGAS, “Sociología de la comunicación de masas”, Gustavo Gili, Barcelona, 1979, pp. 158-171. Su ejemplaridad en el discurso narrativo de los hechos en Derecho judicial es indudable; así, para el modelo de “juicio de hechos” en el relato de hechos probados de la sentencia, e igualmente en la praxis de la indagatoria donde el juez instructor interroga *prima operis fundamenta litis* sobre los hechos materia de averiguación (*summaria cognitio*) y que luego refleja en el apartado de Hechos contenido en el Auto de transformación en Procedimiento Abreviado o en Sumario del Procedimiento Ordinario. A mi juicio las interrogaciones propuestas deberían ampliarse a “para qué” y “para quién”, si bien es cierto que su respuesta puede hallarse integrada en la del “por qué”, o inferirse de ésta (del mismo modo que el “a quién” o actante paciente de la acción puede desprenderse del “qué” de la acción). Responder a “para quién” resuelve concretamente conocer el actante beneficiario de la acción.

*desnarración (disnarrated)*⁴¹, aplican su análisis sobre la narración homodiegética, donde el narrador hace deliberada *omisión de lo no interesante* y expresa los motivos para no narrar ciertos hechos. Resulta así una tipología de autocensura que recoge tres variantes. Lo *innarrable* como el no contar ciertos hechos sin que ello signifique que no sean parte de la historia, pero desdeñándolos por su trivialidad (hechos tediosos u obvios) o tabú (relacionados con actividad sexual, excreción, etc.); lo *innarrado* como eludido, advirtiendo abiertamente el no contar ciertos hechos y razonando el porqué, en general por su privacidad (hechos de la vida privada); y, lo *desnarrado* como el no contar ciertos hechos que aunque podrían contarse no se cuentan porque *no vienen a cuento*, o sea, funcionando como una digresión truncada.

Pues bien, entiendo que si es cierto que en la controversia fáctica quienes intervienen como asistencias técnico-jurídicas son narradores heterodiegéticos no es imposible que al "traducir" éstos el relato de sus patrocinados (narradores homodiegéticos) adopten una estructuración y organización narrativa de *desnarración* que dificulte e incluso estorbe *qué y cómo conocemos acerca de los hechos en litigio*. Por supuesto, no me refiero ingenuamente a la preselección de lo interesante o no superfluo derivada de lo que se percibe, se atiende y finalmente se fija en la conciencia, comportamiento cognoscitivo que actúa de forma instantánea e inevitable originando una simplificación conceptual, sino de aprovechar que el relato de los hechos produce *su elaboración final en concepto* como ocasión para omisiones o supresiones so pretexto de *no venir a cuento*.

El asunto narrativo "criminal" del relato de hechos no tolera lo *innarrable*, y a veces tampoco el "civil". Lo *innarrado* es admisible en ciertos relatos ("criminales" o "civiles"), con excepción de aquellos que versen sobre hechos litigiosos afectantes al honor, la intimidad o la imagen personal o familiar. En cuanto a lo *desnarrado*, por ejemplo para relatos sobre hechos contenciosos en separaciones matrimoniales o divorcios, se dispensa no contar ciertos hechos que aunque podrían contarse no se cuentan porque *no vienen a cuento*, dado que la vigencia de la causalidad del suceso (acontecimiento de crisis en la relación marital) no precisa para

⁴¹ Que conozca únicamente el de GERALD PRINCE, "The Disnarrated", en *Style*, 22, 1, 1988, pp. 1-8. Algunas referencias a la elipsis como "no-narración" también en Gérard Genette, *Figuras III*, cit.

que el relato sea narrativamente consistente contar sobre causa (culpa) de la desavenencia y la *desafectio* conyugal.

Pero el problema de la influencia de la *desnarración* no se agota en estas puntualizaciones. Porque *viene a cuento* si desbatar o refinar los hechos para organizar no sólo “una historia bellamente contada” sino una “buena historia” *viene o no a cuento*. En definitiva, ¿existe alguna regla de *usus fori* entre las que interactúan la construcción social del proceso que discipline qué se debería narrar o desnarrar para ser *tomado en cuenta* (por el juez, o por el jurado)? Deberíamos tomar conciencia de que meditar sobre ello puede resultar algo de importancia no baladí a la hora de responder a *qué y cómo conocemos acerca de los hechos en litigio*.

Con todo, resta aún por encarar –tal vez a no demasiada distancia de lo anterior– la exigencia de que el relato de los hechos, además de narrativamente consistente, aparezca asimismo como *coherente*. La idea que manejo de coherencia también tiene que ver con la *estructuración narrativa de los hechos que importan*. Así, la *coherencia narrativa* relaciona en primer lugar con la dinámica narrativa que el relato genera en su decurso. Los *hechos que importan* ganan sentido, adquieren significado y construyen su coherencia en el discurrir de la narración que es su relato. Esta es la manera en que, a mi criterio⁴², la consistencia narrativa relaciona con la coherencia narrativa. Pero se trataría hasta aquí de una relación formal y alimentada desde el interior del relato, que siendo necesaria para producir plausibilidad de la historia⁴³, no es del todo suficiente. Sin abandonar el punto de vista de la discursividad narrativa⁴⁴, me parece que la pertinente necesidad de testear *el relato de los hechos que importan* a través de su coherencia narrativa debe ir más allá de testear la

⁴² Que, entre otros, acogen GIUSEPPE ZACCARIA, “*Dimensioni dell’ermeneutica e interpretazione giuridica*”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, LXXII, 2, 1995, pp. 381-382 y 384, y *Questioni di interpretazione*, Cedam, Padova, 1996, pp. 81 y 83, o BALDASSARE PASTORE, “*Giudizio, Prova, Ragione Pratica. Un approccio ermeneutico*”, Giuffrè, Milano, 1996, p. 61, 200 y 217.

⁴³ “Comprender la historia es comprender cómo y por qué los sucesivos episodios han llegado a conclusión, la cual, lejos de ser previsible, debe ser, en último análisis, aceptable, como congruente con los episodios reunidos”, PAUL RICOEUR, “*Tiempo y narración*”, trad. de A. Neira Calvo, Cristiandad, Madrid, 1987, vol. I. (Configuración del tiempo en el relato histórico), p. 138.

⁴⁴ Jorge Lozano, *El discurso narrativo*, Alianza, Madrid, 1987, p. 117: “Sólo la narración puede, en última instancia, dar *sentido* a los acontecimientos”.

estabilidad de su desenvolvimiento como exposición secuencial y lógica conexiva de encadenamientos. Sin abandonar el punto de vista narrativo, lo que produce coherencia narrativa es a mi entender que las concretas relaciones de continuidad y causalidad que en cada caso organizan el relato de hechos sean capaces de engancharse a una articulación narrativa abstracta⁴⁵. Y esa ligazón y ajuste consiste, a mi juicio, en el *correlato* de la experiencia concretamente narrada con la narrativa abstracta de la experiencia sobre hechos normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes. Cuando contar los hechos es narrar en relato la *afirmación de su ocurrencia*, esa afirmación es narrativamente coherente si, en último análisis, es aceptable como ocurrencia abstracta en la agenda experiencial culturalmente condicionada de una determinada sociedad y época. La presencia o ausencia de coherencia narrativa es el encuentro o desencuentro con el espacio de imaginario social que en cada tiempo y lugar *otorga sentido* a la historia de nuestra experiencia de los hechos.

6. Controversia fáctica y convención narrativa

"Los mitos exigen aceptación absoluta; las ficciones aceptación condicional..."

Frank Kermode, *The Sense of an Ending. Studies in the Theory of Fiction* (1967)

—Si contar los hechos es narrar en relato la *afirmación de su ocurrencia*, queda todavía por plantear, ahora ya como otro y último paso de tuerca, una cuestión que afecta al análisis que sobre la controversia fáctica vengo desarrollando como contribución al estudio de la *quaestio facti* desde un enfoque narrativista del Derecho. Y le concierne porque para responder a *qué y cómo conocemos acerca de los hechos en litigio* cumple averiguar cuál sea el estatuto narrativo de las *afirmaciones sobre los hechos*.

A ese respecto sabemos que el contenido fáctico de tales afirmaciones se integra de *hechos inciertos (hechos difíciles)* cuya ocurrencia sea conjeturalmente probable, es decir, que *prima facie* no aparezcan como imposibles de probar según el ramo de medios de prueba propuesto.

⁴⁵ Remito desde aquí al sugestivo planteamiento de WILLEM A. WAGENAAR-PETER J. VAN KOPPEN- HANS F.M. CROMBAG, "Anchored narratives. The psychology of criminal evidence", St. Martin's Press, New York, 1993.

Esa figuración probatoria se materializará o no (confirmación o refutación) una vez se abra la práctica de la prueba, donde su resultado y valoración de rendimiento dará medida de la eliminación del dilema de incertidumbre (*penumbral facts*) en el juicio (*iudicium facti*) que al relatar definitivamente los hechos resuelve sobre su ocurrencia⁴⁶. Pero estas fases se encuentran aún del todo diferidas al momento en que lo que existe es exclusivamente *desacuerdo narrativo* sobre la ocurrencia histórica de los hechos. Y esta es la razón por la que no debería distraerse el esfuerzo en profundizar una reflexión acerca del régimen y género de las narraciones cuyo relato es esa contenciosa *afirmación de su ocurrencia*.

Nos hallamos según señalé, y conviene recordarlo, en un estado procesal de oposición, de contrariedad, que es de debate, e incluso de disputa genuina, *sobre los hechos afirmados* pero cuya base de desacuerdo discursivo es de índole *únicamente narrativa*. Podría decirse, por tanto, que importa sobre todo el acto de narrar, esto es, de contar los hechos que se afirman ocurridos. Entonces, el mismo acto de narrar acaba erigiéndose en materia narrativa y así la situación de contar es *ficcional* no por lo que se dice (*se cuenta*) de los hechos, sino por cómo se dice (*se cuenta*) de ellos.

Esta dimensión de *ficcionalidad* que desde el enfoque narrativista del Derecho se revela en la controversia fáctica ofrece un campo de reflexión sumamente atractivo, con capacidad para ampliar su horizonte; por ejemplo, hacia la fuerza ilocutiva (aserción) del acto de habla que afirma determinada ocurrencia y el concepto de "pretensión" de Searle⁴⁷.

⁴⁶ El grado de eliminación del dilema de incertidumbre puede variar. Ciertamente el *iudicium facti* puede dirimir definitivamente sobre su ocurrencia sin despejar la incertidumbre, porque decidiendo que los hechos continúan dudosos establezca el *estado de duda fáctica*. Llama la atención sin embargo que en el orden penal éste se traduzca en devolución a la "presunción de inocencia" desde el conocido apotegma *in dubio pro reo*, mientras que en el civil devuelva, por *desestimación* de "las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos" (art. 217.1 LECv), al *estado de inocencia* previo a la litis.

⁴⁷ Vid. JOHN R. SEARLE, "The Logical Status of Fictional Discourse", en *New Literary History* 6.2 (1975): 319-332 [también en JOHN R. SEARLE, "Expression and Meaning: Studies in the Theory of Speech Acts", Cambridge University Press, Cambridge, 1979, pp. 58-75], y "Actos de habla" (1969), trad. de L. M. Valdés Villanueva, Cátedra, Madrid, 1986. Asimismo JUAN O. COFRÉ, "La paradoja de la narración: de los actos de habla a los actos de conciencia", en *Revista de Filos-*

La que aquí proyecto explorar, aunque sólo en tanteo, se circunscribe a la pragmática narrativa interna⁴⁸, o sea, al procedimiento de relación de los narradores con las historias narradas, y con el destinatario de las mismas, pues esto último nos descubrirá también el rol que frente a ellas corresponde al juez (o jurado) como narratario.

En ese propósito, mi experiencia y observación crítica de la praxis judicial en torno a la controversia fáctica me muestra que los narradores (partes procesales) relatan *como si* los hechos hubieran ocurrido en la forma en que los cuentan. Este es el *a priori* de su discurso narrativo, y procede estableciendo una relación *ficcional* similar a la del imperativo categórico kantiano ("Obra *como si* la máxima de tu acción pudiera ser erigida, por tu voluntad, ley universal de la naturaleza"), o análoga a la *ficción* del "velo de ignorancia" propuesta por Rawls en su *Teoría de la justicia*.

Siendo así, el enfoque narrativista de la controversia fáctica destapa y pone a la vista de los juristas un deslumbrante filón de posibilidades reflexivas entre la teoría de las ficciones narrativas (literarias) y la teoría de las ficciones en Derecho, que sólo con señaladas excepciones ha sido explotado⁴⁹. Entre las posibles una apuntaría con vehemencia hacia las implicaciones Derecho y Literatura desde una intersección novedosa: Derecho con Literatura.

En cualquier caso, para el asunto que aquí es ocasión la idea fundamentalmente recuperable, también aprovechando en parte el ficcionalismo neokantiano del *Als-Ob*⁵⁰, es que la ficción funciona para

ofia (Universidad Complutense de Madrid), vol. IV (1991), núm. 6, pp. 311-333.

⁴⁸ Vid. "Pragmática narrativa" en CARLOS REIS- ANA CRISTINA M. LOPES, "Diccionario de Narratología", trad. de A. Marcos de Dios, Colegio de España, Salamanca, 1997, pp. 205-207.

⁴⁹ ENRIQUE E. MARÍ, "La Teoría de las Ficciones en Jeremy Bentham", en Enrique E. Marí et al., *Derecho y Psicoanálisis. Teoría de las ficciones y función dogmática*, Hachette, Buenos Aires, 1987, "Robert Musil y la crisis del Reino de Kakania" (1995) y "Las ficciones de legitimación en el derecho y la política: de la sociedad medieval a la sociedad contractual", en ENRIQUE E. MARÍ, "Papeles de filosofía II", Biblos, Buenos Aires, 1996, pp. 65-89 y 291-318 respect., y "La teoría de las ficciones", Eudeba, Buenos Aires, 2002.

⁵⁰ Vid. HANS VAHINGER, "Die Philosophie des Als-Ob: System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus", Felix Meiner Verlag, Leipzig, 1922, p. 19 [1ª ed. 1920], y JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA, "La imaginación jurídica", Edit. Debate,

con los hechos como una plantilla de recortable que admite una afirmación de ocurrencia y también su alternativa, e intercambio, pues comoquiera que no aún sabemos positivamente (probadamente) que los hechos no hayan ocurrido como una u otra parte los cuenta, hemos de tomar los hechos afirmados en sus respectivos relatos *como si* hubieran ocurrido. Es decir, el constructo ficcional del *como si* es por tanto la convención narrativa mediante la cual los narradores se relacionan con la historia de los hechos, con el relato de su ocurrencia histórica. Argüir categorías de verdad o falsedad en absoluto sería operativo, porque en la pragmática de la ficción narrativa lo que se produce es el efecto de una *ilusión fáctica* de afirmaciones no sólo bivalentes y paralelas, sino equivalentes y sincrónicas.

Como es natural, el destinatario de este efecto de *ilusión fáctica* es el juez (o el jurado), que en su posición de imparcialidad ha de asumir que la controversia acerca de la ocurrencia histórica de los hechos se plantee con ese estatuto. El juzgador, por tanto, se instruye del *qué* de los hechos y el *cómo* conocer de ellos aceptando una convención narrativa que es caracterizadamente ficcional.

Por supuesto, es obvio que tal efecto no es permanente, que condicionalmente no durará mucho más allá de la fase probatoria (juicio de certeza) y que desaparece por completo al emitir el juicio de "verdad" que decide acerca de los hechos y es también capaz de "colocarse por encima"⁵¹ de la polémica narrativa partisana. En él se zanja la controversia fáctica sobre la base de una elección asimétrica, dispar y heterogénea, que es de suyo ya un juicio *paranarrativo*, pero sin que esto signifique que esa verdad de los hechos (*verdictum*) sea enteramente *postficcional*, sino más bien *metaficcional*, y que por tanto se trata siempre una "verdad" ensimismada en la ficción.

Por lo demás, todos hemos tenido oportunidad alguna vez para cerciorarnos de que no existen ficciones inocuas.

Madrid, 1992, pp. 95 y ss. Asimismo LEONEL RIBEIRO dos SANTOS, "*Hans Vaihinger: o Kantismo como um Ficcionalismo?*", en Leonel Ribeiro dos Santos et al. (Coord.), KANT: "*Posteridade e Actualidade*". Colóquio Internacional, Lisboa, Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2007, pp. 515-536.

⁵¹ Vid. JEROME BRUNER, "*La fábrica de historias. Derecho, literatura, vida*", trad. de L. Padilla López, FCE de Argentina, Buenos Aires, 2003, p. 60. Su efecto es que la contienda no rebase los límites del proceso y reabra o desencadene un ciclo de venganzas entre las partes en pugna.

LA "TRADICIÓN DE LA LEY NATURAL"

Por John Finnis

No tiene demasiado sentido hablar de una tradición de la ley natural, porque "ley natural" (en el contexto de la ética, la política, el derecho y la jurisprudencia¹) significa simplemente el conjunto de proposiciones verdaderas que identifican los bienes humanos básicos, los requerimientos generales de la elección correcta y las normas morales específicas deducibles de estos requerimientos en cuanto tienen que ver con (o dependen de) los bienes básicos particulares. Pero sí existe una tradición de teoría y de teorización acerca de la ley natural (y la sentencia precedente, una concreción contemporánea de esta teorización, está en la misma línea de los clásicos de esa tradición). Esta "tradición de la teoría de la ley natural" tiene tres caracteres principales:

Primero, crítica y rechazo del escepticismo ético, del dogmatismo y del convencionalismo;

Segundo, esclarecimiento de la metodología de las teorías sociales descriptivas y explicativas (e.g., ciencia política, economía, jurisprudencia,...);

Tercero, crítica y rechazo de las concepciones agregativas de lo correcto y lo justo (e.g., consecuencialismo, utilitarismo, de maximización de la riqueza, "proporcionalismo",...).

En el ámbito de la jurisprudencia, los cometidos de la tradición consisten en mostrar:

cómo una comprensión del derecho presupone una comprensión práctica (i.e., una comprensión del objetivo, del bien) de la comunidad,

¹ En este texto se traduce el término inglés "*jurisprudence*" (i.e., saber jurídico profesional, o lo que los juristas continentales llaman "ciencia jurídica") por "jurisprudencia", guardando el sentido que tiene la palabra inglesa (N. del T.).

la justicia y los derechos, y la autoridad – como razones de elección y acción;

cómo una definición (*i.e.*, un resumen de la propia comprensión) del derecho puede y debe incluir una referencia a las funciones u objetivos morales del derecho (especialmente, pero no sólo, las ideas “procedimentales” del Estado de Derecho), sin excluir por ello las normas inmorales de la percepción de los juristas acerca del estudio de la jurisprudencia;

cómo las normas positivas se derivan de la ley natural (principios morales) en al menos dos formas diferentes;

cómo las normas injustas, siendo normas, pueden crear a veces una obligación moral, pero carecen siempre de la autoridad moral (y, por lo tanto, parte del carácter) que las normas, en virtud de haber sido establecidas legalmente, tienen de modo característico.

A. Contra el escepticismo ético, el dogmatismo, el convencionalismo

(a) Las negaciones escépticas de al menos un bien humano básico (verdad y conocimiento) son auto-refutatorias. La teoría de la ley natural es una teoría que trata de explicar el hecho de que realizarla (o cuestionarla) es algo que vale la pena. Las teorías que no tienen lugar para el hecho de su propia existencia, o para el valor de su misma prosecución, son autorefutatorias.

(b) La mayoría de los escepticismos contemporáneos acerca de los bienes humanos básicos, y/o de los requerimientos de la razonabilidad práctica, están basados en un deslizamiento lógicamente ilícito (especialmente común en la era actual), desde “ser” a “deber”. Por ejemplo:

* Yo tengo un sentimiento de aprobación de X; luego, X es bueno (es valioso..., u obligatorio, o...)

* Yo estoy comprometido, he adoptado, he optado por, he elegido, he decidido acerca de...el principio práctico X...; luego, X debería ser hecho

* En el pensamiento actual/la sociedad contemporánea, X es ampliamente visto como (no) bueno/obligatorio, luego, X es (no) bueno/obligatorio

* X no es universalmente/comúnmente considerado como bueno/obligatorio, luego, X es (no) bueno/obligatorio.

Una teoría explícita de la ley natural fue emprendida por Platón y Aristóteles, precisamente como una crítica de *non sequiturs* como los anteriormente enunciados. Estos pensadores, y sus seguidores como Tomás de Aquino, respetan la distinción entre ser y deber, hecho y valor, mucho más cuidadosamente que, por ejemplo, David Hume. Las afirmaciones en contrario son mitos o incomprensiones².

La crítica del escepticismo está estrechamente vinculada a la principal estrategia de la jurisprudencia contemporánea: atención, no meramente a la estructura externa, prácticas o aún sentimientos, sino más bien a las razones características que la gente tiene para actuar de aquellos modos que conduzcan a la constitución de fenómenos sociales específicos (como el derecho). La jurisprudencia se ocupa de los tipos de justificación para las decisiones.

Nota: estando interesada en la verdad, la teoría de la ley natural es completamente distinta de los movimientos políticos, ya sean conservadores, liberales, radicales, o los que sean.

B. Sobre la metodología de las ciencias sociales

Puede ser mostrado conclusivamente que la "jurisprudencia analítica" o la "sociología descriptiva del derecho", emprendida por Bentham y desarrollada por Austin, Kelsen, Weber, Hart, Raz y otros, escapa de la arbitrariedad metodológica sólo presuponiendo ciertas valoraciones en su selección y/o formación de los conceptos a usar en sus análisis, descripciones y desarrollos. Pero ella tiende hacia la arbitrariedad en la medida en que (en el caso de Bentham, Austin y Kelsen) renuncia o suprime estas valoraciones, o bien (en el caso de Weber y Hart) las asume como indiscutibles opciones o presupuestos³.

La teoría de la ley natural reconoce plenamente el lugar de las ciencias sociales descriptivas/explicativas (de las cuales la mayor parte de la

² Para la verificación textual de las dos últimas afirmaciones, vide JOHN FINNIS, "Natural Law and Natural Rights", 330-38, 470-78, 53-55 (Oxford & New York, 1980).

³ Vide FINNIS, *supra* nota 1, capítulo I; y John FINNIS, "On 'Positivism' and 'Legal Rational Authority'", 5 *Oxford J. Legal St.*, 74-90 (1985).

Política de Aristóteles es un modelo temprano), muy distinto del razonamiento práctico crítico-justificatorio acerca de lo bueno y lo correcto en los agrupamientos sociales. Pero la teoría de la ley natural sostiene que la formación y selección de conceptos para las descripciones y explicaciones sociales está y debe estar (salvo que haya de permanecer pueblerina) guiada por las evaluaciones que una reflexión crítica sobre la situación humana muestre como críticamente justificadas.

En resumen, la teoría de la ley natural trata de realizar abiertamente, críticamente y a través de la discusión, aquello que la mayoría de los demás pensadores analíticos y descriptivos realizan de modo encubierto y dogmático. Una vez que se reconoce el método de definición utilizado por Aristóteles (entre casos centrales y casos secundarios, tal como son juzgados por personas de razonabilidad práctica), se puede ver que su metodología de las ciencias sociales (en cuanto distinta de algunas de sus historiográficamente primitivas aplicaciones) es enormemente más sofisticada y más abierta a los datos frescos y a la mejor comprensión que muchas de las obras más modernas en esos campos.

C. Crítica a las teorías agregativas del derecho

Más importante (para la ética, la teoría política y la jurisprudencia) que la consideración de los bienes humanos básicos, es la explicación del segundo nivel de reflexión ética, que identifica los "requerimientos de razonabilidad práctica" o "modos de responsabilidad". La mayoría del pensamiento ético y jurídico moderno asume acríticamente que la razonabilidad requiere la agregación de bienes o valores. Pero más allá de los contextos establecidos por objetivos simples (proyectos, o la realización de compromisos sencillos), no hay, en situaciones de elección moral o política significativas, un bien netamente superior o un mal menor susceptibles de ser identificados por cálculos o evaluaciones agregativas. Esto es, la convicción de que esto no es solamente quimérico prácticamente, sino incompatible con la libre elección e incoherente.

Los derechos humanos, e instituciones como el Estado de Derecho, revisten justificadamente la configuración que tienen en la medida en que los métodos ético/políticos agregativos son injustificables. Los principios kantianos de imparcialidad y respeto por la "humanidad", son mucho más razonables que los varios utilitarismos, pero estos principios necesitan (y pueden alcanzar) el sustento de la descripción de la naturaleza humana

("humanidad") – y de los principios prácticos básicos – provista por la comprensión de los bienes humanos básicos.

Al ir más profundamente que las teorías contractualistas de la autoridad, o que las teorías voluntaristas del contrato, una teoría de la ley natural puede dar una mejor explicación de los problemas tradicionales de la jurisprudencia, tales como la formación de las costumbres obligatorias (como en el derecho internacional), la continuidad del derecho a través de las revoluciones, la autoridad de los gobiernos de facto, las relaciones entre las contractuales y otro tipo de obligaciones, las relaciones entre la responsabilidad extracontractual y otros esquemas para reparar pérdidas, etc.

D. Una nota sobre la enseñanza de la jurisprudencia

La jurisprudencia, me parece, puede muy bien ser introducida en los cursos de *Introducción al Derecho*:

para mostrar cómo los estándares procedural/constitucionales del Estado de Derecho (bien expuestos en Fuller, *The Morality of Law*, caps. II y VI) relacionan al derecho (y a nuestro derecho) con la teoría política (y con las creencias y compromisos de nuestra política), y resultan en normas jurídicas e instituciones altamente específicas y problemáticas;

para mostrar cómo las instituciones del derecho privado, como la responsabilidad extracontractual, los contratos o la quiebra, representan concepciones morales elaboradas en parte por la aplicación, en parte por la *determinación* (constructiva, no-deductiva, y en ese sentido "libre", implementación o especificación de nociones generales) y en parte por consideraciones de consistencia que son al menos parcialmente deductivas⁴.

Los cursos dedicados a la "jurisprudencia" necesitan abordar frontalmente las cuestiones metodológicas sugeridas más arriba como el marco para una reflexión fructífera sobre el trabajo de juristas específicos (importa bastante menos *cuál* de los juristas sustanciales, vivos o muertos). Reflexionar sobre estas cuestiones es reflexionar sobre la "teoría de la ley natural"; por supuesto, ello es así (cualesquiera sean las etiquetas que se favorezcan *haciendo* teoría de la ley natural) salvo que se esté

⁴ Vide, e.g., las reflexiones sobre el derecho de quiebras en Finnis, *supra*, nota 1, pp. 188-93.

determinado de antemano a que las respuestas hayan de resultar a favor del escepticismo, o del "convencionalismo de personas modernas", o del provincianismo metodológico, o de alguna teoría de la justicia meramente agregativa.

TRADUCCIÓN DE C.I. MASSINI CORREAS

VOLVER A LOS ORÍGENES. LA TESIS SOCIAL Y SUS CONSECUENCIAS EN EL POSITIVISMO ÉTICO CONTEMPORÁNEO

Por Pedro Rivas

(Universidad La Coruña. España)

Desde la publicación póstuma del *Postscript* de Hart a su obra *The Concept of Law*, pareciera que la filosofía jurídica anglosajona se ha centrado en buena medida en el debate sobre las versiones del positivismo jurídico. En efecto, las discusiones entre quienes defienden una versión *incluyente* del positivismo jurídico y quienes defienden una versión *excluyente* del mismo, han llenado en los últimos años multitud de páginas de la literatura académica al uso. Coincide además con unos años en que otros *dramatis personae* de la filosofía jurídica anglosajona contemporánea, como Raz o Dworkin, habrían abandonado las discusiones sobre el Derecho para dedicar sus esfuerzos a cuestiones de filosofía política y de ética.

Sin embargo, el debate al que se hace referencia se ha revelado estéril. A mi juicio, se ha tratado más bien de una polémica sostenida y siempre aumentada por los sedicentes representantes del *inclusive legal positivism*. Hasta el punto de hacer afirmar a algunos que "los debates sobre el positivismo en particular, son grandes preocupaciones irrelevantes de un pequeño grupo de pedantes obsesionados por las cuestiones filosóficas pero despreocupados por las cuestiones sociales (*socially unaware*), muchos de cuyos miembros son ingleses y la mayoría de los cuales ya están muertos"¹.

De manera contemporánea al debate mencionado, hay quien ha propuesto un retorno a los orígenes del positivismo jurídico anglosajón, es decir, a un positivismo como el Hobbes, Bentham y Austin. En efecto,

¹ F. SCHAUER, "Positivism Trough Thick and Thin", en Bix, B., (ed.), *Analyzing Law: New essays in legal theory*, Oxford, Clarendon Press, 1998, 69. Hay que hacer notar que Schauer solamente recoge el comentario que se cita sin adherirse a él.

para quienes defienden este retorno las tesis positivistas no pretenden ser conceptuales ni tampoco descriptivas. Se trata más bien de tesis normativas en el sentido de que formulan cómo deberían ser los sistemas jurídicos. De ahí la denominación también empleada de "positivismo prescriptivo". Dicho carácter prescriptivo no se fundamenta en las bondades que dicho modelo produce a la ciencia jurídica o en que se logre una mejor descripción de la realidad jurídica, sino más bien en razones morales y políticas. En último término estamos ante un positivismo que tiene unos fundamentos éticos y políticos. Son unos determinados valores o bienes de carácter ético y político los que están en la base de las afirmaciones sobre el Derecho. Así, otra denominación de este positivismo es la de "positivismo ético". Ya no se trata de discutir sobre el positivismo jurídico anglosajón de la segunda mitad del siglo XX. Ahora lo que se debate es la realidad del Derecho: cómo debe ser la legislación, cuál debe ser la tarea del juez, cómo debe ser la interpretación, cuál debe ser el lugar de los derechos humanos en nuestros sistemas jurídicos actuales. Y detrás de estas preguntas están valores como el compromiso con un modelo político democrático, la maximización de la autonomía de los individuos, el intento de alcanzar bienes sociales como la estabilidad social, la lucha por una mayor efectividad en la garantía de los derechos humanos, etc. De ahí que lo que se discute no es tanto una concepción del Derecho *qua* concepción del Derecho, sino por sus consecuencias en la actividad judicial y en la actividad legislativa. Por esta misma razón, no pretende ser tampoco una descripción de los sistemas jurídicos actuales; es más, se tiene conciencia de que la mayoría de estos no guarda apenas parecido con la concepción del Derecho que se propone.

En esta exposición voy a tratar de exponer y analizar las tesis centrales del positivismo ético (también llamado prescriptivo o normativo) sobre el Derecho, a partir de la obra del iusfilósofo australiano Tom Campbell. La razón para tomar esta guía reside en que es quien ha defendido con más empeño y claridad la necesidad de volver a un positivismo de este género. Además, es el único que ha formulado de manera bastante completa las tesis del positivismo ético.

I. El significado del positivismo ético

Campbell ha formulado desde el principio el sentido de lo que denomina "positivismo ético". En concreto, el positivismo jurídico ético no

es una visión analítica sobre la semántica de la expresión "Derecho" o sobre el sentido profundo del discurso jurídico. Tampoco es una teoría descriptiva-explicativa sobre el mejor modo de entender el Derecho y sus funciones sociales. Se trata de una teoría moral sobre el ejercicio del poder político visto como la actividad de controlar y coordinar de forma moralmente defendible la conducta de un número grande de personas².

Se basa en la tesis analítica que afirma que el Derecho puede ser conceptual, argumentativa y operacionalmente separado de la moralidad, y en la tesis sociológica según la cual los sistemas jurídicos actuales pueden aproximarse a una situación donde el Derecho se administra en forma respetuosa con las reglas³. El positivismo jurídico ético no hace afirmaciones empíricas sobre la separación real entre Derecho y moral más allá de que es factible en la práctica alcanzar un grado de separación entre la moral y las actividades jurídicas de quienes están encargados de la aplicación de las reglas jurídicas⁴. Antes bien, la fuerza que motiva y organiza al positivismo jurídico ético es una visión política sustantiva sobre el sentido moral de la concepción positivista de lo que se parece a un sistema jurídico bueno y de cómo contribuye a una política justa, efectiva y democrática⁵. Por eso mismo, los fallos del positivismo descriptivo no invalidan el esfuerzo prescriptivo, a menos que los primeros muestren la impracticabilidad de estos últimos⁶.

Por otro lado, sostiene que debe distinguirse el positivismo jurídico ético del formalismo, entendido éste último como la "jurisprudencia mecánica" que criticó Pound. Acepta un formalismo al estilo de Hart, es decir, como exclusión de algunas cosas en la determinación del Derecho. O como lo entiende MacCormick, esto es, como reconducir lo más posible los asuntos de la regulación y controversia jurídica de acuerdo con reglas predeterminadas de generalidad y claridad considerable, por referencia a las cuales se definan claramente derechos, deberes, poderes e inmunidades

² Cfr. T. CAMPBELL, "The Legal Theory of Ethical Positivism," Aldershot, Dartmouth, 1996, 2. A partir de ahora LTEP. También cfr. T. CAMPBELL, "The point of legal positivism", King's College Law Journal 9 (1998); se cita este artículo por la traducción castellana de Ángeles Ródenas, "El sentido del positivismo jurídico", Doxa 25 (2002), 303.

³ LTEP, 2.

⁴ Cfr. T. CAMPBELL, "The point of legal positivism", cit., 310.

⁵ Ibidem.

⁶ Cfr. Ibid., 306.

de las relaciones jurídicas. Pero en el positivismo jurídico ético todo esto se adopta como postura ética y política. Si acaso, ante las dificultades para lograr estos propósitos, acepta la introducción de elementos no formalistas en el juicio de aplicación del Derecho, siempre y cuando no comprometan el carácter no moral y no político de tales juicios⁷.

Por último, como es evidente, rechaza las teorías iusnaturalistas en la medida en que el positivismo ético no postula que el Derecho para ser tal deba satisfacer contenidos morales en su forma o en su contenido.

II. La tesis central: La relación entre Derecho y moral

La pregunta que procede ahora es cómo queda formulada la tesis de la relación entre Derecho y moral según el positivismo ético. Campbell suscribe la separabilidad (Derecho y moral pueden estar separados), pero no la separación (Derecho y moral están actualmente separados). Por eso formula más bien la tesis prescriptiva de la separación, según la cual la identificación y la aplicación del Derecho deben mantenerse lo más separadas o alejadas posibles de juicios morales. En definitiva, aboga por cambiar lo que hoy en día es habitual⁸. Como se ve, acepta que desde un punto de vista descriptivo los sistemas jurídicos actuales introducen criterios morales en la identificación y aplicación del Derecho⁹.

Con independencia de que se afirme la tesis de la separabilidad conceptual en sentido fuerte (es conceptualmente incoherente incorporar referencias a la moral en la regla de reconocimiento) o en sentido débil (pueden incluirse en la regla de reconocimiento referencias morales aunque no es necesario hacerlo), Campbell sostiene que es indeseable que haya criterios de validez jurídica moralmente abiertos. La tesis prescriptiva de la separación no es, por tanto, ni conceptual ni empírica ni analítica. Lo que formula es algo más que una simple posibilidad conceptual. Es una tesis moral en relación con los beneficios de obtener un sistema jurídico como el que prescribe. Ningún sistema jurídico debe permitir el uso de criterios explícitamente morales o, en todo caso, abiertos a la controversia, para establecer la existencia del Derecho o para determinar

⁷ LTEP, 91.

⁸ LTEP, 3.

⁹ LTEP, 71.

sus consecuencias¹⁰. Por eso, la regla de reconocimiento no debe contener términos que inviten al juicio moral. Es decir, puede hacerse referencia a creencias morales, pero debe evitarse el lenguaje que requiere que se hagan juicios morales antes de que la regla en cuestión pueda proporcionar suficiente contenido para guiar nuestra conducta concreta. Por tanto, la moral, e incluso la religión, tienen cabida en la medida que sean un conjunto homogéneo cuyo contenido puede establecerse de forma empírica e incontrovertible¹¹. Y, por su parte, los aplicadores del Derecho deben abstenerse de usar recursos morales, de clase o de género, que enturbian la aplicación del Derecho¹².

La ventaja de seleccionar su tesis de la separabilidad a partir de sus objetivos teóricos permite al positivismo ético escapar de la crítica general al positivismo, que incide en que la multiplicidad de formulaciones de dicha tesis muestra la indefinición del positivismo¹³. Pretende también responder a la crítica común que afirma que el positivismo no puede admitir una tesis prescriptiva, es decir una tesis moral o valorativa, porque supone contradecir su propia separación entre Derecho y moral. En efecto, históricamente, se ha dado un género de positivismo cuyo principal empeño era lograr una verdadera ciencia del Derecho. Pero para Campbell lo que los padres fundadores del positivismo jurídico trataban de evitar eran juicios morales sobre el contenido del Derecho, no sobre las razones para estudiarlo científicamente. Esos mismos positivistas parecen orientados a establecer la posibilidad de un sistema jurídico libre de valores en relación con el proceso de razonamiento y las decisiones requeridas a los participantes en el reconocimiento y la aplicación del Derecho, y no en relación con su creación¹⁴.

III. Positivismo, Metaética y Teoría Política

Campbell sostiene que el positivismo no adopta ninguna posición en cuestiones de metaética. Es decir, según él, es posible ser a la vez objetivista en ética y positivista¹⁵. De hecho, él mismo afirma ser cognitivista,

¹⁰ LTEP, 71-2. También cfr. T. CAMPBELL, "The point of legal positivism", cit., 309.

¹¹ Cfr. T. CAMPBELL, "The point of legal positivism", cit., 311-2.

¹² LTEP, 71-2.

¹³ Cfr. T. CAMPBELL, "The point of legal positivism", cit., nota 19.

¹⁴ Cfr. Ibid., 315-6.

¹⁵ LTEP, 69. También cfr. T. CAMPBELL, "The point of legal positivism", cit., 317.

aunque reconozca que muchos positivistas han sido no-cognitivistas¹⁶. Porque el positivismo jurídico no va más allá de constatar los desacuerdos en materia de moralidad, sin necesidad de juzgar si es o no posible alcanzar algún género de objetividad ética¹⁷. Similarmente, el positivismo ético tampoco está atado a una determinada teoría ética o política, sino que puede servir a posiciones individualistas, comunitaristas, hedonistas, etc.¹⁸.

Como consecuencia de lo anterior, se entiende la posición de Campbell sobre la tesis de la obediencia. A su juicio, el positivismo jurídico no coincide con la caricatura que a veces se ha mostrado de él, según la cual defendería una obediencia incondicional al Derecho¹⁹ (aunque algunos positivistas hayan defendido tal cosa²⁰). A juicio de Campbell, hay razones morales para obedecer al Derecho por el hecho de ser Derecho (por ejemplo, porque nos da equidad, libertad, eficacia en la consecución del bien público, respeto por el poder democrático, etc.)²¹. E incluso pueden darse razones de segundo orden para obedecer al Derecho también cuando nos parece contrario a nuestras opiniones morales. Pero esto no supone una obediencia absoluta e irreflexiva. Es más, cabe la desobediencia en circunstancias excepcionales²². Lo que le interesa mostrar es que el problema de la obediencia se resuelve en sede de discusión ética. Por eso, no es una cuestión que resuelva mejor un tipo de positivismo que otro²³.

IV. El ideal del positivismo ético

Es relevante por último hacer referencia a esos ideales de carácter ético que llevarían a Campbell a prescribir las tesis positivistas. Se pretende una versión del positivismo jurídico que presenta de forma abierta y argumentada un ideal de lo que debe ser un "buen" sistema jurídico al cual se debe aspirar. Con la referencia a la bondad no se refiere a los contenidos del sistema sino a su forma y sus funciones²⁴. En efecto, se trata de una

¹⁶ LTEP, 98.

¹⁷ LTEP, 313.

¹⁸ LTEP, 5.

¹⁹ LTEP, 318.

²⁰ LTEP, 98.

²¹ LTEP, 101.

²² LTEP, 318.

²³ LTEP, 101 y 318.

²⁴ LTEP, 75.

teoría moral sobre el ejercicio del poder político visto como la actividad de controlar y coordinar de forma moralmente defendible la conducta de un gran número de personas. Pues bien, el positivismo ético presenta un modelo ideal de Derecho según el cual es una condición presuntiva de la legitimidad de los gobiernos que ellos funcionan a través de reglas específicas capaces de ser identificadas y aplicadas por ciudadanos y los funcionarios (*officials*) sin recurso a argumentos, presupuestos, creencias o mandatos de grupos políticos. Más en concreto, se trata de la idea política de que el gobierno debe llevarse a cabo mediante la creación y la aplicación de reglas específicas y objetivamente operables²⁵. Por tanto, un sistema jurídico debe ser lo más parecido posible a un sistema autónomo de reglas de mandato rápidamente identificable, de tal claridad, precisión y alcance que puedan entenderse y aplicarse habitualmente sin recurrir a juicios morales y políticos controvertidos²⁶. Campbell sostiene la necesidad de una ética específica para cada uno de los que participan en un sistema jurídico así, en especial de los legisladores y de los aplicadores del Derecho.

Por eso, Campbell enfatiza que en el modelo que propone los jueces deben tener por objetivo expresar y delimitar la voluntad política legítima de una comunidad a través de la adopción imparcial de sus decisiones basadas en reglas. Es deber de los jueces determinar el contenido del Derecho y aplicarlo sin recurso a juicios morales. Los jueces deben procurar la maximización de la actividad gubernamental constitucionalmente legítima²⁷. Más aún, deben usar solamente criterios empíricos o moralmente neutrales en la identificación e interpretación del Derecho. Tal actitud por parte de los jueces requiere lógicamente de los legisladores que hagan leyes que puedan ser identificadas e interpretadas de esa forma²⁸.

V. La interpretación del Derecho

Como se acaba de señalar, lo anterior tiene consecuencias en la interpretación. Para Campbell la interpretación en el sentido positivista que defiende consiste en seleccionar y aplicar reglas válidas. Por tanto, sostiene la necesidad de limitar las pretensiones de los jueces alentadas

²⁵ LTEP, 2.

²⁶ Cfr. T. CAMPBELL, "The point of legal positivism", cit., 306.

²⁷ LTEP, 1-2.

²⁸ LTEP, 85.

por la ambiciosa expresión "razonamiento jurídico", que conduce a estilos expansivos propios de una razón práctica irrestricta (*open-ended*)²⁹. En cambio, en un sistema jurídico que se aproxima al ideal del positivismo jurídico ético es deber del juez identificar las reglas jurídicas apropiadas de acuerdo con una regla de reconocimiento políticamente autoritativa y aplicar tales reglas como las legítimas fuentes del Derecho³⁰. Como se ve, está en contra de entender la interpretación como innovación³¹.

El ideal interpretativo que defiende presupone que las reglas pueden leerse como proposiciones formadas por términos que poseen un significado literal o claro³². Campbell ha insistido en la posibilidad de emplear únicamente términos con significado contextualmente evidente (*contextually evident meaning*). Para ello, acude a la idea kelseniana según la cual la relación jurídica básica se da entre el legislador y el que está sujeto a lo legislado. La interpretación judicial es secundaria a este nexo comunicativo primario y su función es facilitarlo. La intelegibilidad de la legislación para el ciudadano al que se le aplica requiere el uso de un lenguaje que éste pueda comprender y que exprese de manera clara y sencilla aquello que se le exige y aquello para lo que está autorizado. La legislación y la interpretación tienen que fijarse en el entendimiento compartido del lenguaje de los ciudadanos. Se trata de emplear lo que comúnmente se conoce como el significado ordinario y natural de las palabras. Este literalismo no es espontáneo ni se separa del contexto de origen y de uso de las palabras³³.

Como era de esperar, a Campbell no se le escapan las dificultades para alcanzar el ideal que propone. La complejidad de las sociedades donde conviven grupos distintos produce diferencias de valoración a la hora de interpretar las reglas³⁴. Por otro lado, es imposible evitar completamente las zonas de penumbra en las reglas y los casos marginales³⁵. A su juicio, la forma principal de resolver tales problemas es a través del conocimiento del propósito (*purpose*) de la legislación³⁶. Menciona también la posibilidad de abstenerse de juzgar cuando no se tenga la posibilidad de alcanzar esos

²⁹ LTEP, 125.

³⁰ LTEP, 128-129.

³¹ LTEP, 132.

³² LTEP, 129.

³³ LTEP, 133.

³⁴ LTEP, 135.

³⁵ LTEP, 138.

³⁶ LTEP, 138.

significados claros. Pero sobre todo se centra en las intenciones e incluso los propósitos de la asamblea legislativa (*the intentions or even the purposes of the legislature*). Aun siendo consciente de la posibilidad de usar de manera torcida tales elementos, sin embargo, Campbell sostiene que éstos se encuentran en el texto legislado y, en caso contrario, pueden encontrarse en la historia de dicho texto. Para ello, habrá que acudir a las discusiones políticas que estuvieron en la raíz de dicha legislación. En todo caso, el legislador tiene el deber de asegurar que sus intenciones (*intentions*) son comprendidas en el texto³⁷. Al margen de esta insistencia en acudir a las intenciones y a los propósitos declarados por el propio texto legislado, Campbell hace referencia a otras técnicas para aminorar defectos en la formulación de aquellas leyes que están lejos del ideal del "significado contextual claro". Por ejemplo, cabe buscar la consistencia con otras leyes claras³⁸. También es posible el recurso a la creación de definiciones estipulativas (es decir, de términos técnico-jurídicos) adecuadas a las necesidades³⁹. Otras posibilidades son la de abstenerse de juzgar sobre la base de que no debe decidirse nada en ausencia de reglas claras o la de decidir de manera paliativa a la espera de un cambio en la legislación (*second-best solution spending legislative resolution*)⁴⁰. Incluso sostiene la posibilidad de no seguir la interpretación a partir del significado evidente cuando claramente éste no sea el pretendido por el legislador y además tal interpretación dé lugar a resultados injustos o estúpidos⁴¹.

En sus últimos trabajos sobre interpretación, Campbell vuelve sobre los problemas de una legislación deficiente que contiene imprecisiones, lagunas o zonas de penumbra. En estos casos, pueden decidirse "lo segundo mejor" (*second-best decisions*) a la espera de nueva legislación. Esto le conduce a tener que reconocer la discrecionalidad judicial y a mencionar algunas reglas que pueden adoptarse en estos casos. En concreto, se refiere de nuevo a la posibilidad de abstenerse de juzgar, al empleo de la analogía, al uso de principios jurídicos, etc. Y, por primera vez, alude al *référé* legislativo y a la posibilidad de juzgar según la moralidad positiva (si hay consenso al respecto)⁴².

³⁷ LTEP, 139-140.

³⁸ LTEP, 129.

³⁹ LTEP, 138 y 139.

⁴⁰ LTEP, 139.

⁴¹ LTEP, 134.

⁴² T. CAMPBELL, "Prescriptive Legal Positivism: Law, Rights and Democracy", London, UCL Press, 2004, 107. Como se trata de una recopilación que recoge trabajos publicados en un lapso de 10 años, vamos a citar a partir de ahora PLP y a continuación entre paréntesis el año del trabajo. En este caso, PLP (2001), 107. También en PLP (2000), 286-287.

VI. Sobre la tesis social y sus consecuencias

1. La comprensión del sentido de la tesis social

La ventaja indudable de Campbell y, en general, de quienes estudian la tradición positivista en su desarrollo histórico, reside en que les permite comprender el sentido de la tesis social. En efecto, con la tesis social no se intenta describir una realidad, aunque solamente sea porque, como reconoce el propio Campbell, hay sistemas jurídicos donde no se cumple. Tampoco se trata de una tesis conceptual porque entonces no serviría para explicar algo como el Derecho, que es una práctica social. Y aunque el propósito de otros positivistas haya sido el de construir una ciencia jurídica pura, tal empresa descansa sobre una necesidad que actualmente puede parecer circunstancial.

Campbell parece ser consciente de que lo que mueve a cualquier filosofía jurídica es explicar una práctica y que la práctica jurídica no puede tomarse como un objeto físico sino como un producto humano. Por tanto, habrá que ver para qué sirve, con qué propósito ha sido construido, dicho producto y sólo entonces estaremos en condiciones de comprenderlo o explicarlo. La respuesta a ese interrogante sólo puede darse en clave política y/o moral, porque se trata de un fenómeno social que tiene que ver con la manera de organizar las comunidades humanas. Y, entonces, cuando se han asentado esas claves éticas y políticas es posible decir qué es el Derecho. Por tanto, sólo desde esas claves se puede comprender la tesis social. Tratar de separar ambas cosas es creer que el Derecho puede entenderse como se entienden la lluvia, las alcachofas o la reproducción de las amebas. Como la teoría jurídica depende de elementos de filosofía política y moral, sus bases han de ser enunciadas en tesis normativas, es decir, en tesis sobre lo que debe ser el Derecho en función de los objetivos o propósitos éticos y políticos que pretende lograr.

El problema que el positivismo ético puede tener que afrontar es el de la comprobación empírica de si el Derecho puede alcanzar los fines de índole moral y política que se le asignan. No se trata tanto de los ideales que Campbell quiere lograr a través del Derecho, que a mi juicio son comúnmente aceptados. Más bien, hay que considerar si es posible que las reglas puedan leerse como proposiciones formadas por términos que poseen un significado literal o claro porque se han formulado empleando únicamente términos con significado contextualmente evidente. Igualmente

te habrá que comprobar si es posible aplicarlas sin recurso a otro método de interpretación que no sea el de las intenciones y eventualmente los propósitos mediatos de la asamblea legislativa que se encuentran en el texto legislado o, todo lo más, en la historia de dicho texto. Todo ello no va a ser tratado aquí porque excede del propósito de esta ponencia.

2. La tesis de la obediencia

A mi modo de ver, tiene razón Campbell cuando rechaza las caricaturas que se han hecho de la tesis de la obediencia al Derecho y su relación con el positivismo jurídico. Las causas de los hechos humanos rara vez encuentran una explicación completa sólo en los sistemas de pensamiento. Por eso, la "reductio ad Hitlerum" no pasa de ser un argumento epocal o circunstancial.

Sin embargo, no creo que se pueda separar sin más el problema de la obediencia al Derecho de la filosofía jurídica del positivismo o del iusnaturalismo, tal y como pretende Campbell con su insistencia en que se trata de una cuestión exclusivamente ética. Es más, por lo que voy a intentar mostrar, Campbell debería haber llevado hasta el final las consecuencias de su retorno a los orígenes del positivismo jurídico.

En realidad, cuando Campbell deja abierta la puerta a la desobediencia en determinadas circunstancias, está aceptando o bien que estamos ante reglas jurídicas no obligatorias, o bien que estamos ante algo que no es una regla jurídica y por tanto no obliga. La segunda opción no puede ser aceptada por Campbell porque significaría tanto como renunciar a su propia teoría. Queda entonces la primera opción. Pero, difícilmente puede decirse de una regla que es Derecho y sin embargo no obliga. Dicho de otra forma, la separación entre el Derecho y la obligatoriedad daría como resultado la posibilidad de algo así como un Derecho no obligatorio, lo que resulta ser una contradicción manifiesta. Kalinowski afirma con contundencia que "es una simple contradicción *in adiecto* la noción de derecho válido no obligatorio"⁴³. La *contradictio in adiecto*, como es sabido, consiste en la atribución a un sustantivo de un adjetivo que contradice su significado. En efecto, sería como decir "esto es obligatorio (porque es Derecho) pero no es obligatorio (por otras razones que

⁴³ G. KALINOWSKI, "Théorie, métathéorie ou philosophie du droit. Réflexions sur The Concept of Law de H. L. A. Hart et On Law and Justice d'Alf Ross", Archives de philosophie du droit 15 (1970), 188.

permiten no obedecer)". No puede decirse, como quizá haría Campbell, que este problema se resuelve afirmando que algo es obligatorio según el Derecho y no obligatorio según la moral. Porque en realidad lo que interesa es saber si el juez debe o no debe aplicar una regla jurídica y si el ciudadano debe o no debe obedecer una regla jurídica. Y ahí no cabe decir que el juez debe aplicar jurídicamente una regla pero moralmente no debe aplicarla. Y no cabe decir que el ciudadano debe obedecer jurídicamente una regla, pero moralmente no debe obedecerla. No cabe decir tal cosa porque no se alcanza a saber cómo es posible realizar tales "acciones" simultáneamente: es decir, aplicar y no aplicar, obedecer y no obedecer simultáneamente. La teoría de la acción exige ser unificada porque al final, un agente ha de actuar o no, o hacer lo uno y no lo otro, y ahí no cabe ya distinguir planos.

A mi juicio, Campbell, que ha sido perfectamente coherente en los demás elementos de su teoría, incurre en este punto en una contradicción. Porque, como acaba de verse, si se toma en serio la tesis social no hay lugar para la desobediencia. En esto, Campbell carece de la coherencia hobbesiana y benthamiana, por más que las soluciones de éstos al problema de la obediencia no sean idénticas la una y la otra. En este aspecto, Campbell está más cerca de Hart, quien intentaba escapar del mismo problema por la vía, (una vez más), de la incoherencia. En efecto, Hart, por un lado, sostiene que afirmar que una regla es una regla de derecho válida no es algo concluyente respecto a la pregunta moral de si debe ser obedecida esa regla⁴⁴. Pero, por otro lado, afirma que el concepto de validez va unido al de la obligatoriedad de las reglas⁴⁵. En realidad, a mi juicio, la tesis de la obediencia, a pesar del rechazo visceral que produce a causa de determinados hechos históricos de todos conocidos, aparece como una consecuencia inevitable de la concepción del Derecho latente en la tesis social. Porque si, como piensa Campbell, ningún sistema jurídico debe permitir el uso de criterios explícitamente morales, o en todo caso abiertos a la controversia, para establecer la existencia del Derecho o para determinar sus consecuencias; entonces una vez establecido el Derecho (al margen de cualquier criterio moral) no queda espacio más que para

⁴⁴ Cfr. H. L. A. HART, "Positivism and the Separation of Law and Morals" en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, 75.

⁴⁵ Cfr. H. L. A. HART, "The Concept of Law", cit., 79 y ss. y 96-107. Más en detalle sobre los problemas de Hart en este punto, cfr. C. ORREGO, H. L. A. HART. "Abogado del positivismo jurídico", cit., 224-229.

la obediencia al mismo. En principio, Campbell, por su conexión con el positivismo anglosajón originario, debería haber asumido la tesis de la obediencia tal y como está formulada en dicha tradición.

3. La tesis de la discrecionalidad

En lo relativo a la discrecionalidad judicial no parece quedar del todo clara la posición de Campbell. Por un lado, sostiene la necesidad de limitar las pretensiones de los jueces alentadas por la ambiciosa expresión "razonamiento jurídico" y se manifiesta en contra de entender la interpretación como innovación. Aún más, como se vio, asume la tesis de que la relación jurídica básica se da entre el legislador y el que está sujeto a lo legislado. Toda su insistencia en la posibilidad de lograr el significado contextual claro supone rechazar la discrecionalidad del juez o, al menos, considerarla indeseable y susceptible de ser eliminada de hecho. Y, así, en la interpretación enfatiza el significado de las frases más que el que le da el hablante, de forma que la interpretación consiste esencialmente en una tarea de análisis semántico y sintáctico. En la misma línea hay que mencionar que el único elemento pragmático al que deja un mínimo espacio en la interpretación es la intención del legislador que sea posible encontrar en la propia legislación o en declaraciones políticas auténticas.

Pero, por otro lado, Campbell deja la puerta abierta al empleo de recursos que favorecen la discrecionalidad. Por ejemplo, cuando admite el recurso a la creación de definiciones estipulativas (es decir, de términos técnico-jurídicos). También cabe la posibilidad de decidir de manera paliativa a la espera de un cambio en la legislación. Por lo demás, enumera otros recursos como el empleo de la analogía, el uso de principios jurídicos, la utilización de la moralidad positiva (si hay consenso al respecto). Incluso llega a aceptar la posibilidad de no seguir la interpretación a partir del significado evidente cuando claramente éste no sea el pretendido por el legislador y además tal interpretación dé lugar a resultados injustos o estúpidos. En definitiva, parece reconocer la discrecionalidad judicial.

En este aspecto, de nuevo, no parece advertir qué es lo coherente con la tradición que quiere seguir. En efecto, lo que se sigue del pensamiento de Bentham es coherente con su concepto de Derecho. Es decir, encontramos un rechazo de la discrecionalidad por motivos éticos, unido a una confianza algo ingenua, pero excusable en su momento, sobre las posi-

bilidades de construir un sistema jurídico elaborado con un lenguaje que haga innecesario acudir a la discrecionalidad. Por su parte, Raz sostiene, como vimos, que el test para identificar el contenido del Derecho y para determinar su existencia depende exclusivamente de hechos de la conducta humana capaces de ser descritos en términos valorativamente neutrales y aplicados sin recurso a argumentos morales. De ahí su coherencia en insistir, de manera análoga a Campbell, en que se debe interpretar según la intención del legislador, porque de lo contrario, además, la autoridad no lograría cumplir con las funciones políticas que la justifican. Cuando parece rechazar la discrecionalidad del juez, Campbell es consecuente con el resto de su teoría jurídica. Ahora bien, en el momento en que empieza a abrir la mano y a mencionar recursos que van más allá de seguir el significado contextual claro y de acudir a la intención expresada en el texto legislado, entonces pierde por completo la coherencia. De nuevo, parece que Campbell se acerca a Hart y de nuevo es aquí donde incurre en contradicción. Y es que aceptar la discrecionalidad del juez supone abrir la puerta que la tesis social trataba de cerrar en el positivismo ético. Campbell había visto de forma acertada que la tesis social tiene sentido por el fin que la sustenta: alcanzar determinados valores éticos y políticos, para lo cual se requiere la expulsión de los criterios de validez jurídica explícitamente morales o abiertos a la controversia. En cambio, Hart parecía no haber advertido que la tesis de las fuentes no tiene sentido alguno si a través de la discrecionalidad judicial se abre la puerta a la inseguridad, a la incerteza y a la falta de respeto a las decisiones de la autoridad que hace la ley. Si se admite la discrecionalidad, la tesis social queda casi vaciada o reducida a la verdad pacífica de que el Derecho es lo que dice el legislador o lo que dice el juez. Tal verdad no sirve, además, para distinguir el positivismo de otras teorías jurídicas. En otro lugar he mostrado que el hecho de que la tesis social haya sufrido nuevas formulaciones para intentar explicar la presencia de principios en el Derecho pone de relieve que si se toma como una tesis descriptiva termina convirtiéndose en una verdad nunca negada en la historia⁴⁶. De ahí que la insistencia en mantener la tesis social a pesar de tener que aceptar (en el caso de Hart incluso afirmando que es una tesis positivista) la discrecionalidad, da la impresión de ser una operación arbitraria que tiene por objeto conservar a toda costa la denominación de origen "positivismo jurídico". No puede

⁴⁶ Cfr. J. A. SEOANE/P. RIVAS, "El último eslabón del positivismo jurídico. Dos estudios sobre Joseph Raz", Granada, Comares, 2005, 230 y ss.

"ROBERT ALEXY Y EL CONCEPTO DE DERECHO"

Por Eugenio Bulygin

Universidad de Buenos Aires

1. Derecho y moral: positivismo vs. no-positivismo

En su relativamente reciente libro *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*¹ el destacado filósofo del derecho alemán Robert Alexy expone con gran claridad el tema de la definición del concepto del derecho. Alexy considera que el problema central en el debate acerca del concepto de derecho es la relación entre el derecho y la moral. En su opinión, hay actualmente dos enfoques principales que compiten respecto de este tema: la postura positivista y la postura no-positivista. Todas las teorías positivistas sostienen la *tesis de la separación* entre el derecho y la moral en el sentido de que no hay una conexión necesaria o conceptual entre estos dos fenómenos. El concepto positivista del derecho no incluye, por lo tanto, ninguna referencia a la moral y el derecho es definido mediante dos características: a) la positividad (es decir, la creación de las normas jurídicas mediante actos positivos o autoritativos conformes al sistema)² y b) la eficacia social.

Las teorías no-positivistas, en cambio, sostienen la *tesis de la vinculación* entre el derecho y la moral que implica la inclusión de elementos

¹ Clarendon Press, Oxford 2002 (traducción de Stanley Paulson y Bonnie Litschewski Paulson). El original alemán (Karl Alber Verlag, Freiburg – München 1994) lleva por título *Begriff und Geltung des Rechts*. Hay una traducción castellana *Concepto y validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1994. Los números de páginas en las citas del texto se refieren a la versión inglesa; las traducciones al castellano son mías.

² En el original alemán Alexy usa los términos "ordnungsgemässe Gesetztheit" y "autoritative Gesetztheit".

morales (la corrección del contenido de las normas jurídicas) en la definición del derecho.

Por consiguiente, la posición no-positivista, de la que Alexy es uno de los más

destacados representantes, considera como definitorias tres características: las dos que comparte con el positivismo (positividad y eficacia social) y la vinculación con la moral: Alexy subraya que, a diferencia de algunas teorías jusnaturalistas, tanto la positividad, como la eficacia social son características definitorias del derecho para la posición no-positivista.³ La pregunta que plantea Alexy es cuál de los dos conceptos del derecho, el positivista y el no-positivista es más correcto o adecuado.

2. Argumentos analíticos y argumentos normativos

Sostiene Alexy que hay dos tipos de argumentos que pueden esgrimirse en apoyo de las tesis de la vinculación o de la separación: el argumento analítico y el argumento normativo. El argumento analítico se refiere a la conexión conceptualmente necesaria entre derecho y moral, que el positivismo niega y el no-positivismo afirma. Sin embargo, la posición de los dos no es simétrica. Según Alexy, el positivista no puede dejar de negar la tesis de la vinculación, pues si la admite, no puede excluir elementos morales de la definición del derecho. El no-positivismo, en cambio, si no la afirma o no logra probarla, puede recurrir al argumento normativo, que consiste en sostener que la tesis de la vinculación es normativamente necesaria.

La noción de una necesidad normativa me parece, sin embargo, más que dudosa. El mismo Alexy admite en la nota 40: "El que algo sea normativamente necesario no significa otra cosa que ha sido ordenado... Es claro que la necesidad normativa sólo es necesidad en un sentido más amplio."⁴

Cuando algo ha sido ordenado normalmente decimos que es obligatorio o debido, no que sea necesario. No veo ventaja alguna en utilizar la

³ "No serious non-positivist is thereby excluding from the concept of law either the element of authoritative issuance or the element of social efficacy". (4)

⁴ "That something is normatively necessary means nothing other than it is commanded....It is clear that only in a broader sense, then, is normative necessity a necessity." (21)

palabra "necesario" con el mismo significado que el término "obligatorio", que lo único que puede producir es confusión. Demás está decir que si se tratara de la necesidad alética (decir que el enunciado p es necesario en este sentido significa que es verdadero en todas las circunstancias o en todos los mundos posibles), no tendría sentido alguno ordenarlo: sería como ordenar que $2+2=4$, o que un soltero no está casado.

Podemos, pues, prescindir del argumento normativo de Alexy y limitarnos al análisis de sus argumentos analíticos. Estos argumentos son fundamentalmente dos: el primero consiste en la famosa fórmula de Radbruch (las normas extremadamente injustas no son derecho) y el segundo está basado en la tesis de la pretensión de corrección. Ambos están relacionados con la distinción entre la perspectiva del observador y la perspectiva del participante; los analizaré por separado.

3. La perspectiva del observador

Veamos qué pasa con la perspectiva del observador. La pregunta es si una norma aislada o un sistema jurídico tomado como un todo pierden su carácter de derecho si traspasan un determinado umbral de injusticia, que es lo que afirma la fórmula de Radbruch. Ahora bien, en lo que se refiere a la perspectiva del observador respecto de las normas jurídicas consideradas individualmente, Alexy rechaza expresamente la fórmula de Radbruch y se manifiesta de acuerdo con la posición positivista, al reconocer que la inclusión de elementos morales en el concepto de derecho no es necesaria: "Esto muestra que desde el punto de vista externo del observador, la inclusión de elementos morales en el concepto de derecho no es, en todo caso, conceptualmente necesaria".⁵ Yo diría que tal inclusión no sólo es innecesaria, sino que es francamente inconveniente, cosa que el mismo Alexy se encarga en confirmar al decir que "Desde la perspectiva de un observador, la tesis de conexión de Radbruch no puede ser apoyada apelando a la conexión conceptualmente necesaria entre derecho y moral."⁶ El siguiente párrafo de Alexy es muy elocuente: "Tanto las consideraciones analíticas, como normativas llevan a la conclusión de que, desde el punto de vista de un observador que toma

⁵ "This shows that from the external standpoint of the observer, the inclusion of moral elements in the concept of law is at any rate not conceptually necessary." (29)

⁶ "From the perspective of an observer, Radbruch's connection thesis cannot be supported by appeal to a conceptually necessary connection between law and morality." (30)

en cuenta las normas individualmente consideradas e investiga la conexión clasificatoria, la tesis de la separación positivista es correcta. El argumento de Radbruch de la injusticia no es aceptable desde este punto de vista."⁷ (El subrayado es mío).

En lo referente a los sistemas jurídicos considerados como un todo la situación, según Alexy, es diferente: "Lo que es aplicable a una norma individual no tiene porqué ser aplicable a un sistema jurídico como un todo."⁸ Sin embargo, no da ningún argumento a favor de la aplicación de la fórmula de Radbruch. Sólo menciona tres ejemplos: dos de los cuales, el orden carente de sentido (*senseless order*) y el orden depredatorio (*predatory or rapacious order*) obviamente no son órdenes jurídicos. Pero respecto del tercer ejemplo, que Alexy llama "governor system", reconoce que a pesar de su extrema injusticia no deja de ser un orden jurídico.⁹ Lo que lo hace jurídico es la pretensión de corrección que, según Alexy, es un elemento necesario del concepto de derecho. De donde cabe extraer la conclusión de que la fórmula de Radbruch es claramente inaplicable al concepto de derecho en la perspectiva del observador, tanto respecto de normas aisladas, como en lo referente a sistemas. Y aunque Alexy, tras reconocer que la tesis positivista de separación vale sin restricción alguna en lo referente a las normas aisladas, sostiene, sin embargo, que la pretensión de corrección pone un límite a esa tesis respecto de sistemas jurídicos, si bien sólo en casos extremos y muy poco probables. "Esa pretensión se mueve del límite de la perspectiva del observador al centro de la del participante y de esta manera representa un vínculo entre las dos."¹⁰

4. La perspectiva del participante y las opiniones de los jueces

Tenemos que determinar ahora en qué medida la fórmula de Radbruch o la tesis de la pretensión de corrección del derecho pueden incidir en

⁷ "Thus, analytical as well as normative considerations, lead to the conclusion that, from the standpoint of an observer who looks at individual norms and enquires into a classifying connection, the positivistic separation thesis is correct. Radbruch's argument from injustice is not acceptable from this standpoint." (31)

⁸ "What applies to individual norms need not apply to a legal system as a whole." (31)

⁹ "Although the system is without a doubt unjust in the extreme, its designation as 'legal system' is not conceptually excluded." (34)

¹⁰ "This claim moves from the limit in the observer's perspective to the centre in the participant's perspective, thus representing a link between the two." (35)

la controversia entre el positivismo y el no-positivismo, es decir, en la relación entre el derecho y la moral, en la perspectiva del participante.

En primer lugar, Alexy sostiene que en la perspectiva del participante – y esto quiere decir básicamente desde el punto de vista de un juez - pues para Alexy los jueces son los participantes por excelencia - una norma y un sistema de normas requieren para ser jurídicos un mínimo de justicia o, para decirlo en términos negativos, no pueden traspasar un límite de injusticia sin perder su carácter jurídico. En segundo lugar, Alexy parece creer que la opinión de los jueces es relevante para preferir el concepto de derecho no-positivista al positivista.

En su libro Alexy presenta dos ejemplos prácticos. El primero pretende mostrar que los jueces invocan la extrema injusticia (la fórmula de Radbruch) para sostener que las normas que contienen ese vicio no son normas jurídicas. El segundo ejemplo está destinado a mostrar que el concepto positivista del derecho es inadecuado desde el punto de vista del juez. Me temo que ninguno de los dos ejemplos logran su cometido.

El primer ejemplo se refiere a una norma legal (Ordenanza 11) dictada en 1935, es decir, en pleno apogeo del régimen nazi, mediante la cual se privó de la ciudadanía alemana a los judíos que habían emigrado de Alemania. La Corte Constitucional Federal decidió en 1954, nueve años después de la caída del nacionalsocialismo, que esa norma había alcanzado un grado tan intolerable de injusticia, que debía tenerse por nula desde el inicio, es decir, desde su promulgación. En otras palabras, la Corte anuló el acto creador de esa norma con efecto retroactivo (*ex tunc*, como dirían los juristas). ¿Prueba esta decisión que la norma en cuestión nunca era una norma jurídica, a pesar del notorio hecho de que durante doce años los jueces y los órganos administrativos alemanes la tenían por válida y la aplicaban pacíficamente? Creo que no. Era una norma jurídica válida del derecho alemán durante el nazismo, que fue anulada después por la Corte Constitucional en la era democrática. El solo hecho de que la Corte consideró necesario anular esa norma injusta demuestra claramente que era una norma jurídica, pues si en vez de tratarse de una ley dictada por el órgano competente, se tratara tan sólo de una manifestación de algún jerarca nazi, por ejemplo Goebbels, la Corte no se hubiera tomado el trabajo de anular un discurso del ministro de propaganda de Hitler. Suena ridículo pensar que lo hiciera: ninguna corte constitucional anula discursos por más injustos y enloquecidos que fueran sus contenidos.

El segundo ejemplo se refiere al desarrollo judicial del derecho. El código civil alemán prohíbe otorgar compensación monetaria por daños no materiales, salvo en casos estrictamente permitidos por la ley. En el caso de Soraya, ex mujer del último shah de Irán, la Corte Suprema Federal otorgó una compensación monetaria por daños morales que no encuadraban en ninguna excepción y esta decisión fue confirmada por la Corte Constitucional, que se basó en que para la constitución alemana los jueces están obligados a respetar no sólo la ley (Gesetz), sino la ley y el derecho (Gesetz und Recht), y que el derecho abarca más que la totalidad de las leyes escritas. Por lo tanto, una decisión judicial contra legem no viola necesariamente la constitución.

Lo único que prueba este ejemplo es que la Corte Constitucional rechaza el positivismo legalista que sostiene la identidad entre el derecho y la ley escrita. Pero sucede que ningún positivista sensato comparte hoy esta forma trasnochada de positivismo, que Bobbio había caracterizado como "positivismo como teoría".¹¹ Por consiguiente, este segundo ejemplo no prueba en absoluto que el concepto no-positivista del derecho sea más adecuado o conveniente que el concepto positivista. Los positivistas serios como Kelsen, Hart o Alf Ross no aceptan el legalismo, es decir, la tesis que identifica el derecho con la ley.

Lo que estos ejemplos muestran claramente es la necesidad de distinguir entre lo que los jueces dicen que hacen y lo que hacen realmente: a veces los jueces dicen cosas por razones retóricas, incluso para ocultar lo que están haciendo. Y lo hacen porque el derecho positivo suele plantearles exigencias incompatibles. Tómese como ejemplo las tres exigencias que los jueces se supone deben cumplir para resolver un caso:

- 1) Decidir todos los casos que en la esfera de su competencia les son sometidos (prohibición de negarse a fallar).
- 2) Justificar su decisión.
- 3) Fundar la decisión en el derecho vigente.

Cada una de esas exigencias son muy razonables, pero en ciertas situaciones las tres juntas resultan incompatibles. Esto ocurre cuando el derecho no determina unívocamente una solución para un caso dado. Esta

¹¹ NORBERTO BOBBIO. *El problema del positivismo jurídico*, Eudeba, Buenos Aires, 1965.

indeterminación puede provenir de varias fuentes: falta de una regulación del caso (lagunas normativas), regulaciones incompatibles (contradicciones normativas o antinomias) o vaguedad de los términos usados en las normas jurídicas (lagunas de reconocimiento). En estas situaciones es imposible para el juez cumplir las tres exigencias y se ve obligado a apartarse de lo que dispone el derecho, ya sea creando una nueva norma (en el caso de una laguna normativa), ya sea derogando total o parcialmente alguna norma (en el de contradicciones), ya sea estipulando un significado nuevo (más amplio o más restringido) para los términos que figuran en la norma. Esto es lo que Hart ha llamado *discreción judicial*. Pero la *discreción judicial* no implica en modo alguno arbitrariedad; simplemente el juez usa sus criterios valorativos (no necesariamente morales) para crear o derogar normas jurídicas, lo cual implica que los jueces participan en la tarea legislativa. Pero como la ideología dominante proveniente de la teoría de división de poderes impone a los jueces el deber de limitarse a aplicar el derecho y de no modificarlo, la mayoría de los jueces tratan de ocultar mediante recursos retóricos más o menos exitosos que están modificando el derecho. En este sentido resulta mucho más sensata la fórmula empleada en el código civil suizo¹² que autoriza al juez a actuar en tales casos como si fuera legislador, que las normas que presuponen que los jueces siempre pueden resolver todos los casos por mera aplicación del derecho.

5. La pretensión de corrección

Sobre el tema de la pretensión de corrección hemos tenido una extensa discusión con mi amigo Alexy¹³ y no voy a repetir aquí mis argumentos contrarios a esa tesis, ni

las respuestas de Alexy a mis críticas. Pero quisiera agregar algunas consideraciones adicionales.

a) La necesidad de la pretensión.

¹² "A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier, et à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur", citado por H. Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. castellana de E. García Máynez, UNAM, México 1958, 174.

¹³ ROBERT ALEXY - EUGENIO BULYGIN, *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral*, editado por Paula Gaido, Universidad Externado de Colombia, 2001. En lo que sigue citado como A/B.

La tesis de Alexy es que todos los que crean derecho, tanto los legisladores, como los jueces, necesariamente formulan la pretensión de corrección. La necesidad de esa pretensión se manifiesta en el hecho de que los sistemas jurídicos que la formulan, pero no la cumplen y las normas que no la formulan o no la cumplen son deficientes y esa deficiencia no es un mero reproche moral, sino una deficiencia jurídica. La deficiencia jurídica resultante de no cumplir o no formular la pretensión de corrección funciona como prueba de que esa pretensión es necesaria. Pero al mismo tiempo Alexy afirma que esa deficiencia es una propiedad muy peculiar del derecho, diferente de otras propiedades, como, por ejemplo, la de ser inglés o continental. La proposición "Los sistemas jurídicos deficientes son deficientes" no es una mera tautología como "Los sistemas jurídicos continentales son continentales". La diferencia proviene del hecho de que los sistemas jurídicos necesariamente formulan la pretensión de corrección, pero no pretenden necesariamente ser o no ser continentales. "Este carácter especial consiste en el hecho de que esta deficiencia contradice a la corrección, la cual es necesariamente pretendida por el derecho."¹⁴ De esta manera nos movemos en un círculo: la pretensión de corrección es necesaria porque los sistemas y las normas que no la formulan o no la cumplen son jurídicamente deficientes y esta deficiencia tiene un carácter especial porque está basada en la necesidad de la pretensión.

b) La inclusión necesaria de elementos morales en el concepto de derecho.

Como la pretensión de corrección supone (aunque no es idéntica a) la corrección

moral y además es necesaria, se sigue que todo derecho necesariamente incluye elementos morales. Ahora bien, esta última frase es ambigua: puede significar (1) que para todo derecho hay siempre alguna (no necesariamente la misma) moral incluida en él (en notación simbólica: $(x) Dx \rightarrow (Ey) My \& xIy$)¹⁵, o bien (2) que hay una moral privilegiada que está incluida en todo derecho (en símbolos: $(Ey) My \& (x) Dx \rightarrow xIy$). La primera versión (que Alexy llama "versión débil" 75) es totalmente inocua, pues sólo significa que todo derecho está vinculado con alguna moral. Esto es perfectamente aceptable para un positivista. La segunda

¹⁴ A/B, 114.

¹⁵ Donde D significa derecho, M significa moral e I, el predicado diádico o relación "incluye".

versión (llamada "fuerte") afirma una vinculación entre el derecho y la moral correcta o, como dice Alexy (80), la vinculación necesaria entre el derecho y la idea de una moral correcta como moral justificada. Pero sucede que no hay una idea de la moral correcta, sino muchas ideas. Una cosa es la moral correcta y otra muy distinta es la idea que distintas personas tienen de la moral correcta. Para probar la verdad de la versión fuerte hay que probar que todos los hombres tienen la misma idea de una moral correcta. Esto es muy poco verosímil. ¿Es lo mismo lo que invocaban como la moral correcta Hitler, Stalin, Gandhi o Busch?

6. Coincidencias y diferencias entre el positivismo y el no positivismo

La conclusión de Alexy de que "la tesis de la separación positivista es esencialmente correcta en la perspectiva del observador" (35) pone fin, en realidad, a la discusión con el positivismo, ya que éste último no se refiere a la aplicación, sino a la identificación del derecho. Un positivista como Kelsen está interesado en la descripción del derecho y se ocupa básicamente de la fundamentación de la ciencia jurídica: en esto consiste el núcleo de la teoría pura del derecho.

Al comparar las posiciones de un positivista como Kelsen o Hart y un no-positivista como Alexy, se llega a resultados sorprendentes. Las dos partes aceptan como criterios definitorios del concepto de derecho la positividad y la eficacia social. Las dos están de acuerdo en que tratándose de normas consideradas individualmente en la perspectiva del observador el concepto de derecho no incluye elementos morales y la fórmula de Radbruch es inaplicable. Ni la más extrema injusticia es capaz de privar de su carácter jurídico a una norma dictada por una autoridad competente y aceptada socialmente. Y si bien Alexy insiste en que tratándose de sistemas jurídicos la situación es diferente, implícitamente acepta que la fórmula de Radbruch por sí sola no es suficiente para excluir el carácter de jurídico de un sistema injusto y se ve obligado a recurrir a la pretensión de corrección. Pero como, según Alexy, esta pretensión es necesariamente formulada por todo orden jurídico, no se advierte de qué manera podría afectarse el carácter jurídico de un sistema de normas. Alexy admite que toda esta cuestión tiene muy pocas consecuencias prácticas (35). Yo diría que ninguna. Alexy sostiene que los problemas relevantes surgen recién cuando se formula la pretensión de corrección, pero no se la cumple. Aquí Alexy incurre en algo muy

parecido a una contradicción: por un lado afirma enfáticamente que en la perspectiva del observador la tesis positivista de separación es correcta y la fórmula de Radbruch es inaplicable y, por el otro, dice que la pretensión de corrección restringe en buena medida la tesis positivista de la separación aún en la perspectiva del observador. "Lo que es significativo, sin embargo, son las consecuencias sistemáticas de la pretensión de corrección, esto es, tal pretensión restringe bastante la tesis de la separación positivista aún en la perspectiva del observador. En esta perspectiva, la tesis de la separación –si bien sólo en casos extremos y realmente improbables– alcanza un límite determinado por la pretensión de corrección."¹⁶ Lo que no se advierte es en qué consiste este límite.

En definitiva, resulta entonces que es posible, al menos para un observador, es decir, para alguien que está describiendo el derecho sin involucrarse en él, identificar el derecho sin recurrir a criterios morales. Todos los positivistas serios, desde Bentham y Austin hasta Kelsen, Alf Ross, Hart, Raz y Hoerster sostienen como una de las tesis centrales del positivismo esta posibilidad de identificar el derecho sin recurrir a criterios morales y, como hemos visto, al menos en lo referente a la perspectiva del observador Alexy está de acuerdo con ellos. Esto es tanto como decir que la ciencia del derecho no tiene porqué ser valorativa. Si bien las normas jurídicas son expresiones de valoraciones (cosa que Kelsen sostiene expresamente) nada obsta a que haya una teoría general y descriptiva del derecho, pues una descripción sigue siendo una descripción, aun cuando lo descrito sea una valoración.¹⁷ Como dice Hart en su Postscript: "Mi explicación es descriptiva porque es moralmente neutral y carece de fines justificatorios: no busca justificar o recomendar sobre las bases morales o de otra índole las formas y las estructuras que aparecen en mi explicación general del derecho."¹⁸ Aunque Alexy no es muy explícito

¹⁶ "What is significant, however, are the systematic consequences of the claim to correctness, that is, it restricts the positivistic separation thesis a good bit even in the observer's perspective. In this perspective... the separation thesis – albeit only in extreme and indeed improbable cases – reaches a limit defined by the claim to correctness." (35)

¹⁷ Cfr. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, second edition, Clarendon, Oxford, 1994, 244.

¹⁸ "My account is *descriptive* in that it is morally neutral and has no justificatory aims: it does not seek to justify or commend on moral or other grounds the forms and structures which appear in my general account of law..." *Ibidem* 240.

sobre este punto, nada en su obra, salvo la metafórica invocación de la dimensión ideal del derecho, conspira contra la idea de una ciencia jurídica puramente descriptiva.

En cuanto a la perspectiva del participante, las dos partes aceptan que los jueces se niegan frecuentemente aplicar normas con contenido manifiestamente injusto. El positivista dirá que lo hacen por razones morales, el no-positivista dice que lo hacen por razones jurídicas. Pero ambos están de acuerdo en que los jueces lo hacen. En qué reside, entonces, el gran desacuerdo?

Uno podría pensar que al menos parte del desacuerdo proviene del hecho de que Alexy le atribuye mayor peso al punto de vista del participante. Esto podría ser así en el caso de Kelsen, pero seguramente no en el de Hart: "Pero no hay realmente nada en el proyecto de una ciencia del derecho descriptiva tal como es ejemplificada en mi libro para impedir que un observador describa la manera en que los participantes ven el derecho desde el punto de vista interno".¹⁹ Tengo la impresión de que el desacuerdo se parece mucho a un desacuerdo verbal. Alexy se niega llamar "derecho" a un orden normativo muy injusto, mientras que un positivista dirá que el derecho positivo, como todo producto humano, puede ser bueno o malo, justo o injusto. Negándoles el rótulo de "derecho" no eliminamos del mundo a las injusticias. Podemos estar de acuerdo en que los órdenes injustos merecen ser criticados, pero ¿porqué no llamarlos "derecho"?

¹⁹ "But there is in fact nothing in the project of a descriptive jurisprudence as exemplified in my book to preclude a non-participant external observer from describing the ways in which participants view the law from such an internal point of view." Ibidem 242.

"EL QUIJOTE Y EL DERECHO"

(LAS RELACIONES ENTRE LA DISCIPLINA JURÍDICA Y LA OBRA LITERARIA¹)

Por Andrés Botero Bernal²

1. Introducción

La literatura y el derecho no son ajenos entre sí. Desde donde se mire, la literatura ha narrado hechos jurídicos y el derecho es, fundamentalmente, un ejercicio literario, aunque no sobra decir que ciertos géneros de la literatura presentan más puntos de conexión con el derecho que otros. Entonces, frente a estos acercamientos se exige pues que ambos sean relacionados... pero, ¿cómo?

Existen diversas maneras de poner en relación la literatura y el derecho (algunas de las cuales serán expuestas brevemente en el siguiente capítulo), pero lo importante en este escrito es llamar la atención sobre las posibilidades metodológicas y analíticas que, a partir de ellas, se abren para los estudios jurídicos, especialmente para la filosofía y la historia del derecho, asunto que pretenderá ponerse en evidencia exponiendo un caso concreto: el Quijote.

Este artículo se dividirá de la siguiente manera. En primer lugar se explicarán algunas formas como pueden ponerse en relación el derecho y la literatura, señalando los caminos escogidos para el análisis del Quijote. En segundo término, se hará un sencillo barrido del estado del arte sobre

¹ Resultado de la investigación "La relación entre el "Ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha" (1605 - 1615) con el contexto jurídico que se desarrolla en la obra", realizado durante el 2005-2006 en el semillero de Teoría General del Derecho de la Universidad de Medellín.

² Universidad de Medellín. Correo electrónico: botero39@gmail.com

la relación entre el Quijote y el derecho, indicando las principales obras y artículos que al respecto se han escrito en el mundo jurídico. En tercer lugar se sentarán algunas bases para la construcción de la memoria del derecho y del jurista a partir de la obra cumbre de Miguel de Cervantes. Y, por último, las conclusiones y la bibliografía.

-La literatura y el derecho

Ya se había dicho que la literatura (al igual que otras expresiones artísticas) y el derecho están relacionados, por lo menos, y esto es algo que el más apático deberá reconocer, en que la literatura en no pocas oportunidades se refiere a asuntos jurídicos como expresión del drama humano (desde la antigua Grecia con Orestes o Antígona, hasta Zola, Víctor Hugo, Dostoievski, Kafka, etc.). Además, el derecho es, ante todo, un ejercicio narrativo que en algunas oportunidades llega a merecer elogios estéticos (como ciertas definiciones presentes en nuestro Código Civil o, incluso, la redacción de ciertos artículos de las cartas constitucionales colombianas especialmente las de inicio del siglo XIX). Valga recordar en este último sentido el artículo 719 del Código Civil colombiano ("Se llama aluvión el aumento que recibe la ribera de un río o lago por el lento e imperceptible retiro de las aguas") o el artículo 5 de la sección segunda título primero de la Constitución Antioqueña de 1812 ("Ningún hombre, ninguna corporación o asociación de hombres tiene algún título para obtener ventajas, o particulares y exclusivos privilegios, distintos de los que goza la comunidad, sino es aquel que se deriva de la consideración que le den sus virtudes, sus talentos, y los servicios que haga, o haya hecho al público. Y no siendo este título por su naturaleza hereditario, ni transmisible a los hijos, descendientes, o consanguíneos, la idea de un hombre que nazca Rey, Magistrado, Legislador, o Juez, es absurda y contraria a la naturaleza").

Pero dicha relación va más allá de lo acabado de señalar, al convertirse la literatura en un objeto de estudio de varias disciplinas jurídicas. Este es el caso, para lo atinente a la historia del derecho, de los trabajos de los españoles Bermejo Cabrero³ y Faustino Martínez⁴, entre otros. Tratándose

³ BERMEJO CABRERO, J. L. Aspectos jurídicos de *La Celestina*. En: *Derecho y pensamiento político en la literatura española*, Madrid, 1980, p. 95-109. BERMEJO CABRERO, J. L. Un tema jurídico en la tradición literaria. *Famosos juristas y legisladores*. En: *Derecho y pensamiento político en la literatura española*, Madrid, 1980, p. 192-194.

⁴ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Faustino. *El Derecho Común en la obra de Lope de Vega: unos breves apuntamientos*. En: *Opinión Jurídica*, No. 8. Vol. 4, (Jul.-Dic.

de la iusfilosofía se encuentran las tesis de Benjamín Cardozo⁵ con sus planteamientos esteticistas propios de sugerir que la actividad forense y la exposición científico-jurídica deben hacerse como si se practicase un arte literario. Súmese Martha Nussbaum⁶ quien a partir de un concepto ético de ciertos géneros de la literatura propone la construcción de un discurso público que humanice el derecho a través del razonamiento literario que ayuda a formar sentimientos de empatía compasiva. También está R. Dworkin⁷ quien postula la figura del juez Hércules siendo este último el que razona y organiza sus pensamientos como un narrador literario siguiendo el modelo de la novela en cadena. Igualmente Peter Häberle⁸ quien interpreta el derecho como un relato y por tanto regido por algunos principios comunes a los de la literatura. Y no podían faltar las reflexiones de Posner⁹ a favor de la interdisciplinariedad derecho – literatura a pesar de negar la unidad hermenéutica entre ambas disciplinas. Pero si quiere seguir la lista, debe hacerse mención al trabajo de varios filósofos

2005); p. 129-141. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Faustino. La crítica al sistema jurídico del Derecho Común en el Cancionero de Juan Alfonso de Baena. Siglo XV. En: Prologus Baenensis, n.º 2 (2003). Revista Digital del Centro de Documentación Juan Alfonso de Baena. M. I. Ayuntamiento de Baena (Dirección en Internet: <http://www.juanalfonsodebaena.org>). MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Faustino. Derecho y Literatura: Rabelais o la formulación literaria de un nuevo camino jurídico. En: Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, vol. 32 (2003), pp. 703-729. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Faustino. Literatura y Derecho: dos ejemplos dispersos de los siglos XVI y XVII. En: Anuario Mexicano de Historia del Derecho, Tomo XVII (2005), pp. 113-210.

⁵ CARDOZO, Benjamin. Law and literature and other essays and addresses. New York: Harcourt, Brace & Company, 1931. p. 3-40 (especialmente p. 39-40).

⁶ NUSSBAUM, Martha. Justicia poética: la imaginación literaria y la vida pública. Trad. Carlos Gardini. Barcelona: Andrés Bello, 1997. 183p.

⁷ DWORKIN, Ronald. Cómo el derecho se parece a la literatura. En: HART H.L.A. y DWORKIN, R. La decisión judicial. Estudio preliminar de César Rodríguez. Bogotá: Siglo del hombre y Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1998. p. 143-180.

⁸ HÄBERLE, Peter. Teoría de la constitución como ciencia de la cultura. Trad. e introducción de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000. También: HÄBERLE, Peter y LÓPEZ BÓFILL, Héctor. Poesía y derecho constitucional: una conversación. En: Punto de vista, No. 17, Barcelona: Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autònoms i Socials 2004, p. 7-29.

⁹ POSNER, Richard. Law and Literature. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

del derecho argentinos: Werner Goldschmidt¹⁰, Enrique Mari¹¹, Carlos Cárcova¹² y Ricardo Guibourg¹³, entre otros.

Entonces, si hay relaciones más allá del mero interés literario en describir situaciones jurídicas o de la mera forma de expresión del derecho, a un punto tal que hay estudios jurídicos que versan sobre la literatura, ¿cuáles son estas posibles relaciones?

Para responder esta pregunta se han planteado (por su utilidad explicativa) diversos modelos. Uno de dichos esquemas, muy conocido en los trabajos especializados, es el que alude a un "derecho como literatura", un "derecho en literatura" y un "derecho de literatura"; que a su vez, desde la otra orilla, permite hablar de una "literatura como derecho", una "literatura en derecho" y una "literatura de derecho"¹⁴. No obstante, a pesar de lo común de esta clasificación, presenta un grave problema: la vaguedad de las preposiciones "como", "de" y "en". Súmese que todo modelo —teóricamente— es pertinente y diáfano, pero al momento de volverse realidad pierde mucho de su primitiva pureza.

Entonces, luego de algunos ejercicios con varios modelos, se considera útil plantearse seis grupos, si se tiene en cuenta: i) que se parte desde la óptica jurídica, no desde la visión literaria; ii) que se trata de clasificar las relaciones posibles entre la disciplina jurídica en su sentido amplio (no tanto la norma) con la obra literatura (no tanto con la literatura en general). Pero para evitar o por lo menos reducir la crítica derivada de la aplicabilidad de todo modelo, se parte de que su validez es fundamentalmente pedagógica. Es decir, estos grupos no existen de manera pura, por lo que se debe aceptar la presencia de zonas grises o mixturas¹⁵, con lo cual las clasificaciones que

¹⁰ GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho y verdad: justicia y filosofía*. Buenos Aires: La Ley, 1978.

¹¹ MARI, Enrique. *Derecho y literatura: algo de lo que sí se puede hablar pero en voz baja*. En: *Doxa*, 21 – II, 1998; p. 251-287.

¹² CÁRCOVA, Carlos M. *Derecho, Literatura y conocimiento*. En: *Revista Jurídica de Buenos Aires*, (Universidad de Buenos Aires), 1999-2000, p. 171 y ss., y "Sobre el razonamiento judicial", en José Calvo González- Cristina Monereo Atienza (coords.), *Filosofía jurídica y siglo XXI. Ocho panoramas temáticos*, Universidad de Málaga, Málaga, 2005, pp. 153 y ss. [El Derecho y las teorías narrativas].

¹³ GUIBOURG, Ricardo. *La construcción del pensamiento: Decisiones metodológicas*. Buenos Aires: Colihue, 2004. p. 173-180.

¹⁴ Presente, por ejemplo, en: TALAVERA, Pedro. *Derecho y literatura: el reflejo de lo jurídico*. Granada, Comares, 2006. 7-60.

¹⁵ Claridades y mixturas que quedan patentes en las diversas recopilaciones de textos literario-jurídicos que se han hecho. Por ejemplo: IBÁÑEZ CARREÑO, Gus-

a continuación se presentarán servirán más como "medio de estudio" al momento de afrontarse un discurso de la disciplina jurídica donde se alude a una obra literaria, que como "objeto mismo de estudio".

Los grupos clasificatorios de las relaciones derecho-literatura que aquí se proponen son: el retórico, el expositivo, el metodológico, el analítico, el jurídico y el estético. Claro está que estos nombres no dicen mayor cosa, por lo que se debe pasar prontamente al significado de cada uno. No obstante, antes de explicarlos, vale preguntar: ¿Son mejores estos modelos pedagógicos que los esquemas (algunos casi ontológicos) planteados en otras sedes, como el de "derecho como (de y en) literatura" del que se habló anteriormente? Todo depende de los aspectos que quieran resaltar-se en las relaciones derecho-literatura. Resulta que la clasificación que ahora se propone permite visualizar ciertas relaciones en concreto que la forma tradicional no veía con tanta nitidez, especialmente los grupos "metodológico" y "analítico". Por tanto, no se defenderá que la ordenación que ahora se propone es siempre mejor que otras formas clasificatorias. Esto depende de lo que se quiera resaltar. Pero se insiste: hacer grupos o modelos clasificatorios, por lo menos en este caso, es un ejercicio válido pedagógicamente hablando, pues así apre(he)ndemos de mejor manera.

Ahora bien, el modelo que hemos denominado "retórico" es aquel donde la disciplina jurídica (y puede aplicarse a la construcción de ciertas normativas) hace uso de una o varias obras literarias para adornarse y embellecerse. Este grupo tiene un fuerte ascendente en el antiguo régimen, siendo un buen caso de ello los moralistas - juristas del medioevo (piénsese por ejemplo en las escuelas boloñesas de la baja Edad Media) que recurrían a relatos literarios famosos, buscando en ellos actos buenos y malos, justos o injustos, lícitos o ilícitos, con los cuales pudieran adornar las obras y las lecciones jurídicas siguiendo el criterio dominante¹⁶: la

tavo. La picaresca jurídica universal. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1993. 308p. En este texto se recogen fábulas con claras enseñanzas morales y jurídicas, cuentos de eminentes juristas o de legos del derecho que versan sobre tópicos jurídicos, poesías y versos, reflexiones, y, por último, aforismos y proverbios latinos. En esta larga compilación se encuentran textos literarios fácilmente clasificables en los modelos que a continuación se expondrán, pero no faltan casos de zonas grises como el cuento "En el cielo de los conceptos jurídicos: una fantasía" de Rudolf Von Ihering (Ibid, p. 63-119).

¹⁶ ORCÁSTEGUI, Carmen y SARASA, Esteban. La historia en la Edad Media: historiografía e historiadores en Europa Occidental siglos V-XIII. Madrid: Cátedra, 1991. p. 16-18.

retórica antigua¹⁷. Valga aclarar que un discurso de la disciplina jurídica que pudiese catalogarse como propio del modelo aquí denominado como “retórico” puede ser también “expositivo”, aunque no sea esto una relación necesaria sino contingente; la diferencia central es que la obra de arte en el primero es puesta en el discurso con ánimo de colorear la redacción y en el segundo es para dar pie a reflexiones jurídicas.

Sobre el modelo “expositivo”, podríamos decir que se trata de la pretensión de la disciplina jurídica de ejemplificar y exponer sus tesis con situaciones acaecidas en una obra literaria¹⁸. En esta línea puede agruparse la afirmación de Néstor de Buen: Cervantes se sirvió de “El Quijote” para proponer una visión de la justicia y del derecho ajena a la impuesta por los reyes¹⁹. Esta clasificación supone fundamentalmente un punto instrumental (el otro es un instrumento de quien lo invoca, de esta manera el derecho, cuando convoca a la literatura, es para tener ejemplos llamativos de explicación de un tema jurídico, para justificar alguna proposición, etc.). Este modelo (que también apunta a otras expresiones artísticas diferentes a la literatura) es muy recurrido en la literatura jurídica contemporánea. Baste destacar tres ejemplos: el primero se trata de los textos “Filosofía del Derecho con Raíces Profundas”²⁰ y “La Lista de Schindler: Abismos que el derecho difícilmente alcanza”²¹, ambos del prof.

¹⁷ Siguiendo la clasificación de Perelman entre retórica clásica y antigua (o colores rhetorici). Cfr. PERELMAN, Chaïm. *El imperio retórico: retórica y argumentación*. Trad. Adolfo León Gómez Giraldo. Bogotá: Norma, 1998, p. 9-18.

¹⁸ El modelo “explicativo” también fue muy profuso en las escuelas jurídicas medievales. ORCÁSTEGUI y SARASA, *La historia...*, Op. Cit., p. 16-18.

¹⁹ Según este autor mexicano, una propuesta de derecho y de justicia (propia de Cervantes) se sirvió de una obra literaria (“El Quijote”) para presentarse ante la sociedad de la época (BUEN, Néstor de. *Derecho y justicia en Cervantes: burla burlando*. En: *Revista de Derecho Privado, nueva época*. Año IV, 11 (mayo-agosto/2005); p. 3-17). Claro está que este ejemplo tiene algo del modelo “estético”, en tanto la propuesta jurídica de Cervantes (si creemos en lo que dice Buen) se presenta estéticamente, como una obra de arte.

²⁰ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Filosofía del Derecho con Raíces Profundas*. En: PRESNO LINERA, Miguel Ángel y RIVAYA, Benjamín (coordinadores). *Una introducción cinematográfica al Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 241-259. Claro está que en este caso la relación que se presenta es entre el cine y el derecho, pero como ejemplo bien podría hacerse extensivo a las relaciones literatura – derecho.

²¹ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *La Lista de Schindler: Abismos que el derecho difícilmente alcanza*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. 82p.

Juan Antonio García Amado quien, a partir de dos obras cinematográficas hace importantes reflexiones iusfilosóficas, estableciendo relaciones entre situaciones de las películas con aspectos que identifican autores o pensamientos propios de la filosofía del derecho contemporánea²². El segundo caso es la obra "Fantasías jurídicas en el Mercader de Venecia" del prof. José Hoyos Muños²³; este texto identifica diversas situaciones jurídicas en la obra de Shakespeare, señalando sus consecuencias a la luz del derecho privado colombiano vigente²⁴. El tercer evento son las cinco reflexiones críticas que el prof. Talavera hace al derecho contemporáneo a partir de la visión que de ciertos fenómenos jurídicos dan cinco obras literarias: "Moisés en el monte Sinaí", "Antígona", "El Mercader de Venecia", "El Proceso" y "Rebelión en la granja"²⁵.

El tercer modelo, denominado como "metodológico", es aquel que agrupa a los discursos de la disciplina jurídica que estudian la obra literaria como alternativa metodológica en sus esfuerzos investigativos. Sería el caso de la historia del derecho cuando indaga por lo jurídico en una época, a partir de la forma como las obras literarias de ese momento veían el derecho, con el fin de construir la memoria forense²⁶; y para el caso de la filosofía del derecho, su ánimo sería hacer análisis –propios

²² Sobre el cine y el derecho, no puede dejarse de mencionar los siguientes filmes: Giordano Bruno (Montaldo), Larry Flynt (Forman), El proceso (Welles), La naranja mecánica (Kubrick), Nikita (Besson), El perfecto asesino (Besson), Asesinos por naturaleza (Tarantino-Stone), Pulp Fiction (Tarantino), etc. Existen pues filmes donde el derecho sólo sirve de pretexto para armar la intriga, otros que muestran a individuos asfixiados por los sistemas jurídicos que los rodean, otros donde el derecho es un parámetro de referencia del espectador pero no de la película misma, otros donde el derecho y la racionalidad no resuelven el conflicto que se les pone frente a sí (como Frenesí de Hitchcock), etc.

²³ HOYOS MUÑOS, José. Fantasías jurídicas en el Mercader de Venecia. Medellín: UPB, 1998. 75p.

²⁴ Esto es un buen caso de una situación límite. Podría pensarse que esta obra de Hoyos constituye un discurso propio del modelo "analítico" en la medida que hace un inventario de situaciones jurídicas de la obra literaria. No obstante, por el interés del autor en enseñar el derecho privado colombiano a partir de un texto famoso en la literatura, así como por plantear soluciones en derecho a partir de un sistema jurídico por complejo ajeno a la obra de arte, la balanza se inclina más por el modelo "explicativo".

²⁵ TALAVERA, Derecho y..., Op. Cit.

²⁶ Objetivo principal de la historia del derecho: PETTT, Carlos. De la historia a la memoria. A propósito de una reciente obra de historia universitaria. En: *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de historia de la universidad*, 8, 2005; p. 237-279.

de la disciplina- sobre lo jurídico que describe o propone el mismo texto literario, sin que éste sea un mero medio para hacer juicios que bien pudieron hacerse prescindiendo de la obra. Así podría pensarse como propio del grupo "metodológico" un estudio iusfilosófico que rastree una tesis, un filósofo determinado, etc., a partir del reflejo que de éstos dé una o varias obras literarias. Dicho de otra manera, la obra es igualmente mediatizada pero no (sólo) como forma de exposición sino como método de acceso al objeto de investigación planteado. Claro que los discursos disciplinarios ubicados en este modelo difícilmente pueden renunciar a lo expositivo, pero esto no implica que exista una relación necesaria entrabos, en la medida que lo "metodológico" si bien expone con base en la obra literaria estudiada, éstas reflexiones surgen directa y necesariamente de la obra y del estudio que sobre ella se hizo, mientras que en el modelo "expositivo" no es tan clara esa relación necesaria y directa a un punto tal que podría pensarse para este último grupo clasificatorio que la obra funge de excusa —en el mejor de los sentidos— para hacer algunos juicios jurídico o de ejemplo de ciertas reflexiones propias de la disciplina del derecho. Por tanto, si se hace un estudio sobre Antígona para explicar a partir de allí el debate entre iuspositivismo y iusnaturalismo modernos, se estaría claramente en el modelo expositivo pues no es de la esencia misma de esa obra referirse a tesis iusfilosóficas de muchos siglos después; pero si este mismo texto literario es usado para acceder a lo jurídico de la época helénica, siendo éste el interés investigativo de quien enuncia el discurso objeto de clasificación, se está ante el modelo "metodológico" que no por ello renuncia a la exposición de resultados con base en la obra. Otro caso explicará mejor esta (tenue) división: un discurso disciplinario donde se critique las pretensiones absolutistas del Estado moderno a partir de la novela "1984" (G. Orwell) sería propio del modelo expositivo en tanto esa misma crítica se pudo hacer prescindiendo de esa obra en concreto; pero si un discurso alude al derecho de la época que se refleja en "1984", es decir, a lo jurídico en el contexto de creación, se tiene que lo allí dicho surge necesariamente del estudio del texto de Orwell, por tanto corresponde al grupo "metodológico".

El modelo llamado en este texto como "analítico", supone que el derecho no es una entidad externa a la obra, sino que hay algo "jurídico" que (sobre)vive en la misma obra de arte ora como ente independiente de la realidad del jurista-investigador, ora como ente independiente del contexto del autor. Se trata pues cuando la literatura pasa a ser objeto

mismo de análisis jurídico, sin que este último pretenda ser una expresión artística, con lo que se parte de la autonomía de la obra de arte y del derecho mismo, puesto que la creación literaria no corresponde a los mismos fines de la creación de un texto jurídico, pero ello no implica que la obra literaria no refleje (en sí misma) una cultura o no plantee sistemas o normas jurídicos interesantes para el investigador²⁷. Utilizando otras palabras, con este grupo se quiere clasificar los discursos de la disciplina jurídica que indagan por el derecho que plantea una obra literaria desde y para sí, sin centrarse en el contexto de quien hace dicho discurso (el investigador jurídico, por ejemplo) ni en el contexto del autor de la obra literaria. Claro está que un discurso propio de la disciplina jurídica al momento de referirse a una obra literaria, puede seguir tanto el modelo "metodológico" como el "analítico", pero esta relación entambos es contingente, no necesaria.

El grupo nominado "jurídico" se refiere a los discursos de la disciplina jurídica que indagan desde la normativa vigente por los derechos (morales y patrimoniales) que tiene el autor de una obra literaria o las consecuencias jurídicas que se derivarían de lo que dice un texto artístico, por mencionar los dos eventos más importantes. La principal diferencia de este modelo con los otros radica en la poca o nula permeabilidad del discurso jurídico frente a lo estético. Así, un análisis de los derechos de autor en una obra literaria o un estudio sobre si una novela constituye una calumnia que exija la intervención de la jurisdicción penal, constituyen buenos ejemplos de este grupo.

El modelo "estético" se refiere fundamentalmente al discurso de la disciplina jurídica (lo que podría extenderse también a la norma misma) que aspira a ser texto literario, asunto que aconteció, por ejemplo, cuando el derecho legislado se apoderó de lo jurídico en el siglo XIX. En este enfoque, se desea que el texto jurídico sirva de puente entre la literatura y el derecho en tanto se redacta con las maneras literarias en boga, al mismo tiempo que se emite como discurso (sobre lo) vinculante para la

²⁷ El prof. Talavera prefiere hablar de una "concepción narrativa" en vez de una "analítica", pues para él lo analítico "postula, con la fuerza de un dogma, la diferencia irreductible entre el "ser" y el "deber ser", y subraya especialmente la distinción entre el hecho y el derecho, aferrándose ciegamente a la falacia naturalista" (TALAVERA, Derecho y..., Op. Cit., p. 47). Es decir, él asocia el término "analítico", en los estudios de literatura y derecho, con el positivismo ideológico. Pero en este escrito sobre El Quijote, lo analítico significa otra cosa.

sociedad. Dicho de otra manera, este modelo es el que refleja una puesta en la escena artística-literaria del discurso jurídico. El "esteticismo", claro está, va mucho más allá de plantear una forma relación entre literatura y derecho, pues también pone en evidencia la correspondencia que con el arte tenían los juristas del XIX y alguna parte del siglo XX, conexión que ya ha sido analizada por los profesores Carlos Petit²⁸ (Universidad de Huelva) y Raymond Williams²⁹ (Universidad de Colorado), y para el ámbito nacional, por Julio Gaitán³⁰ (Universidad del Rosario), Gonzalo Sánchez³¹ (Universidad Nacional) y Andrés Botero³² (Universidad de Medellín), entre otros.

Ahora bien, estos modelos clasificatorios, al no ser puros, se entremezclan en los discursos de la disciplina jurídica relacionados con una obra literaria, por lo que bien podría encontrarse una narración disciplinaria que en una parte corresponda al modelo "retórico", en otra al "analítico", etc. Además, como esta clasificación no es taxativa, un emisor de algún discurso podrá encontrar algún interés diferente a los que se expusieron. Pero la validez de esta nueva forma clasificatoria es poner en evidencia dos vías dentro de las muchas posibles: la metodológica y la analítica. No se quiere decir que los demás modelos sean inválidos, simplemente que con los grupos "metodológico" y "analítico" se abre una cantera importantísima para los estudios jurídicos que no debería desecharse. Pero, volviendo a algo ya dicho: ¿era necesario plantear esta nueva clasificación? Sí, puesto que la clasificación de "el derecho en la literatura", "el derecho de la literatura" y "el derecho como literatura", no permitía

²⁸ PETIT, Carlos. Discurso sobre el discurso. Oralidad y escritura en la cultura jurídica de la España liberal. Lección inaugural curso académicos 2000-2001. Huelva: Universidad de Huelva, 2000. PETIT, Carlos. Juristas y pasiones: motivos de un encuentro. En: PETIT, Carlos (ed.). Pasiones del jurista. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. PETIT, Carlos. Oralidad y escritura, o la agonía del método en el taller del jurista historiador. En: Historia, instituciones, documentos. No. 19 (1992).

²⁹ WILLIAMS, Raymond. Novela y poder en Colombia: 1844-1987. Trad. Álvaro Pineda-Botero. Bogotá: Tercer Mundo Editores, 1991.

³⁰ GAITÁN, Julio. Huestes de Estado. Bogotá: Universidad del Rosario, 2002.

³¹ SÁNCHEZ GÓMEZ, Gonzalo. Intelectuales... poder... y cultura nacional. En: Análisis Político. No. 34 (May-Ago de 1998); p. 115-138. SÁNCHEZ GÓMEZ, Gonzalo. Los intelectuales y la política. En: Análisis Político. No. 38 (Sept. - dic. de 1999); p. 35-39.

³² BOTERO BERNAL, Andrés. El papel del intelectual: pasado, presente y futuro. Medellín: Editorial USB, 2002.

identificar claramente los modelos "metodológico" y "analítico" (donde se encuadraría el siguiente trabajo de El Quijote) en la medida que éstos dos últimos estarían regados en aquellos tres, sin tener una precisión propia³³.

En fin, lo que se propone con este acápite es dejar en claro qué se hará con El Quijote y además invitar a la disciplina jurídica a que examine las obras literarias, constituyendo los modelos "metodológico" y "analítico" dos posibilidades muy buenas para ello. Entonces, este estudio jurídico evitará (mientras ello sea posible y necesario) i) usar la obra de Cervantes como un medio retórico, ii) utilizar esta obra como medio expositivo tanto del derecho contemporáneo como de ideas extrañas a El Quijote, iii) presentarse a sí misma como una obra artística siguiendo el modelo cervantino, iv) hacer juicios normativos desde el presente sobre la propiedad intelectual de la obra o sobre las responsabilidades jurídicas que de ella se derivan, v) perfilarse como una crítica literaria con terminología jurídica. Se tratará, pues, de buscar en dicha obra, elementos de la cultura jurídica subyacente, elementos de derecho que entornan la vida de Quijote y Sancho, entre otros personajes de la novela, con el fin de construir una memoria del derecho y de los juristas tanto en el texto (modelo analítico) como en su contexto (modelo metodológico).

Para lograr tal objetivo es necesario iniciar con un estado del arte de la producción jurídica en torno al Quijote.

³³ Sirva para ello enunciar un caso: un discurso de la disciplina jurídica donde se hacen reflexiones jurídicas a partir de una obra literaria que pudieron ser dichas sin necesidad de acudir al texto artístico (algo que constituye el núcleo central de lo que se denominó aquí como modelo "expositivo"), no puede ubicarse fácilmente en alguno de los esquemas planteados de "derecho como literatura" (entendido como la corriente que intenta establecer una unidad hermenéutica entre ambas disciplinas), "derecho de literatura" (entendido como el que indaga por las consecuencias jurídicas de lo literario) y "derecho en literatura" (entendido como un enfoque crítico sobre el derecho a partir de lo que la literatura narra de lo jurídico). Y eso sin tomar en cuenta los modelos provenientes de la orilla literaria: "literatura como derecho", "literatura en derecho", "literatura de derecho". En principio podría pensarse que la mayoría de los casos del modelo "expositivo" serían propios del "derecho en literatura", pero en este último cajón cabrían otros discursos de la disciplina jurídica propios del modelo "metodológico" y del "analítico". En conclusión ambos sistemas clasificatorios permiten identificar situaciones diversas, por lo que su utilidad depende de lo que quiera ser puesto en evidencia.

2. El Quijote visto por la literatura jurídica

2.1. Reflexiones iniciales en torno al Quijote³⁴

Alguna vez escribió William Ospina: "Todo gran lector descubre en las obras nuevas perspectivas, inquietantes rutas secretas, otra complejidad en los protagonistas y en el mundo del que las obras derivan"³⁵. Y justo esto es lo que ha sucedido con el Quijote cuando es estudiado por juristas, aunque en no pocas oportunidades termina siendo agraviado por éstos: "Retráteme el que quisiere —dijo don Quijote—, pero no me maltrate; que muchas veces suele caerse la paciencia cuando la cargan de injurias" (Don Quijote, Parte Segunda, Capítulo LIX).

Sin embargo, las reflexiones jurídicas que se han tejido sobre esta obra reflejan su trascendencia, afirmando su insaciable fuente cultural y poniendo en evidencia la importancia de un legado que el tiempo se encarga de vivificar. Ese valor que se asume en la posteridad, ha permitido que el Quijote simbolice mundos, situaciones y personajes que se unen formando cadenas de sentidos, significados y significantes cuya admirable proyección se extiende a diversos contextos (la locura, la ética, la ciencia, la filosofía, el derecho, etc.).

El Quijote, como la obra cumbre y la novela del libro antiguo y moderno, navega en un mar de paradojas, transita por frondosos campos de diálogos y aventuras, y reanima el dialectismo de una pareja (Quijote y Sancho), que, al sentir de Vargas Llosa³⁶, aparece indisolublemente unida en esa extraña alianza que es la del sueño y la vigilia, lo real y lo ideal, la vida y la muerte, el espíritu y la carne, la ficción y la vida. Dentro de todo este amplio complejo de actitudes y características, la obra de Cervantes incluye otra más: la vinculación entre literatura y derecho. Lo primero, porque el Quijote es un libro que atribuye a los libros la locura de su protagonista, y adelanta una curiosa reflexión sobre la influencia

³⁴ Debo agradecer al estudiante Julián García Ramírez quien colaboró muy activamente en la redacción del siguiente subcapítulo.

³⁵ OSPINA, William. Prólogo. En: ZULETA, Estanislao. *El Quijote, un nuevo sentido de la aventura*. Medellín: Hombre Nuevo Editores, 2001. p. 12.

³⁶ VARGAS LLOSA, Mario. Una novela para el siglo XXI. En: CERVANTES, Miguel de. *Don Quijote de la Mancha*. Edición y notas de Francisco Rico. Madrid: Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española, 2004. p. XIII-XXVIII.

de la literatura en la vida de los seres humanos. Es una de las primeras obras literarias cuyo tema central es la literatura³⁷. Lo segundo, porque el Quijote es el prospecto de caballero que asume como propia la lucha por la justicia, por la libertad, por el respeto a las normas de conducta que, en cualquier caso, deben facilitar la armonía social y el compromiso del género humano (ver el capítulo tres de este artículo).

Este enfoque de lo jurídico en la obra de Cervantes, o el derecho desde El Quijote, se ha integrado por diversos estudios anteriores³⁸ que si bien no tienen el mismo carácter, son una forma de aportar al diseño esquemático de nuevas corrientes analíticas que nacen de la entrañas de una obra inmortal y, por tanto, inagotable.

Algunos de los estudios cervantinos en el campo del derecho han sido: "Silueta del Derecho Social en el Quijote", (J. Lozano Ruiz, 1958); "La Filosofía del Derecho en el Quijote", (T. Carreras y Artau, 1995); "Ensayo humano y jurídico de El Quijote", (José Pérez Fernández, Madrid: Imprenta Pueyo, 1965. 302p.); "Entre Don Quijote y Sancho, ¿relación laboral?", (L. Alonso Olea, 1996); "En torno al Quijote: dos ensayos jurídicos", (José María Martínez Val, Ciudad Real: Instituto de Estudios Manchegos, 1960. 41p.); "La Criminología de El Quijote", (E. de Benito y la Llave, 1905); "El Derecho en el Quijote", (J. E. Castañeda, 1995); "El pensamiento de El Quijote visto por un abogado", (Niceto Alcalá Zamora)³⁹; "El Derecho en El Quijote", (Isabel Cano Ruiz, 2000); "La

³⁷ Prólogo de: ZULETA, El Quijote..., Op. Cit., p. 9.

³⁸ Estudios críticos: El Quijote y la estafeta de Urganda: ensayo crítico, de Fco. María Tubino, Imp. La Andalucía, 1862. Sobre el Quijote y sobre las diferentes maneras de comentarle y juzgarle, discurso de Don Juan Valera, Imp. de Manuel Galiano, Madrid, 1864. Las mujeres del "Quijote": El Autor y su protagonista. Homenaje al libro Don Quijote de la Mancha. 1605-1905, il. con 16 fotograbados, prólogo de Miguel S. Oliver, Imp. J. Peuser, Buenos Aires, 1905. Cervantes y Don Quijote, de José Luis Aguirre, Cosmos, 1959. Don Quijote de la Mancha: libro juvenil. Elementos y evolución de una interpretación literaria, de Helmut Hake, ed. Vda. de Galo Sáez, 1960. Realismo "mágico" en Cervantes: "Don Quijote" visto desde "Tom Sawyer" y "El idiota", de Arturo Serrano-Plaja, Gredos, 1967. Don Quichotte de Cervantes. Etude et analyse, de P. Hazard, Ed. de la Pensée Moderne, 1970. Don Quijote, de Vladimir Nabokov, Fayard, 1986. La interpretación cervantina del Quijote, por Daniel Eisenberg; etc.

³⁹ Para este autor son cuatro los puntos cardinales en la flaqueza judicial de don Quijote: (i) reflejo inevitable sobre el fondo de su lógica extraviada, (ii) intrusiones profesionales en la jurisdicción, (iii) apasionado atropello del trámite, y (iv) coacción ilusoria. Si la justicia se imparte en función de silogismo, el hidalgo manchego, que

idea de la Justicia en El Quijote", (M. de la Plaza Navarro, 1947); "Tipos Delincuentes del Quijote" (Ignacio Rodríguez Guerrero, 1974)⁴⁰; "Don Quijote y el Derecho", (Rodolfo Batiza, 1964); "La Justicia del ingenioso hidalgo", (L. M. López Montes y Díaz, 2002); "El ideal de Justicia", (A. Pons y Umbert, 1922); "El sentimiento de la Justicia en Don Quijote y Sancho", (L. Benito y Endara) "El anarquismo de Don Quijote", (A. de Adantare, 1905); "Comentario histórico jurídico al Quijote", (R. Altamira y Crevea, 1908); "Don Quijote abogado de La Mancha", (Antonio J. Uribe Prada, 1991); "El Quijote: un nuevo sentido de la aventura" (Estanislao Zuleta, texto inédito)⁴¹; "Jueces y juicios en el Quijote cervantino", (Agustín Bermúdez Aznar, 2005)⁴²; "El Derecho en el Quijote de Cervantes", (José Luís Aguirre)⁴³; "Fines, fronteras y funciones del derecho ante el espejo del Quijote cervantino" (María Isolina Dávobe, 2004)⁴⁴; entre otros.

era cuerdo para las premisas generales, se extraviaba con frecuencia respecto de las particulares y por ello respecto de las conclusiones, pues lo que a él se le obscurcía y le hacía perder la diritta vía era el término menor, o sea, los hechos. Al respecto, véase: ALARIO DI FILIPPO, Mario. La justicia en el Quijote. Discurso pronunciado en la Academia Colombiana de la Lengua de Bogotá, el 6 de agosto de 1975, al tomar posesión como miembro numerario. Igualmente: ALARIO DI FILIPPO, Mario. La justicia en el Quijote. En: Universitas, No. 49 (1975); p. 19-30.

⁴⁰ RODRÍGUEZ GUERRERO, Ignacio. Tipos Delincuentes del Quijote. Medellín: Bedout, 1974. 648p. Este texto es fruto de una mezcla entre erudición, derecho vigente, derecho de la época y criminología. Especial atención merece el estudio que hace del caso de Vicente de la Rosa, el Perillán (Don Quijote, Parte Primera, Capítulo LI) donde hace un análisis de dicho delincuente, mezclando elementos psicológicos, jurídicos (algunos anacrónicos) y sociales, llegando a interpretar los vacíos que deja el relato (RODRÍGUEZ, Tipos delincuentes..., Op. Cit., p. 412-420).

⁴¹ Puede encontrarse en Internet: www.elabedul.net/Documentos/El_quijote.pdf (consultado el 14/06/06).

⁴² BERMÚDEZ AZNAR, Agustín. Jueces y juicios en el Quijote cervantino: Lección inaugural, curso académico 2005-2006, Universidad de Alicante, 2005. En línea: www.ua.es/es/congresos/protocolo/eventos/aperturacurso/apertura0506/leccion.pdf (consultado el 14/06/06).

⁴³ AGUIRRE ANGUIANO, José Luís. El Derecho en el Quijote de Cervantes. En: Podium Notarial. Revista del Colegio de Notarios del Estado de Jalisco, No. 31 (2005); p. 139-164.

⁴⁴ Este escrito relaciona los estudios jurídicos de la ancianidad con diversas situaciones del Quijote. DABOVE, María Isolina. Fines, fronteras y funciones del derecho ante el espejo del Quijote cervantino. En: Cartapacio (Publicación electrónica de la escuela superior del derecho de la Universidad Nacional del Centro), 7, 2004; www.cartapacio.edu.ar

Esa relación de lo literario con lo jurídico no podría eximirse de análisis, más aún cuando el principal referente es una cantera de donde surgen ideas y se refrescan pensamientos. Es por esto que el Quijote que nos muestra Cervantes, aquél que tuvo a bien llamarle "El ingenioso hidalgo don Quijote de La Mancha", es un hombre que desde el primer momento (1605) hasta su último suspiro (1615)⁴⁵, decide recorrer el mundo socorriendo a los débiles, desfaciendo tuertos y haciendo reinar una justicia para los seres del común, aquéllos en mayor grado vulnerables a los reveses y a los ultrajes.

De esta forma, Cervantes procura retratar en su libro algunas impresiones jurídicas de la España del siglo XVI y XVII, que son el reflejo de "un tiempo convulso y arrollador en un escenario cambiante, marcado por la confrontación entre Oriente y Occidente, por las guerras por el predominio europeo, por las pugnas entre absolutismo y limitaciones al poder absoluto, por las propias guerras religiosas, Reforma y Contrarreforma, por la tensión entre predominio del poder real y supervivencia de la estructura señorial y, sobre todo, por el tránsito del Imperio Español desde su gloria (1571) al fracaso (1588)"⁴⁶.

Todo aquello motiva a Cervantes a crear una forma de vida en donde justicia y libertad se unan para encauzar los valores de una sociedad y las acciones de quienes la integran. Pero, al mismo tiempo, construye una crítica a "un mundo muy real en el que ocurría exactamente lo opuesto a ese quehacer ceremonioso y elegante, a esa representación en la que siempre triunfaba la justicia, y el delito y el mal merecían castigo y sanciones"⁴⁷. Es, en síntesis, una denuncia de algunas prácticas sociales y de su desfavorable incidencia en la cultura de un pueblo; una reivindicación del compromiso y de la observancia a la "ley de caballería" como última garante de los principios sociales.

Esa idea de justicia⁴⁸ que mueve los impulsos de Cervantes y alimenta el discurso quijotesco, se retrata en su obra como un sello personal que

⁴⁵ Años correspondientes a la primera edición del *Quijote* y a su segunda parte, respectivamente.

⁴⁶ PÉREZ BUSTAMANTE, Rogelio (Catedrático de Historia del Derecho Universidad Rey Juan Carlos). Don Quijote, el Derecho y la Justicia. En: Abogacía, No. 33 (Abril/junio 2005); p. 7.

⁴⁷ VARGAS, Una novela..., Op. Cit., p. XIV.

⁴⁸ Pero, sobre todo, una crítica a la justicia de su tiempo cuando dice: "entonces la justicia estaba en sus propios términos, sin que la osasen turbar ni ofender los del favor y los del interés que tanto ahora le menoscaban, turban y persiguen" (Don Quijote, Parte I, Cap. XI).

llega hasta la humanidad, como un conjuro literario que logra desdoblar y conmover al que su autor llama: "desocupado lector". Entre algunos pasajes se resaltan los siguientes:

- Conforme a ley de caballería, ni podía ni debía tomar armas con ningún caballero; y, puesto que lo fuera, había de llevar armas blancas, como novel caballero, sin empresa en el escudo, hasta que por su esfuerzo la ganase. (Don Quijote, Parte I, Capítulo II).
- A lo cual Sancho respondió que, por la ley de caballería que su amo había recibido, no pagaría un solo cornado aunque le costase la vida, porque no había de perder por él la buena y antigua usanza de los caballeros andantes ni se habían de quejar de él los escuderos de los tales que estaban por venir al mundo, reprochándole el quebrantamiento de tan justo fuero. (Don Quijote, Parte I, Capítulo XVII).
- Si acaso doblares la vara de la justicia, no sea con el peso de la dádiva, sino con el de la misericordia. (Don Quijote, Parte II, Capítulo XLII).
- No es mejor la fama del juez riguroso que la del compasivo. (Don Quijote, Parte II, Capítulo XLII).
- Cuando te sucediere juzgar algún pleito de tu enemigo, aparta las mientes de tu injuria, y ponlas en la verdad del caso. (Don Quijote, Parte II, Capítulo XLII).

La complejidad del Quijote es cada vez más grande cuanto más se estudia y analiza; es el efecto de un libro que ha logrado trascender su tiempo, las costumbres y las usanzas de una sociedad que apenas cruzaba el margen divisorio del medioevo y la modernidad. Es, de igual manera, la impresión de una apasionante filosofía de la composición, recordando a Dante y sus palabras; o de un efecto poético como capacidad de un texto de generar lecturas siempre distintas, sin agotarse jamás del todo, como diría Umberto Eco⁴⁹.

El Quijote de Cervantes es el prospecto de un hombre firme y decidido, de una persona dispuesta a sacrificar sus esfuerzos en el altar del auxilio;

⁴⁹ Asunto que remite a la semiosis ilimitada, que se analiza en: ECO, Umberto. Los límites de la interpretación. Barcelona: Lumen, 1992.

es la representación de alguien que genera diálogos con sus aventuras, que asimila la justicia con lo bello, lo divino y lo sagrado; es el modelo de caballero que reúne en torno suyo inolvidables triunfos y lacerantes agravios, invoca encuentros, conjura infortunios, resuelve líos y agrava pleitos. Esta comedia, la comedia de Cervantes, "está ligada al dolor y al sufrimiento: es una versión de la comedia que sigue siendo tan original que nos resulta prácticamente imposible describirla. ¡Pero es que hay tanto en Don Quijote que desborda nuestros parámetros literarios!"⁵⁰.

Es de esta forma como los ideales cervantinos se confunden con los de un hidalgo igualmente idealista, se asimilan y se encuentran en el frágil límite de las armas y la escritura, y se presentan en los deshilvanos de un hombre que ve gigantes donde sólo hay molinos y lucha contra demonios que posan desafiantes en su cabeza. Pero el más limpio de sus ideales, sino el principal de todos, es el afán por impartir justicia, por ayudar a los hombres desdichados y asegurar un castigo para quienes labran las desdichas. Es la forma como el Quijote se hace llamar caballero: luchando por justas causas, enfundando sus armas en beneficio de otros, librando batallas que miran su esplendor y acallando insultos con enérgicas palabras. Cervantes, por su parte, estará ocupado diseñando aventuras que deberá afrontar su infalible amigo, emprendiendo cruzadas que sientan legados en el alma de un pueblo frágil, en definitiva, preparando su pluma para develar misterios y ocultar secretos. Es así como don Quijote, "luz y espejo de la caballería manchega, y el primero que en nuestra edad y en estos tan calamitosos tiempos se puso al trabajo y ejercicio de las andantes armas (...), es digno de continuas y memorables alabanzas" (Don Quijote, Parte I, Capítulo IX).

El Quijote, como emblema y símbolo de lo jurídico, agrupa en sus diálogos el saber popular y la doctrina científica propia de la caballería; pero hay en las enseñanzas jurídicas del Quijote, recogiendo ese pensar científico y esa inspiración popular, una demostración de la equidad como fuente y principio de ordenación social. Es el surgir del derecho justo, guiado por la recta razón, dirigido por la objetividad y la imparcialidad del juez⁵¹ y justificado en su afán de equilibrar las prácticas y relacio-

⁵⁰ BLOOM, Harold. Genios: Un mosaico de cien mentes creativas y ejemplares. Bogotá: Norma, 2005. p. 74.

⁵¹ "Además de todas estas virtudes, en la práctica del oficio judicial dos eran las principales cualidades que debían presidir la labor del juez: la objetividad y la imparcialidad. La insistencia que a este respeto muestra don Quijote es buena prue-

nes de su tiempo. Como diría él mismo: "Es una ciencia (refiriéndose a la caballería) que encierra en sí todas o las más ciencias del mundo, a causa que el que la profesa ha de ser jurisperito y saber las leyes de la justicia distributiva y conmutativa, para dar a cada uno lo que es suyo y lo que le conviene" (Don Quijote, Parte II, Capítulo XVIII). Es una expresa analogía entre las leyes de caballería y la normas de conducta, entre el caballero y el jurisperito, uno y otro obligados, a instancias de lo primero, en fungir como modelos sociales manteniendo incólume las disposiciones de sus respectivos oficios que, ante todo, constituyen verdaderos códigos de conducta que califican la actitud del caballero y la rectitud del funcionario.

La obra de Cervantes, entonces, no podría definirse de otra forma, sino como un megalito cultural, como un texto clásico y los clásicos son, recordando a Italo Calvino: "libros que ejercen una influencia particular ya sea cuando se imponen por inolvidables, ya sea cuando se esconden en los pliegues de la memoria mimetizándose con el inconsciente individual o colectivo. Un clásico es un libro que nunca termina de decir lo que tiene que decir, los clásicos sirven para saber quiénes somos y a dónde hemos llegado"⁵².

Esto permite concluir este acápite, como lo hace Ospina, que los libros como el Quijote son bosques que hay que visitar muchas veces, donde en cada ocasión la mirada puede tenderse sobre nuevas perspectivas o detenerse en más ricos detalles⁵³.

2.2. Análisis de algunas obras jurídicas sobre el Quijote y el de-recho

Ya se hizo mención, en el capítulo anterior, de varias obras en lengua española que versan sobre el Quijote y el derecho. No obstante, se indicaran en este acápite tres obras que ponen en evidencia diversos modelos que sobre la relación entre literatura y derecho se han sugerido al inicio de este escrito.

ba de la importancia capital que a ambas era necesario concedérsele por parte del escudero" BERMUDEZ, Jueces y..., Op. Cit., p. 15.

⁵²CALVINO, Italo. *Por qué leer los clásicos*. En: Mental Escuela de Educación Mental, Boletín N° 23 (22/nov/2005); parágrafo 3. Igualmente: CALVINO, Italo. *Por qué leer los clásicos*. Barcelona: Tusquets, 1999. En Internet: www.edicionesdelsur.com/articulo_209.htm

⁵³ En el prólogo de: ZULETA, El Quijote..., Op. Cit., p.15.

2.2.1. Don Quijote abogado de la Mancha, por Antonio José Uribe Prada⁵⁴

En este texto, compuesto por 108 capítulos, el autor se propone explicar situaciones jurídicas encontradas en el Quijote desde el derecho colombiano vigente. Claro está que no se trata tanto de un texto que explica la forma de resolver controversias jurídicas actuales a partir de ejemplos de una obra más que reconocida; sino más bien de un libro donde el autor se propone resolver las situaciones jurídicas de la obra de Cervantes a la luz del sistema normativo nacional. Dicho en otras palabras, el interés no es el de identificar problemas jurídicos de los abogados contemporáneos explicando su resolución con ejemplos extraídos anacrónicamente (es decir, sin tener en cuenta el contexto histórico) del Quijote, sino el de identificar situaciones jurídicas en el Quijote a los que el derecho colombiano actual les daría una respuesta.

La obra da cuenta de manera casi completa y sistemática de 108 situaciones jurídicas del Quijote con alguna enseñanza desde y para el derecho actual.

No obstante, es poco ilustrador para quien desea hacer un estudio jurídico desde y hacia el Quijote, pues Uribe Prada, desde su perspectiva anacrónica, termina planteando situaciones jurídicas del antiguo régimen español con una normativa que le era completamente ajena y con enseñanzas propias del discurso jurídico reciente. ¡El Quijote sería algo así como un cliente que se presenta al bufete de Uribe reclamando asesoría legal!

Valga un ejemplo: Cuando este autor analiza el encuentro de Sancho con la maleta de Cardenio (Don Quijote, Parte I, Capítulo XXIII), explica -de manera pedagógica- la diferencia entre *res nullius* y *res derelicta*, señalando las consecuencias jurídicas que desde el Código de Napoleón y desde la doctrina de derecho civil contemporánea hay para tal caso. Concluye así: "La apropiación de las pertenencias abandonadas por Cardenio, efectuada por parte de Sancho Panza, ocurrió, como hemos dicho, mediante la ocupación, después de establecerse el voluntario abandono de la *res derelicta*"⁵⁵.

⁵⁴ URIBE PRADA, Antonio José. Don Quijote abogado de la Mancha. Bogotá: Temis, 1991. 354p.

⁵⁵ Ibid, p. 82.

Este texto encaja en su mayor parte en el modelo que antes se propuso con el nombre de “explicativo”, puesto que las reflexiones jurídicas que hace son, aparte de anacrónicas, instrumentales, pues la obra literaria no es en sí misma un objeto de estudio sino un medio para hacer anotaciones desde algo ajeno a *El Quijote*. El describir las respuestas jurídicas contemporáneas a situaciones que a los ojos de hoy serían situaciones jurídicas, no es más que una instrumentalización de la obra de arte para adecuarla a las exigencias o pautas discursivas del saber que la atrapa.

2.2.2. Don Quijote y el derecho, por Rodolfo Batiza⁵⁶

Sin duda, uno de los mejores textos, desde la perspectiva jurídica en lengua española, sobre el *Quijote*. El autor fue titular de la cátedra de estudios jurídicos iberoamericanos y director asociado del Instituto de Derecho Comparado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Tulane.

Este texto está compuesto por siete capítulos que analizan igual número de situaciones jurídicas a la luz del ordenamiento español de antiguo régimen. Claro está que algunas interpretaciones de Batiza podrían ser catalogadas, por un jurista respetuoso del contexto, como anacrónicas, siendo un ejemplo de ello el análisis que este autor hace del término “fuego” –aludido en no pocas oportunidades en el *Quijote*– a la luz de textos jurídicos recientes⁵⁷; pero no deja de ser por ello un importante material que relaciona, según el tercer modelo visto anteriormente, la literatura y el derecho desde un paradigma analítico y metodológico.

Además, es un texto que pretende salir de la dualidad con que siempre se ha visto la relación entre el derecho y el *Quijote* compartiendo lo dicho, en 1905, por José Canalejas, en el sentido de afirmar que es falso que haya poco sobre el *Quijote* y el derecho. Incluso, siguiendo a Canalejas, justo cuando era moda retórica la lectura de los clásicos del Siglo de Oro, fueron muchos los abogados que haciendo alarde del discurso “de las buenas costumbres” escribieron sobre el *Quijote* y el derecho⁵⁸.

⁵⁶ BATIZA, Rodolfo. *Don Quijote y el Derecho*. Cultura jurídica de Don Miguel de Cervantes Saavedra. México: Librería de Manuel Porrúa, 1964. 207p.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 108-110.

⁵⁸ CANALEJAS, José. *Don Quijote y el Derecho* (1905). En: Biblioteca Digital del Ateneo de Madrid: Libros y folletos. www.ateneodemadrid.com/biblioteca_digital/CentenarioQuijote.htm (Consultado el 13/06/06).

Pero, ¿cuál dualidad es la que refiere este artículo? Resulta que, luego del ejercicio investigativo al que alude la primera nota de pie de página de este artículo, se encontró que al tocarse el tema del Quijote y el derecho generalmente eran dos los temas tratados, como si en uno y el otro se acabaran las posibilidades de relacionar ambas disciplinas. El primero se refiere a la liberación que hace el Quijote de los galeotes (Don Quijote, Parte I, Capítulo XXII) y el segundo a la justicia salomónica que Sancho aplica como gobernador (Don Quijote, Parte II, Capítulos XLII, XLIII, XLV, XLVII, XLVIX y LI).

Batiza, si bien analiza estas dos situaciones⁵⁹, también hace importantes reflexiones sobre la naturaleza jurídica de los caballeros y escuderos, el fuero de los hidalgos, los despojos del vencido, el hallazgo de los escudos de oro de Cardenio y, por último, del testamento del Quijote; haciendo en todos estos casos remisiones subjetivas a la normativa de aquél entonces y, de vez en cuando, a textos jurídicos recientes.

En conclusión, este texto se acerca, respetando ciertos apartados, más a los modelos que se han denominado en este trabajo como "metodológico" y "analítico", esto en virtud de que la obra de arte no es instrumentalizado para la exposición de situaciones que le son ajenas. Esto queda patente cuando Batiza intenta descifrar y analizar el derecho descubierto en el Quijote y el derecho del contexto de Cervantes, más que explicar el derecho hoy día vigente con base en ejemplos literarios.

2.2.3. Tipologías delincuenciales en El Quijote, por Belisario Betancur⁶⁰

Este texto del periodista y expresidente colombiano, intenta un acercamiento a la obra de Cervantes por medio de sus personajes, especialmente a partir de las tipologías delincuenciales que allí se encuentran y que marcan una fuerte relación entre el derecho (de la época y el actual) con el Quijote. Empieza pues Betancur señalando que la obra misma es un entramado donde confluyen centenas de personajes, de forma tal que nada del Quijote podría sernos indiferente, antes bien, resulta tan próximo y cercano que es inevitable no verse descrito por lo menos en uno de esos

⁵⁹ BATIZA, Don Quijote..., Op. Cit., p. 137-164 y 177-196.

⁶⁰ BETANCUR, Belisario. Tipologías delincuenciales en El Quijote. En: Revista Aleph, No. 129/130, año XXXVIII, Don Quijote en la complejidad contemporánea: en la proximidad de los 400 años (abril/septiembre de 2004); p. 45-56.

roles: "(...) gentes sencillas y buenas, con atildados y orgullosos habitantes de castillos y haciendas; ignorantes y sabios; prudentes y osados; honrados caballeros con malandrines y rufianes; ingenuos y avisados; en fin, gentes de todos los pelambres, temperamentos, costumbres, en un mosaico que ha hecho del Quijote la más grande obra de la literatura castellana y de las más grandes de la literatura universal"⁶¹.

Entre estos personajes, cabe destacar a los que tienen marcadas tipologías delincuenciales que fungen como un instrumento literario que facilita al autor el proceso de creación y, de igual forma –acudiendo a una visión menos exegeta y por demás extensiva– representa la condición del hombre; un llamado a la humanidad para derruir un “mundo muy real en el que ocurría exactamente lo opuesto a ese quehacer ceremonioso y elegante, a esa representación en la que siempre triunfaba la justicia, y el delito y el mal merecían castigo y sanciones”⁶². Quizá por ello sea posible entender los ideales de un hidalgo que buscaba ordenar el caos del universo humano, aquel en el que la justicia existía como ideal, como proyecto y como utopía: una necesidad en la que pocos confiaban y que muchos habían olvidado, asunto que es relatado en no pocas oportunidades en el Quijote⁶³.

Estos personajes a los que pretende descifrar Betancur son aquellos acusados de todas las maldades y de todos los delitos⁶⁴, tipologías que son presentadas, según el análisis que hace el colombiano, para permitir al lector hacer consideraciones morales y jurídicas.

Ahora bien, una de las tipologías delincuenciales más destacadas en la obra de Cervantes la representa Roque Guinart⁶⁵, un bandolero “(...) de

⁶¹ Ibid, p. 49.

⁶² VARGAS, Una novela..., Op. Cit., p. XIV.

⁶³ Por ejemplo: el carácter del Quijote cuando exige a Juan Haldudo que le diese a su criado lo que por derecho merecía (Don Quijote, Parte I, Capítulo IV). Piénsese, además, en el encuentro con los yangüeses (Don Quijote, Parte I, Capítulo XV); en la pendencia que sostuvo Don Quijote con más de un arriero (Don Quijote, Parte I, Capítulo III, XVI) y con Maritornes (Don Quijote, Parte I, Capítulo XVI); en la libertad que éste dio “a muchos desdichados, que mal de su agrado, los llevaban a donde no quisieran ir” (Don Quijote, Parte I, Capítulo XXII), entre otros que asumen tipologías delincuenciales con mayor o menor intensidad.

⁶⁴ BETANCUR, Tipologías delincuenciales..., Op. Cit., p. 50.

⁶⁵ Sobre el punto, se recomienda consultar: MARTÍNEZ LÓPEZ, Enrique. Sobre la amnistía de Roque Guinart: El laberinto de la bandositat catalana y los moriscos

treinta y cuatro años, robusto, más que de mediana proporción, de mirar grave y color morena" (Don Quijote, Parte II, Capítulo LX). Es preciso resaltar que Cervantes, para recrear al personaje, se basa en la figura de Perot Rocaguinarda, un ladrón que hacía muy poco tiempo, "en 1611, tras haber dominado con sus bandoleros el Montseny, la Segarra y las cercanías de Barcelona, se había acogido al indulto ofrecido por el virrey Pedro Manrique, y el 30 de junio de aquel año obtuvo la remisión a cambio de servir al Rey durante diez años en Italia o Flandes; y realmente pasó a Nápoles, donde el virrey, el conde de Lemos, protector de Cervantes, lo hizo capitán de un tercio de tropas regulares"⁶⁶. Resulta de singular importancia la figura de un personaje real en la obra de Cervantes, más aún, de un personaje como Rocaguinarda que había conmovido a Cataluña con su bandolerismo, y contra el cual luchaban con poco éxito los virreyes de aquel entonces.

Igualmente, hacer referencia a las tipologías delincuenciales en el desarrollo de la obra cervantina, implica tratar un complejo problema jurídico que subyace de los diálogos entre don Quijote y aquellos a quienes precia de delincuentes. El interés de preservar incólume la justicia como supremo imperativo humano, hace que el Quijote asuma la función del juez al consultar los hechos y castigar los responsables. Sin embargo, como es normal, sus decisiones no alcanzan la autoridad necesaria por venir de quien proviene y se reducen, a lo sumo, en una especie eficacia simbólica, es decir, a ser ejemplos del profundo abismo entre validez y facticidad⁶⁷. Esto hace que las decisiones del Quijote estén abrigadas por la simple intención de aperebrar abusos, pero a cambio de lo querido, se logra en varias oportunidades el efecto contrario (como por ejemplo con el caso de Andrés, Don Quijote, Parte I, Capítulo IV y XXXI) y las prácticas delictivas continúan.

Pero, concluyendo, esta obra de Betancur termina más siendo un aliciente provocador de reflexiones jurídico-literarias que una verdadera

en el Quijote (En línea). Disponible en Web: <http://users.ipfw.edu/jehle/cervante/csa/articf91/martinez-lopez.htm>

⁶⁶ RIQUER, Martín de. Para leer a Cervantes. Barcelona: El Acantilado, 2003. p. 208-209.

⁶⁷ Concepto desarrollado por: GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Eficacia simbólica del Derecho: examen de situaciones colombianas. Bogotá: Uniandes, 1993. GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. El derecho como instrumento de cambio social. En: Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas: Universidad Pontificia Bolivariana. No. 86 (1989); p. 29-44.

cantera de ellas. Eso lo demuestra su talante de crítica (más bien de oda) literaria indicando aspectos, como las tipologías delincuenciales, que poco desarrolla. Por esto, este texto bien podría clasificarse (salvando algunos apartados que cabría encuadrarlos en otros grupos) más como del modelo "estético", puesto que la relación misma entre el derecho y la literatura es expuesta como un ejercicio literario más, un texto donde importa tanto el qué como el cómo se dirá.

3. La construcción de la memoria del derecho y del jurista a partir del Quijote

En este pequeño acápite la propuesta que se defenderá no es otra que la de sostener que la lectura de las obras literarias son una excelente herramienta metodológica y analítica para indagar lo jurídico del texto y del contexto (asunto que interesa -de manera especial- a la iusfilosofía y a la iushistoria, respectivamente).

Son varios los argumentos que pueden esgrimirse a favor de esta propuesta que implica, entre otras cosas, una complementación de otros métodos. Podrían enunciarse como argumentos iushistóricos y iusfilosóficos a favor, los siguientes: a) la literatura no es fruto de ingenios desconectados de sus épocas, pues están inscritos en el lenguaje, por lo que a través de ella es posible establecer puntos de contacto con los contextos de creación. b) La literatura, en buena parte, pone en evidencia conflictos sociales, discursividades políticas, cosmovisiones, representaciones colectivas e imaginarios sociales del contexto de creación de la obra. c) La literatura refleja la intencionalidad del autor, no sólo en la visión psicoanalítica (para la cual la obra es un reflejo inconsciente del autor). d) La literatura, al momento de tratar temas jurídicos, lo hace con criterios contextuales, con visiones de lo que es posible en ese momento (incluso los relatos de ciencia ficción no parten de una ruptura total con el contexto de creación), pudiendo a partir del trato que se da a esos temas, tener una noción sobre el asunto jurídico y su contexto. e) La literatura es un motor y un medio de creación de "capital social", más en unas épocas que en otras, siendo un elemento de él lo jurídico. f) La literatura puede ser en no pocas oportunidades un texto jurídico en su propio contexto. g) Existen obras que describen y/o proponen sistemas jurídicos que bien vale la pena ser analizados como se hace con los sistemas estatales; etc.

Estas y otras razones legitimarían el estudio jurídico a partir de las obras literarias, lo que no implica negar los acercamientos investigativos a otras fuentes.

Ahora bien, centrándonos en el Quijote, y con licencia de Cervantes⁶⁸, los elementos jurídicos no son pocos. Ya en el informe final del proyecto de investigación al que se aludió en la nota de pie de página uno, se incorporó un inventario de situaciones jurídicas contextuales e intratextuales que se señalan en dicha obra. Pero sea esta la oportunidad para llamar la atención sobre algunos de ellos y su importancia para una investigación jurídica:

- En el Quijote se expresan, analíticamente hablando, tres órdenes jurídicos que reflejan, de alguna medida, el orden jurídico tomista.

Ya es común entre los escolásticos la distinción entre ley eterna, ley natural y ley humana, clasificación que ha logrado trascender los tiempos y las escuelas siendo objeto de estudio obligado en la filosofía del derecho: "En primer lugar (explica el iusfilósofo español Prieto Sanchís), la ley eterna, expresión de la razón divina que ordena el universo y que asigna a cada cosa su lugar y fines propios. En segundo término, la ley natural, que es la participación de la criatura racional en la ley eterna, es decir, aquello que podemos conocer racionalmente de orden del universo. Finalmente, las leyes humanas, que son también obra de la razón por cuanto han de resultar conformes con la ley natural"⁶⁹.

En la obra del Quijote se presenta de manera similar una presencia de estos tres órdenes que bien podrían ser denominados respectivamente ley eterna o divina, ley de caballería y ley humana. Así, la ley de caballería, que no se enfrenta a las leyes de Dios sino que de ellas es que deriva su fuerza, logra imponerse, según el propio Quijote, sobre la ley humana para deshacer sus entuertos.

La ley de caballería, que además de dar un fuero especial a sus destinatarios o jueces (recuérdese cómo el Quijote alude a tal fuero en no pocas oportunidades, siendo uno de esos caso el de la venta: Capítulo XVII, Primera Parte), termina siendo, al sentir de la lógica quijotesca en un límite —en tanto ideal— del poder humano.

⁶⁸ Escribió así: "Retrátame el que quisiere —dijo don Quijote—, pero no me maltrate; que muchas veces suele caerse la paciencia cuando la cargan de injurias" (Don Quijote, Parte II, Capítulo LIX).

⁶⁹ PRIETO SANCHÍS, Luís. *Apuntes de teoría del Derecho*. Madrid: Trotta. 2005. p. 307. Paréntesis fuera de texto.

Esta división de las leyes es pues un reflejo de la formación jurídica y de la cultura que atravesaba la España del XVII, justo en momentos de gran expansión de la segunda escolástica o la escuela salmantina, quedando pues patente la representación iusnaturalista tomista en la obra cervantina.

Este punto en concreto refleja tanto el interés característico del modelo "metodológico" (si se pretende, por ejemplo, rastrear la conexión del to-mismo de la época con El Quijote) como el del "analítico" (si se estudia la presencia de un iusnaturalismo caballeresco en la obra misma).

- Refranes jurídicos en el Quijote

El Quijote es particularmente rico en expresiones populares y refranes, que si bien inician en boca de Sancho poco a poco van sumándose a los discursos del mismísimo Quijote, como se lo hace ver su escudero: "¡Ah, pesia tal —replicó Sancho—, señor nuestro amo! No soy yo ahora el que ensarta refranes, que también a vuestra merced se le caen de la boca de dos en dos mejor que a mí, sino que debe de haber entre los míos y los suyos esta diferencia, que los de vuestra merced vendrán a tiempo y los míos a deshora; pero en efecto, todos son refranes" (Don Quijote, Parte II, Capítulo LXVIII)⁷⁰.

Los refranes de fuerte contenido jurídico son tantos que un listado de los mismos ocuparía el espacio de un capítulo, pero lo importante de su estudio para el jurista es ver cómo en ellos se vislumbra (i) una razón práctica por no decir popular que es la que en definitiva sentencia sobre los conflictos jurídicos cotidianos que, en el pluralismo jurídico, no llegan a instancias oficiales, y (ii) la representación colectiva de lo que se tiene por justo.

Estudiar pues los refranes en sede jurídica, podría fácilmente llevar a discursos propios de lo "metodológico" en tanto son expresión de una cultura jurídica contextual a Cervantes, y de lo "analítico" si se desea desentrañar el derecho mismo que transporta la obra.

- Los galeotes

Este es uno de los aspectos que han sido destacados, junto a los juicios de Sancho como gobernante de Barataria, por la literatura jurídica que se ha detenido en el análisis de la obra del Quijote.

⁷⁰ Varios autores, como Salvador de Madariaga, Enrique Villaseñor y José Luís Aguirre (AGUIRRE, El derecho..., Op. Cit., p. 145), entre otros, se refieren a la "quijotización" de Sancho y a la "sanchización" del Quijote. El caso de los refranes sería, en esta línea, un buen ejemplo de la "sanchización" del Quijote.

En esta historia, Quijote se encuentra ante un grupo de prisioneros que, por diversos motivos, están en camino a pagar sus condenas en los galeones del rey. Allí, el Quijote decide liberarlos fruto del enfrentamiento entre la ley de caballería que obliga al rescate de los que son obligados por fuera de su voluntad, con la ley humana que justo los condenó: "Ésta es cadena de galeotes, gente forzada del rey, que va a las galeras. -¿Cómo gente forzada? -preguntó don Quijote-. ¿Es posible que el rey haga fuerza a ninguna gente? -No digo eso -respondió Sancho-, sino que es gente que por sus delitos va condenada a servir al rey en las galeras de por fuerza. -En resolución -replicó don Quijote-, como quiera que ello sea, esta gente, aunque los llevan, van de por fuerza, y no de su voluntad. -Así es -dijo Sancho. - Pues, de esa manera -dijo su amo-, aquí encaja la ejecución de mi oficio: desfacer fuerzas y socorrer y acudir a los miserables" (Don Quijote, Parte I, Capítulo XXII).

Se pone pues así en evidencia un conflicto entre la moral caballeresca con una realidad, el cual se transmite de manera jocosa (tanto en las razones que aducen los galeotes de por qué fueron condenados, como por las consecuencias que genera su liberación).

Este acápite es, además, interesante para el investigador pues deja entrever especialmente dos aspectos: 1) la justicia criminal de la época (en aspectos como la flagrancia, el tormento, los azotes, la conclusión de la causa, etc.) y 2) la administración penitenciaria con sus registros y fe de las sentencias a las que alude el capítulo mencionado.

• Sancho Panza en Barataria

Este punto de la historia deja entrever dos aspectos jurídicos que bien deben diferenciarse: de un lado el ideal de justicia que se proclama en la misma obra por alguien más que atormentado por ella (recuérdese cómo Cervantes se vio en constantes problemas con la justicia de su época), y de otro la ritualidad jurisdiccional de la labor de gobernar.

Este segundo aspecto pone en evidencia la vinculación de la justicia con el estado jurisdiccional y la propiedad, tan arraigadas en el antiguo régimen⁷¹. El estado jurisdiccional centra el gobierno en la acción de juz-

⁷¹ FIORAVANTI, Maurizio. Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali. Torino, 1995. Existe una traducción al español: FIORAVANTI, Maurizio. Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones. Trad. Manuel Martínez Neira. 2ª ed. Madrid: Trotta, 1998. p. 32-35.

gar, imponiéndose así, como consecuencia lógica, un poder moderado y limitado, dado que, entre otras razones, el gobernante-juez no constituye nuevo derecho derogando el viejo (función estigmatizada en el antiguo régimen⁷²), sino que declara en el caso concreto los derechos que se evidencian en el proceso histórico-consuetudinario.

Continuando estas reflexiones sobre el paradigma jurisdiccional, que son ratificadas con la ritualidad del gobernador-juez Sancho, así como en otros momentos de la obra⁷³, bien puede indicarse que hay un relativo consenso en la iushistoria en torno a la existencia de dicho paradigma en el antiguo régimen, tanto en el continental como en el inglés. Así, en el Common Law y en las obras de varios pensadores británicos como Locke⁷⁴ y Hume⁷⁵, el juez es el centro de la acción jurídica, pero esto no sólo es una premisa predicable de la Isla, sino también que corresponde a una característica general del sistema antiguo⁷⁶. Esta característica,

⁷² Esta afirmación es compartida en muchas corrientes historiográficas del derecho, cosa que puede verificarse en GROSSI, Paolo. *L'ordine giuridico medievale*. Roma-Bari: Laterza, 1995. 265p. ÁLVAREZ CORA, Enrique. *La producción normativa bajomedieval según las compilaciones de Sicilia, Aragón y Castilla*. Milano: Giuffrè editore, 1998. 216p.

⁷³ Por ejemplo: "Advierta vuestra merced -dijo Sancho- que la justicia, que es el mismo rey, no hace fuerza ni agravio a semejante gente, sino que los castiga en pena de sus delitos" (Don Quijote, Parte I, Capítulo XXII).

⁷⁴ Locke, al defender la condición de igualdad, manifiesta la necesidad de la existencia de los jueces, quienes a la larga cargarían con la responsabilidad de la salvaguarda de los derechos naturales, jugando un papel central en su pensamiento político (GOZZI, G. *Democrazia e diritti*. Germania: dallo Stato di Diritto alla democrazia costituzionale. Roma-Bari: Laterza, 1999. p. 15). Ahora bien, es importante señalar que el pensamiento de Locke referido al Derecho y a la política, igualmente debe ser interpretado, si se quiere respetar el patrón original, con base en el Common Law. Es por ello que Gozzi dice: "La dottrina di Locke rappresenta certamente una razionalizzazione della tradizione costituzionalistica inglese" (Ibid. p. 15).

⁷⁵ "Nuestro sistema político entero, y cada uno de sus órganos, el ejército, la armada y las dos Cámaras, todo ello no es sino el medio de alcanzar un solo y único fin: la conservación de la libertad de los doce grandes jueces de Inglaterra" Hume, David. Citado por: PÉREZ RINCÓN, Antonio. *Apuntaciones históricas sobre el derecho administrativo colombiano -1784 a 1941-*. Bogotá: Editorial Nelly, 1941. Dedicatoria. Igualmente, HUME, David. *An enquiry concerning the principles of morals*. Indianapolis (Cambridge): Hackett publishing company, 1983. p. 56.

⁷⁶ Entre los trabajos académicos que defienden la existencia de un paradigma jurisdiccional dentro de la gestión del poder político en el antiguo régimen, encontramos: COSTA, Pietro. *Iurisdictio, semantica del potere politico nella pubblicistica medioevale*. Milano: Università di Firenze-Pubblicazioni della facoltà di Giurisprudenza, 1998. 216p.

profundamente analizada por varias escuelas iushistóricas, en especial por la de Firenze liderada por Grossi, indica que en el antiguo régimen la manifestación de las instituciones de poder se hacía por medio del "decir el derecho" (*iuris dictio*), más que de hacerlo. En consecuencia, la labor judicial era el núcleo del poder y la manera de poner a funcionar, en una estructura casuística, el aparato político de entonces, cosa que queda patente analizando las acciones de gobierno de Sancho en la insula.

Obsérvese como el discurso expuesto en este subacápite, pone en evidencia la intención de relacionar lo jurídico de *El Quijote* con un contexto, lo que permitiría darle así un nuevo sentido hermenéutico. La obra literaria sería una de las fuentes de los estudios histórico-culturales del derecho, asunto que encuadra en términos generales con el modelo "metodológico".

- Consejos de don Quijote a Sancho de cómo gobernar-juzgar (*Don Quijote*, Parte II, Capítulo LXII)

Muy ligado a lo anterior, se encuentra el discurso del Quijote a Sancho aconsejándole cómo gobernar la insula, con la cual el investigador jurídico ratifica el paradigma jurisdiccional, en tanto uno como otro entienden que su misión como gobernador es fundamentalmente la de juzgar.

Sobre el contenido específico de los consejos que el Quijote da a Sancho de cómo juzgar, remito al lector a la Parte II, Capítulo LXII. No

denza, 1969; VALLEJO, Jesús. *Ruda equidad, ley consumada: Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992; HESPAÑA, A. M. *Vísperas del Leviatán. Instituciones y poder político: Portugal, siglo XVII*. Madrid: Taurus, 1989; MANNORI, Luca y SORDI, Bernardo. *Storia del Diritto amministrativo*. Roma-Bari: Laterza, 2001; MARTÍNEZ, Fernando. Comercio y producción normativa en la crisis del antiguo régimen hispano: examen histórico-jurídico de la orden apócrifa de 1810. En: *Revista Opinión Jurídica*, No. 10 (2006); GROSSI, L'ordine..., Op. Cit.; GARCÍA - PELAYO, Manuel. Del mito y de la razón en el pensamiento político. Madrid: *Revista de Occidente*, 1968. p. 65-93 (capítulo: "La idea medieval del Derecho"), entre muchos otros. El último autor citado dice: "(La) función del poder público era guardar ese orden jurídico compuesto por un mosaico de derechos subjetivos y, por eso, el rey no era configurado como legislador, sino como juez, y el rango jurídico-político se medía, como hemos dicho, en función de las atribuciones jurisdiccionales" (Ibid, p. 93), lo que explica la importancia de la función judicial en el antiguo régimen.

obstante, es fundamental dicho texto para el investigador justo porque allí se refleja el ideal de justicia del propio Cervantes como la representación de lo justo y correcto de la época y del texto propiamente.

- Corrupción y prevaricato en el antiguo régimen

No se trata en este acápite de hacer un estudio dogmático penal sobre el prevaricato sino de indagar acerca de su interacción funcional dentro del sistema jurídico tradicional. Éste ha sido pues un mecanismo institucional e institucionalizado de control a la discrecionalidad judicial. El prevaricato toma ribetes trascendentes cuando emerge la postura ideológica de la magistratura como un órgano mecánico de aplicación de la ley, sin razonamiento alguno.

En consecuencia, la existencia misma del prevaricato es un mecanismo idóneo de prueba de la existencia de la discrecionalidad judicial en la modernidad, no sólo como posibilidad sino como realidad, puesto que, como alegó un abogado antioqueño en 1864, "la ley no ha fijado ideológicamente la rigurosa significación de las palabras"⁷⁷. El temor a que se hiciese derecho por medio de una sentencia que introdujese al aparatoso mundo jurídico una decisión que no habría sido deseada como tal por el legislador, impuso como necesaria en el nuevo régimen la instauración discursiva, con fuerza sorprendente en la ideología judicial, del temor a la prevaricación.

Pero el prevaricato no es una institución que haya subsistido a los tiempos, por lo que no debe perderse de perspectiva la función que desempeña en un contexto determinado: la racionalidad moderna. En el antiguo régimen no es fácil hablar de abuso, corrupción, prevaricación, pues de hacerlo se corre el riesgo de aplicar a un tipo político 'tradicional', tal como diría Weber⁷⁸, el rigor burocrático-legal de la cultura política actual. El principio de tener que administrar la equidad y las retribuciones y gajes a cargo de los justiciables no tiene por qué ser interpretado como desviación corrupta (con todo lo que ello significa hoy día) en el antiguo

⁷⁷ Archivo Histórico Judicial de Medellín, 1864, número de registro: 289, 4r. Valga afirmar que en el proyecto de investigación "La cultura jurídica en la Antioquia del siglo XIX", dirigido por el autor del presente artículo, se transcribieron cerca de doscientos expedientes judiciales de la época. Varias de esas sentencias son claros ejemplos de discrecionalidad judicial, justo en momentos que emerge con fuerza el discurso formalista, asunto que se dejará para un escrito posterior.

⁷⁸ WEBER, Max. Ensayos de sociología contemporánea. Trad. Mireia Bofill. Barcelona: Martínez Roca, 1972.

régimen, a pesar de que haya nominaciones directas al prevaricato o a la corrupción en el Quijote⁷⁹ 80.

Esto remite indefectiblemente a la clásica distinción entre privado y público que, al tocar al derecho, permite hablar de derecho privado y público y el prevaricato como una intromisión indebida de lo primero sobre lo segundo. Pero esta distinción presente en la antigüedad (por ejemplo: Roma), colapsó, como lo sugirió Habermas⁸¹, en el período medieval. El entendimiento de lo público y lo privado durante el Renacimiento, y hasta el Iluminismo, tuvo un valor restrictivo y en materia legal estas nociones llegaron a tener poco peso y valor.

Esto permite decir al prof. Víctor Uribe (Florida Internacional University) que "la clasificación del derecho colonial, en categorías como lo público y lo privado, resulta absolutamente anacrónica, y proviene de la extrapolación e imposición de nociones antiguas o presentes a sociedades y períodos que obedecían a una lógica y visión del mundo completamente diferentes"⁸².

En consecuencia, en el antiguo régimen no podría hablarse de prevaricato si se entiende por tal lo que le impuso como significado la

⁷⁹ Un ejemplo de ello es cuando un galeote le dice a don Quijote: "Dígoles porque si a su tiempo tuviera yo esos veinte ducados que vuestra merced ahora me ofrece, hubiera untado con ellos la péndola del escribano y avivado el ingenio del procurador" (Don Quijote, Parte I, Capítulo XXII). Otro caso sería el siguiente: "Quítese a vuestra merced eso de la imaginación –replicó Sancho–, y tome mi consejo, que es que nunca se tome con farsantes, que es gente favorecida: recitante he visto yo estar preso por dos muertes, y salir libre y sin costas" (Don Quijote, Parte II, Capítulo XI). Súmese esto: Quijote acusa a Sancho de ser "prevaricador de las ordenanzas escuderiles de la andante caballería" (Don Quijote, Parte II, Capítulo XXVIII). Además, Quijote le dice a Sancho "Aconsejarfale yo que ni tome cohecho, ni pierda derecho" (Don Quijote, Parte II, Capítulo XXXII). Y así, podrían mencionarse otros casos.

⁸⁰ Para la redacción de este párrafo fueron fundamentales las opiniones del prof. Carlos Petit (Universidad de Huelva), a quien agradezco por ello.

⁸¹ HABERMAS, Jürgen. *The Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a Category of Bourgeois Society* (1962). Trans. by Thomas Burger. Cambridge (MA): MIT Press, 1991. 328p. (Cfr. Chapter 1).

⁸² URIBE-URÁN, Víctor. *Constitucionalismo Provincial Colombiano, Vida Pública y Vida Privada en el Período Postcolonial*. En: Ponencias del "Tercer Seminario Internacional de Teoría General del Derecho", Universidad de Medellín, Mayo 25, 2006. Memorias editadas en: BOTERO BERNAL, Andrés (editor). *El origen del constitucionalismo colombiano*. Medellín: Universidad de Medellín, 2006. Estas observaciones en torno al derecho colonial son, a nuestro entender, extensibles al derecho que rodea la obra de Cervantes.

racionalidad moderna que parte de la distinción entre público y privado, así como de la instauración del estado legislador.

• El testamento del Quijote (Don Quijote, Parte II, Capítulo LXXIV)

Ya el trabajo de Batiza había indagado por el contexto jurídico a partir del testamento del Quijote; no obstante, debe recalcar que este aspecto remite a un tema fundamental para la cultura jurídica de la España del barroco que dicho autor no trata en su obra y que ya ha sido objeto de importantes tratamientos a ambos lados del Atlántico⁸³: la promulgación del testamento como acto religioso-jurídico con unas formalidades preestablecidas (que se respetan en el testamento quijotesco).

Dichas formalidades partían de una invocación inicial a Dios, a la Virgen y a los Santos; una protestación de fe; una solicitud de intercesores celestes; unos considerandos para salvar el alma del testador; unas encomendaciones del trato al cadáver; y, por último, unas disposiciones patrimoniales si había lugar a ello. El testamento se convierte así en un elemento propio de la clericalización de los rituales religiosos e incluso jurídicos en el siglo XVII en España, siendo sólo en el XIX cuándo el testamento se empieza a librar de estos elementos religiosos y morales en su configuración, quedando fundamentalmente como un acto jurídico de traspaso de propiedad, como ya puede observarse en ciertos manuales notariales de la época⁸⁴.

De esta manera, el testamento del Quijote permite vislumbrar este fenómeno antes descrito, donde religión y derecho (junto al sacerdote y al escribano, ambos testigos de la muerte del protagonista de la obra de Cervantes) se encargan de la ritualización del bienmorir.

⁸³ Especialmente: VARGAS POO, Martín Eduardo y COGOLLOS AMAYA, Silvia. La teología de la muerte: una visión española del fenómeno durante los siglos XVI al XVIII. En: BORJA GÓMEZ, Jaime Humberto (ed). Inquisición, muerte y sexualidad en la Nueva Granada. Bogotá: Ariel - CEJA, 1996. p. 117-141. LARA RÓDENAS, Manuel José de. Contrarreforma y bien morir: El discurso y la representación de la muerte en la Huelva del Barroco. Huelva: Diputación Provincial de Huelva, 2001.

⁸⁴ El nuevo escribano instruido. 4ª ed. (1859). Edición facsímil: El nuevo escribano instruido. Guadalajara: Colegio de Notarios del Estado de Jalisco, 1992. p. 304-372.

4. Conclusiones

Cuando se inició el estudio de las relaciones entre lo jurídico con El Quijote, lo primero que se vislumbró fue que estas relaciones podrían ser (y efectivamente fueron) de diversas maneras. Ante el reto de identificar las posibles formas de relacionar esta obra con el derecho, se pasó inevitablemente a preguntarnos por las maneras de correspondencia entre los discursos jurídicos (especialmente los de la disciplina jurídica, no tanto los normativos) y la obra de literatura. Se propuso pues una clasificación de dichas relaciones, que se planteó al inicio del texto, en seis grupos que tienen un valor fundamentalmente pedagógico (es decir, permite ver cosas que con otros lentes no sería tan fácil).

Entre esas seis formas encontradas se pudo individualizar dos de ellas que son la propuesta que se hace a los investigadores jurídicos, especialmente en el campo de la historia y la filosofía del derecho. Estos modelos son el "metodológico" y el "analítico".

Una vez aclarado los dos puntos de partida del estudio que se efectuaría sobre El Quijote, se pasó inmediatamente a dar un pequeño barrido del estado del arte. Como pudo apreciarlo el lector, el tema ha sido muy estudiado, pero no todos los trabajos han correspondido a los modelos de los que se quería partir. Por ello se expusieron tres estudios jurídicos sobre El Quijote que correspondían, en términos generales, a diferentes grupos de los antes planteados, permitiendo de un lado que el lector captara las diferencias que existían en un discurso dependiendo del modelo al que se adscribiera, y del otro aclarar hasta donde se había llegado en las disertaciones contextuales y textuales de El Quijote mismo.

Con base en esos ejemplos y en el estado del arte realizado, se lanzó una idea que aún se sostiene: la obra literaria (en este caso El Quijote), como fuente primaria que es, no puede pasar desapercibida por el investigador. No se pretende que la obra literaria reemplace el estudio de otras fuentes, pero sí sería un excelente vehículo para el discurso científico del derecho. Además, esto implicaría un cambio del acercamiento a la obra literaria por parte del jurista, en tanto ésta ya no es una expresión (exclusivamente) estética, sino también una fuente primaria que debe ser tratada como las otras fuentes a las que un investigador está acostumbrado a consultar, ejerciendo sobre ella, si es posible, los mismos ejercicios analíticos, paleográficos, diplomáticos, etc., para los que está capacitado y que utiliza al momento de acercarse a un documento.

Para comprobar tal aseveración, se expusieron siete partes de la obra del Quijote que permiten tomar a este texto como un objeto de estudio en sí mismo para desentrañar el derecho contextual e intratextual.

Entonces, se considera pues como válida la metodología de estudio de la obra del Quijote para las investigaciones jurídicas, aspecto que apenas inicia, teniendo en cuenta que el presente artículo no cierra ningún debate sino que invita, de un lado, a realizar pesquisas que sumen otras fuentes de información diversas a las tradicionales y, de otro, a asumir con responsabilidad una de las seis maneras expuestas de relacionarse el derecho con la literatura.

5. Bibliografía

AGUIRRE ANGUIANO, José Luis. El Derecho en el Quijote de Cervantes. En: Podium Notarial. Revista del Colegio de Notarios del Estado de Jalisco, No. 31 (2005); p. 139-164.

ALARIO DI FILIPPO, Mario. La justicia en el Quijote. En: Universitas, No. 49 (1975); p. 19-30.

ÁLVAREZ CORA, Enrique. La producción normativa bajomedieval según las compilaciones de Sicilia, Aragón y Castilla. Milano: Giuffrè editore, 1998. 216p.

BATIZA, Rodolfo. Don Quijote y el Derecho. Cultura jurídica de Don Miguel de Cervantes Saavedra. México: Librería de Manuel Porrúa, 1964. 207p.

BERMEJO CABRERO, J. L. Aspectos jurídicos de La Celestina. En: Derecho y pensamiento político en la literatura española, Madrid, 1980. p. 95-109.

BERMEJO CABRERO, J. L. Un tema jurídico en la tradición literaria. Famosos juristas y legisladores. En: Derecho y pensamiento político en la literatura española, Madrid, 1980. p. 192-194.

BERMÚDEZ AZNAR, Agustín. Jueces y juicios en el Quijote cervantino: Lección inaugural, curso académico 2005-2006, Universidad de Alicante, 2005. 18p. En línea: www.ua.es/es/congresos/protocolo/eventos/aperturacurso/apertura0506/leccion.pdf

BETANCUR, Belisario. Tipologías delincuenciales en El Quijote. En: Revista Aleph, No. 129/130, año XXXVIII, Don Quijote en la complejidad contemporánea: en la proximidad de los 400 años (abril/septiembre de 2004); p. 45-56.

BLOOM, Harold. Genios: Un mosaico de cien mentes creativas y ejemplares. Bogotá: Norma, 2005.

BOTERO BERNAL, Andrés. El papel del intelectual: pasado, presente y futuro. Medellín: Editorial USB, 2002. 220p.

BUEN, Néstor de. Derecho y justicia en Cervantes: burla burlando. En: Revista de Derecho Privado, nueva época. Año IV, 11 (mayo-agosto/2005); p. 3-17.

CALVINO, Italo. *Por qué leer los clásicos*. En: Mentat Escuela de Educación Mental, Boletín N° 23 (22/nov/2005).

CALVINO, Italo. *Por qué leer los clásicos*. Barcelona: Tusquets, 1999.

CANALEJAS, José. Don Quijote y el Derecho (1905). En: Biblioteca Digital del Ateneo de Madrid: Libros y folletos. www.ateneodemadrid.com/biblioteca_digital/CentenarioQuijote.htm. 10p.

CÁRCOVA, Carlos M. Derecho, Literatura y conocimiento. En: Revista Jurídica de Buenos Aires, (Universidad de Buenos Aires), 1999-2000, p. 171 y ss.

CARDOZO, Benjamin. Law and literature and other essays and addresses. New York: Harcourt, Brace & Company, 1931. p. 3-40.

CERVANTES, Miguel de. Don Quijote de la Mancha. Edición y notas de Francisco Rico. Madrid: Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española, 2004.

COSTA, Pietro. Iurisdictio, semantica del potere politico nella pubblicistica medioevale. Milano: Università di Firenze-Pubblicazioni della facoltà di Giurisprudenza, 1969.

DABOVE, María Isolina. Fines, fronteras y funciones del derecho ante el espejo del Quijote cervantino. En: Cartapacio (Publicación electrónica de la escuela superior del derecho de la Universidad Nacional del Centro), 7, 2004; www.cartapacio.edu.ar

DWORKIN, Ronald. Cómo el derecho se parece a la literatura. En: HART H.L.A. y DWORKIN, R. La decisión judicial. Estudio preliminar de César Rodríguez. Bogotá: Siglo del hombre y Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1998. p. 143-180.

ECO, Umberto. Los límites de la interpretación. Barcelona: Lumen, 1992.

El nuevo escribano instruido. 4ª ed. (1859). Edición facsímil: El nuevo escribano instruido. Guadalajara: Colegio de Notarios del Estado de Jalisco, 1992.

FIORAVANTI, Maurizio. Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones. Trad. Manuel Martínez Neira. 2ª ed. Madrid: Trotta, 1998.

FLÓREZ MEJÍA, Natalia et. al. Propuesta pedagógica –metodológica para semilleros de investigación fundada en la realización de proyectos simulacro. Medellín: Documento de trabajo. 15p.

GAITÁN, Julio. Huestes de Estado. Bogotá: Universidad del Rosario, 2002.

GARCÍA - PELAYO, Manuel. Del mito y de la razón en el pensamiento político. Madrid: Revista de Occidente, 1968.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Filosofía del Derecho con Raíces Profundas. En: PRESNO LINERA, Miguel Ángel y RIVAYA, Benjamín (coordinadores). Una introducción cinematográfica al Derecho. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 241-259.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. La Lista de Schindler. Abismos que el derecho difícilmente alcanza. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. 82p.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Eficacia simbólica del Derecho: examen de situaciones colombianas. Bogotá: Uniandes, 1993.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. El derecho como instrumento de cambio social. En: Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas: Universidad Pontificia Bolivariana. No. 86 (1989); p. 29-44.

GOLDSCHMIDT, Werner. Derecho y verdad: justicia y filosofía. Buenos Aires: La Ley, 1978.

GOZZI, G. Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di Diritto alla democrazia costituzionale. Roma-Bari: Laterza, 1999.

GROSSI, Paolo. L'ordine giuridico medievale. Roma-Bari: Laterza, 1995.

GUIBOURG, Ricardo. La construcción del pensamiento: Decisiones metodológicas. Buenos Aires: Colihue, 2004.

HÄBERLE, Peter y LÓPEZ BOFILL, Héctor. Poesía y derecho constitucional: una conversación. En: Punto de vista, No. 17, Barcelona: Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autònoms i Socials 2004, p. 7-29.

HÄBERLE, Peter. Teoría de la constitución como ciencia de la cultura. Trad. e introducción de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000.

HABERMAS, Jürgen. The Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a Category of Bourgeois Society (1962). Trans. by Thomas Burger Cambridge (MA): MIT Press, 1991.

HESPANHA, A. M. *Vísperas del Leviatán. Instituciones y poder político: Portugal, siglo XVII.* Madrid: Taurus, 1989.

HOYOS MUÑOS, José. *Fantasías jurídicas en el Mercader de Venecia.* Medellín: UPB, 1998.

HUME, David. *An enquiry concerning the principles of morals.* Indianapolis (Cambridge): Hackett publishing company, 1983.

IBÁÑEZ CARREÑO, Gustavo. *La picaresca jurídica universal.* Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1993.

LARA RÓDENAS, Manuel José de. *Contrarreforma y bien morir: El discurso y la representación de la muerte en la Huelva del Barroco.* Huelva: Diputación Provincial de Huelva, 2001.

MANNORI, Luca y SORDI, Bernardo. *Storia del Diritto amministrativo.* Roma-Bari: Laterza, 2001.

MARI, Enrique. *Derecho y literatura: algo de lo que sí se puede hablar pero en voz baja.* En: *Doxa*, 21 – II, 1998; p. 251-287.

MARTÍNEZ LÓPEZ, Enrique. *Sobre la amnistía de Roque Guinart: El laberinto de la bandositat catalana y los moriscos en el Quijote (En línea).* Disponible en Web: <http://users.ipfw.edu/jehle/cervante/csa/articf91/martinez-lopez.htm>

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Faustino. *Derecho y Literatura: Rabelais o la formulación literaria de un nuevo camino jurídico.* En: *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, vol. 32 (2003); p. 703-729.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Faustino. *El Derecho Común en la obra de Lope de Vega: unos breves apuntamientos.* En: *Opinión Jurídica*, No. 8. Vol. 4, (Jul.-Dic. 2005); p. 129-141.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Faustino. *La crítica al sistema jurídico del Derecho Común en el Cancionero de Juan Alfonso de Baena. Siglo XV.* En: *Prologus Baenensis*, nº 2 (2003). *Revista Digital del Centro de Documentación Juan Alfonso de Baena. M. I. Ayuntamiento de Baena.* Dirección en Internet: <http://www.juanalfonsodebaena.org>.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Faustino. *Literatura y Derecho: dos ejemplos dispersos de los siglos XVI y XVII.* En: *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*. Tomo XVII (2005); p. 113-210.

MARTÍNEZ, Fernando. *Comercio y producción normativa en la crisis del antiguo régimen hispano: examen histórico-jurídico de la orden apócrifa de 1810.* En: *Revista Opinión Jurídica*, No. 10 (2006).

NUSSBAUM, Martha. Justicia poética: la imaginación literaria y la vida pública. Trad. Carlos Gardini. Barcelona: Andrés Bello, 1997.

ORCÁSTEGUI, Carmen y SARASA, Esteban. La historia en la Edad Media: historiografía e historiadores en Europa Occidental siglos V-XIII. Madrid: Cátedra, 1991.

OSPINA, William. Prólogo. En: ZULETA, Estandislo. El Quijote, un nuevo sentido de la aventura. Medellín: Hombre Nuevo Editores, 2001.

PERELMAN, Chaïm. El imperio retórico: retórica y argumentación. Trad. Adolfo León Gómez Giraldo. Bogotá: Norma, 1998.

PÉREZ BUSTAMANTE, Rogelio (Catedrático de Historia del Derecho Universidad Rey Juan Carlos). Don Quijote, el Derecho y la Justicia. En: Abogacía, No. 33 (Abril/junio 2005).

PÉREZ RINCÓN, Antonio. Apuntaciones históricas sobre el derecho administrativo colombiano -1784 a 1941-. Bogotá: Editorial Nelly, 1941. Dedicatoria.

PETIT, Carlos. De la historia a la memoria. A propósito de una reciente obra de historia universitaria. En: *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de historia de la universidad*, 8, 2005; p. 237-279.

PETIT, Carlos. Discurso sobre el discurso. Oralidad y escritura en la cultura jurídica de la España liberal. Lección inaugural curso académicos 2000-2001. Huelva: Universidad de Huelva, 2000.

PETIT, Carlos. Juristas y pasiones: motivos de un encuentro. En: PETIT, Carlos (ed.). Pasiones del jurista. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

PETIT, Carlos. Oralidad y escritura, o la agonía del método en el taller del jurista historiador. En: *Historia, instituciones, documentos*. No. 19 (1992).

PRIETO SANCHÍS, Luís. Apuntes de teoría del Derecho. Madrid: Trotta, 2005.

POSNER, Richard. Law and Literature. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

RIQUER, Martín de. Para leer a Cervantes. Barcelona: El Acantilado, 2003.

RODRÍGUEZ GUERRERO, Ignacio. Tipos Delincuentes del Quijote. Medellín: Bedout, 1974. 648p.

SÁNCHEZ GÓMEZ, Gonzalo. Intelectuales... poder... y cultura nacional. En: *Análisis Político*: Universidad Nacional de Colombia. No. 34 (May-Ago de 1998); p. 115-138.

SÁNCHEZ GÓMEZ, Gonzalo. Los intelectuales y la política. En: *Análisis Político*. No. 38 (Sept. - dic. de 1999); p. 35-39.

TALAVERA, Pedro. *Derecho y literatura: el reflejo de lo jurídico*. Granada: Comares, 2006. 208p.

URIBE PRADA, Antonio José. *Don Quijote abogado de la Mancha*. Bogotá: Temis, 1991.

URIBE-URÁN, Víctor. Constitucionalismo Provincial Colombiano, Vida Pública y Vida Privada en el Período Postcolonial. En: Ponencias del "Tercer Seminario Internacional de Teoría General del Derecho", Universidad de Medellín, Mayo 25, 2006. Cd-rom.

VALLEJO, Jesús. *Ruda equidad, ley consumada: Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

VARGAS LLOSA, Mario. Una novela para el siglo XXI. En: CERVANTES, Miguel de. *Don Quijote de la Mancha*. Edición y notas de Francisco Rico. Madrid: Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española, 2004. p. XIII-XXVIII.

VARGAS POO, Martín Eduardo y COGOLLOS AMAYA, Silvia. *La teología de la muerte: una visión española del fenómeno durante los siglos XVI al XVIII*. En: BORJA GÓMEZ, Jaime Humberto (ed). *Inquisición, muerte y sexualidad en la Nueva Granada*. Bogotá: Ariel - CEJA, 1996. p. 117-141.

WEBER, Max. *Ensayos de sociología contemporánea*. Trad. Mireia Bofill. Barcelona: Martínez Roca, 1972.

WILLIAMS, Raymond. *Novela y poder en Colombia: 1844-1987*. Trad. Álvaro Pineda-Botero. Bogotá: Tercer Mundo Editores, 1991.

ZULETA, Estanislao. *El Quijote, un nuevo sentido de la aventura*. Medellín: Hombre Nuevo Editores, 2001.

CUARTA SECCIÓN

ENTREVISTA A EUGENIO BULYGIN

Por Ricardo A. Guibourg

RG: Tenés una cultura filosófica muy amplia, pero el centro de tu actividad es la lógica. Algunos consideran que esa preferencia es demasiado excluyente y consideran críticamente una de tus exclamaciones más conocidas: "¡A mí qué me importa la realidad!" Es claro que se trata de una hipérbole; pero ¿cuánto hay de cierto detrás de ella? ¿Qué papel atribuí a la lógica en el devenir del pensamiento jurídico de nuestros días?

EB: En primer lugar, no es cierto que la lógica ocupe ahora el centro de mis intereses. Hace mucho que no escribo nada o casi nada sobre la lógica. En cuanto a la realidad no dudo de su importancia, pero la filosofía no se ocupa de la realidad (para eso están las ciencias), sino de sus aspectos necesarios, es decir, del aparato conceptual con el cual pensamos la realidad. Esto implica una adhesión a la idea de que la filosofía es sustancialmente análisis conceptual.

No se qué entendés por "el devenir del pensamiento jurídico", pero si se trata de la ciencia jurídica el papel de la lógica es muy importante. Si en cambio, te refieres a la actividad de jueces y abogados, su papel es bastante más secundario. Sólo sirve para controlar los razonamientos jurídicos en general y las justificaciones de las decisiones judiciales, en particular, pero no para ganar pleitos.

RG: Es pública y notoria tu posición no cognitivista en materia ética y escéptica en muchos otros aspectos, pero también es claro que no carecés de preferencias morales, estéticas, metodológicas o epistemológicas. En 1927, Bertrand Russell escribió un artículo que me impresionó, titulado "Lo que creo". ¿En qué cree ese notable descreído llamado Eugenio Bulygin?

EB: No soy descreído en absoluto; creo en muchísimas cosas, tengo muy firmes convicciones morales, políticas, estéticas y culinarias, pero no creo en la verdad de los juicios éticos, políticos o culinarios por la sencilla razón de que tales juicios dependen en gran medida de emociones, sentimientos y gustos, que por más respetables de sean no son susceptibles del control racional. En la medida en que tales juicios dependen de factores emocionales, no pueden ser verdaderos ni falsos. Esto no quiere decir que no sean importantes; hay gente que sacrifica sus vidas por sus ideales políticos o morales, pero una cosa es la importancia y otra muy distinta la verdad.

RG: *Vos y yo somos positivistas, lo que nos convierte en ejemplares de una especie en peligro de extinción. Cada vez hay menos positivistas. Yo mismo he dicho, no sin alguna amargura, que el positivismo perdió la partida cuando el legislador, que es su gran referente, se hizo iusnaturalista. No voy a preguntarte sobre tus argumentos, que fueron claramente expuestos en el debate público con Manuel Atienza, sino sobre tu interpretación de lo que sucede. ¿Por qué el positivismo ha perdido tantos cultores? ¿Se trata de un fenómeno cíclico o de una definitiva modificación del rumbo del pensamiento jurídico?*

EB: Tienes razón en lo referente a la disminución del número de positivistas jurídicos en el mundo, aunque no me parece que la situación sea realmente alarmante. Muchos filósofos del derecho tienen miedo de proclamarse positivistas, aunque de hecho lo sean. Es que la palabra "positivista" adquirió en los últimos años un tinte casi peyorativo. Creo que se trata de un fenómeno pasajero, algo así como la moda filosófica. Autores como Kelsen, Alf Ross, Bobbio o Hart no tenían reparos en proclamarse positivistas y lo hacían con orgullo. Hoy la situación ha cambiado y los positivistas prefieren usar calificativos atenuantes. Así se habla del positivismo simple, excluyente, incluyente, etc. Esto se debe en buena medida al desplazamiento del interés filosófico hacia temas de ética y política. Creo firmemente que se trata de un fenómeno cíclico y no creo que haya tal cosa como "la modificación definitiva del rumbo del pensamiento jurídico". En el ámbito de la filosofía (incluyendo la filosofía jurídica) no cabe hablar de rumbos definitivos. En cuanto a las ideas jusnaturalistas de los legisladores y constituyentes, esto no es nada nuevo. Antes invocaban a Dios para sostener el derecho divino de los reyes o para afirmar que es fuente de toda razón y justicia. Ahora

recurren a los derechos humanos. Pero contrariamente a lo que creen los neoconstitucionalistas, no veo de qué manera estas ideas más o menos respetables pueden influir en la filosofía del derecho

RG: ¿Hay una ciencia del derecho? O, para decirlo en términos analíticos, ¿estás dispuesto a llamar ciencia a eso que hacen los juristas, todos o algunos? En caso afirmativo, ¿cuál es su método y cuál el uso práctico que puede dársele? En caso negativo, ¿es posible una ciencia del derecho? ¿Es deseable? ¿Qué tendría que suceder para que hubiera una? ¿Para qué serviría?

EB: El derecho es un fenómeno muy complejo que tiende a introducir un poco de orden en las sociedades humanas. Este fenómeno, como todos los fenómenos, puede (y debe) ser conocido y estudiado. Al conjunto de conocimientos acerca del derecho (al igual que al conocimiento de cualquier otro fenómeno) se lo llama ciencia. Se trata del conjunto de enunciados verdaderos y ordenados sistemáticamente que describen el derecho. Esto no implica en modo alguno llamar "ciencia del derecho" todo lo que hacen los jueces, los juristas y sus adláteres. Pero esto no excluye que algunas de las cosas que hacen los que tienen que ver con el derecho pueden calificarse de "ciencia".

No sólo creo que la ciencia del derecho es posible, sino que existe realmente. Resumiendo: Creo con Max Weber y Kelsen en la posibilidad de una ciencia puramente descriptiva del derecho que no expresa valoraciones. Casi estaría dispuesto a decir que hablar de una ciencia valorativa es incurrir en una contradicción.

En cuanto a la utilidad de la ciencia jurídica, la respuesta es compleja. La situación es parecida, pero no igual, a la de otras ciencias. Es indeseable y hasta peligroso esperar de las ciencias más de lo que pueden dar; en cierto momento se creyó (sobre todos en el siglo XIX) que la ciencia podía solucionar los problemas políticos y sociales. Lamentablemente, esta tendencia estaba asociada al positivismo metafísico de un Comte o un Spencer. Digo eso porque creo que este hecho contribuyó al desprestigio del término "positivismo". Pero es importante tener presente que el positivismo jurídico de un Kelsen o de un Hart nada tiene que ver con Comte o Spencer, como también el "positivismo lógico" de Schlick o Carnap es muy distinto del viejo positivismo del siglo XIX.

Con respecto al "uso práctico" de la ciencia del derecho hay que tener mucho cuidado. Las bombas atómicas y otras armas aún más destructi-

vas no hubieran sido posibles sin la ciencia. Pero así como la decisión de fabricar bombas atómicas o de arrojarlas es una decisión política y no científica, pasa lo mismo con el uso y abuso de los resultados de la ciencia jurídica. Pero la ciencia jurídica es indispensable si uno quiere saber en qué consiste la técnica específica de la regulación de conductas sociales llamada "derecho", cuáles son sus posibilidades y sus límites. Incluso si uno considera que el derecho debe mejorar la sociedad (como algunos filósofos jurídicos creen), mal podrían lograrlo si no saben en qué consiste el derecho. Para poder manipular la sociedad mediante el derecho también es indispensable la ciencia, es decir, el conocimiento del derecho.

**SE TERMINO DE IMPRIMIR EN LA 2DA QUINCENA DE DICIEMBRE DE 2008
EN LOS TALLERES GRAFICOS DE "LA LEY S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPUBLICA ARGENTINA**