

LA PRISIÓN PREVENTIVA DESDE LA ÓPTICA DE LA JUSTIFICACIÓN DE DECISIONES JUDICIALES

*DIEGO DEI VECCHI**

Resumen. El autor pone de relieve algunas tensiones que surgen dentro de la llamada “concepción cautelar” de la prisión preventiva, ampliamente receptada dentro de los ordenamientos jurídico-procesales occidentales, analizándola a la luz de las decisiones judiciales que disponen la aplicación de la medida. Se muestra, de conformidad con la postura de ciertos juristas, que la premisa normativa de dichas decisiones, justificada de acuerdo con esa concepción, remite en última instancia a una polémica configuración, tanto del contenido cuanto de la ponderación de los principios constitucionales relevantes. Se argumenta que las premisas así fundadas carecen de justificación concluyente. Dada la amplia aceptación y aplicación de normas así “justificadas”, se pasa luego al análisis de la justificación de la premisa fáctica, formulada de acuerdo con la concepción cautelar. Se analiza el modo en que usualmente se dan por justificadas las premisas fácticas en que se afirma, contemporáneamente, que un imputado determinado es peligroso para los fines del proceso penal seguido en su contra, y que encarcelarlo es indispensable para neutralizar ese peligro. Se argumenta, en definitiva, que la pretendida verificación de esos supuestos de hecho socava las bases de la concepción cautelar misma, desde que los argumentos utilizados para justificar externamente la premisa fáctica entrañan una inconsistencia con sus propios presupuestos.

Palabras clave: encarcelamiento, cautelar, justificación, prueba, principios.

* Doctorando en Filosofía del Derecho y Bioética Jurídica, Istituto Giovanni Tarello, Università degli Studi di Genova. Correo electrónico: deivecchidm@gmail.com.

PRETRIAL DETENTION FROM THE POINT OF VIEW OF JUSTIFICATION OF JUDICIAL DECISIONS

Abstract. The author highlights some of the tensions that arise within the so-called “procedural conception” of pre-trial detention. It is widely accepted within the western legal and procedural systems analysed into the judicial decisions that determine the measure’s applications. According to certain jurists’ positions, the normative premise of such decisions is justified, based on the conception lately referred to a controversial configuration of both the content and the weight of the relevant constitutional principles. It is argued that the premises thus founded lack conclusive justification. Given the wide acceptance and application of “justified” rules, the justification of the factual premise is explained, formulated according to the procedural conception. Therefore, factual premise is justified, in which it states that the particular accused is dangerous for the final criminal process followed against him, and that imprisonment is necessary to neutralize such danger. As a result, it is argued that the factual assumptions undermines the procedural conception of pre-trial detention, since the arguments used to justify the factual premise are inconsistent with its own pre-suppositions.

Keywords: pre-trial, detention, justification, proof, principles.

A PRISÃO PREVENTIVA DO PONTO DE VISTA DA JUSTIFICAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Resumo. O autor destaca algumas tensões que surgem dentro da chamada “concepção cautelar” da prisão preventiva, amplamente aceita nos ordenamentos jurídico-processuais ocidentais, analisando-a à luz de decisões judiciais que decretam a medida. Mostra-se, de acordo com a postura de certos juristas, que a premissa normativa de tais decisões baseada nesa concepção remete, em última instância, a uma configuração controversa tanto do conteúdo quanto da ponderação dos princípios constitucionais relevantes. Argumenta-se que as premissas assim fundamentadas carecem de justificação conclusiva. Dada a ampla aceitação e aplicação das normas assim “justificadas”, passa-se à análise da justificação da premissa fática formulada de acordo com a concepção cautelar. Analisa-se o

modo em que usualmente se dão por justificadas as premissas fáticas com que se afirma, ao mesmo tempo, que um determinado imputado é perigoso para os fins do processo penal no qual é réu, e que encarcerá-lo é indispensável para neutralizar esse perigo. Argumenta-se, em conclusão, que a pretendida verificação desses supostos de fato mina as bases da concepção cautelar mesma, uma vez que os argumentos utilizados para a justificação externa da premissa fática implicam uma inconsistência com seus próprios pressupostos.

Palavras-chave: prisão, preventiva, justificação, prova, princípios.

§ 1. **INTRODUCCIÓN**

El encarcelamiento de personas durante el proceso penal ha sido históricamente, y es aún hoy, uno de los institutos jurídicos más polémicos en todo ordenamiento. Esto así, dado que la prisión es la pena más grave pena admitida por la mayoría de los ordenamientos occidentales, y al tiempo que se garantiza el trato como inocente a todo individuo no condenado, el encarcelar a los imputados durante el proceso sosteniendo contemporáneamente que se los está tratando como inocentes es, cuanto menos, osado.

Esta osadía ha buscado racionalizarse, desde el iluminismo a nuestros días, por medio de la que se conoce como “concepción cautelar” de la prisión preventiva: una construcción de raigambre dogmática, según la cual el encarcelamiento de un individuo en las condiciones mencionadas es legítimo (materialmente válido) frente a la presunción de inocencia y la garantía de libertad ambulatoria si, y solo si, la razón por la que se dispone esa medida es la necesidad absoluta de neutralizar un peligro procesal predicable del individuo cuyo encarcelamiento se dispone, y si ese peligro y esa necesidad son verificados en cada caso concreto. Por su parte, y en términos meramente introductorios, la peligrosidad procesal consiste en un riesgo que amenaza la consecución de los fines del proceso penal (en términos generales, descubrimiento de la verdad y actuación de la ley penal sustantiva).

Este trabajo se propone dos objetivos, uno de carácter general y uno de carácter específico. El objetivo general es el de ofrecer una explicación global del instituto de la prisión preventiva en su concepción cautelar, abordando, conjunta y sistemáticamente, los problemas que tradicionalmente se han señalado a su respecto, poniendo el foco

de atención en el momento decisorio del encarcelamiento. El objetivo más específico es el de mostrar que la concepción cautelar de la prisión preventiva (además de otros problemas que varios autores han señalado históricamente), presenta una inconsistencia interna que se manifiesta al momento de su aplicación. Esta inconsistencia reside en que según esa concepción, la prisión preventiva solo es legítima *si se prueba* en cada caso concreto la peligrosidad procesal (*periculum libertatis*), al tiempo que dicho supuesto de hecho, por razones conceptuales, no puede ser estrictamente *probado*, al menos no del modo en que actualmente se lo configura en la práctica de numerosos ordenamientos.

La presentación seguirá un orden acorde a estos dos objetivos. Se delinearán como punto de partida, brevemente, un modelo de justificación de decisiones judiciales, subrayando la distinción entre premisa normativa y premisa fáctica. En segundo lugar, se ofrecerá una caracterización más detallada de la concepción cautelar de la prisión preventiva, a los fines de delinear la premisa normativa que concuerda con esa concepción. Se abordarán a continuación los problemas justificativos relacionados con esa premisa normativa, resaltando algunos argumentos críticos, al día de la fecha, bastante difundidos. Finalmente, se tratarán las cuestiones relativas a la premisa fáctica, determinada sobre la base de la premisa normativa antes mencionada, mostrando la inconsistencia aludida entre las exigencias probatorias de la concepción cautelar y el modo en que se configura en la práctica la noción de peligrosidad procesal.

§ 2. **LA JUSTIFICACIÓN DE DECISIONES JUDICIALES: UN MARCO TEÓRICO**

Es usual entre los teóricos presentar un modelo de justificación de decisiones judiciales, a partir de ciertas distinciones que buscan poner de manifiesto los tipos de argumentación apropiada para cada uno de los enunciados en que la decisión, como estructura argumental, puede ser fragmentada¹. Desde hace tiempo suele distinguirse a estos efectos entre justificación interna y justificación externa. La primera responde al modelo silogístico-deductivo, donde de la conjunción entre una premisa normativa (expresiva de una norma de carác-

¹ Por todos, WRÓBLEWSKI, *Sentido y hecho en el derecho*, p. 46. Obsérvese bien, se trata de abordar a la decisión judicial en términos de *procedimiento argumentativo*, no como acto mental del decisor.

ter general y abstracto) y una premisa fáctica que asevera que cierto hecho se ha verificado, se sigue una conclusión en términos de norma individual (la decisión norma, por contraposición a la decisión proceso que la justifica).

Sin embargo, la noción silogística de decisión judicial pierde de vista las cuestiones concernientes a la justificación independiente de cada una de las premisas, relación con las cuales los procedimientos argumentales adecuados son profundamente diversos. Estos procedimientos, en su conjunto, constituyen lo que se conoce genéricamente como justificación externa. Para comprender cabalmente las diferencias entre ellos, es conveniente introducir desde ya la distinción entre razones explicativas y razones normativas, así como la consiguiente delimitación entre explicación y justificación. Así, “la explicación, en tanto acto verbal definido por un interés descriptivo, tiene la dirección de ajuste palabra-mundo que caracteriza a todo acto aseverativo. Los enunciados que constituyen su manifestación externa se definen por pretender adecuación con la realidad. En contraste, la justificación tiene una dirección de ajuste mundo-palabra, común a los actos directivos en general. Esto es, se caracteriza por la pretensión de adecuar la realidad a lo que se enuncia”². Desde los trabajos de DAVID HUME, por lo demás, se acepta de modo más o menos generalizado que no es lógicamente admisible inferir conclusiones normativas (acerca de lo que uno debe hacer) a partir de premisas meramente fácticas (acerca de cómo las cosas son).

De modo que la justificación externa de la premisa mayor, normativa, asumiendo que las normas no son ni verdaderas ni falsas y que no pueden inferirse de proposiciones fácticas, requiere de una argumentación tendiente a sustentar la validez de la norma pertinente dentro de un determinado sistema normativo, lo cual solo puede hacerse recurriendo a razones normativas o justificativas. La justificación externa de la premisa fáctica, por el contrario, por cuanto consiste en fundamentar un enunciado fáctico expresivo de una proposición verdadera o falsa, requiere sustentar su verdad. Esto solo puede hacerse mediante razones explicativas, y más específicamente razones epistémicas (pruebas). En términos generales, asumiendo una posición racionalista acerca de la prueba y su valoración, debe mostrarse que hay pruebas suficientes para aceptar al enunciado como verda-

² REDONDO, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, p. 80.

dero³. Sin embargo, la justificación de la premisa fáctica exige además otra operación, que es conceptualmente previa. Esa operación consiste en la calificación de un evento, o de un enunciado acerca de un evento, como instancia del supuesto de hecho de la norma general y abstracta que compone la premisa mayor (normativa). En breve, requiere que el enunciado fáctico más primitivo sea formulado o traducido en lenguaje jurídico. Veamos entonces cómo responde la concepción cautelar de la prisión preventiva frente a este marco teórico.

§ 3. **LA PREMISA NORMATIVA DE LA DECISIÓN JUDICIAL Y LA CONCEPCIÓN CAUTELAR DE LA PRISIÓN PREVENTIVA**

El origen de la concepción cautelar de la prisión preventiva ha de buscarse entre los eslabones de la cadena de sucesos constitutivos de lo que se ha denominado “historia oficial” de los derechos humanos: “proceso que conduce a la llamada ‘fase declarativa’ o de ‘positivización’ de ese ideal de justicia”⁴. Entre otros postulados hoy considerados fundamentales, quedaba cristalizada como producto de ese proceso la desde entonces en apariencia indiscutible presunción de inocencia⁵. Históricamente de ella se derivaron, al menos, dos reglas relativamente independientes: la regla de trato de todo imputado como inocente y la regla de juicio según la cual, por una parte, corresponde al acusador probar los cargos y, por la otra, en caso de duda ha de absolverse al imputado (*in dubio pro reo*).

Si bien esto permitiría pensar que la prisión (pena más grave admitida en la mayoría de los ordenamientos) quedaba proscripta antes de condena, es sabido que, ya desde entonces, nunca fue entendido así por la mayoría de los legisladores, jueces o juristas. De hecho, el entendimiento de la prisión preventiva como medida cautelar legítima, nacía precisamente entre los ilustrados, que en ningún momento se habrían propuesto abolir al instituto⁶. Sus argumentos se enri-

³ Por todos, FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*.

⁴ DE LORA, *Memoria y frontera el desafío de los derechos humanos*, p. 31 y 32.

⁵ Sin ánimo de exhaustividad, véanse los arts. XXVI, primera parte DADDH; 8.2 CADH; 14.2 PIDCP; 11.1 DUDH; 6 parte 2, CeDH; 48.1, CDFU; 108.1 CE.

⁶ Esto es evidente, por ejemplo, en las afirmaciones de BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, p. 60, CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale: del giudizio criminale*, p. 161 y 162, § 897, e “Inmoralità del carcere preventivo”, en *Programma del corso di diritto criminale*, p. 401 a 405.

quecerían durante los siglos posteriores a partir de dos fenómenos; por una parte, la codificación y constitucionalización generalizada de los derechos fundamentales; por la otra, la sofisticación del discurso acerca de la prisión preventiva, por recurso a conceptos propios de las medidas cautelares del proceso civil. Esto conducía a que la prisión preventiva quede configurada como una medida cautelar más, teniendo, por tanto, los caracteres de instrumentalidad y de excepcionalidad.

Conforme al primero de esos caracteres, se trata de una medida que no es un fin en sí misma sino un medio al servicio de los fines del proceso. De conformidad al segundo, se trata de un medio condicionado de modo insoslayable a la verificación de la indispensabilidad de la medida para la tutela de los fines procesales en cada caso concreto⁷. Esta concepción se dice “capta perfectamente la naturaleza y fines del encarcelamiento preventivo asignándole solo la misión de custodiar los fines del proceso, para que este pueda cumplir su función instrumental de ‘afianzar la justicia’”⁸.

a) *LA FORMULACIÓN DE LA PREMISA NORMATIVA DE CONFORMIDAD A LA CONCEPCIÓN CAUTELAR.* La premisa normativa de la prisión preventiva concebida como medida estrictamente cautelar, queda compuesta como condicionando el encarcelamiento a tres condiciones “fácticas” que deben confirmarse conjuntamente:

1) El denominado *fumus commissi delicti*: presencia de un determinado caudal probatorio en favor de la hipótesis acusatoria.

2) El factor identificado como *periculum libertatis* o peligrosidad procesal: el pronóstico de frustración de los fines del proceso como contrafáctico del estado de libertad del acusado.

3) El hecho de ser la prisión preventiva condición necesaria de la neutralización de dicho peligro procesal, esto es su carácter indispensable.

Esta premisa puede predicarse como exigencia de legitimidad extensible a numerosos ordenamientos jurídico-procesales⁹. Y esto

⁷ Por todos, CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico del provvedimenti cautelari*; CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, y *Principii di diritto processuale civile*.

⁸ CAFFERATA NORES, *La excarcelación*, p. 12.

⁹ CORTE IDH, 21/11/07, “Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador”; íd., 1/2/06, “López Álvarez vs. Honduras”, son claros ejemplos de decisorios que imponen la concepción cautelar. En Europa, pueden verse en esta orientación TEDH,

tiene, al menos, dos consecuencias relevantes; una, la justificación de la premisa normativa, su validez material, queda supeditada a las razones sobre las que se base la concepción cautelar como tesis dogmática (depende de la justificación de esa concepción misma) y otra, a fin de que la norma sea justificadamente aplicada, se torna imperiosa la comprobación de la subsistencia de cada uno de los supuestos de hecho condicionantes que forman la premisa fáctica. Esto último se sigue del compromiso de jurisdiccionalidad correlativo a la prohibición de arbitrariedad¹⁰.

b) *LA JUSTIFICACIÓN DE LA PREMISA NORMATIVA DE CONFORMIDAD CON LA CONCEPCIÓN CAUTELAR.* La justificación de la premisa normativa, de conformidad a la concepción cautelar, puede ser reconstruida a partir de dos asunciones; a saber: la asunción de compatibilidad y la asunción de exigibilidad. Ellas muestran que el objetivo de tutela de los fines del proceso cumple, o pretende cumplir, en la concepción cautelar dos roles diversos, uno explicativo frente a uno justificativo.

1) *La asunción de compatibilidad.* Para los defensores de la concepción cautelar, en primer término, el objetivo de tutela de los fines del proceso cumple un rol explicativo-descriptivo. La diversidad de fines con que se dispone un encarcelamiento (pena o tutela de los fines del proceso, respectivamente), determina que haya dos fenómenos de prisión diversos. Como consecuencia de la distinción, la prisión preventiva no queda abarcada por el umbral de prohibición de la presunción de inocencia, de modo que entre ellas son, compatibles.

Frente a esto muchos autores, tendencialmente abolicionistas, han venido objetando externamente la mentada asunción de compatibilidad, sosteniendo que la prisión preventiva es ilegítima, dado que no es posible distinguirla conceptualmente de la prisión como pena, y por tanto evitar la antinomia frente a la presunción de inocencia. De allí que se hable de “fraude de etiquetas”¹¹ o que se enfatice en que el encarcelamiento “tiene siempre naturaleza de pena”¹². Los fundamentos en que se sustenta esta afirmación se reducen a las idénticas

10/11/69, “Stögmüller vs. Austria”; íd., 26/6/91, “Letellier vs. Francia”; íd., 27/8/92, “Tomasi vs. Francia”; íd. 12/12/91, “Toth vs. Austria”, íd., 8/11/07, “Vafiadis vs. Grecia y Lelièvre vs. Bélgica”.

¹⁰ Art. 18, Const. nacional; art. 7º, inc. 3, CADH; art. 9º, inc. 1, PIDCP. Ver, Corte IDH, informe 2/97, párr. 19; TEDH, 26/1/93, “W. vs. Suiza”, párr. 12.

¹¹ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 556.

¹² VITALE, *Encarcelamiento de presuntos inocentes*, p. 59. También KEES, *La peligrosidad en las medidas personales de coerción*, “Pensamiento Pe-

consecuencias que el encarcelamiento tiene para la persona encerrada, sea cual fuere el fin institucional en cada caso¹³.

Sin embargo, estas afirmaciones parecen en buena medida basarse en la confusión entre los planos explicativo y justificativo. Ciertamente, muchas veces (quizá siempre), esos planos estén entrelazados en alguna medida, y parecen estarlo de modo estrecho en lo que a la concepción cautelar de la prisión preventiva concierne. No obstante, ello no desacredita sin más la distinción: que se trate de dos fenómenos distintos depende, en este caso, de que de hecho la finalidad de uno (la prisión preventiva) sea tutelar los fines del proceso, mientras que la del otro (la prisión punitiva) sea penar (sea lo que esto fuere, y sean cuales fueren, a su vez, los fines de la pena, lo cual es motivo de discusión en el derecho penal sustantivo). Esta clase de distinciones (las basadas en los aspectos teleológicos de instituciones con implicancias fácticas aparentemente idénticas) son, por lo demás, usuales entre juristas e incluso, podría decirse, fundamentales para la cabal comprensión de ciertos conceptos; solo así puede diferenciarse, por ejemplo, a la (pretendidamente punitiva) multa de la (pretendidamente no punitiva) reparación civil, o incluso del (pretendidamente no punitivo) pago de impuestos, y formular para cada uno de ellos una justificación independiente¹⁴. Más aún, la distinción conceptual es esencial si se pretende analizar independientemente la justificación de la institución distinta.

2) *La asunción de exigibilidad.* En efecto, desde que “ausencia de prohibición” no equivale a “permisión” y mucho menos a “exigencia”, o al menos no en lo que a la afectación de derechos fundamentales como la libertad ambulatoria respecta, pues la apuesta de la concepción cautelar resulta considerablemente más ambiciosa. Desde sus filas, si los fines del proceso están en peligro, el encarcelamiento no solo no estaría prohibido, sino que sería además una verdadera exigencia del ordenamiento jurídico. De modo que el fin específico de tutela de los fines cautelares no solo es conceptualmente relevante, sino que lo es también en términos normativos.

Este argumento puede reconstruirse como sustentándose en dos pilares: la suposición de tratarse de una cuestión de principios, de

nal”, 2006; BOVINO, *Justicia penal y derechos humanos*, p. 98; OROPEZA BARBOSA, *Prisión preventiva vs. presunción de inocencia*, “Iter Criminis”, nº 14, 2007.

¹³ Véase CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*.

¹⁴ FLETCHER, *Gramática del derecho penal*, p. 306.

modo que el deber de tutela de los fines del proceso está impuesto por algún postulado que, al igual que la presunción de inocencia y el derecho a la libertad ambulatoria, tiene jerarquía suprallegal¹⁵, y la suposición de prevalencia, de acuerdo con la cual, al menos en algún caso o clase de casos, el derecho a la libertad queda desplazado ante la necesidad de tutelar los fines del proceso. Precisamente, según la concepción cautelar ello sucede en todo caso en que el peligro procesal sea de tal magnitud que el encarcelamiento resulte indispensable.

Esto último, suele decirse entre los paladines de la concepción cautelar, es lo que impone el afianzamiento mismo de la justicia, que las constituciones suelen tener como norte: “Si el imputado, aprovechando su libertad, pudiera impedir la condena (falseando las pruebas o no compareciendo al proceso) o eludir el cumplimiento de la pena (fugando), la ‘justicia’, lejos de ser afianzada, sería burlada”¹⁶. Y es aquí donde las críticas radicales dirigidas por la objeción externa cobran fuerza, dado que lo que guía a esas críticas es lisa y llanamente el dotar al afianzamiento de justicia de un contenido sin más inverso: “el uso efectivo de la cárcel para quienes no han sido condenados, lejos de afianzar la justicia, la quebranta mortalmente, pues pretende asegurar finalidades procesales a través de la violación de normas jurídicas de mayor jerarquía”¹⁷.

En este punto, la cuestión queda en buena medida indeterminada, dado que remite a lo más profundo de nuestras convicciones morales y explícita un desacuerdo aparentemente irreconciliable. Como DWORKIN o FERRAJOLI han sostenido que las consideraciones acerca del encarcelamiento de no condenados conducen a reflexiones en que entran directamente en acción los postulados más fundamentales del razonamiento práctico, no siendo ahora relevante que para uno ellos ese plano sea interno al derecho mientras que, para el otro, sea un legitimador externo¹⁸. Así, a menos que se afirme que existen razones

¹⁵ El Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, es explícito en este aspecto, en TS Córdoba, 25/8/97, “Carranza”, n° 33; íd., 11/12/97, “Aguirre Domínguez”, n° 76; íd., 9/9/99, “Querella Caruso c/ Remonda”, n° 108; íd., 8/6/00, “Sánchez”, n° 45; íd., 19/5/08, “Bustos Fierro, Hugo C.”, n° 110, entre otros.

¹⁶ CAFFERATA NORES, *La excarcelación*, p. 5.

¹⁷ VITALE, *Encarcelamiento de presuntos inocentes*, p. 100. También FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 555; BOVINO, *Justicia penal y derechos humanos*, p. 99; MAIER, *Derecho procesal penal*, vol. 3, p. 418.

¹⁸ Así, “la controversia ha de ser acuñada en términos filosóficos: el uso de confesiones obtenidas sin asesoramiento jurídico o la detención preventiva, ¿con-

morales sustantivas, y que logren ser “probadas”, y a menos que esas “pruebas” sean aceptadas como concluyentes por el resto, habrá que resignarse a dejar el problema como irresuelto en un sentido relevante¹⁹.

Ahora bien, dado que, justa o no, la concepción cautelar es cotidianamente afianzada por legisladores, jueces y juristas, contando entonces con una legitimación democrática, contramayoritaria y doctrinal, pues parece sensato adoptarla como hipótesis de trabajo, a los fines de analizar todas sus implicancias. En lo que queda, es precisamente esto lo que se hará a los fines de dilucidar las cuestiones probatorias que se presentan al momento de ordenar la prisión preventiva a la luz de los postulados de la concepción cautelar.

§ 4. **LA PREMISA FÁCTICA DE LA DECISIÓN JUDICIAL Y LA CONCEPCIÓN CAUTELAR DE LA PRISIÓN PREVENTIVA**

El *fumus commissi delicti*, entendido como presencia de un cierto caudal probatorio que dé sustento en alguna medida a la hipótesis acusatoria, al menos en principio, no difiere cualitativamente de la prueba sobre la que habrá de fundarse la sentencia de condena, la absolución o el sobreseimiento. Lo que cambiaría es, para decirlo quizá demasiado rápidamente, el estándar de prueba, el criterio de suficiencia²⁰. La gran mayoría de los trabajos académicos dedicados al encarcelamiento preventivo, así como también la mayoría de las decisiones judiciales que lo aplican, han estado más preocupados por la justificación de este supuesto de hecho que por los relativos a la peligrosidad procesal e indispensabilidad. Este trabajo adopta la orientación inversa, dado que si se asume seriamente que la prisión

tradicen los principios morales que están en la base de las doctrinas establecidas? Yo creo que sí, pero todavía falta que la jurisprudencia tienda los puentes entre la teoría jurídica y la teoría moral que fundamenta esa afirmación” (DWORKIN, *Los Derechos en serio*, p. 59). “Este interrogante debe ser afrontado sobre todo desde el punto de vista externo, prescindiendo de lo que dice la Constitución, para de este modo no sucumbir a la falacia hoy habitual en nuestra cultura jurídica, según la cual lo que por hipótesis la Constitución consiente es también justo e incontestable” (FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 556).

¹⁹ Véase COMANDUCCI, *Principios jurídicos e indeterminación del derecho*, “Doxa”, n° 21, vol. II, 1998, p. 103.

²⁰ Cfr. FERRUA, “Il giudizio penale”, en FERRUA - GRIFANTINI - ILLUMINATI - ORLANDI, *La prova nel dibattito penale*, p. 317 a 410; especialmente p. 344.

preventiva es válida si, y solo si, condicionada por la concreta necesidad de neutralizar alguno de los peligros relevantes y que lo es precisamente por ello, entonces, la confirmación de dicha circunstancia pareciera tener una importancia fundamental, prioritaria, respecto a la restante.

Poniendo así el foco de atención entonces sobre este punto, vale recordar que justificar una premisa fáctica exige dos operaciones relativamente independientes. Primero, tener por probado un enunciado acerca de un hecho y, segundo, determinar si ese enunciado (o más precisamente el hecho al que refiere) es una instancia particular del enunciado fáctico genérico de la norma pertinente, si puede ser traducido en lenguaje jurídico. La pregunta fundamental que en este último aspecto surge frente a nuestros intereses es entonces: ¿qué hechos han de ocurrir para poder ser traducidos como peligro procesal tal que el encarcelamiento es indispensable? Solo una vez que se sepa de qué hechos se trata, podría decirse, por un lado, si se subsumen en la norma y, por el otro, si están o no probados.

a) *EL “PERICULUM LIBERTATIS” Y EL RAZONAMIENTO CALIFICATORIO.* Suele subrayarse que las operaciones calificatorias de hechos dentro de categorías conceptuales son constantes en nuestra vida cotidiana: los hechos externos (brutos) solo asumen cierto valor luego de ser interpretados como instancias de clases de hechos contenidas en una especie de patrimonio cultural, que proporciona criterios interpretativos, y que algunos llaman “trasfondo”²¹. En el derecho, sin embargo, los hechos no siempre son calificados sobre la base de esos mismos criterios generales ordinarios, o no solamente.

En lo que aquí interesa han de dilucidarse los hechos cuya ocurrencia es traducible en términos de “peligrosidad procesal e indispensabilidad”. Recurriendo al lenguaje ordinario, podría decirse, ello consiste en un estado de cosas tal que permita afirmar que es posible que la persona en cuestión ejecutará en el futuro una acción de aquellas que quieren evitarse. De hecho, en el lenguaje ordinario, “peligro” significa “riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal”. Y contingencia significa “posibilidad de que algo suceda o no suceda”²².

Sin embargo, de las exigencias impuestas por la concepción cautelar se desprende que no se trata de una mera posibilidad. Por el

²¹ SEARLE, *The construction of social reality*, p. 129.

²² Según la definición del *Diccionario de la lengua española*.

contrario, según quienes defienden esa posición se requiere de razones que muestren al evento a neutralizarse como probable, y no meramente posible, en el sentido de que la opción de ocurrencia del suceso supere (en la medida que fuere) a la de no acaecimiento²³, enfatizándose más bien en el carácter inminente del mal contingente. En consecuencia, el enunciado fáctico sobre el que este trabajo discurre, consiste en una aseveración sobre el futuro, un enunciado fáctico probabilístico.

Obsérvese que no se trata, solamente, de un enunciado probabilístico en el sentido de “grado de apoyo inductivo” es decir, de “más probablemente verdadero que no de acuerdo a la mayor o menor cantidad de prueba en su favor”. Esta última noción de probabilidad afecta a todo enunciado fáctico desde que, como ha sido ya muchas veces repetido, la prueba solo es aproximativa. Aquí se trata además, y sobre todo, de una hipótesis probabilística. En este orden de ideas, los enunciados fácticos, siempre probables en ese sentido probatorio, pueden a su vez ser afirmados como ciertos o como eventos probables. Ambos son enunciados probables en términos probatorios (más o menos probables de acuerdo a la fortaleza de los elementos epistémicos); solo el segundo es probable en el sentido que ahora interesa, como probabilidad ínsita en el concepto de *periculum libertatis*²⁴.

La necesidad de probar y justificar, enunciados probabilísticos análogos al que aquí interesa se ha planteado, al menos, en los ámbitos del derecho administrativo y penal sustantivo. Se ha dicho al respecto que tomar decisiones sobre la base de prognosis de sucesos exige determinar primero, como cuestiones interpretativas previas, sobre la base de qué clase de daños o infortunios posibles ha de considerarse que algo es peligroso y qué grado de probabilidad de que el evento dañoso se produzca es suficiente para considerar que hay peligro²⁵. Estas cuestiones conciernen al entendimiento de las

²³ Por todos, NÚÑEZ, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*, p. 338; DE CARO, “Presupposti e criteri applicativi”, en SPANGHER - SCALFATI, *Trattato di procedura penale*, vol. II, p. 5 a 96, especialmente 72; DE LUCA, *Lineamenti della tutela cautelare penale*, p. 39; CAFFERATTA NORES, *La excarcelación*, p. 78; VANNOSTRAND - KEEBLER, *Our Journey Toward Pretrial Justice*, “Federal Probation”, nº 71, 2007, p. 24.

²⁴ FERRER BELTRÁN, *La valoración de la prueba*, p. 105.

²⁵ Cfr. PARODI, *Tecnica, regione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, p. 131.

condiciones de aplicación de la norma: qué daños, qué probabilidad y qué medida de ella, configuran o constituyen la noción de “peligro”. Trasladado a nuestro caso, esto es, a los fines de analizar los problemas de justificación del enunciado fáctico acerca de la peligrosidad procesal, resultaría fundamental desde esta óptica determinar previamente qué clases de eventos configuran la noción de *periculum libertatis* y qué noción de probabilidad y qué medida de ella sobre tales eventos es suficiente para considerar que hay una peligrosidad tal que torna indispensable la prisión preventiva.

Ahora bien, ha de destacarse antes que nada, que hay una clara diferencia entre la clase de prognosis que aquí se analiza respecto a la involucrada en el campo del derecho administrativo o en el de los llamados “delitos de peligro” del derecho penal, sea abstracto o concreto. Esa diferencia que, como se mostrará, tiene importantes consecuencias en materia probatoria, radica en el especial tipo de pronóstico que en uno u otro caso se efectúa. En esos campos disciplinarios el peligro relevante es, podría decirse, de primer orden: dada una acción específica ejecutada por el pretendido peligroso se pronostica, sobre la base de ciertos elementos, que es probable (con más o menos abstracción) la producción de tal o cual, resultado dañoso. Por el contrario, la peligrosidad que aquí se analiza, el *periculum libertatis*, es de segundo orden: consiste en pronosticar tanto la producción del evento relevante (la tentativa de ejecución de la acción) cuanto la producción de un resultado concreto a partir de ella (la consumación de la acción en términos de frustración del fin del proceso en la variante que corresponda). La diferencia es la que reside entre los enunciados “haber puesto en peligro a F” y “peligro de que F sea puesto en peligro”.

Por lo tanto, la cuestión relativa a los eventos cuya previsión constituyen el *periculum libertatis* debe desdoblarse, en cada caso, en dos consideraciones; una las acciones cuya tentativa quiere pronosticarse y otra, el éxito de esas acciones, la probabilidad de que se consume el resultado que quiere evitarse. En este sentido, si bien muchas veces tiende a hacerse referencia a la prueba de la peligrosidad procesal sin más, en términos genéricos, lo cierto es que, como es de sobra sabido, dentro de la concepción cautelar suelen distinguirse tres especies de peligro/resultado a evitarse. De modo que las tres especies habrán de ser desdobladas en los dos órdenes de probabilidad relevantes. Ellas son los peligros de fuga (juicio de previsibilidad de una acción del imputado dirigida sustraerse del accionar

de las autoridades y, en segundo término, a la previsibilidad del logro de tal objetivo)²⁶; entorpecimiento de la investigación (influencia negativa que la conducta del imputado *a pie de libero* pueda provocar sobre las pruebas pendientes de producción); peligrosidad social (que puede presentarse de varios modos diversos: como peligro de reiteración delictiva, como peligro de daño a terceros, entre otros)²⁷.

En suma, pueden considerarse delimitadas, al menos a grandes rasgos, las tres clases de daños (potenciales) que configuran la noción de peligrosidad procesal cuya presencia es necesario justificar. Sin embargo, no surge de allí la medida de probabilidad a partir de la cual habrá de considerarse que hay tal peligrosidad, y no surge ni siquiera qué significa que ello sea probable, esto es, cuál es la noción de probabilidad en juego. Y aun cuando la noción de probabilidad y su medida estuvieren claramente definidas, habría que determinar todavía, al menos, en qué medida esa acción probable hace que el encarcelamiento sea indispensable.

Dado que ni juristas ni jueces proporcionan una explicación convincente ni acerca de la peligrosidad procesal ni sobre la absoluta indispensabilidad, se propone aquí recorrer el camino inverso, comenzando por la llegada: dilucidar cómo los decisores dan por probadas esas dos circunstancias, por qué razones, para intentar inferir de allí qué es lo probado.

²⁶ Por todos, CARNELLUTTI, *Principi del processo penale*, p. 77; PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, vol. 30, p. 129; MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, p. 464; MAIER, *Derecho procesal penal*, p. 382.

²⁷ El incluir entre los supuestos de hecho de peligrosidad procesal al peligro de entorpecimiento y a la peligrosidad social ha dado lugar a fuertes críticas, que impugnan la legitimidad de las premisas normativas así delineadas por diversas razones que no pueden ser aquí abordadas por razones de extensión. Para las críticas relacionadas con el peligro de entorpecimiento probatorio, AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, p. 377; SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, vol. 2, p. 819; GREVI, *Libertà personale dell'imputato e costituzione*, p. 337; BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, p. 199. Para la impugnación de la legitimidad de la premisa normativa en relación con la peligrosidad social, DE CARO, *Libertà personale e sistema processuale penale*, p. 172 y 173; PAULESU, *Le presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, p. 131; ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, p. 43; MAIER, *Derecho procesal penal*, p. 392; PESSOA, *En torno a la libertad durante el proceso penal*, "Revista de Derecho Procesal Penal", 2005, p. 62.

b) *EL “PERICULUM LIBERTATIS” Y LA INFERENCIA PROBATORIA.* Para ello es necesario hacer algunas consideraciones previas en torno al razonamiento probatorio en general. Si bien no es posible por razones de espacio profundizar en estas cuestiones, ha de destacarse que ellas han recibido especial atención en las últimas dos décadas poniendo en contacto a procesalistas, epistemólogos y filósofos de los más variados sitios. En lo que aquí importa, vale decir que buena parte de la discusión gira en torno a los estándares de prueba, esto es, acerca de los criterios de suficiencia probatoria a partir de los cuales, en cada contexto relevante, puedan aceptarse como probados los enunciados sobre hechos de que se trate.

Suele hoy asumirse que esos estándares están ligados a la fortaleza de la inferencia probatoria que los aplica, y en ocasiones se ha recurrido a los fines de analizar tal inferencia al modelo de argumento delineado por STEPHEN TOULMIN en su libro *The uses of argument* (1958)²⁸. Dicho modelo parece especialmente adecuado para los fines aquí propuestos. Para TOULMIN, un argumento cualquiera está dirigido a sustentar una pretensión (*claim*) que, a los efectos de este trabajo, podemos ya identificar con el enunciado fáctico consistente en que “es indispensable encarcelar a un individuo dado que es peligroso cautelarmente”. A menos que la afirmación sea irreflexiva e irresponsable, continúa el autor, se contará normalmente con algunas consideraciones a las que hacer referencia para sostenerlo, es decir, ciertos *datos* (*grounds*)²⁹. Por su parte, a las reglas que enlazan esos a datos con la pretensión se las denominará aquí “sustento” (*warrant*)³⁰ y a las consideraciones que fundamentan esas reglas se las llamará “respaldo o fundamento” (*backing*). El respaldo en favor de las reglas de sustento, que puede o no estar explicitado en los

²⁸ Véanse GONZÁLEZ LAGIER, *Quæstio facti*, p. 55 y ss.; TARUFFO, *La semplice verità*, p. 208; AGUILÓ REGLA, *Presunciones, verdad y normas procesales*, en “Isegoría”, nº 35, 2006; FERRUA, *Il giudizio penale*, p. 341, nota 75; ATIENZA, *Las razones del derecho*, cap. IV.

²⁹ En la versión italiana de la obra *grounds* se traduce como *dati* (del español, *datos*) y en la española *razones*. Dada la ambigüedad del término “razón”, se ha decidido aquí utilizar el término *dato*.

³⁰ Tanto en la versión italiana cuanto en la española de la obra de TOULMIN, *warrant* se traduce como *garanzia* o *garantía* respectivamente. Se cambia aquí el término por el de *sustento*, dado que el uso del término *garantía*, en nuestro contexto, puede generar algunas confusiones.

argumentos, asumiría características distintivas según el campo de argumentación de que se trate³¹.

Esta estructura permite diferenciar rigurosamente dos clases de argumentos relevantes en la argumentación jurídica en general, pero muy especialmente frente a nuestros intereses: presunciones *hominis* y presunciones *iuris*. En efecto, la diferencia entre una y otra clase de presunciones reside, utilizando la terminología de TOULMIN, en la diversa entidad de la regla de sustento³², pero a su vez, la entidad de esas reglas difiere por la diversa clase de respaldo en que se fundamentan. Al tiempo que en las presunciones *hominis* el respaldo se funda en la observación empírica, en las presunciones *iuris* el respaldo es meramente normativo, de modo que, en rigor de verdad, nada se prueba en estas últimas.

1) La justificación del *periculum libertatis* mediante “presunciones *iuris*”. Las presunciones *iuris* determinan, entonces, que frente a cierto dato, o ciertos datos, resulte obligatorio para el decisor pasar al enunciado fáctico que la pretensión afirma, no por una máxima de experiencia, o no necesariamente, sino por una norma en cierta forma autoritativa que protege en general ciertos valores. Suele aducirse que la norma presuntiva asume dos entidades fundamentalmente diversas según admita o no prueba en contrario. Cuando la norma excluye esta posibilidad constituye aquello que tradicionalmente se ha llamado presunción legal *iuris et de iure* o absoluta. Si la norma prescribe el paso del dato presuntivo al enunciado, a menos que se pruebe la falsedad de este, esto es, a menos que se pruebe que se trata de un caso de excepción, ella constituirá lo que tradicionalmente se ha llamado presunción legal *iuris tantum* o relativa. De tal modo, se dice, este último tipo de presunción legal cumple una función procesal o dialéctica al imponer la carga de la prueba del hecho contrario al presumido, distribuyendo el riesgo de error en perjuicio de aquél a quien la carga de la prueba se impone³³.

Pues bien, muchos ordenamientos que (según las interpretaciones dominantes) conciben a la prisión preventiva como medida cautelar contienen enunciados a que los jueces suelen atribuir una (o varias) presunciones *iuris*, tales que impondrían jurídicamente dar

³¹ TOULMIN, *Gli usi dell'argomentazione*, p. 97.

³² GONZÁLEZ LAGIER, *Quæstio facti*, p. 57.

³³ BAYÓN MOHINO, *Epistemología, moral y prueba de los hechos*, p. 10; AGUILÓ REGLA, *Presunciones, verdad y normas procesales*, p. 14.

por probada la peligrosidad procesal o la indispensabilidad, dados determinados datos presuntivos antecedentes. Ejemplos de textos que expresarían presunciones *iuris* dirigidas a dar por acreditados los peligros procesales pueden encontrarse en numerosos códigos de procedimiento. En general, los textos normativos fijan el dato presuntivo en la categoría de delito atribuido en el proceso³⁴, en el monto de la pena amenazada³⁵, en la previsión de inaccesibilidad por el imputado a ciertos beneficios que la ley sustantiva prevé para los casos de condena o bien, en definitiva, en otras características del hecho que motiva el proceso penal³⁶.

Inicialmente la interpretación estándar fue que los textos que expresaban tales normas presuntivas lo hacían a modo de presunciones *iuris et de iure*, absolutas, tornándose entonces irrelevante toda prueba en favor o en contra del enunciado fáctico. De tal modo, si lo que las presunciones *iuris* tendían a dar por probado era tanto la peligrosidad como el carácter necesario de la prisión preventiva, pues los casos que cayeren dentro de la norma presuntiva serían inexcusables.

Este modo de automatizar al encarcelamiento cautelar, en general, viene ya siendo duramente criticado desde hace muchos años en sede doctrinal, alegándose la invalidez de la norma presuntiva así entendida por violatoria del principio de presunción de inocencia³⁷. Y en una orientación similar, durante las últimas décadas, la identificación de normas presuntivas absolutas (*iuris et de iure*) ha sido desacreditada reiteradamente por muchos tribunales, entre ellos la misma CIDH³⁸.

³⁴ El actual art. 19, § 2, CPEUM es un ejemplo paradigmático.

³⁵ Son ejemplos de ello: art. 281, inc. 4, CPPT; art. 299, CPPSC; art. 291, inc. 2, CPPNq; art. 283, CPPLP; art. 293, CPPM; art. 171, inc. 2, CPP CABA.

³⁶ Por ejemplo, art. 281, inc. 1, CPPC; art. 312, inc. 1, CPPN; art. 287, CPPRN; art. 284, CPPBA; art. 307, CPPER. En el mismo sentido: art. 140, CPP Chile; art. 240, CPP Costa Rica; art. 243, CPP Paraguay; art. 310, CPP Colombia; art. 262, CPP Guatemala; art. 174, CPP Nicaragua; art. 179, CPP Honduras; art. 251, inc. 2 y párr. final, Cód. Orgánico Proc. Penal Venezuela; art. 269, inc. 2, CPP Perú. A todos los datos mencionados podría englobárselos dentro del concepto de pronóstico punitivo hipotético que el TSJC ha acuñado.

³⁷ Así, CAFFERATA NORES, *La excarcelación*, p. 55, nota 94 *in fine*; CAFFERATA NORES - TARDITTI, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba comentado*, vol. 2; NARDIELLO, *La prisión procesal*, p. 74; VIVAS USSHER, *Manual de derecho procesal penal*, vol. 2; SOLIMINE, *Tratado sobre las causales de excarcelación y prisión preventiva en el Código Procesal Penal de la Nación*.

³⁸ Corte IDH, 1/2/06, "López Álvarez vs. Honduras", § 68; íd., 30/11/08, "Barri vs. Argentina", § 74. También Corte IDH, Informe 35/07, n° 85, caso 12.553,

Las principales razones aducidas a los fines de rechazar el establecimiento de delitos inexcusable, han girado, en general, en torno a dos tipos de consideraciones; el establecimiento de la norma no responde, al menos en alguna medida, a razones de tipo epistémico (p.ej., dada cierta regularidad estadística observada), y el establecimiento de la norma no puede responder a valoraciones que no sean cautelares, que justifiquen la automaticidad del encarcelamiento, dado que el encarcelamiento perdería su carácter exclusivamente cautelar, violándose la presunción de inocencia³⁹.

De allí que, dejando por un momento de lado el caso mexicano, se haya impuesto la interpretación de tales textos como expresión (pretendidamente legítima) de normas presuntivas *iuris tantum*⁴⁰. Sin embargo, como varios autores han sugerido, pareciera haber todavía una grave inconsistencia frente a este tipo de interpretación, desde que las razones por las cuales se considera que las presunciones legales *iuris et de iure* carecen de justificación son igualmente operativas respecto a las presunciones *iuris tantum*⁴¹. Brevemente, si no hay razones de carácter epistémico subyacentes a la presunción *iuris et de iure*, tampoco los hay para una *iuris tantum* y no hay razones justificativas que tengan que ver exclusivamente con los fines del proceso para invertir la carga de la prueba⁴².

“Jorge, José y Dante Peirano Basso vs. República Oriental del Uruguay”. Ver sobre la misma causa, el más reciente informe sobre el fondo, n° 86/09, 6/8/09. TS Córdoba, 11/12/97, “Aguirre Domínguez”, LLC, 1998-356, fue paradigmático en esta orientación. Recientemente la Corte Suprema ha hecho lugar a ciertos recursos, en parte, frente a la falta de determinación de los hechos adecuados para desactivar la presunción. Esta indeterminación haría que en la práctica la presunción opere como *iuris et de iure* (CSJN, 12/8/13, dictámenes de procuración en “Merlini, Ariel O.” y 23/11/13, “Loyo Fraire, Gabriel E.”).

³⁹ Cfr. ULLMAN-MARGALIT, *On Presumption*, “The Journal of Philosophy”, n° 80, 3, 1983, p. 157 y siguientes.

⁴⁰ CAFFERATA NORES - FRASCAROLI, *Dos pájaros de un solo tiro*, “Revista de Derecho Procesal Penal”, 2005.

⁴¹ BOVINO, *Un voto cínico*, “Nueva Doctrina Penal”, n° 1, 2006; BOVINO, *Contra la inocencia*, “Revista Electrónica de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Criminología”, 2005; SIBILLA - DEI VECCHI - VIVAS USSHER, *Inconstitucionalidad del pronóstico punitivo hipotético como presunción*, “Semanario Jurídico”, n° 1611, 2007; VEZZARO, *La prisión preventiva*, “Pensamiento Penal y Criminológico”, n° 2, 2001; CHIARA DÍAZ, *El proceso penal y la coerción personal*, “Revista de Derecho Procesal Penal”, 2005.

⁴² Cfr. SIBILLA - DEI VECCHI - VIVAS USSHER, *Inconstitucionalidad del pronóstico punitivo hipotético como presunción*, “Semanario Jurídico”, n° 11, 2006; BIGLI-

En cualquier caso, al margen de esto, el argumento determinante para descartar las presunciones *iuris*, en cualquier versión, como argumentos aptos para dar por acreditada la peligrosidad procesal tal que el encarcelamiento cautelar es indispensable, está en que estas presunciones *iuris* no son prueba en absoluto. En tanto se asuma, a la luz de la concepción cautelar, que justificar el encarcelamiento cautelar requiere insoslayablemente probar esos supuestos de hecho, pues entonces será necesario recurrir a presunciones *hominis*.

2) La justificación del *periculum libertatis* y las “presunciones *hominis*”. Lo que caracteriza a las presunciones *hominis*, se ha dicho, es que la regla de sustento es una máxima de experiencia, esto es, una regla cuyo respaldo está fundado empíricamente, en la observación y razonamiento inductivo⁴³. La discusión acerca de la justificación de la inducción reconduce al problema de la probabilidad y los razonamientos aproximativos, que no pueden ser aquí abordados siquiera mínimamente⁴⁴. Por el momento es suficiente con distinguir entre tipos de respaldo fáctico de aquellos que no lo son.

En este orden de ideas, los argumentos que los jueces suelen considerar apropiados como “plausibles argumentaciones sobre razonables juicios pronósticos” se basan en datos concretos. Estos datos están normalmente identificados, a título meramente ejemplificativo, con monto de pena amenazado; la posibilidad o no de prever una condena de ejecución condicional; la falta de residencia; la falta de asiento de la familia, trabajo o negocios; las facilidades para dejar el país o mantenerse oculto; la previa declaración de rebeldía; el sometimiento a proceso o cese de prisión preventiva anterior; el comportamiento anterior en otro proceso; la condena impuesta sin que haya transcurrido el término que la ley penal prevé para juzgar la reincidencia; la personalidad; la tendencia a delinquir y a sustraerse al rigor de la ley; ciertos hábitos de vida; ciertas frecuentaciones; los antecedentes penales; la naturaleza de las imputaciones; etcétera.

En ocasiones son los decisores quienes alegan que tales datos son idóneos como indiciarios. En muchas otras oportunidades son los propios textos legales los que sugieren o establecen catálogos de “datos” como los mencionados para ser utilizados o tenidos en cuenta

ANI - BOVINO, *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*, p. 32.

⁴³ Cfr. AGUILÓ REGLA, *Presunciones, verdad y normas procesales*.

⁴⁴ Díez - MOULINES, *Fundamentos de filosofía de la ciencia*, p. 54.

por los juzgadores⁴⁵. Es claro que buena parte de los datos pretendidamente indiciarios coinciden con los que, en otros ordenamientos o bien bajo otras interpretaciones de los mismos enunciados normativos, funcionan como datos presuntivos *iuris*. Pero descartada la posibilidad de entenderlos como tales, su idoneidad inferencial dependerá de que estén efectivamente sustentados por una máxima de experiencia respaldada en observación empírica.

Sin embargo, es fácil advertir en la práctica que tales máximas no se explicitan usualmente en la materia que nos ocupa en las decisiones aplicativas de la prisión preventiva⁴⁶. Dos son las opciones para interpretar tales omisiones. O bien se trata de decisiones arbitrarias⁴⁷, o bien el respaldo se encuentra implícito, haciendo de la inferencia un razonamiento entimemático⁴⁸. Una interpretación caritativa de la práctica cotidiana de encarcelar preventivamente obliga a adoptar este segundo camino, asumiendo por hipótesis que esa práctica no es sistemáticamente arbitraria.

Pues bien, ¿en qué consideraciones empíricas pueden estar respaldadas las supuestas máximas de experiencia que tornan relevantes en sentido probatorio a los datos en cuestión?

a) *Las máximas de experiencia por frecuencia relativa y el "periculum libertatis"*. En el *common law* se ha recurrido a estudios estadísticos que pretenden fundar máximas de experiencia acerca de la peligrosidad procesal en sus tres variantes. Esos estudios, que por razones de extensión no pueden aquí ser tratados en profundidad, consisten en la selección una serie de rasgos atribuibles a los individuos, tomándose una muestra de individuos con esos ras-

⁴⁵ Basten como ejemplos los siguientes: art. 148, CPPBA; art. 281, inc. 2° *in fine*, CPPC; art. 292 *in fine*, CPPCat; art. 319, CPPN; art. 251, Cód. Orgánico Proc. Penal Venezuela; art. 269, CPP Perú; art. 240, CPP Costa Rica; art. 243, CPP Paraguay; art. 312 CPP Colombia; art. 262, CPP Guatemala; art. 174, CPP Nicaragua; art. 334, CPP Bolivia; USA Bail Reform Act de 1984 (Title 18, United States Code, Section 3142); art. 503, inc. 1 § 3, LEP.

⁴⁶ En este sentido, y sobre el mismo asunto, DE CARO, *Libertà personale e sistema processuale penale*, p. 60; BOVINO, *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*.

⁴⁷ Tal como lo sugiere LÓPEZ GASTÓN, *La hipocresía de exigir fundamentos objetivos para denegar la vía excarcelatoria cuando lo que prima es el criterio subjetivo del magistrado (con motivo del art. 319 C.P.P.N.)*, "Pensamiento Penal", n° 39, 2006.

⁴⁸ PÉREZ BARBERÁ - BOUVIER, *Casación, lógica y valoración de la prueba*, "Pensamiento Penal y Criminológico", n° 9, 2004.

gos dentro de la comunidad, e intentando determinar cuántos dentro del grupo ponen efectivamente en riesgo los fines del proceso. El resultado estadístico le daría de tal modo respaldo probabilístico a la máxima de experiencia según la cual, todos aquellos que poseen el o los rasgos relevantes, probablemente intentarán alterar el proceso penal.

En esta orientación, RONALD ALLEN y LARRY LAUDAN han hecho algunas observaciones, en torno a la justificación de acuerdo con la cual ciertos individuos son socialmente peligrosos a los fines de imponerles la prisión preventiva. En lo que es relevante a nuestros intereses, ellos sostienen que debe denegarse la libertad bajo fianza a todo acusado por delitos violentos o con antecedentes por la comisión de tales delitos (he aquí la propiedad común del conjunto de individuos), ya que las estadísticas (o mejor dicho, el análisis estadístico que ellos llevan a cabo) mostrarían que eso, “*literally prevent the deaths of some 1500 citizens every year*”⁴⁹.

La utilización de datos estadísticos para justificar la aplicación de la prisión preventiva (en el caso, la denegación de la libertad bajo fianza) se ha ensayado también recientemente con relación a los peligros de fuga y de entorpecimiento. En este orden de ideas, se han intentado identificar criterios de predicción de conductas procesales, sobre bases estadísticas, tomando como hipótesis ciertos factores de predicción llamativamente coincidentes con los antes traídos a colación como datos utilizados por decisores o bien sugeridos por la legislación⁵⁰. Para medir la relevancia de esos factores se tomó como determinante que los individuos, de quienes esos factores fueren predicables no se presentasen ante una citación efectuada por el tribunal o se fugasen antes de la realización del juicio; o bien se les revoque la libertad bajo fianza o sean nuevamente arrestados por un crimen presuntamente cometido durante el tiempo de espera por la realización del juicio.

Ambos estudios son objetables y, sobre todo, sus conclusiones. Primero, cabe decir que la adopción del catálogo de factores “posiblemente relevantes” no parece en absoluto inocente. Es significativo que tales factores hayan coincidido con los ya muchos años antes

⁴⁹ ALLEN - LAUDAN, *Deadly Dilemmas III*, “Journal of Criminal Law and Criminology”, nº 101, 2011, p. 18.

⁵⁰ VANNOSTRAND - KEEBLER, *Pretrial Risk Assessment in the Federal Court*, “Federal Probation”, nº 73, 2009, p. 5. También VANNOSTRAND - KEEBLER, *Our journey toward pretrial justice*, “Federal Probation”, nº 71, p. 24.

sugeridos por las disposiciones normativas y efectivamente utilizados en sus decisiones por parte de los funcionarios judiciales. Pero además, nada parece impedir hacer un catálogo por completo diverso y poner a prueba su relevancia estadística. De hecho, cualquiera sea el catálogo, pareciera que siempre arrojará en la práctica resultados estadísticamente interesantes al respecto. Segundo, la magnitud de la muestra es también del todo arbitraria, tanto temporal cuanto espacialmente, ¿por qué no continuar evaluando imputados con esas características por uno, dos, diez o cien años más? Tercero, y quizás esto es lo más determinante, ¿cómo establecer si la pertenencia al grupo de los estadísticamente peligrosos es relevante en el caso en particular? Si se asume que la prisión preventiva está justificada si, y solo si, resulta absolutamente necesaria en cada caso particular, las generalizaciones por (mera) frecuencia estadística no parecen poder considerarse determinantes⁵¹.

b) *El “periculum libertatis”*: entre la prueba y la definición. Al margen de estas escasas, limitadas y cuestionables excepciones que tratan de situar el fundamento fáctico de las reglas mediante las que se justifica la presencia de *periculum libertatis* en consideraciones estadísticas, más generalmente entre nosotros, de lo que se trata al dar por probado al supuesto de hecho en cuestión, es de forzar argumentos basados en ciertas intuiciones comunes.

En efecto, la relevancia inferencial de los datos bajo consideración no parece sino reposar en ciertas asunciones acerca de la racionalidad (de lo que es esperable que los individuos hagan/hagamos en tales o cuales condiciones); asunciones que de alguna manera cimientan las intuiciones comunes que parecen gobernar esta materia, y que en algún caso pueden incluso ser muy fuertes. Pero sea como fuere, lo cierto es que cuáles y cuántos, y en qué combinación esos datos intuitivamente relevantes sean suficientes para encarcelar, queda del todo indeterminado⁵².

⁵¹ Ver, sobre el punto, COHEN, *Twelve Questions about Keynes’s Concept of Weight*, “British Journal for the Philosophy of Science”, nº 37, 1985.

⁵² En la justicia provincial, la Cámara de Acusación de Córdoba, luego de impugnar en varias oportunidades por inconstitucional a todo sustento presuntivo *iuris*, ha ido tratando de construir inferencias pretendidamente probatorias en esta orientación que, estimo, dan cuenta de lo aquí dicho. Véanse, CACus Córdoba, 29/3/11, “Orlando, Fernando D.”; íd. 5/12/06, “Guerrero”; íd., 4/12/06, “Oliveros”; íd., 3/11/06, “Maza”; íd., 1/7/08, “Irusta”; íd., 19/12/08, “Flores”; íd., 27/2/09, “Ferreira”.

Ahora bien, lo importante es comprender que esa indeterminación no es un problema de falta de certeza probatoria. Muy por el contrario, en la medida en que la peligrosidad procesal y la indispensabilidad se configuren del modo mencionado (como peligro de segundo orden), y en la medida en que las inferencias probatorias se cimienten en respaldos identificados con asunciones acerca de lo esperable, en meras especulaciones intuitivas, pues nada se estará probando en rigor de verdad; por más fuertes que sean esas intuiciones. Esto es así, dado que los únicos referentes empíricos de la peligrosidad procesal y de la indispensabilidad serán los “datos” que se estipulen como necesarios y suficientes. Nada ocurre en el mundo más allá del darse los hechos que se enuncian a modo de datos. La relación entre ellos y el (pretendido) supuesto de hecho relevante (el *periculum libertatis* que torna indispensable el encarcelamiento) es de tal modo de carácter insoslayablemente interpretativo, y no probatorio. En estas circunstancias, “cuando la unión entre los hechos probatorios y el hecho a probar viene dado por una teoría o una definición (esto es, cuando el vínculo es conceptual), no nos encontramos en sentido estricto ante un caso de prueba, sino de interpretación o calificación de los hechos”⁵³.

De tal modo, la concepción cautelar de la prisión preventiva queda en jaque al tiempo que fundamenta su legitimidad en la necesidad de prueba del peligro procesal que torna indispensable al encarcelamiento, se concibe a este supuesto de hecho de un modo que, por razones conceptuales, no es susceptible de ser probado. El único modo de sortear este obstáculo, sería ligando esta última noción a la ejecución de acciones procesalmente peligrosas concretadas por parte de ciertas personas, a modo de tipos coercitivos. Es decir, abandonando la noción de peligrosidad procesal como peligro de segundo orden. Se dirá acaso que esto entraña un coste político demasiado alto. Sin embargo, dadas las circunstancias, parece un costo que ciertas asunciones acerca de las garantías procesales, y la coherencia con ellas, exigen enfrentar. Si las garantías así entendidas resultan demasiado exigentes en términos generales o en alguna comunidad en particular, pues es una cuestión que quizá valga la pena discutir. Pero más vale discutirla abierta y directamente que seguir enarbolando la bandera de las garantías y abonando el costo que ellas entrañan con la falsa divisa de la necesidad cautelar.

⁵³ GONZÁLEZ LAGIER, *Quaestio facti*, p. 61.

Reconocer abiertamente que la prisión preventiva no se condice con las exigencias de la concepción cautelar (sea porque se prevén delitos inexcusables en vistas a finalidades sustantivas preventivo generales o especiales, sea porque se supedita a la estipulación de un supuesto de hecho no susceptible de prueba), mostrará seguramente que en la práctica las garantías procesales no tienen en verdad la entidad que se declara otorgarles. Quizás haya razones de política criminal para reducir la extensión de las garantías, quizá no; quedará en cualquier caso al descubierto que el ordenamiento jurídico es en cierta medida *injusto*. Pero por lo menos no adolecerá de la doble maldad de que, si lo dicho es correcto, adolece actualmente, al menos en lo relativo a la aplicación de la prisión preventiva. Se trata de la doble maldad sobre la que discurrían BULYGIN y ALEXY al discutir algunos puntos de la teoría del derecho del segundo y que, llevado a nuestro problema, se traduce del siguiente modo: decir lo que realmente se hace cuando se dicta la prisión preventiva mostrará seguramente que el ordenamiento jurídico-procesal es injusto, pero por lo menos dejará de tratarse de un ordenamiento, que además de injusto, es al mismo tiempo hipócrita⁵⁴.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ REGLA, JOSEP, *Presunciones, verdad y normas procesales*, “Isegoría”, nº 35, 2006.
- ALEXY, ROBERT, “¿Entre positivismo y no positivismo? Tercera réplica a Eugenio Bulygin”, en FERRER BELTRÁN, JORDI - MORESO, JOSÉ J. - PAPAYANNIS, DIEGO M. (eds.), *Neutralidad y teoría del derecho*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2012.
- ALLEN, RONALD J. - LAUDAN, LARRY, *Deadly Dilemmas III: Some kind words for preventive detention*, “Journal of Criminal Law and Criminology”, 101, 2011, p. 18.
- AMATO, GIULIANO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, Giuffrè, 1967.
- ATIENZA, MANUEL, *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, cap. IV.
- BAYÓN MOHINO, JUAN C., *Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano*, “Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo Girona”, 2010, vol. 2, nº 4, <http://revistas.unicartagena.edu.co/index.php/marioalariodfilippo/article/view/252>
- BECCARIA, CESARE, *Dei delitti e delle pene*, Verona, Demetria, 1996.

⁵⁴ BULYGIN, “Alexy entre el positivismo y el no-positivismo”; ALEXY, “¿Entre positivismo y no positivismo? Tercera réplica a Eugenio Bulygin”, ambos en FERRER BELTRÁN MORESO - PAPAYANNIS, *Neutralidad y teoría del derecho*, p. 61 a 74 y p. 75 a 92, respectivamente.

- BIGLIANI, PAOLA - BOVINO, ALBERTO, *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*, Buenos Aires, Editores del Puerto - Defensoría General de la Nación, 2008.
- BINDER, ALBERTO M., *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009.
- BOVINO, ALBERTO, *Contra la inocencia*, “Revista Electrónica de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Criminología”, 2005.
- *Un voto cínico: a propósito del voto de Riggi en el caso Chabán*, “Nueva Doctrina Penal”, 1, 2006.
- *Justicia penal y derechos humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.
- BULYGIN, EUGENIO, “Alexy entre el positivismo y el no-positivismo”, en FERRER BELTRÁN, JORDI - MORESO, JOSÉ J. - PAPAYANNIS, DIEGO M., *Neutralidad y teoría del derecho*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2012.
- CAFFERATA NORES, JOSÉ I., *La excarcelación*, Buenos Aires, Depalma, 1988.
- CAFFERATA NORES, JOSÉ I. - FRASCAROLI, MARÍA S., *Dos pájaros de un solo tiro*, “Revista de Derecho Procesal Penal”, 2005, p. 35 a 41.
- CAFFERATA NORES, JOSÉ I. - TARDITI, AÍDA, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba comentado*, vol. 2, Córdoba, Mediterránea, 2003.
- CALAMANDREI, PIERO, *Introduzione allo studio sistematico del provvedimenti cautelari*, Padova, CEDAM, 1936.
- CARNELUTTI, FRANCESCO, *Principi del processo penale*, Napoli, Morano, 1960.
- CARRARA, FRANCESCO, “Inmoralità del carcere preventivo”, en *Programma del corso di diritto criminale: del giudizio criminale*, Bologna, Il Mulino, 2004.
- *Programma del corso di diritto criminale: del giudizio criminale*, Bologna, Il Mulino, 2004.
- CHIARA DÍAZ, CARLOS, *El proceso penal y la coerción personal*, “Revista de Derecho Procesal Penal”, 2005.
- CHIOVENDA, GIUSEPPE, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, Napoli, Jovene, 1953.
- *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, Eugenio Jovene, 1965.
- COHEN, JONATHAN L., *Twelve Questions about Keynes's Concept of Weight*, “British Journal for the Philosophy of Science”, nº 37, 1985.
- COMANDUCCI, PAOLO, *Principios jurídicos e indeterminación del derecho*, “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, nº 21, vol. II, 1998, p. 103.
- DE CARO, AGOSTINO, *Libertà personale e sistema processuale penale*, Napoli - Roma, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.
- “Presupposti e criteri applicativi”, en SPANGHER, GIORGIO - SCALFATI, ADOLFO, *Trattato di procedura penale: Prove e misure cautelari*, Torino, UTET Giuridica, 2008.
- DE LORA, PABLO, *Memoria y frontera el desafío de los derechos humanos*, Madrid, Alianza, 2008.
- DE LUCA, GIUSEPPE, *Lineamenti della tutela cautelare penale: la carcerazione preventiva*, Padova, CEDAM, 1953.
- DÍEZ, JOSÉ A. - MOULINES, C. ULISES, *Fundamentos de filosofía de la ciencia*, Barcelona, Ariel, 1999.
- DWORKIN, RONALD M., *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2002.

- FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2005.
- FERRER BELTRÁN, JORDI, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- FERRER BELTRÁN, JORDI - MORESO, JOSÉ J. - PAPAYANNIS, DIEGO M., *Neutralidad y teoría del derecho*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2012.
- FERRUA, PAOLO, “Il giudizio penale: fatto e valore giuridico”, en FERRUA, PAOLO, *La prova nel dibattimento penale*, Torino, Giappichelli, 2007.
- *La prova nel dibattimento penale*, Torino, Giappichelli, 2007.
- FLETCHER, GEORGE P., *Gramática del derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007.
- GONZÁLEZ LAGIER, DANIEL, *Quæstio facti: ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Lima - Bogotá, Palestra - Temis, 2005.
- GREVI, VITTORIO, *Libertà personale dell'imputato e costituzione*, Milano, Giuffrè, 1976.
- ILLUMINATI, GIULIO, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, Zanichelli, 1979.
- KEES, JUAN M., *La peligrosidad en las medidas personales de coerción*, “Pensamiento Penal”, 2006.
- MAIER, JULIO B., *Derecho procesal penal: actos procesales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011.
- MANZINI, VINCENZO, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, Torino, UTET, 1949.
- NARDIELLO, GABRIEL, *La prisión procesal*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2007.
- NÚÑEZ, RICARDO, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*, Córdoba, Lerner, 2007.
- OROPEZA BARBOSA, ANA L., *Prisión preventiva vs. Presunción de inocencia*, “Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales”, 14, 2007.
- PARODI, GIANPAOLO, *Tecnica, regione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1990.
- PAULESU, PIER P., *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, vol. 30, Torino, Giappichelli, 2009.
- PÉREZ BARBERÁ, GABRIEL - BOUVIER, HERNÁN, *Casación, lógica y valoración de la prueba: Un análisis de la argumetación sobre los hechos en las sentencias de los tribunales casatorios*, “Pensamiento Penal y Criminológico: Revista de Derecho Penal Integrado”, 9, 2004.
- PESSOA, NELSON R., *En torno a la libertad durante el proceso penal*, “Revista de Derecho Procesal Penal”, 2005, p. 62.
- REDONDO, MARÍA C., *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996.
- SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR, *Derecho procesal penal*, vol. 2, Lima, Grijley, 1999.
- SEARLE, JOHN R., *The construction of social reality*, New York, The Free Press, 1995.
- SIBILLA, IGNACIO - DEI VECCHI, DIEGO - VIVAS USSHER, GUSTAVO, *Inconstitucionalidad del pronóstico punitivo hipotético como presunción*, “Semanao Jurídico”, 1611, 2007.

- SOLIMINE, MARCELO A., *Tratado sobre las causales de excarcelación y prisión preventiva en el Código Procesal Penal de la Nación*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003.
- SPANGHER, GIORGIO - SCALFATI, ADOLFO, *Trattato di procedura penale: prove e misuri cautelari*, Torino, Utet Giuridica, 2008.
- TARUFFO, MICHELE, *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, Laterza, 2009.
- TOULMIN, STEPHEN, *Gli usi dell'argomentazione*, Torino, Rosenberg and Sellier, 1975.
- ULLMAN-MARGALIT, EDNA, *On Presumption*, "The Journal of Philosophy", vol. 80, nº 3, 1983, p. 143-167.
- VANNOSTRAND, MARIE - KEEBLER, GENA, *Our Journey Toward Pretrial Justice*, "Federal Probation", vol. 71, nº2, 2007, p. 24
- *Pretrial Risk Assessment in the Federal Court*, "Federal Probation", vol. 73, nº 2, 2009, p. 5.
- VEZZARO, DARÍO, *La prisión preventiva: ¿Es conforme a la Constitución nacional la regulación actual de la prisión preventiva?*, "Pensamiento Penal y Criminológico", nº 2, Córdoba, Mediterránea, 2001.
- VITALE, GUSTAVO, *Encarcelamiento de presuntos inocentes: hacia la abolición de una barbarie*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007.
- VIVAS USSHER, GUSTAVO, *Manual de derecho procesal penal*, vol. 2, Córdoba, Alveroni, 1999.
- WRÓBLEWSKI, JERZY, *Sentido y hecho en el derecho*, México, Fontamara, 2008.

LA TESIS DE LA INDETERMINACIÓN MODERADA DE HART RECONSIDERADA: ¿ENTRE ESCILA Y CARIBDIS?*

*IMER B. FLORES***

Resumen: En este artículo el autor, en el contexto del cincuenta aniversario de *El concepto del derecho* de HART, reconsidera la tesis de la indeterminación moderada del derecho, la cual deriva de la textura abierta del lenguaje. Para tal propósito, pretende: primero, analizar la tesis de la indeterminación moderada del derecho, *i.e.* determinación en los “casos fáciles” e indeterminación en los “casos difíciles”, la cual recuerda la “doctrina del término medio” de ARISTÓTELES; segundo, criticar la tesis de la indeterminación moderada del derecho por fracasar en dar lugar al término medio virtuoso entre extremos viciosos, al insistir que el ejercicio de la discreción requerida constituye una legislación “intersticial”; y, tercero, reorganizar un argumento para una verdadera posición intermedia, la cual requiere de una forma de

* La versión original fue preparada en inglés para ser presentada como ponencia tanto en el Special Workshop “H. L. A. Hart’s The Concept of Law *Reconsidered*”, en el XXV IVR World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy “Law, Science, Technology”, en Frankfurt am Main (Alemania) como en el Congreso Internacional de Filosofía del Derecho, coordinación del Programa de Posgrado en Derecho, Facultad de Estudios Superiores Acatlán, en Santa Cruz Acatlán (México), y como conferencia magistral en *Primeras Jornadas Internacionales de Filosofía del Derecho*, Universidad Francisco Marroquín (Guatemala), y fue publicada como: *H. L. A. Hart’s moderate indeterminacy thesis reconsidered: In between Scylla and Charybdis*, “Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho”, n° 5, 2011, p. 147 a 173.

** Investigador, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM; profesor, Facultad de Derecho, UNAM. Correo electrónico: imer@unam.mx. El autor agradece a TOM CAMPBELL, PIERLUIGI CHIASSONI, NOAM GUR, KENNETH E. HIMMA, EERIK LAGERSPETZ, RONALDO MACEDO, ROGER SHINER, JUAN VEGA, y WILFRID J. WALUCHOW sus comentarios y reacciones a las diferentes presentaciones, y a MARÍA FERNANDA MARTÍNEZ CHAN su apoyo en la elaboración de la versión en español.

discreción interpretativa débil, en lugar de una forma de discreción legislativa fuerte.

Palabras clave: discreción, Indeterminación, Interpretación, Legislación, H. L. A. Hart.

THE THESIS OF MODERATE INDETERMINACY OF HART RECONSIDERED: BETWEEN SCYLLA AND CHARYBDIS?

Abstract: In this article the author, in the context of the fiftieth anniversary of HART's *The Concept of Law*, reconsiders the moderate indeterminacy of law thesis, which derives from the open texture of language. For that purpose, he intends: first, to analyze HART's moderate indeterminacy thesis, i.e. determinacy in "easy cases" and indeterminacy in "hard cases", which resembles ARISTOTLE'S "doctrine of the mean"; second, to criticize his moderate indeterminacy thesis as failing to embody the virtues of a center in between the vices of the extremes, by insisting that the exercise of discretion required constitutes an "interstitial" legislation; and, third, to reorganize an argument for a truly "mean" position, which requires a form of weak interpretative discretion, instead of a strong legislative discretion.

Keywords: discretion, Indeterminacy, Interpretation, Legislation, H. L. A. Hart.

A TESE DA INDETERMINAÇÃO MODERADA HART RECONSIDERADA: ENTRE CILA E CARÍBDIS?

Resumo: Neste artigo o autor, no contexto do quinquagésimo aniversário de *O conceito de direito* de HART, reconsidera a tese da indeterminação moderada do direito, a qual deriva da textura aberta da linguagem. Para tal propósito pretende: primeiro, analisar em primeiro lugar, a tese da indeterminação moderada do direito, i.e., determinação nos "casos fáceis" e indeterminação nos "casos difíceis", a qual relembra a "doutrina do meio-termo" de ARISTÓTELES; em segundo lugar, criticar a tese da indeterminação moderada do direito por fracassar em dar lugar ao termo médio virtuoso entre extremos viciosos, ao insistir que o exercício da discricionariedade requerida constitui uma forma de legislação "intersticial"; e em terceiro lugar, reorganizar o argumento para uma verdadeira posição intermediária, a qual

requer uma forma de discricionariedade fraca, ao invés de uma forma de discricionariedade forte.

Palavras-chave: discricionariedade, indeterminação, interpretação, legislação, H. L. A. Hart.

§ 1. *INTRODUCCIÓN*

Reconsiderar el legado de HART, en el cincuenta aniversario de la publicación de *El concepto del derecho*¹, en general, y su tesis de la indeterminación moderada del derecho, en particular, son los principales objetivos de este artículo. De hecho, es considerado indiscutiblemente, dentro de los juristas que más contribuyeron a la filosofía del derecho en la segunda mitad del siglo XX, al restaurar a la filosofía jurídica en un lugar central del estudio, tanto del derecho como de la filosofía (general). Ciertamente, dicho libro fue esencial para ese propósito y ha sido sumamente influyente desde su publicación original, en 1961, y con posterioridad con la aparición de la segunda edición con un *Postscriptum* editado por PENÉLOPE A. BULLOCH y JOSEPH RAZ en 1994² y más recientemente con la de una tercera edición con una “Introducción”, de LESLIE GREEN en 2012³.

Considero como principales contribuciones de HART: *a*) la tesis del concepto de derecho como un (complejo) modelo de reglas; esto es, la unión entre reglas primarias y secundarias; *b*) la tesis de la separación del derecho y la moral, y *c*) la tesis de la indeterminación moderada del derecho, a partir de la textura abierta del lenguaje. En lo subsecuente, vamos a reconsiderar sobre todo la tercera tesis, pero la primera y la segunda también serán de alguna manera reconsideradas. Por consiguiente, en este texto, asumo una metodología conceptual en la cual el argumento normativo es relevante, pero el análisis pretende permanecer descriptivo, con tres objetivos principales; primero, analizar la tesis de la indeterminación moderada de HART, es decir, determinación en los “casos fáciles” e indeterminación en los “casos difíciles”, la cual, alego, recuerda la doctrina del “término medio” de ARISTÓTELES; segundo, criticar su tesis de la indeterminación moderada, puesto que falla en el intento de incorporar

¹ HART, *The concept of law*. La versión en español, *El concepto del derecho*.

² HART, *The concept of law*, 2ª ed., with “Postscript”. La versión en español, HART, *Post scriptum al concepto de derecho*.

³ HART, *The concept of law*, 3ª ed., with “Introduction” (by LESLIE GREEN).

las virtudes del término medio entre los extremos vicios, al insistir que el ejercicio de la discreción requerida constituye una legislación “intersticial”, y, tercero, reelaborar un argumento para una verdadera posición “intermedia”, la cual requiere de una forma de “discreción débil”, que caracterizo como “interpretiva”, en lugar de una “discreción fuerte”, que concibo como “inventiva (y legislativa)”⁴.

§ 2. **LA TESIS DE LA INDETERMINACIÓN MODERADA**

En relación con los problemas del razonamiento jurídico, en general, y de la interpretación (y adjudicación) jurídica, en particular⁵, HART adopta, análogamente a HANS KELSEN, una versión moderada de la tesis de la indeterminación, la cual es tanto epistémica como sistémica⁶.

⁴ La mayor parte de las referencias a la “indeterminación” están relacionadas con el lenguaje –y con el significado– y puede ser caracterizada como indeterminación lingüística y semántica. Sin embargo, a esta altura, me gustaría introducir una distinción entre dos clases adicionales de indeterminación relevantes en o para el derecho. Por una parte, hay indeterminación epistémica relacionada con la falta de certeza o incertidumbre, esto es, la imposibilidad de conocer cuál es la respuesta correcta a una cuestión jurídica. Por otra parte, hay indeterminación sistémica relacionada con la falta de completitud o incompletitud, la imposibilidad de encontrar una respuesta cualquiera a una cuestión jurídica que puede derivar contingentemente del lenguaje, pero no necesariamente está reducida a éste. En pocas palabras, hay indeterminación epistémica cuando no hay una manera de conocer cuál es la respuesta correcta, y hay indeterminación sistémica cuando no hay modo de encontrar una respuesta a una disputa jurídica. En este sentido, el derecho puede estar afectado por una indeterminación lingüística y semántica y parecer tener una indeterminación sistémica, pero no necesariamente si es que hay una forma de alcanzar al final de cuentas una respuesta para cualquier disputa jurídica, a pesar de que no podamos conocer a ciencia cierta si es la correcta o no y, en consecuencia, puede resultar que el derecho es o está determinado a pesar de la indeterminación epistémica. Cfr. DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, p. 90 a 96, en especial p. 91, en la cual distingue entre incertidumbre e indeterminación.

⁵ Vale la pena mencionar que HART preparó la voz “Problems of the philosophy of law” (“Problemas de la filosofía del derecho”), para la *Encyclopedia of Philosophy*, editada por PAUL EDWARD, la cual fue publicada originalmente, en 1967, y contenía tan solo dos tipos de problemas: “Problems of definition and analysis” (“Problemas de definición y análisis”), y “Problems of the criticism of law” (“Problemas de la crítica del derecho”). Sin embargo, en la versión revisada, publicada en 1983, incluyó un tercer tipo, insertado entre los anteriores, a saber: “Problems of legal reasoning” (“Problemas de razonamiento jurídico”). Ver también HART, “Problems of the philosophy of law”, en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, p. 98 a 109.

⁶ Ver KELSEN, *Introduction to the problems of legal theory*, p. 77 a 89. La versión en español: *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática*

Me permito adelantar que para el jurista austríaco, tal indeterminación deriva principalmente de la “estructura jerárquica –o gradación– del orden jurídico”⁷, mientras que para el filósofo-jurídico británico, tal indeterminación deriva principalmente de la “textura abierta del lenguaje”⁸. Más aún, en mi opinión, como ya adelantamos, la estrategia de HART se asemeja adicionalmente a la doctrina del “término medio” de ARISTÓTELES⁹.

Esta estrategia es bastante explícita a lo largo de la obra de HART¹⁰ y se vuelve autoevidente al poner atención al título del Capítulo VII: “Formalismo y escepticismo ante las reglas”, de *El concepto del derecho*¹¹, y al subtítulo “La pesadilla y el sueño noble” de su conferencia magistral Sibley “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana” de 1977¹², los cuales permiten a HART situarse en al-

ca científica del derecho, p. 126 a 145. Hay otra versión en español, a partir de la edición francesa: *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, p. 163 a 178. Ver también *Pure theory of law*, 2ª ed., p. 349 y 350. Hay versión en español, *Teoría pura del derecho*, p. 349 a 356. Cfr. HART, *El concepto del derecho*, p. 155 a 191 (*The concept of law*, p. 121 a 150; *Postscript*, p. 124 a 154; *Introduction*, p. 124 a 154). Cfr. también KENNEDY, “A left phenomenological critique of the Hart/Kelsen theory of legal interpretation”, en CÁCERES, *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, p. 371 a 383 (La versión revisada en: *Legal reasoning: Collected essays*, p. 153 a 173) (La versión en español, *Una alternativa de la izquierda fenomenológica a la teoría de la interpretación jurídica de Hart/Kelsen*, “Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho”, nº 2, 2008, p. 363 a 385).

⁷ KELSEN, *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, p. 126 (*Introduction to the problems of legal theory*, p. 77), y *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, p. 163.

⁸ HART, *El concepto del derecho*, p. 159 (*The concept of law*, p. 124; *Postscript*, p. 128; *Introduction*, p. 128).

⁹ Cfr. ARISTÓTELES, *Ética nicomaquea*, Libro II, Cap. VI, p. 38 (1106b 36-1107a 6).

¹⁰ *Vid.*, por ejemplo, *El concepto del derecho*, p. 242: “Pero si los hombres no son demonios, tampoco son ángeles; y el hecho de que sean un término medio entre estos dos extremos es algo que hace que un sistema de abstenciones mutuas sea a la vez necesario y posible. En una comunidad de ángeles, jamás tentados por el deseo de dañar a otros, las reglas que prescriben abstenciones no serían necesarias. En una comunidad de demonios, dispuestos a destruir, y a pagar cualquier precio por hacerlo, tales reglas serían imposibles. En la realidad, el altruismo humano es limitado en extensión e intermitente, y las tendencias a la agresión son los bastante frecuentes como para ser fatales para la vida social si no se las controla” (*The concept of law*, p. 191 y 192; *Postscript*, p. 196; *Introduction*, p. 196).

¹¹ HART, *El concepto del derecho*, p. 155 (*The concept of law*, p. 121; *Postscript*, p. 124; *Introduction*, p. 124).

¹² HART, “American jurisprudence through english eyes: The nightmare and the noble dream”, en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, p. 123 a 144

gún lugar en el centro entre los extremos representados no solamente por el formalismo y el antiformalismo, el escepticismo ante las reglas; sino además por el realismo, es decir la pesadilla (o “demasiado malo para ser recordado”) y el idealismo, esto es el sueño noble (o “demasiado bueno para ser verdad”).

a) *EL MARCO INTERPRETATIVO DE HANS KELSEN.* Antes de proceder con HART, me permito llamar su atención al hecho de que para KELSEN la “indeterminación” deriva de la “estructura jerárquica del sistema jurídico” y es etiquetada como (más o menos) “relativa” a los niveles –mayores o menores– del sistema jurídico y al movimiento de un nivel al siguiente. En este sentido, la norma de nivel superior determina el proceso de creación de la norma de nivel inferior, y posiblemente su contenido –o por lo menos hasta cierto punto–.

Como KELSEN adelanta: “Pero la determinación no es nunca completa. La norma de grado superior no puede ligar en toda dirección al acto por el que es ejecutada. Siempre ha de quedar un margen más o menos amplio de libre apreciación, de manera que la norma de grado superior tiene siempre, con relación al acto de producción normativa o de consumación que la ejecuta, el carácter de un marco que ha de ser llenado por ese acto. Hasta una orden que llega al detalle tienen que dejar al ejecutor una multitud de determinaciones. Si el órgano *A* dispone que el órgano *B* detenga al súbdito *C*, el órgano *B* ha de decidir, según su criterio, cuándo, dónde y cómo realizará la orden de detención, decisiones estas que dependen de circunstancias externas que no ha previsto ni puede tampoco prever en gran parte el órgano que da la orden”¹³.

Adicionalmente, KELSEN distingue en su *Teoría pura del derecho*, entre dos clases de “indeterminación”. En la primera edición: “intencionada” y “no intencionada”, y en la segunda edición: “intencional” y “no intencional”¹⁴. De acuerdo con él, la primera puede ser parte de la intención de la autoridad emisora de la norma de nivel

(publicación original: “Georgia Law Review”, nº 11, 1977, p. 969 y siguientes). La versión en español, “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: La pesadilla y el noble sueño”, en POMPEU CASANOVAS - MORESO, (eds.), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, 1994, p. 327 a 350.

¹³ KELSEN, *La teoría pura del derecho*. p. 127 y 128 (*Introduction to the problems of legal theory*, p. 78).

¹⁴ KELSEN, *La teoría pura del derecho*, p. 128 a 130 (*Introduction to the problems of legal theory*, p. 78 a 80), y *Teoría pura del derecho*, p. 350 y 351 (*Pure theory of law*, p. 349 y 350). Vale la pena enfatizar que en la traducción al

superior, la cual decide dejar abierta para posterior determinación (por autoridades responsables de determinar las normas de nivel inferior) no solo la respuesta a la pregunta “cuál” es el acto prescrito, sino también “por qué” es así, y la última puede trascender la intención de la autoridad emisora de la norma de nivel superior, debido a: 1) la ambigüedad (o vaguedad) de una palabra o de una frase usada al enunciar la norma; 2) la discrepancia, la cual puede ser total o parcial, entre la expresión lingüística de la norma y la voluntad de la autoridad emisora de ella, y 3) la contradictoria, existencia de por lo menos dos normas que pretenden ser válidas simultáneamente y aplicables a la misma situación fáctica¹⁵.

En voz del propio KELSEN: “En todos estos casos de indeterminación intencionada o no intencionada de las gradas inferiores, ofrécese a la ejecución varias posibilidades. El acto jurídico de ejecución puede estar configurado de modo que responda a una u otra de las diversas significaciones verbales de la norma jurídica; o de modo que esté de acuerdo con la voluntad (a comprobarse en alguna forma) del que establece la norma, o con la expresión por él elegida, o con una o con otra de las normas entre sí contradictorias, o de manera que se decida como si las normas entre sí contradictorias se hubiesen suprimido recíprocamente. En todos estos casos, la norma a ejecutarse constituye solo un marco dentro del cual se dan varias posibilidades de ejecución, por lo que es regular todo acto jurídico que se mantiene dentro de ese marco, llenándolo en algún sentido posible”¹⁶.

Además no solamente alega que la norma a ser interpretada representa un marco que abarca la cognición de varias posibilidades de aplicación, sino que además critica a la “jurisprudencia tradicional” por su inclinación formalista a creer que se puede: “Esperar de la interpretación, no solo la verificación del marco para el acto jurídico a dictarse, sino también el cumplimiento de una misión más amplia; y hasta se inclina a ver en ella su misión principal. La interpretación debe desenvolver un método que autorice a llenar rectamente el marco verificado. La teoría corriente de la interpretación quiere hacer creer que la ley aplicada a un caso concreto solo puede proporcionar

inglés de la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* la palabra “indeterminacy” (“indeterminación”), ha sido cambiada por “indefiniteness” (“indefinitividad”).

¹⁵ KELSEN, *La teoría pura del derecho*, p. 128 a 130 (*Introduction to the problems of legal theory*, p. 78 a 80).

¹⁶ KELSEN, *La teoría pura del derecho*, p. 131 (*Introduction to the problems of legal theory*, p. 80).

una decisión recta, y que la ‘rectitud’ jurídico-positiva de esta decisión está fundada en la ley misma”¹⁷.

En sus palabras: “Pero desde un punto de vista orientado hacia el derecho positivo, no hay un criterio en razón del cual una de las posibilidades dadas en el marco de la norma a aplicarse pueda ser preferida a la otra. Por último, no hay un método, susceptible de ser caracterizado de modo jurídico-positivo, con arreglo al cual pueda señalarse una significación como la única ‘recta’ entre las muchas significaciones verbales de una norma, supuesto, naturalmente, que se trata de muchas posibles interpretaciones de sentido, es decir, posibles con relación a todas las otras normas de la ley o del orden jurídico. A pesar de los esfuerzos de la jurisprudencia tradicional, no se ha logrado hasta ahora decidir de modo objetivamente válido el conflicto entre voluntad y expresión, a favor de la una o de la otra. Todos los métodos interpretativos hasta ahora desenvueltos solo conducen a un resultado posible, pero nunca al único resultado justo”¹⁸.

En resumen, KELSEN acierta en que como una cuestión de hecho empírico, dentro de un marco no hay una sino muchas aplicaciones posibles de una norma y que la autoridad responsable de determinar la norma de nivel inferior no está invariablemente (o mecánicamente) en posición de obtener una única respuesta, es decir indeterminación sistémica, ni mucho menos que su decisión sea necesariamente la correcta, esto es una indeterminación epistémica. Sin embargo, él aparentemente se equivoca en asumir que nunca hay una única respuesta que derive no de la ley misma, sino del derecho y del sistema jurídico como una indeterminación sistémica. En mi opinión, KELSEN fracasa al no distinguir entre la aplicación de una de las varias posibilidades cognitivas y la justificación de tal aplicación como la correcta al ser requerida por el derecho como un todo. En ese sentido, al apuntar a la discreción de la autoridad para determinar la norma de nivel inferior, para elegir contingentemente de entre las varias aplicaciones posibles una, pero no necesariamente la correcta, se queda no solo corto respecto a los objetivos de una verdadera teoría (normativa) pura del derecho, la cual separa el derecho tanto de los

¹⁷ KELSEN, *La teoría pura del derecho*, p. 132 (*Introduction to the problems of legal theory*, p. 81).

¹⁸ KELSEN, *La teoría pura del derecho*, p. 133 (*Introduction to the problems of legal theory*, p. 81).

hechos como de los valores¹⁹, sino también renuncia totalmente a la pretensión de “certeza jurídica” al etiquetarla como una “ilusión”²⁰.

En este punto, me permito resaltar su doble réplica de que tal decisión: es o constituye un acto de creación normativa (o discreción en un sentido fuerte), y transforma la norma moral, de justicia, o cualquier otro principio en una norma de derecho positivo²¹. De hecho, para ese propósito, nos dirigimos ahora a la versión de HART y a la pregunta de si proporciona una respuesta mejor –o incluso satisfactoria– a los problemas en cuestión.

b) *EL CENTRO O NÚCLEO Y LA PENUMBRA DE HART*. Como ya adelantamos, para HART la indeterminación sistémica –o, en su terminología, la “textura abierta”– del derecho deriva de la “textura abierta del lenguaje”. Su argumento analítico al estar bien estructurado es impecable: si todo el lenguaje (considerado como un todo) es indeterminado por tener textura abierta y el derecho está expresado en (términos de) el lenguaje, por tanto, se sigue lógicamente que el derecho es indeterminado por tener textura abierta: 1) todo el lenguaje es indeterminado o tiene textura abierta; 2) el derecho está expresado en (términos de) el lenguaje, y 3) el derecho es indeterminado o tiene textura abierta.

No obstante, en mi opinión, la inferencia de HART está equivocada: del hecho de que todo el lenguaje (considerado como un todo) es indeterminado o tiene textura abierta y el derecho está expresado en (términos de) el lenguaje; no se sigue que el derecho es indeterminado o tiene textura abierta. A lo sumo, lo que HART es capaz de demostrar es que –dado que el lenguaje y el derecho están íntimamente interrelacionados– la textura abierta del lenguaje está presente en el derecho, pero más precisamente en el lenguaje en el cual el derecho está expresado. Más aún, lo anterior no significa que el derecho como un todo necesariamente es indeterminado o tenga textura abierta, ni que el derecho no esté preparado para lidiar con la indeterminación o textura abierta del lenguaje, al apelar a algo más allá del lenguaje mismo para poder asignar, atribuir o dar un sentido

¹⁹ Ver STANLEY, “Introduction”, en KELSEN, *Introduction to the problems of legal theory*, p. xxvi.

²⁰ KELSEN, *La teoría pura del derecho*, p. 137 (*Introduction to the problems of legal theory*, p. 83 y 84).

²¹ KELSEN, *La teoría pura del derecho*, p. 135 a 137 (*Introduction to the problems of legal theory*, p. 82 y 83).

o significado²². En términos de MANGABEIRA UNGER, esto no es sino una “falsa necesidad”²³.

Me permito aclarar; no negamos que el lenguaje (considerado como un todo) es indeterminado o tiene textura abierta ni que el derecho está expresado en (términos de) el lenguaje, pero soy escéptico en reducir el derecho a una forma de lenguaje y la racionalidad jurídica a una forma de racionalidad lingüística²⁴. Ciertamente, el lenguaje es usado para expresar proposiciones, en general, y proposiciones sobre derecho, proposiciones jurídicas, en particular, pero claramente el derecho no es idéntico a tales proposiciones ni al lenguaje. Del hecho de que el derecho es “identificado en palabras” que son “separadas verbalmente” o “verbalmente formuladas”²⁵ –explícita e incluso implícitamente– no se sigue que el derecho es (o puede ser) agotado por, ni es (o puede ser) reducido al lenguaje. En este sentido, estar o ser expresado en (términos de) el lenguaje es una condición necesaria pero no suficiente del derecho, y esa es la razón por la que el lenguaje no puede ser el único criterio en el derecho ni mucho menos el último.

De cualquier modo, proseguimos con el examen de los méritos y de méritos de la concepción de HART.

Primero, el citado autor –al igual que KELSEN– llega a la conclusión de que algún grado de indeterminación en el derecho es inevitable, ya que algunas –o muchas– veces es necesario dejar ciertos aspectos abiertos para su determinación posterior, y además es relativa. Sin embargo, HART –a diferencia de KELSEN– lo funda principalmente en la “textura abierta del lenguaje” y no en la “estructura jerárquica del derecho”²⁶.

Segundo, HART –análogo a KELSEN– sugiere que “el lenguaje general dotado de autoridad en que se expresa una regla solo puede guiar

²² FLORES, *Apuntes para una teoría –y práctica– del derecho judicial: Algunas reflexiones críticas sobre técnica jurídica*, “Reforma Judicial”, nº 7, ene.-jun., 2006, p. 11.

²³ Cfr. MANGABEIRA UNGER, *Social theory*.

²⁴ FLORES, “The problem about the nature of law vis-à-vis legal rationality revisited”, en WALUCHOW - SCIARAFFA (eds.), *The philosophical foundations of the nature of law*, p. 101 a 126.

²⁵ HART, *El concepto del derecho*, p. 157 y 158 (*The concept of law*, p. 122 y 123; *Postscript*, p. 125 y 126; *Introduction*, p. 125 y 126).

²⁶ HART, *El concepto del derecho*, p. 155 a 169 (*The concept of law*, p. 121 a 132; *Postscript*, p. 124 a 136; *Introduction*, p. 124 a 136).

de una manera incierta, tal como guía un ejemplo”²⁷, e identifica “dos obstáculos conectados entre sí”: “El primero es nuestra relativa ignorancia de los hechos; el segundo nuestra relativa indeterminación de propósitos”²⁸.

Tercero, HART –como Kelsen– llega a la conclusión de que alguna forma de discreción (elección) es inevitable pero, contrario al jurista austríaco, sostiene que esto se debe a la textura abierta del lenguaje –y para él también del derecho–. Para ese propósito, reintroduce el ejemplo de “No vehículos en el parque”²⁹.

En palabras de HART: “Frente al problema de si la regla que prohíbe el uso de vehículos en un parque es aplicable a una combinación de circunstancias en la que aquella aparece indeterminada, todo cuanto debe considerar el encargado de resolverlo –y en ello se encuentra en la misma posición que quien usa un precedente– es si el caso se asemeja ‘en grado suficiente’ al caso típico, en aspectos ‘relevantes’. El ámbito discrecional que le deja el lenguaje puede ser muy amplio; de modo que si bien la conclusión puede no ser arbitraria o irracional, es, en realidad, una elección”³⁰.

Cuarto, HART –similar a Kelsen– considera que la (in)determinación es una “cuestión de grado”: el derecho es determinado en algunas áreas e indeterminado en otras. Para el jurista austríaco el derecho es indeterminado dentro del marco y determinado fuera de éste: no es derecho en absoluto; y para el filósofo-jurídico británico el derecho es determinado en el centro o núcleo e indeterminado en la penumbra³¹.

²⁷ HART, *El concepto del derecho*, p. 158 (*The concept of law*, p. 124; *Postscript*, p. 127; *Introduction*, p. 127).

²⁸ HART, *El concepto del derecho*, p. 160 (*The concept of law*, p. 125; *Postscript*, p. 128; *Introduction*, p. 128) (el énfasis es nuestro).

²⁹ HART introduce este ejemplo en su conferencia magistral HOLMES en la Facultad de Derecho de Harvard “Positivism and the Separation of Law and Morals” de 1957, la cual fue publicada en “Harvard Law Review”, vol. 71, 1958, p. 593 a 629 (y reproducida en *Essays in jurisprudence and philosophy*, p. 49 a 87). La versión en español, “El positivismo jurídico y la separación entre derecho y moral”, en *Derecho y moral*, p. 1 a 64.

³⁰ HART, *El concepto del derecho*, p. 159 (*The concept of law*, p. 124; *Postscript*, p. 127; *Introduction*, p. 127).

³¹ KENNEDY, *Una alternativa de la izquierda fenomenológica a la teoría de la interpretación jurídica de Hart/Kelsen*, p. 364 (*Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, p. 371, y *Legal reasoning: Collected essays*, p. 154).

En palabras de HART, tal y como fueron introducidas originalmente en la conferencia magistral HOLMES en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard en 1957: “Una norma jurídica prohíbe introducir un vehículo en un parque público. Esta prohibición rige claramente para un automóvil, pero ¿qué decir de las bicicletas, patines, automóviles de juguete? ¿Qué decir de los aviones? ¿Deben o no ser considerados ‘vehículos’ a los fines de la regla? Si hemos de comunicarnos de algún modo con los demás, y si, como es el caso en las formas más elementales del derecho, hemos de expresar nuestras intenciones para que un cierto tipo de conducta esté reglado por normas, entonces es necesario que las palabras generales que usamos –tales como ‘vehículo’ en el supuesto que considero– tengan algún ejemplo típico respecto del cual no existan dudas acerca de la aplicación de aquellas. Tiene que haber un núcleo de significado establecido, pero también habrá una penumbra de casos discutibles en los que las palabras no resultan obviamente aplicables ni obviamente no aplicables”³².

Y, al final del Capítulo VI, “Los fundamentos de un sistema jurídico”, de su obra maestra *El concepto del derecho* en 1961 dice: “Todas las reglas importan reconocer o clasificar casos particulares como ejemplos de términos generales, y frente a cualquier regla posible es posible distinguir casos centrales claros, a los que ella sin duda se aplica, y otros casos en los que hay tantas razones para afirmar como para negar que se aplica. Es imposible eliminar esta dualidad de un núcleo de certeza y una penumbra de duda, cuando se trata de colocar situaciones particulares bajo reglas generales. Esto imparte a todas las reglas un halo de vaguedad o ‘textura abierta’”³³.

Quinto, HART –en paralelo a KELSEN– concluye que no hay, por lo menos en los casos periféricos, decisiones acertadas o respuestas correctas y apunta a la autoridad concedida a las personas que ejercen su discreción al realizar una elección y a su finalidad (no infalibilidad): “Pueden suscitarse cuestiones [...] que no tengan, hasta ese momento, una elección, hecha por alguien a cuyas decisiones, en esta materia, se les ha reconocido, eventualmente, autoridad”³⁴. En este punto, conviene tener presente que HART había declarado magis-

³² HART, *El positivismo jurídico*, p. 25 y 26 (*Positivism*, p. 607).

³³ HART, *El concepto del derecho*, p. 152 y 153 (*The concept of law*, p. 119 y 120; *Postscript*, p. 123; *Introduction*, p. 123).

³⁴ HART, *El concepto del derecho*, p. 186 (*The concept of law*, p. 146; *Postscript*, p. 150; *Introduction*, p. 150).

tralmente no solamente que “en un juego común ‘el *score* es lo que el tanteador [*i.e. scorer*]³⁵ dice que es’ no es la regla de tanteo: es una regla que establece que la aplicación de la regla de tanteo a los casos particulares hecha por el tanteador tiene autoridad y carácter definitivos”³⁶, sino también “el ‘tanteador’ [*i.e. ‘scorer’*] puede incurrir en errores honestos”³⁷.

§ 3. **HART ENTRE...**

Hasta aquí, HART y KELSEN están de acuerdo en la pretensión de que la “indeterminación” en el derecho es inevitable y relativa, pero están en desacuerdo en las razones para fundamentar su pretensión: la indeterminación resulta para el primero de la “textura abierta del lenguaje” y para el último de la “estructura jerárquica del derecho”. Adicionalmente, parecen diferir respecto de las implicaciones sobre la certeza jurídica. En mi opinión, por un lado, KELSEN, al calificarla como una mera “ilusión”, tira al bebé con el agua sucia (o peor aún tira al bebé y conserva el agua sucia)³⁸: la interpretación del derecho es incierta, indeterminación epistémica, y más o menos incompleta, indeterminación sistémica. Por otro lado, HART, al pararse sobre los hombros de la teoría de la predicción de HOLMES³⁹, la defien-

³⁵ Aun cuando la traducción de GENARO R. CARRIÓ me parece muy buena, por no decir excelente, resulta que en este punto traduce “scorer” como “tanteador”, lo cual si bien puede referirse efectivamente a la persona que lleva el marcador, también puede entenderse como el resultado de un partido, así como el marcador, aparato o tablero en que se contabilizan los tantos de cada equipo.

³⁶ HART, *El concepto del derecho*, p. 179 (*The concept of law*, p. 140; *Post-script*, p. 144; *Introduction*, p. 144).

³⁷ HART, *El concepto del derecho*, p.177 (*The concept of law*, p. 139; *Post-script*, p. 142 y 143; *Introduction*, p. 142 143).

³⁸ HART usó esta expresión al referirse a ROBERT NOZICK, *Anarchy, State and utopia* (la versión en español: *Anarquía, Estado y utopía*) Vid. HART, 1776-1976: *Law in the perspective of philosophy*, “New York Law Review”, vol. 51, 1976, p. 538 a 551 (y reproducido en *Essays in jurisprudence and philosophy*, p. 145 y 158). La versión en español, *El derecho en la perspectiva de la filosofía: 1776-1976*, “Boletín Mexicano de Derecho Comparado”, nueva serie, año XI, nº 33, sep.-dic., 1978, p. 313 a 329. “Otras teorías –quizá la del profesor Nozick entre ellas– lo han hecho peor, esto es, han tirado al bebé y han conservado el agua de la bañera” (p. 322).

³⁹ Ver HOLMES, *The path of the law*, “Harvard Law Review”, vol. 10, 1897, p. 457 a 478, y reproducido en vol. 110, nº 5, 1997, p. 991 a 1009 (la versión en español, *La senda del derecho*): “Si queréis conocer el derecho y nada más, mirad el problema

de como una cuestión de grados: la interpretación es más o menos incierta, indeterminación epistémica, y más o menos incompleta, indeterminación sistémica, al depender de la textura abierta del lenguaje.

Como ya mencionamos, esta estrategia le permite a HART situarse aparentemente en algún lugar en el centro virtuoso entre dos extremos viciosos: 1) formalismo y antiformalismo, y 2) realismo e idealismo.

a) *EL FORMALISMO Y EL ESCEPTICISMO ANTE LAS REGLAS.* Por un lado, HART reconoce algún mérito tanto al formalismo, al estar de acuerdo que hay algunos casos centrales –o paradigmáticos– que caen dentro del centro o núcleo de certeza o de sentido establecido, pero no está de acuerdo en que todos los casos son claros y precisos, como al escepticismo, ante las reglas al argumentar que hay otros casos periféricos que caen en una penumbra de duda o de significado no establecido, pero asiente que no todos los casos son imprecisos o no claros. En ese sentido, ante la prohibición “No vehículos en el parque”, no solo distingue entre casos claros y previstos (tales como el “automóvil” o el “coche de motor”, el “camión”, y la “motocicleta”) y casos no claros o imprevistos (tales como la “bicicleta”, los “patines” y el “automóvil de juguete” o el “coche de motor impulsado eléctricamente”)⁴⁰, sino también insiste en la existencia de la “necesidad de un ejercicio adicional de elección en la aplicación de reglas generales a casos particulares”⁴¹.

De hecho, el “vicio” atribuible al “formalismo o conceptualismo” consiste en una actitud hacia las reglas verbalmente formuladas que procuran encubrir y minimizar la necesidad de tal elección, una

con los ojos del mal hombre, a quien solo le importan las consecuencias materiales que gracias a ese conocimiento puede predecir; no con los del buen hombre, que encuentra razones para su conducta –dentro o fuera del derecho– en los mandamientos de su conciencia” (*La senda del derecho*, p. 18 y 19; *The path of the law*, p. 993 y 994): “Pero si adoptamos el punto de vista de nuestro amigo el mal hombre, veremos que a éste le importan un bledo los axiomas o deducciones, pero que en cambio le interesa saber qué es lo que en efecto han de resolver probablemente los tribunales... Yo opino de manera bastante parecida. Yo entiendo por ‘derecho’ las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto; nada más ni nada menos”.

⁴⁰ HART, *El positivismo jurídico*, p. 25 (*Positivism*, p. 607). Ver también, HART, *El concepto del derecho*, p. 161 (*The concept of law*, p. 125 y 126; *Postscript*, p. 129; *Introduction*, p. 129).

⁴¹ HART, *El concepto del derecho*, p. 161 (*The concept of law*, p. 126; *Postscript*, p. 129; *Introduction*, p. 129).

vez que la regla general ha sido establecida”⁴². Análogamente, es el trato equivocado a otra (igualmente importante) necesidad, la cual constituye el “vicio” atribuible a escepticismo ante las reglas: una actitud de formular reglas verbalmente, la cual busca desvelar y maximizar la necesidad de tal elección, al extremo de que la regla general establecida no hace nada en absoluto, no proporciona una pauta como tal⁴³. Por el contrario, para evitar la oscilación entre ambos extremos, HART propone un compromiso virtuoso entre dos necesidades sociales, y sugiere: “De hecho todos los sistemas, de maneras diferentes, se comprometen entre dos necesidades sociales: la necesidad de normas ciertas que puedan, a través de grandes áreas de conducta, ser seguramente aplicadas por los individuos privados a sí mismos sin necesidad de recomendaciones oficiales o ponderar problemas sociales, y la necesidad de dejar abiertas, para acordar posteriormente una informada elección oficial, cuestiones que puedan ser únicamente apreciadas y discutidas cuando surjan del caso concreto”⁴⁴.

Está claro que la “textura abierta del lenguaje” permite a HART respetar la primera necesidad social y responder a la segunda, al apelar a un ejercicio posterior e informado de “elección oficial” o “discreción”: “En todo sistema jurídico hay un importante y amplio campo abierto al ejercicio de la discreción por los tribunales y por otros funcionarios, quienes la ejercen fijando el contenido de criterios o pautas inicialmente vagos, resolviendo las incertidumbres de las leyes, o desarrollando y acondicionando las reglas que solo han sido comunicadas en forma muy general por los precedentes revestidos de autoridad”⁴⁵.

Al final, HART considera que nos encontramos ante un “dilema”: “O las reglas son lo que serían en el paraíso del formalista y ellas su-

⁴² HART, *El concepto del derecho*, p. 161 (*The concept of law*, p. 126; *Postscript*, p. 129; *Introduction*, p. 129).

⁴³ HART, *El concepto del derecho*, p.170 (*The concept of law*, p. 133; *Postscript*, p. 136; *Introduction*, p. 136): “Sin embargo, ‘el escepticismo ante las reglas’, o la pretensión de que hablar de reglas es un mito que oculta la verdad de que el derecho consiste simplemente en las decisiones de los tribunales y en la predicción de ellas, puede ejercer una atracción poderosa sobre la sinceridad de los juristas”.

⁴⁴ HART, *El concepto del derecho*, p. 162 (*The concept of law*, p. 127; *Postscript*, p. 130; *Introduction*, p. 130).

⁴⁵ HART, *El concepto del derecho*, p. 169 (*The concept of law*, p. 132 y 133; *Postscript*, p. 136; *Introduction*, p. 136).

jetan como cadenas; o bien no hay reglas, sino únicamente decisiones predecibles o tipos de acción predecible”⁴⁶.

En ese sentido, sugiere: “El formalismo y el escepticismo ante las reglas son el Escila y Caribdis de la teoría jurídica; son grandes exageraciones, que resultan saludables cuando se corrigen entre sí. La verdad se encuentra en el medio. Es mucho, ciertamente, lo que hay que hacer –y no lo podemos intentar aquí– para caracterizar en forma detallada esa vía intermedia, y para mostrar los diversos tipos de razonamientos que los tribunales característicamente usan al cumplir la función creadora que les dejala textura abierta del derecho en la ley o en el precedente”⁴⁷.

b) *LA PESADILLA Y EL SUEÑO NOBLE*. Por otro lado, HART reconoce los méritos tanto de la pesadilla, al estar de acuerdo en que en algunos casos los jueces crean el derecho que aplican a los litigantes, pero no está de acuerdo en que ellos nunca declaran el derecho existente⁴⁸; como del sueño noble, al argumentar que en algunos casos los jueces no hacen derecho y declaran el derecho existente, pero asiente que algunas veces ellos crean derecho y no declaran el derecho existente –ya que no hay derecho existente a ser declarado–. En ese sentido, para él, la jurisprudencia estadounidense “ha oscilado entre dos extremos con numerosos puntos intermedios”⁴⁹. De cualquier modo, HART reconoce: “En los casos ante los jueces, los litigantes se consideran con derecho a recibir una aplicación del derecho existente a sus disputas, no nuevas leyes hechas por ellos”. Y procede no solo a delinear la imagen del juzgador –a partir de lo dicho por LORD RADCLIFFE– como un “declarante del derecho imparcial, erudito, objetivo y experimentado”, sino también de distinguirlo de la imagen muy diferente del legislador: el creador del derecho⁵⁰.

⁴⁶ HART, *El concepto del derecho*, p. 173 (*The concept of law*, p. 136; *Postscript*, p. 139; *Introduction*, p. 39).

⁴⁷ HART, *El concepto del derecho*, p. 183 (*The concept of law*, p. 144; *Postscript*, p. 147; *Introduction*, p. 147).

⁴⁸ HART, *Una mirada inglesa*, p. 331 (“American jurisprudence”, p. 127): “En el punto de vista de la pesadilla [...] los jueces crean el derecho que aplican a los litigantes y no son imparciales y objetivos promulgadores del derecho existente”. “Como si la aplicación fuera esencialmente una forma de crear derecho, nunca una cuestión de declaración del derecho existente” (p. 128).

⁴⁹ HART, *Una mirada inglesa*, p. 329 (“American jurisprudence”, p. 125).

⁵⁰ HART, *Una mirada inglesa*, p. 330 y 331 (“American jurisprudence”, p. 126) (referencias omitidas).

En la visión de la pesadilla –identificada con el movimiento del realismo jurídico estadounidense de los años veinte y treinta, pero la caracterización es igualmente aplicable al movimiento de estudios críticos-jurídicos de los tardíos setentas y mediados de los ochentas y otras teorías críticas desde entonces–⁵¹ la distinción entre el juzgador y el legislador es una mera ilusión. Los realistas jurídicos estadounidenses –especialmente FRANK y LLEWELLYN– según HART “estaban concentrados en resaltar las oportunidades legislativas de los tribunales y en disipar los mitos del pensamiento convencional, los cuales, ellos creían, oscurecían a estas”⁵² y su principal objetivo era convencer a muchos jueces y juristas de dos cosas⁵³.

“Primero, que debían sospechar siempre, aunque finalmente no siempre la rechazarán, de cualquier pretensión de que las normas jurídicas existentes o los precedentes eran requerimientos suficientemente fuertes y completos para determinar lo que la decisión de un tribunal debe ser sin otras consideraciones extrajurídicas; y segundo, que los jueces no deben buscar introducir silenciosamente, ‘de contrabando’, sus propias concepciones de los fines de las normas jurídicas o de la justicia o de políticas sociales o de otros elementos extrajurídicos requeridos para la decisión, sino que deben identificarlos y discutirlos abiertamente”.

Por el contrario, en la versión del sueño noble –representado originalmente por ROSCOE POUND, entre otros, y en una visión más contemporánea por RONALD DWORKIN– la distinción entre el legislador y el juzgador, así como de sus respectivas funciones, crear el derecho –*ius dare*– y declarar el derecho –*ius dicere*– es aun muy significativa⁵⁴.

⁵¹ Ver, v.gr., BIX, *Jurisprudence: Theory and context*, p. 177 a 187, y 217 a 236 (la versión en español, *Filosofía del derecho: ubicación de los problemas en su contexto*, 2010, p. 223 a 236, y 275 a 302).

⁵² HART, *Una mirada inglesa*, p. 335 (“American jurisprudence”, p. 131).

⁵³ HART, *Una mirada inglesa*, p. 336 (“American jurisprudence”, p. 132).

⁵⁴ FLORES, “Sobre las formas y los límites de la legislación”, en VALADÉS - CARBONELL (COORDS.), *El Estado constitucional contemporáneo*, t. I, p. 272 a 277, y “Estado de derecho y legislación: el problema de la regla de la mayoría”, en LABASTIDA - ARÉCHIGA (COORDS.), *Identidad y diferencia*, vol. I, p. 153 a 157. Ver, también, “The quest for jurisprudence: Constitutionalism v. Legalism”, en WINTENGS (ED.), *The theory and practice of legislation*, p. 46 y 47; *Legisprudence: the forms and limits of legislation*, “Problema, Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho”, vol. 1, 2007, p. 257 a 260, y *Legisprudence: The role and rationality of legislators –vis-à-vis judges– towards the realization of justice*, “Mexican Law Review”, vol. 1, n° 2, 2009, p. 100 a 106.

En ese sentido, HART sugiere que el sueño noble: “Como su antítesis, la pesadilla, tiene muchas variantes, pero en todas sus formas representa la creencia, tal vez la fe, en que, a pesar de la apariencia superficial de lo contrario y a pesar, incluso, de completos periodos de aberraciones y equivocaciones judiciales, todavía se puede ofrecer una explicación y una justificación de la expectativa común de los litigantes, de acuerdo a la cual los jueces deben aplicar a sus casos el derecho existente y no hacer para ellos leyes nuevas aun cuando el texto de las provisiones constitucionales específicas, disposiciones legislativas u otros precedentes disponibles parezca no ofrecer una guía determinada. Ello viene acompañado por la creencia en la posibilidad de justificar muchas otras cosas, tales como la forma de los argumentos de los juristas, las cuales, compartiendo similares expectativas, son dirigidas en los tribunales a los jueces como si estuviera buscando, no creando, el derecho. El hecho de que cuando los tribunales dejan de lado una decisión pasada, la decisión nueva es normalmente tratada como estableciendo lo que el derecho siempre ha sido, y como si corrigiera un error, y se produce una operación retrospectiva; y finalmente, el hecho de que el lenguaje de una decisión judicial no es tratado, como ocurre con el lenguaje de un texto legal, como el texto canónico de un acto verbal creador de derecho”⁵⁵.

Finalmente concluye: “He retratado la teoría del derecho norteamericana como acosada por dos extremos, la pesadilla y el sueño noble: el punto de vista de que los jueces siempre crean y nunca encuentran el derecho que imponen a las partes en el proceso, y el punto de vista opuesto, según el cual nunca los jueces crean derecho. Como otras pesadillas y otros sueños, los dos son, en mi opinión, ilusiones, aunque tienen muchas cosas que enseñar a los juristas en sus horas de vigilia. La verdad, tal vez trivial, es que a veces los jueces hacen una cosa y otras veces otra”⁵⁶.

§ 4. *ESCILA Y CARIBDIS RECONSIDERADOS*

Me permito comenzar esta sección por recordar la caracterización de HART del formalismo y del antiformalismo como “el Escila y Caribdis de la teoría jurídica” y su insinuación de que “la verdad se en-

⁵⁵ HART, *Una mirada inglesa*, p. 336 y 337 (“American jurisprudence”, p. 132 y 133).

⁵⁶ HART, *Una mirada inglesa*, p. 348 (“American jurisprudence”, p. 144).

cuentra en el medio [...] al mostrar los diversos tipos de razonamientos que los tribunales característicamente usan al cumplir la función creadora que les deja la textura abierta del derecho en la ley o en el precedente”⁵⁷. Por cierto, la representación es igualmente aplicable al realismo (la pesadilla) y al idealismo (el sueño noble), y a su sugerencia de que “como otras pesadillas y otros sueños, los dos son [...] ilusiones, aunque tienen muchas cosas que enseñar a los juristas en sus horas de vigilia. La verdad, tal vez trivial, es que a veces los jueces hacen una cosa y otras veces otra”⁵⁸.

Vale la pena mencionar que Escila y Caribdis son dos monstruos marinos míticos, asociados con dos rocas, retratados por HOMERO en *La odisea*⁵⁹. El primero fue descrito como un monstruo de seis cabezas con tres filas de dientes, que vivía en una caverna en el acantilado más alto; y el último como un monstruo, el cual succionaba grandes cantidades de agua, creaba un remolino y que además vivía cerca de una higuera con denso follaje en el acantilado inferior. Ambos eran considerados como peligros marítimos localizados lo suficientemente cerca el uno del otro. Por lo que representaba una amenaza ineludible para los marineros que pasaban, y que al evitar a Caribdis pasaban demasiado cerca de Escila y viceversa. En ese sentido, Odiseo –al seguir el consejo de Circe–⁶⁰ optó por pasar junto a Escila, con lo cual perdió solo a algunos marineros, en lugar de arriesgarse a perder la embarcación completa en el remolino: “Y a ti, piloto, voy a darte una orden que fijarás en tu memoria, puesto que gobiernas el timón de la cóncava nave. Apártala de ese humo y de esas olas, y procura acercarla al escollo, no sea que la nave se lance allá, sin

⁵⁷ HART, *El concepto del derecho*, p. 169 (*The concept of law*, p. 132 y 133; *Postscript*, p. 136; *Introduction*, p. 136).

⁵⁸ FLORES, “Sobre las formas y los límites de la legislación: A propósito de la constitucionalidad de una reforma constitucional”, en VALADÉS - CARBONELL (coords.), *El Estado constitucional contemporáneo*, t. I, p. 272 a 277, y “Estado de derecho y legislación: el problema de la regla de la mayoría”, en LABASTIDA - ARÉCHIGA (coords.), *Identidad y diferencia*, vol. I, p. 153 a 157. Ver, también, “The quest for jurisprudence: Constitutionalism v. Legalism”, en WINTENGS (ed.), *The theory and practice of legislation: Essay son jurisprudence*, p. 46 y 47; *Legisprudence: The forms and limits of legislation*, “Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho”, vol. 1, p. 257 a 260, y *Legisprudence: The role and rationality of legislators –vis-à-vis judges– towards the realization of justice*, “Mexican Law Review”, vol. 1, nº 2, p. 100 a 106.

⁵⁹ Ver HOMERO, *La odisea*, Libro XII, 73-259, p. 89 a 91.

⁶⁰ HOMERO, *La odisea*, 108-10, p. 89.

que tú lo adviertas, y a todos nos lleves a la ruina”⁶¹. En palabras de ARISTÓTELES: “De los dos extremos, en efecto, el uno induce más a error, el otro menos. Por lo tanto, y puesto que dar en el medio es extremadamente difícil, debemos como en una segunda navegación, según suele decirse, tomar de los males los menos”⁶².

Mi argumento es que la “textura abierta del lenguaje” permite a HART colocarse, aparentemente, en algún lugar entre los dos extremos, al abogar por una indeterminación moderada, el derecho es a veces determinado y otras veces indeterminado, y al cuestionar tanto una determinación radical, es decir el derecho siempre es determinado o nunca indeterminado, como una indeterminación radical, esto es el derecho siempre es indeterminado o nunca determinado. Sin embargo, al caracterizar el ejercicio de la discreción o elección –requerido para enfrentar la indeterminación moderada– como legislativo, la posición de HART –como la de Odiseo– coincide con uno de los extremos, Escila, el mal menor, pero falla en alcanzar el término medio, al sugerir que en esos casos, los jueces legislan. El problema es: si existe o hay una posición verdaderamente intermedia, un camino en medio, o no.

En pocas palabras, HART afirma que una “actividad judicial creadora”⁶³ es requerida para enfrentar la indeterminación moderada y esta ciertamente implica discreción, pero el problema es que él, equipara “creativo” a “legislativo” y “discreción judicial” a “legislación judicial”.

En opinión de HART: “Las normas jurídicas exigen interpretación para ser aplicadas a los casos concretos, y una vez que el estudio realista disipa los mitos que oscurecen la naturaleza de los procesos judiciales, se hace patente [...] que la textura abierta del derecho deja un vasto campo para una actividad creadora que algunos llaman legislativa. Al interpretar las leyes o los precedentes, los jueces no están limitados a la alternativa entre una elección ciega y arbitraria, por un lado, y la deducción ‘mecánica’, a partir de reglas con significado predeterminado, por otro. Con mucha frecuencia su elección está orientada por el presupuesto de que el propósito de las reglas que interpretan es razonable, de modo que tras las reglas no hay la inten-

⁶¹ HOMERO, *La odisea*, 217-21, p. 91.

⁶² ARISTÓTELES, *Ética nicomaquea*, Libro II, Cap. IX, 1109a 33-5, p. 45.

⁶³ HART, *El concepto del derecho*, p. 167 (*The concept of law*, p. 131; *Postscript*, p. 134; *Introduction*, p. 134).

ción de cometer una injusticia o de atentar contra principios morales establecidos... En este punto los jueces pueden hacer una elección que no es arbitraria ni mecánica; y aquí suelen desplegar virtudes judiciales características que son especialmente peculiares de decisión jurídica, lo que explica por qué algunos se resisten a calificar de ‘legislativa’ a tal actividad judicial”⁶⁴.

Al respecto, aceptamos que los jueces realizan una “actividad judicial creativa” no solo al crear una norma individualizada que es aplicada al caso concreto, sino también al crear, al mismo tiempo, un criterio o precedente de interpretación que puede ser aplicado a casos futuros⁶⁵. Sin embargo, rechazamos que dicha “actividad judicial creativa” constituya necesariamente una actividad “legislativa”.

Por cierto, HART caracteriza erróneamente “dos tipos de actividad creativa o legislativa”: “Por una parte, los tribunales que resuelven un caso posterior pueden llegar a una decisión contraria a la de un precedente restringiendo la regla extraída de éste, y acogiendo alguna excepción antes no considerada, o que si lo fue, quedó abierta. Este proceso de ‘distinguir’ el caso anterior implica hallar alguna diferencia jurídicamente relevante entre aquél y el caso presente, y la clase de tales diferencias nunca puede ser determinada en forma exhaustiva. Por otra parte, al seguir un precedente los tribunales pueden dejar a un lado una restricción que aparece en la regla tal como fue formulada en el caso anterior, en base a que ella no es exigida por ninguna regla establecida por la ley o por un precedente previo. Hacer esto es ampliar la regla”⁶⁶.

De igual forma, admitimos que tanto la restricción como la ampliación de la norma son producto de una “actividad judicial creativa”, resultante de la interpretación de una norma preexistente, pero negamos que sea equiparable a la creación legislativa de una (nueva) norma o al cambio cuasilegislativo de la norma existente. En ambos casos, tanto en la restricción como en la ampliación, ya hay una norma existente, cuyo alcance es restringido o ampliado mediante la

⁶⁴ HART, *El concepto del derecho*, p. 252 y 253 (*The concept of law*, p. 200; *Postscript*, p. 204 y 205; *Introduction*, p. 204 y 205).

⁶⁵ En realidad, las legislaturas, especialmente en los países del *common law*, delegan una autoridad limitada a las cortes al grado de que pueden ser descriptos como sistemas de derecho creado por los jueces o judicial por la vía de la interpretación pero no necesariamente como legislación judicial.

⁶⁶ HART, *El concepto del derecho*, p. 168 (*The concept of law*, p. 131; *Postscript*, p. 135; *Introduction*, p. 135).

interpretación, pero la norma no es creada ni cambiada de la nada mediante legislación o cuasilegislación. De modo similar, argüimos que en los casos donde hay lagunas jurídicas a ser colmadas o llenadas, el juez ejercita una “actividad judicial creativa” e interpretativa para declarar el derecho existente o, más precisamente, para cubrir las lagunas con material jurídico preexistente, incluidos principios y objetivos o propósitos. Lo que es más, cuando los tribunales anulan una decisión previa, por ejemplo, “Plessy v. Ferguson” con “Brown v. Board of Education”, me parece que estos no hacen necesariamente (nuevo) derecho ni cambian el existente, pero reconocen una equívocación previa en la interpretación del derecho al corregir o enmendarla⁶⁷.

No obstante, la respuesta de HART en el *Postscriptum*, acerca de la “discreción judicial”, consiste en que los jueces tienen poderes creadores de derecho y, en consecuencia, considera que es una forma de “legislación judicial”⁶⁸.

“En cualquier orden jurídico habrá siempre ciertos casos jurídicamente no regulados en los cuales, en algún punto, el derecho no da ninguna solución en ningún sentido y el derecho es, consecuentemente, parcialmente indeterminado o incompleto. Si en tales casos el juez tiene que pronunciar una resolución y no, como BENTHAM alguna vez sostenía, declararse incompetente o referir los asuntos no regulados por el derecho existente a la legislatura para que decida, el juez tiene que ejercer su discreción y crear derecho para el caso, en vez de aplicar meramente el derecho preexistente ya establecido. De esta manera, en tales casos jurídicamente imprevistos o no regulados el

⁶⁷ HART, *El concepto del derecho*, p. 186 (*The concept of law*, p. 146; *Postscript*, p. 150; *Introduction*, p. 150). No negamos que haya un cambio en el estado de las cosas, pero afirmamos que es correctivo de una interpretación previa equivocada y que como tal no es legislativo ni cuasilegislativo sino interpretativo. Consideren, por ejemplo, los votos particulares de los ministros John Marshall Harlan en “Plessy v. Ferguson”, y tanto el suyo como el de Oliver Wendell Holmes Jr. en “Lochner v. New York”. En ambos casos, los votos particulares: primero, denuncian un error honesto en la interpretación realizada por la mayoría, la cual a pesar de todo pasa por el derecho; y, luego, se convierten en la parte prevaleciente de la interpretación de la Corte, misma que viene a abandonar y hasta corregir la interpretación previa. Ver “There is no cast here y Room for debate and for an honest difference of opinion”, en TUSHNET (ed.), *I dissent. Great opposing opinions in Landmark Supreme Court cases*, p. 69 a 92.

⁶⁸ HART, *Post scriptum al concepto de derecho*, p. 54 (*Postscript*, p. 272; *Introduction*, p. 272).

juez crea nuevo derecho y [también] aplica el derecho establecido el cual confiere y constriñe sus poderes de creación del derecho”.

Y, además, sugiere que dichos poderes legislativos son “intersticiales”: “Es importante observar que el poder jurídico creador que adscribo a los jueces para regular casos dejados parcialmente no regulados por el derecho es diferente del [que dispone] una legislatura: no solo porque los poderes del juez están sometidos a muchas restricciones que estrechan sus opciones, restricciones de las cuales una legislatura podría estar completamente libre, sino porque, toda vez que los poderes del juez son ejercidos únicamente para casos particulares que surgen, no puede usarlos para introducir reformas de gran escala o nuevos códigos. De esta manera, sus poderes son intersticiales y sujetos a muchas limitaciones sustantivas. Como quiera que sea, habrá cuestiones donde el derecho existente no puede proporcionar ninguna solución correcta y para resolver casos donde esto es así, el juez tiene que ejercer su poder jurídico creador”⁶⁹.

La parte de la réplica de HART referente a las “restricciones”, lo posiciona en realidad muy cerca de KELSEN —e incluso de KENNEDY⁷⁰—. Más aún, la insistencia de HART sobre la naturaleza de dichos poderes de creación del derecho como intersticial, pero legislativa todavía⁷¹, lo pone de nuevo sobre los hombros de HOLMES: “reconozco sin vacilación que los jueces legislan y deben hacerlo, pero también que ellos solamente pueden hacerlo intersticialmente; están confinados desde

⁶⁹ HART, *Post scriptum al concepto de derecho*, p. 56 (*Postscript*, p. 273; *Introduction*, p. 273).

⁷⁰ De hecho, KENNEDY —en un intento de separarse a sí mismo y al movimiento de estudios críticos jurídicos del movimiento del realismo jurídico estadounidense— ha insistido en que la indeterminación que él tiene en mente no es radical, pues la adjudicación implica tanto “libertad” como “restricción”, con lo cual se trata de acercar a la tesis de la indeterminación moderada tanto de HART como de KELSEN. KENNEDY, *Una alternativa de la izquierda fenomenológica a la teoría de la interpretación jurídica de Hart/Kelsen*, p. 363 a 385 (*Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, p. 371 a 383, y *Legal reasoning: Collected essays*, p. 153 a 173). Ver, también, *Freedom and constraint in adjudication: A critical phenomenology*, “Journal of Legal Education”, vol. 36, 1986, p. 518 a 562, y reproducido en *Legal reasoning*, p. 11 a 85 (La versión en español, *Libertad y restricción en la decisión judicial*).

⁷¹ HART, “Introduction”, en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, p. 6: “En cualquier sistema jurídico moderno debe haber muchas ocasiones en las cuales el derecho establecido fracasan al dictar una decisión en un sentido o en el otro, al grado tal que si las cortes deben decidir tales casos ellas deben ejercer un poder creativo ‘intersticial’ limitado, o ‘discreción’” (La traducción es nuestra).

‘mociones molares hasta moleculares’⁷². Sin embargo, el hecho de ser intersticial no cancela que sea legislativo. Como se pueden imaginar, nuestro sentir es que HART –al apelar a una forma de discreción que equipara lo creativo a lo legislativo– pierde una importante distinción, y parece que estamos en peligro si también la perdemos de vista. La distinción que tengo en mente es entre una “actividad judicial creativa”: “interpretativa” e “inventiva” (o “legislativa”), las cuales corresponden a una forma “débil” y “fuerte” de discreción⁷³, entre la discreción débil para interpretar el derecho (existente) –e incluso los principios y objetivos o propósitos implícitos– a ser aplicados al caso concreto y la discreción fuerte para inventar (o legislar) el (nuevo) derecho (e incluso cambiar el derecho –existente–).

Después de todo, HART admite: “Los jueces no arrojan sus libros de derecho y empiezan a legislar sin ninguna guía del derecho. Muy frecuentemente, al decidir tales casos, los jueces citan algún principio general o algún objeto o propósito general, con el que alguna área considerablemente relevante del derecho existente puede ser entendida, como ejemplificando o anunciando una solución determinada, en qué cuestiones, para el caso difícil que surge”⁷⁴.

De hecho, reconsideremos el ejemplo de HART, “No vehículos en el parque”⁷⁵. Imaginemos que un día un chico, llamado Freddie, quien lo único que quiere hacer es andar en bicicleta, llega a un parque con ésta y es prevenido de hacerlo por la autoridad, el cuidador del parque o un policía, quien le señala la prohibición. Supongamos que su madre, la señora Mercury, impugna la decisión en su nombre y alcanza un punto en el que un juzgador, con autoridad final, debe

⁷² “SouthernPacific v. Jensen”, 244 US 205, 221 (1917) (HOLMES, voto particular). HART, *Una mirada inglesa*, p. 332 (“American jurisprudence”, p. 128).

⁷³ Si bien estoy consciente que DWORKIN introdujo la distinción entre dos formas de discreción “débil” y “fuerte”, me voy a distanciar de su versión para tratar de desarrollarla en una forma consistente con la de HART y con una verdadera posición intermedia o término medio. DWORKIN, *The model of rules*, “University of Chicago Law Review”, vol. 35, 1967, p. 14 a 46, reproducido como “Is law a system of rules?”, en SUMMERS (ed.), *Essays in legal philosophy*, p. 25 a 60. La versión en español, *¿Es el derecho un sistema de reglas?*, reproducido también como “The model of rules I”, en *Taking rights seriously*, p. 14 a 45. La 2ª ed. con *Appendix: Reply to Critics*, 1978. La versión en español, *Los derechos en serio*.

⁷⁴ HART, *Post scriptum al concepto de derecho*, p. 58 (*Postscript*, p. 274; *Introduction*, p. 274).

⁷⁵ HART, “El positivismo jurídico y la separación entre derecho y moral”, en *Derecho y moral*, p. 1 a 64.

resolver la disputa. Es claro que la palabra “vehículos” es vaga, pero las bicicletas son típicamente incluidas en los vehículos, sin embargo no es claro si la prohibición incorpora a las bicicletas o no. ¿Qué esperamos que haga el juzgador? En otras palabras, ¿esperamos que el juzgador actúe como si fuera el legislador para cambiar (o reformar) el derecho existente o de plano inventar (y legislar) un (nuevo) derecho? O bien, ¿esperamos que el juzgador aplique (e interprete) el derecho preexistente y para tal efecto apele no solamente a los principios sino además a los objetivos o propósitos? Alternativamente, ¿esperamos que el juzgador ejercite una discreción fuerte caracterizada como inventiva (y legislativa) para ir en cualquier dirección? O bien, ¿esperamos que ejercite una discreción débil concebida como interpretativa para ir en busca de la solución prevista por el derecho? En mi opinión, esperamos que el juzgador ejercite una discreción débil e interpretativa, al apelar no solo a los principios sino también a los objetivos o propósitos. En ese sentido, ante la pregunta abstracta cuál es o cuáles son los objetivos o propósitos que se persiguen con la prohibición. En mi opinión, el juzgador determinará que el objetivo o propósito es la protección de los usuarios del parque de ciertas formas de vehículos que pueden causarles un daño o representen un peligro o riesgo innecesario. Ahora bien, ante la pregunta concreta de si un chico que anda en bicicleta puede causarles un daño o representar un peligro o riesgo innecesario, o bien, si el hecho de andar en bicicleta es compatible o no con los demás usuarios quienes van al parque a hacer ejercicio, caminar o pasear, y hasta descansar. Así, podemos suponer que el juzgador determinará que el andar en bicicleta *per se* no causa un daño ni representa un peligro o riesgo innecesario, pues es compatible con los demás usuarios quienes van al parque a hacer ejercicio, caminar o pasear, y hasta descansar, y, por esa razón, concluiría que *prima facie* la prohibición “No vehículos en el parque” no aplica a las bicicletas⁷⁶.

§ 5. **CONCLUSIÓN**

Tomar la distinción seriamente implica que los jueces en lugar de ejercer una “discreción fuerte” y ponerse a inventar (y legislar), opten

⁷⁶ Me permito avanzar que la “discreción débil e interpretativa” propuesta en este texto, como una forma de reconsiderar la tesis de la indeterminación moderada del derecho, al apelar no solo a los principios sino también a los objetivos o propósitos implica reconsiderar las otras dos tesis identificadas al inicio; a saber: el concepto del derecho como un (complejo) modelo de reglas, la unión de reglas primarias y secundarias, y la separación entre derecho y moral.

por ejercer una “discreción débil” y se pongan a interpretar mediante la apelación a principios, así como a objetivos y propósitos. El problema para HART –y sus seguidores– es que esta posición intermedia o término medio, interpretación creativa, “discreción débil e interpretativa”, entre los dos extremos representados por la interpretación no-creativa, es decir aplicación deductiva o mecánica, y la legislación (judicial) creativa, esto es “discreción fuerte e inventiva (y legislativa)”, hacen eco de la “interpretación constructiva” de su archienemigo, como el mismo admite: “Esto realmente constituye el verdadero núcleo de una ‘interpretación constructiva’, la cual es un rasgo tan característico de la teoría de la judicación de DWORKIN (*sic*). Pero aunque este procedimiento ciertamente pospone el momento de la creación jurídica judicial, no la elimina; puesto que en cualquier caso difícil principios diferentes que respaldan analogías en conflicto pueden presentarse también y un juez frecuentemente tendrá que escoger entre ellos confiando, como [lo haría] un legislador consciente, en su sentido de lo que es mejor y no en ningún orden ya establecido de prioridades prescriptas por el derecho. Solo si para todos estos casos hubiera siempre que encontrar en el derecho existente un único conjunto de principios de orden superior que asignaran pesos relativos o prioridades a tales principios competitivos de orden inferior, la importancia de la creación jurídica judicial no sería meramente diferida, sino eliminada”⁷⁷.

BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES, *Ética nicomaquea*, trad. A. GÓMEZ ROBLEDOS, México, UNAM, 1954.
- BIX, BRIAN, *Filosofía del derecho: ubicación de los problemas en su contexto*, trad. I. B. FLORES *et al.*, México, UNAM, 2010.
- *Jurisprudence: Theory and Context*, 3ª ed., London, Sweet & Maxwell, 2003.
- DWORKIN, RONALD, *¿Es el derecho un sistema de reglas?*, trad. J. ESQUIVEL; J. REBOLLEDO G., México, UNAM, 1977.
- “Is Law a System of Rules?” en SUMMERS, ROBERT S. (ed.), *Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Basil Blackwell, 1968.
- “The Model of Rules I” en DWORKIN, RONALD, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press; London, Duckworth, 1977.
- *The Model of Rules*, “University of Chicago Law Review”, vol. 35, 1967, p. 14 a 46.
- *Los derechos en serio*, trad. M. GUASTAVINO, Barcelona, Ariel, 1984.

⁷⁷ HART, *Post scriptum al concepto de derecho*, p. 58 y 59 (*Postscript*, p. 274 y 275; *Introduction*, p. 274 y 275).

- EDWARD, PAUL (ed.), *Encyclopedia of Philosophy*, New York, MacMillan, 1967
- FLORES, IMER B., “Estado de derecho y legislación: el problema de la regla de la mayoría”, en LABASTIDA, JAIME - ARÉCHIGA, VIOLETA (coords.), *Identidad y diferencia*, vol. I, México, Siglo Veintiuno editores, 2010.
- *Apuntes para una teoría –y práctica– del derecho judicial: Algunas reflexiones críticas sobre técnica jurídica*, “Reforma judicial. Revista Mexicana de Justicia”, n° 7, ene.-jun., 2006, p. 11.
- *Legisprudence: The Forms and Limits of Legislation*, “Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho”, vol. 1, 2007, p. 257-260.
- *Legisprudence: The Role and Rationality of Legislators –vis-à-vis Judges– towards the Realization of Justice*, “Mexican Law Review”, vol. 1, n° 2, 2009, p. 100-106.
- “Sobre las formas y los límites de la legislación: a propósito de la constitucionalidad de una reforma constitucional”, en VALADÉS, DIEGO - CARBONELL, MIGUEL (coords.), *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, t. I, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
- “The Problem about the Nature of Law vis-à-vis Legal Rationality Revisited: Towards an Integrative Jurisprudence”, en WALUCHOW, WIL - SCIARAFFA, STEFAN (eds.), *The Philosophical Foundations of the Nature of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 101 a 126.
- “The Quest for Legisprudence: Constitutionalism v. Legalism”, en WINTENGS, LUC J. (ed.), *The Theory and Practice of Legislation: Essays on Legisprudence*, Aldershot, Ashgate, 2005.
- HART, HERBERT L. A., *1776-1976: Law in the Perspective of Philosophy*, “New York Law Review”, vol. 51, 1976, p. 538 a 551.
- “El positivismo jurídico y la separación entre derecho y moral”, en HART, HERBERT L. A., *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. G. R. CARRIÓ, Buenos Aires, Depalma, 1962.
- *Positivism and the Separation of Law and Morals* de 1957, “Harvard Law Review”, vol. 71, 1958, p. 593 a 629.
- *El derecho en la perspectiva de la filosofía: 1776-1976*, “Boletín Mexicano de Derecho Comparado”, Nueva Serie, Año XI, n° 33, sep.-dic. 1978, p. 313 a 329.
- “Problems of the Philosophy of Law”, en HART, HERBERT L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1983, p. 98 a 109.
- “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño”, trad. J. J. MORESO - P. E. NAVARRO, en CASANOVAS, POMPEU - MORESO, J. J. (eds.), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, 1994, p. 327 a 350.
- HOMERO, *La odisea*, trad. L. SEGALÁ y ESTALELLA, México, Porrúa, 1983, Libro XII.
- KELSEN, HANS, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, trad. B. LITSCHESKI PAULSON - S. L. PAULSON, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, trad. J. G. TEJERINA, Buenos Aires, Losada, 1941.
- *Pure Theory of Law*, 2ª ed., trad. M. KNIGHT, Los Angeles, University of California Press, 1967.
- *Teoría pura del derecho*, 6ª reimpr., trad. R. J. VERNENGO, México, Porrúa, 1991.
- *Teoría pura del derecho*, trad. R. J. VERNENGO, México, UNAM, 1979.
- *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, trad. M. NILVE, Buenos Aires, Eudeba, 1960.

- KENNEDY, DUNCAN, "A Left Phenomenological Critique of the Hart/Kelsen Theory of Legal Interpretation", en CÁCERES, ENRIQUE *et al.*, *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, UNAM, 2005, p. 371 a 383.
- *Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology*, "Journal of Legal Education", vol. 36, 1986, p. 518 a 562.
- *Una alternativa de la izquierda fenomenológica a la teoría de la interpretación jurídica de Hart/Kelsen*, trad. I. B. FLORES - R. VIDAL SÁNCHEZ, "Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho", n° 2, 2008, p. 363 a 385.
- *Libertad y restricción en la decisión judicial*, LÓPEZ MEDINA, D. E. y POMBO, J. M. (trads.), Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1999.
- MANGABEIRA UNGER, ROBERTO, *Social Theory: Its Situation and Its Task. A Critical Introduction to Politics, a Work in Constitutive Social Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987.
- NOZICK, ROBERT, *Anarchy, State and Utopia*, New York, The Free Press, 1974.
- *Anarquía, Estado y utopía*, trad. R. TAMAYO Y SALMORÁN, México, Fondo de Cultura Económica, 1988.
- HOLMES, OLIVER WENDELL, JR, *The Path of the Law*, "Harvard Law Review", vol. 10, 1897, p. 457 a 478.
- *La senda del derecho*, trad. C. A. GARBER, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1959.
- STANLEY, PAULSON, "Introduction", en KELSEN, HANS, *Pure Theory of Law*.
- TUSHNET, MARK, (ed.), "There Is No Cast Here" y "Room for Debate and for an Honest Difference of Opinion", en TUSHNET, MARK (ed.), *I Dissent. Great Opposing Opinions in Landmark Supreme Court Cases*, Boston, Beacon Press, 2008.

NEOCONSTITUCIONALISMO: CRÍTICAS DESDE UNA PERSPECTIVA ANALÍTICA DEL DERECHO*

DANIEL G. GORRA**

Resumen. Esta investigación tiene por objeto abordar algunos de los problemas y debates actuales del campo de la epistemología jurídica, vinculados a la práctica jurisprudencial. Hasta el presente, dos corrientes han sido preponderantes en esta materia: el “iusnaturalismo” y el “positivismo jurídico”. Sin embargo, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, el “neoconstitucionalismo” también comenzó a ocupar un lugar importante, dada su directa conexión con el principialismo y la actividad jurisdiccional. Nuestro estudio se propone demostrar la dificultad interpretativa y argumentativa que representa para los jueces la adopción de esta perspectiva, con base en los postulados de la teoría analítica del derecho.

Palabras clave: epistemología jurídica, neoconstitucionalismo, principialismo, positivismo, actividad judicial.

NEOCONSTITUTIONALISM: CRITIQUES FROM AN ANALYTICAL PERSPECTIVE OF LAW

Abstract. This research aims to address some of the current problems and debates in the field of juridical epistemolo-

* Este trabajo obtuvo el premio Joven Investigador en Filosofía jurídica y social 2013, otorgado por la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. El trabajo se desarrolló en el marco del Proyecto de Investigación Consolidado 22 H816: “Tendencias epistemológicas y teorías de la subjetividad: su impacto en las ciencias humanas”, FCH, UNSL. Asimismo forma parte de la tesis doctoral “La concepción epistemológica del neoconstitucionalismo”, Res. 23/11, Doctorado en derecho con orientación en Filosofía del derecho en la Universidad Nacional de Cuyo, bajo la dirección del Dr. RICARDO A. GUIBOURG.

** Profesor adjunto de Filosofía del Derecho en la Universidad Nacional de San Luis. Correo electrónico: gorra.daniel@gmail.com.

gy, linked to jurisprudential practice. Up to now, two currents have been preponderant in this matter: the “iusnaturalism” and the “legal positivism”. However, after World War II, “neo-constitutionalism” also began to occupy an important place, given its direct connection with principialism and jurisdictional activity. Our study intends to demonstrate the interpretative and argumentative difficulty that the adoption of this perspective represents for judges, based on the postulates of the “legal positivist theory”.

Keywords: juridical epistemology, neoconstitutionalism, principialism, positivism, judicial activity.

NEOCONSTITUCIONALISMO: CRÍTICA A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA ANALÍTICA DO DIREITO

Resumo. Esta pesquisa tem por objeto alguns problemas e debates atuais do campo da epistemologia jurídica, vinculados à prática jurisprudencial. Até o presente, os correios têm sido preponderantes em esta matéria: o “iusnaturalismo” e o “positivismo jurídico”. Não obstante, com posterioridade à Segunda Guerra Mundial, o “neoconstitucionalismo” também começou a ocupar um lugar importante, dada sua ligação direta com o principialismo ea atividade jurisdicional. Nosso estudo projeta a demonstração da dificuldade interpretativa e argumentativa que representa para os jueces a adoção de esta perspectiva, com base nos postulados da teoria analítica do direito.

Palavras-chave: epistemologia, neoconstitucionalismo, principialismo, positivismo, atividade judicial legal.

§ 1. ***INTRODUCCIÓN***

Esta investigación es una aproximación con relación a los problemas y debates actuales, en el ámbito de la epistemología jurídica. La investigación no se limita a cuestiones teóricas sino que, por el contrario, trata de exponer las consecuencias prácticas donde puede advertirse, cada vez más, la influencia del neoconstitucionalismo en la legislación y la jurisprudencia.

Dos corrientes –con diferentes variantes dentro de ellas– han establecido los caminos epistemológicos. Por un lado, el iusnaturalismo, que parte de un punto de vista valorativo, introduce elementos axiológicos en la interpretación del derecho, desconoce como tales a

aquellos sistemas jurídicos que no tengan estos contenidos valorativos y postula la existencia de principios universales de justicia. Por otro lado, el positivismo jurídico, que realiza una interpretación descriptiva del derecho, independientemente de su contenido.

Las opciones del iusnaturalismo tienen una característica en común sobre el concepto de “derecho”, al introducir elementos relativos al contenido de las normas que deben ser justas. El derecho aparece identificado con el derecho natural o un sistema de normas de preferencia ajena a la humana voluntad legislativa¹.

El positivismo jurídico, por lo contrario, no incluye referencia alguna al contenido de las normas. Esto no quiere decir que el observador del sistema no realice juicio moral alguno, aunque ese juicio no incida en la descripción del derecho vigente como objeto de la ciencia jurídica².

Parte de esta investigación retomará la discusión entre ambas corrientes epistemológicas, pero con una particularidad: el debate se trasladará al mismo texto del derecho positivo. El iusnaturalismo traspuso sus problemas al derecho positivo con la positivización de “principios” y “valores morales” que el iusnaturalismo promulgaba dando lugar a un “principalismo” que puede advertirse por la forma genérica, ambigua y vaga en que están redactadas las normas jurídicas.

La jurisprudencia no está exenta del “principalismo”, ya que los jueces, en determinados casos, pueden observar cierta dificultad para interpretar las leyes al remitirse con mayor frecuencia a niveles más abstractos para determinar cómo aplicar la ley, sobre la base de sus criterios morales.

Con el principalismo, los jueces hacen una valoración de la ley sobre la base de sus criterios o de sus preferencias morales.

Esta forma de iusnaturalismo encubierto o principalismo adoptó la denominación de “neoconstitucionalismo”. Los nuevos textos de las constituciones se caracterizan por la vaguedad en que han sido redactados los derechos. Cada vez se incorporan y se garantizan más derechos sin hacer reserva técnica en la manera en que estas se van a ejercer o sin las correlativas obligaciones.

Esta corriente comenzó a cobrar vigencia con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, con el resurgimiento del derecho natu-

¹ GUIBOURG, *Teoría general del derecho*.

² GUIBOURG, *Teoría general del derecho*.

ral, a través de las obras de RADBRUCH³ y los trabajos de autores como ALEXY⁴, DWORKIN⁵, GUASTINI⁶, ZAGREBELSKY⁷, entre otros. Los textos constitucionales parecen ser los que más han receptado esta corriente que postula la existencia de un orden objetivo de valores. Esta axiología constitucional otorga a los jueces la facultad de interpretar y resolver los conflictos de derechos, haciendo una valoración moral de la Constitución para determinar qué derecho debe prevalecer. Las leyes no solo deben estar en concordancia con la Constitución, sino con el “sistema objetivo de valores” que estaría por debajo de los enunciados constitucionales. Con el neoconstitucionalismo se produce una constitucionalización de todo el derecho, es decir, una suerte de canonización del orden jurídico. Las normas jurídicas deberían estar de acuerdo con la “moral constitucional”. El problema es determinar cuál es la moral constitucional a la que se hace referencia y cómo se conoce esa moral constitucional.

El neoconstitucionalismo, por intermedio del “principialismo” impregnado en la palabra del derecho, otorga a los jueces una actividad discrecional en detrimento del sistema republicano de la división de poderes. Los jueces comienzan a tener la facultad de “crear” derechos, al hacer una valoración moral de la norma en confrontación con la Constitución, que no solo otorga validez jurídica, sino también moral a las normas jurídicas que se encuentran por debajo de ella en la escala jerárquica del ordenamiento jurídico, a condición de que ellas sean interpretadas de acuerdo con los principios como el juez los interprete.

Esta investigación se propone demostrar la dificultad interpretativa y argumentativa que representa para los jueces la adopción del neoconstitucionalismo.

§ 2. **JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA DE ESTUDIO**

El presente trabajo tiene implicancias metodológicas y epistemológicas. La ciencia jurídica se enfrenta a determinados problemas

³ RADBRUCH, *Introducción a la filosofía del derecho*.

⁴ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*.

⁵ DWORKIN, *Los derechos en serio*.

⁶ GUASTINI, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico”, en CARBONELL (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*.

⁷ ZAGREBELSKY, *Historia y Constitución*.

derivados de la adopción de bases epistemológicas que crean dificultades prácticas, como la vaguedad y ambigüedad de la terminología jurídica, la fundamentación de las normas en axiomas o premisas supraempíricas.

Una concepción epistemológica, donde los jueces se remitan a un plano metafísico –en el cual se busca el abrigo de principios objetivos e inmutables frente a una realidad cambiante–, resquebrajaría la seguridad jurídica y la confianza en el derecho.

Dentro de este esquema se encuentra la doctrina del neoconstitucionalismo –que podría considerarse una especie de derecho natural encubierto– que postula la existencia de una moral objetiva, que sería la fuente de validez y fundamentación de los ordenamientos jurídicos partiendo de las normas fundamentales (constituciones); es decir la Constitución de cada país tendría en común este esquema o estructura de valores objetivos.

§ 3. **HIPÓTESIS Y OBJETIVOS**

a) **HIPÓTESIS.** El neoconstitucionalismo es una corriente doctrinal cuyos postulados tienen base teórica en un descriptivismo ético y en la doctrina del derecho natural, con consecuencias en la práctica del derecho que resultan ser inconvenientes desde el punto de vista técnico y deben ser corregidas mediante la adopción de actitudes, precauciones y métodos adecuados.

b) **OBJETIVOS.**

1) Determinar la concepción epistemológica del neoconstitucionalismo.

2) Analizar las consecuencias o los efectos prácticos que pueda tener la adhesión hacia la doctrina del neoconstitucionalismo.

3) Demostrar la dificultad argumentativa que representa para los jueces la adopción del neoconstitucionalismo.

4) Proponer una línea metodológica para evitar dificultades prácticas que deriven del neoconstitucionalismo.

§ 4. **SUSTENTO TEÓRICO**

a) **TESIS METAÉTICA; EMOTIVISMO ÉTICO.** Se suele denominar como emotivismo, emotivismo ético o teoría emotivista de la ética al conjunto de teorías que sostienen básicamente lo siguiente.

1) Los enunciados o juicios éticos no son, primordialmente, enunciados descriptivos (tal como sostienen explícita o implícitamente los intuicionistas y naturalistas).

2) Los juicios éticos no son susceptibles de ser declarados verdaderos o falsos o al menos la verdad y la falsedad solo se predicán desde ellos en un sentido secundario.

3) Los términos éticos “bueno”, “malo”, “correcto”, etc., no designan propiedades de los sujetos o eventos que gramaticalmente se predicán.

4) Los juicios éticos tienen como única función o como función básica ordenar o recomendar algo a alguien o expresar la actitud de quien los formula y provocar una actitud similar en la persona a quién se los formula.

De este modo, 1, 2 y 3 constituyen las tesis negativas del emotivismo y 4 su tesis positiva⁸.

La teoría emotivista, en materia de ética, tiene diversos antecedentes, como algunos desarrollos del llamado “positivismo lógico”, en especial por parte de A. J. AYER⁹. No obstante, quien hizo una formulación más articulada de esta concepción fue CHARLES STEVENSON en *The Emotive Theory of Ethics*¹⁰. El discurso moral, en la concepción emotivista de STEVENSON¹¹, tiene tres características: 1) que en él se dan genuinos acuerdos y desacuerdos éticos; 2) que los términos morales tienen cierto “magnetismo” y contienen una apelación a la acción, y 3) que el método empírico de verificación no es suficiente en la ética.

Con relación a la primera característica en la adopción de una determinada posición moral, inciden nuestras creencias acerca de los hechos relevantes como nuestra aprobación o desaprobación de tales hechos. Podemos estar de acuerdo en la creencia y tener actitudes divergentes o tener las mismas actitudes, pero no estar de acuerdo en las creencias.

La segunda característica está dada por una dimensión práctica para expresar actitudes y provocarlas. Un juicio moral como “esto

⁸ RABOSI, *Emotivismo ético, positivismo lógico e irracionalismo*, “Dianoia”, vol. 17, nº 17, p. 36 a 61.

⁹ AYER, *Lenguaje, verdad y lógica*.

¹⁰ STEVENSON, *The Emotive Theory of Ethics*, citado por NINO, *Ética y derechos humanos*, p. 363.

¹¹ STEVENSON, *The nature of ethical disagreement*, “Sigma”, 8-9.

es bueno” podría traducirse como “yo lo apruebo, apruébalo tú mismo”. La primera proposición tendría un significado descriptivo, pues informa acerca de una actitud y la segunda, un significado emotivo, porque trata de provocar una actitud.

La tercera característica (respecto de que el método empírico de la verificación no sería suficiente para el discurso moral) es que solo en lo que hace al desacuerdo de creencias, se pueden dar razones a favor de una u otra posición moral.

La definición persuasiva es la causa para determinar actitudes de la gente; son causas y no razones las que se pueden proporcionar para influir en las actitudes¹². En efecto, tal definición altera el significado descriptivo de una palabra para aplicarla a objetos diferentes de aquellos a los que se dirigía antes.

La teoría emotivista ha recibido fuertes objeciones. Se considera que destruye la moralidad debido a que, si el significado del discurso moral es emotivo, no hay posibilidad de decidir racionalmente entre los juicios contrapuestos.

Otra de las críticas a STEVENSON consiste en afirmar que confunde el significado de un enunciado con los efectos que puede causar el uso del enunciado o expresión. Mientras que una palabra se rige por reglas y convenciones lingüísticas, los efectos psicológicos que puede tener el uso de cierta expresión es una cuestión fáctica contingente.

Es necesario aclarar que el emotivismo no es la única tesis metaética a la que podría adherir el positivismo lógico. Del mismo modo, adherirse al emotivismo no implica necesariamente compartir los postulados del positivismo lógico.

En efecto, el análisis de distintas posiciones de autores afines con el emotivismo ético e incluso con el positivismo lógico, nos permitiría afirmar que no existiría una dependencia entre el emotivismo y el positivismo lógico, ni viceversa.

Por su parte, ZAVADIVKER¹³ señala que AYER¹⁴ contribuyó involuntariamente con la identificación entre positivismo y emotivismo al presentar su teoría como la mejor opción para analizar los juicios morales con la tesis verificacionista. Al mismo tiempo, consideró falsas –aunque compatibles– las tesis utilitaristas y subjetivistas. El re-

¹² STEVENSON, *The nature of ethical disagreement*, “Sigma”, 8-9.

¹³ ZAVADIVKER, *La ética y los límites de la argumentación moral*.

¹⁴ AYER, *Lenguaje, verdad y lógica*.

chazo al emotivismo, explica ZAVADIVKER¹⁵, proviene de una de las tesis generales del Círculo de Viena. En este sentido, WARNOCK¹⁶, señala que “las críticas de la teoría emotivista han adoptado en ocasiones, lisa y llanamente, la forma de una crítica del principio de verificación, en la errónea creencia de que, si se lograra refutar a este último, no habría razón para seguir tomando en cuenta la primera. Así, ROSS¹⁷ para considerar al emotivismo en *The Foundations of Ethic* como un intento de desacreditar “la ética, que no se habría emprendido si no fuera en razón de las exigencias globales del Positivismo Lógico”.

Analiza ZAVADIVKER¹⁸ la independencia que podría otorgarse al emotivismo respecto del positivismo lógico. En primer lugar, señala que el emotivismo tendría una visión más amplia del lenguaje, reconociendo una función no descriptiva de este que se sustrae a la lógica del principio de verificación. En este sentido, destaca que AYER¹⁹ le otorgaba al lenguaje una función que no se limitaba a constatar hechos, sino a expresar emociones e intentar producirlas (en acciones) en los demás. De esta manera, AYER abrió las puertas para el reconocimiento de un significado emotivo de las palabras como alternativa al significado informativo. Las ideas de AYER “pueden ser interpretadas como uno de los primeros intentos –quizá no del todo concientes– por superar la perspectiva verificacionista, en tanto no solo advierten otros usos del lenguaje, sino también una cierta conexión entre el lenguaje y la acción humana, relación que constituiría más adelante uno de los puntos centrales del giro pragmático de la filosofía del lenguaje”²⁰.

En segundo lugar, ZAVADIVKER se refiere a la tesis de STEVENSON²¹ como otro de los ejemplos de la independencia del emotivismo con el positivismo lógico: “STENVENSON defendió una variante propia del emotivismo en el marco de una teoría del lenguaje totalmente distinta. Dicha teoría suele llamarse como “causal” o “psicológica”²². El lenguaje, entonces, causaría ciertos procesos psicológicos en el oyen-

¹⁵ ZAVADIVKER, *La ética y los límites de la argumentación moral*.

¹⁶ WARNOCK, *Ética contemporánea*, p. 82 y 83.

¹⁷ ROSS, *The right and the good*.

¹⁸ ZAVADIVKER, *La ética y los límites de la argumentación moral*.

¹⁹ AYER, *Lenguaje, verdad y lógica*.

²⁰ ZAVADIVKER, *La ética y los límites de la argumentación moral*, p. 175.

²¹ STEVENSON, CHARLES L., *The nature of ethical disagreement*, “Sigma”, 8-9.

²² ZAVADIVKER, *La ética y los límites de la argumentación moral*, p. 165.

te; las palabras morales tendrían un significado dinámico al buscar efectos, respuestas y acciones en los usuarios.

Las ideas de AYER y STEVENSON, analizadas por ZAVADIVKER, probarían que la teoría emotivista (si bien nació en el seno del positivismo lógico) tiene independencia, ya que los argumentos analizados no se vinculan con la concepción verificacionista del lenguaje.

La investigación adopta como tesis metaética el emotivismo ético, entendido como la posición según la cual los juicios morales no afirman nada acerca de los objetos del mundo o estados personales de ánimo. Al tratarse de juicios que dependen de factores emocionales, no son verdaderos ni falsos; por lo tanto, no pueden ser objeto de conocimiento.

b) *FILOSOFÍA ANALÍTICA Y POSITIVISMO JURÍDICO*. El análisis riguroso del lenguaje y el control lógico de los argumentos se trasladaron hacia la Filosofía del derecho por medio del denominado positivismo metodológico o conceptual, como una de las tesis del positivismo jurídico.

Conviene hacer la aclaración de las tesis metodológicas del positivismo a la cual uno se adhiere, a fin de evitar las confusiones con otras tesis positivistas. Estas confusiones suelen ser originadas por los partidarios del derecho natural o antipositivistas, que suelen englobar a todas las tesis positivistas en una sola.

Sobre la discusión de las tesis entre la separación o integración entre el derecho y la moral (tesis dualista/tesis monista), comenzó a tejerse una “leyenda negra” respecto del positivismo jurídico, al excluir como elemento relativo el contenido de las normas, que debieran ser justas. A partir de esta premisa, se lo culpó de los peores males y atrocidades cometidos por los sistemas totalitarios que actuaban en nombre de una ley positiva autoritaria e injusta.

Según una de esas leyendas, los iusnaturalistas no se preocupan en absoluto de las leyes y se limitan a bucear en el océano bíblico, con la seguridad de hallar allí el tesoro de la justicia absoluta e inmutable. Según la otra, los positivistas son seres descarriados y a menudo diabólicos; adoran al Estado y aprueban entusiastamente cualquier disparate que emane de la autoridad pública²³.

Estos malentendidos y prejuicios pueden ser atribuidos al hecho de que a los representantes del positivismo jurídico, se les imputa

²³ GUIBOURG, *Teoría general del derecho*, p. 186.

una concepción extremadamente genérica de la esencia del derecho²⁴.

La presente dificultad deriva de la confusión de las diversas tesis que podemos encontrar dentro del positivismo jurídico, que son disímiles e independientes. Siguiendo a HOERSTER, podemos identificar cinco tesis positivistas: 1) la tesis de la ley; 2) la tesis de la neutralidad; 3) la tesis de la subsunción; 4) la tesis del subjetivismo, y 5) la tesis del legalismo.

La tesis 1 sostiene que el concepto de derecho tiene que ser definido por medio de la ley. Esta tesis deja de lado el derecho consuetudinario o el derecho judicial y suele ser argumento por parte de los antipositivistas como imputación; no es sostenida ni por lo positivistas ni por sus adversarios.

La tesis 2 (a la que adherimos en este trabajo) sostiene que el concepto de derecho debe ser definido prescindiendo que su contenido sea “justo o injusto”. Se trata de definir al derecho por medio de criterios formales y neutrales. Esta tesis es la que se ha denominado como positivismo metodológico o conceptual, y gravita en que el concepto de derecho no debe caracterizarse según sus propiedades valorativas, sino tomando en cuenta propiedades descriptivas. Según esta tesis, las proposiciones acerca de lo que el derecho dispone no implican juicios de valor y son verificables con relación a ciertos hechos observables empíricamente²⁵.

La tesis 3 sostiene que el derecho se aplica en todos los casos mediante una subsunción libre de valoraciones, expone HOERSTER²⁶. El derecho actúa como un autómatas de la subsunción que, a través de medios lógicos, intenta aplicar el derecho correcto al caso concreto. Si bien refutada, esta tesis aún sigue siendo argumento de los antipositivistas. En su investigación, HOERSTER se detiene en esta tesis para aclarar la aparente contradicción que puede generar con la tesis 2. Quien crea el derecho, parte de una valoración; pero quien describe el derecho, puede hacerlo sin recurrir a sus propias valoraciones.

La tesis 4 sostiene que los criterios del derecho recto no son de naturaleza objetiva sino subjetiva. No existen, según esta tesis, principios objetivos válidos como sostiene la tesis objetivista de la éti-

²⁴ HOERSTER, *En defensa del positivismo jurídico*, p. 9.

²⁵ NINO, *Ética y derechos humanos*.

²⁶ HOERSTER, *En defensa del positivismo jurídico*.

ca jurídica. Conviene aclarar que ambas tesis, según HOERSTER, son las más defendidas por los positivistas; puede aceptarse la tesis 2 (neutralidad) y tener criterios objetivos válidos, pero como principios de ética jurídica y no como definitorios del derecho.

La tesis 5 sostiene que el derecho debe ser obedecido en toda circunstancia. Tal premisa ha sido la principal arma de ataque al positivismo jurídico. Según ella, el derecho se aplica cualquiera sea su contenido; es obligatorio y debe ser obedecido. Pero surge de una mala interpretación y confunde al positivismo “ideológico” con el metodológico. La tesis de la neutralidad manifiesta que, conceptualmente, las normas jurídicas son válidas y deben ser obedecidas, pero es distinto afirmar la validez y obediencia, no desde el punto de vista conceptual, sino desde el moral.

No hay contradicción; una cosa es admitir que una norma es racista o discriminatoria y decir que formalmente es derecho, pero otra distinta es sostener que por su contenido deber ser rechazada y desobedecida.

Se ha hecho referencia a las tesis positivistas para desmitificar la “leyenda negra” que los antipositivistas han creado sobre la mala interpretación y confusión de las tesis, donde la tesis 2 (neutralidad) podría considerarse como el punto de convergencia de todos los seguidores del positivismo jurídico.

En el análisis de las tesis del positivismo jurídico, se adhiere a la tesis 2 (neutralidad) la que identifica y define al derecho como un sistema jurídico atendiendo a sus criterios formales y prescindiendo de su contenido.

Este denominado positivismo metodológico o conceptual permite construir una teoría general del derecho, fundada en el derecho positivo y constituyendo como objeto de estudio de la ciencia jurídica las normas jurídicas, cuya razón de estudio se describe por medio de las proposiciones jurídicas.

La neutralidad del positivismo jurídico, que describe formalmente al derecho, evita caer en los peligros de valorar al mismo desde un plano abstracto o metafísico carente de sustento metodológico.

Los filósofos del derecho parecen estar de acuerdo en que la tarea (o al menos la tarea más importante) de la ciencia jurídica, consiste en la descripción del derecho positivo y en su presentación en forma ordenada o sistemática, mediante lo cual se tiende a facilitar el conocimiento del derecho y su manejo por parte de los individuos sometidos al orden jurídico y, en especial, por quienes deben

hacerlo por razones profesionales (abogados, jueces, funcionarios, y otros)²⁷.

El positivismo jurídico (tesis de la neutralidad) no impone limitación alguna al concepto de derecho. Ello permite discutir la obligatoriedad del contenido de las normas; en cambio, el derecho natural, basándose en un principio moral absoluto y creyendo haber encontrado la justicia absoluta, no da lugar a discutir su obligatoriedad moral y ello puede conducir sin duda a las herramientas que necesita un Estado totalitario o dictadura que se basa en principios de una ley natural; del mismo modo en que se apoyó la raza aria en la Alemania nazi, cuando el respeto de la ley positiva, como la Constitución alemana de 1921, prohibía tal sustento. Lo mismo sucede con las políticas de discriminación en Sudáfrica, sustentadas en la superioridad “natural” de la raza blanca sobre la negra. Se arriba a determinados riesgos si el punto de partida epistemológico para identificar y reconocer al derecho es un derecho basado en principios que, por su pretensión de justicia y verdad absoluta, no admiten discusión alguna.

Coincidiendo con HOERSTER²⁸, el intento de crear mentalmente y de demostrar la existencia de una realidad metafísica de las normas, desde el punto de vista epistemológico, está lejos de solucionar problemas existentes. La imposibilidad de la fundamentación metafísica de las normas, lleva a la consecuencia de que no es posible la existencia de criterios supraempíricos, objetivamente válidos, donde deban fundarse las leyes positivas. En este sentido, además de a la tesis de la neutralidad, adherimos a la tesis de la subjetividad (tesis 4).

A partir del giro lingüístico, la concepción analítica del derecho también relacionada con la tesis del positivismo metodológico o conceptual, se ha basado en el análisis del lenguaje jurídico y en una concepción de una ciencia del derecho alejada de todo vestigio metafísico.

La actitud analítica, indica GUIBOURG²⁹, “impulsa a quien la asume a no dar por sentado el valor moral de la ley, a exigir los datos empíricos constitutivos del significado de los términos jurídicos, a prestar preferente atención a la estructura lógica del discurso acerca del derecho y a buscar un modelo teórico coherente, capaz de explicar unívocamente los acontecimientos sociales y, a la vez, de servir de fun-

²⁷ ALCHOURRÓN - BULYGIN, *Sistemas normativos*.

²⁸ HOERSTER, *En defensa del positivismo jurídico*.

²⁹ GUIBOURG, “Una concepción analítica del derecho”, en BOTERO BERNAL (comp.), *Filosofía del derecho argentina*, p. 3.

damento a la construcción de argumentos que todos puedan entender y cuyo valor comparativo todos puedan juzgar con independencia de sus propios deseos”.

La presente investigación se referirá al positivismo jurídico desde la tesis metodológica o conceptual (tesis de la neutralidad) con prescindencia del contenido del derecho, y sobre la tesis de la subjetividad (en oposición al objetivismo ético) de acuerdo con la clasificación de HOERSTER³⁰.

§ 5. **DISCUSIONES**

a) *¿QUÉ SIGNIFICA EL TÉRMINO “NEOCONSTITUCIONALISMO”?* El concepto de neoconstitucionalismo abarca un fenómeno relativamente reciente dentro del Estado constitucional contemporáneo que parece contar cada día con más seguidores, sobre todo en el ámbito de las culturas jurídicas italiana y española, así como en diversos países de América Latina. Este fenómeno no ha sido estudiado aún con suficiente profundidad y su cabal comprensión seguramente requerirá todavía algunos años.

Su origen histórico más inmediato puede encontrarse en las valiosas elaboraciones jurisprudenciales del tribunal constitucional alemán en los primeros años de labor jurisprudencial luego de la sanción de la llamada Ley de Bonn. Como corriente jurídica se halla en pleno proceso de conformación y consolidación.

El neoconstitucionalismo se inicia con la Declaración Universal de los derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, y con las primeras enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos de América; pero una acelerada transformación se verifica en los ordenamientos jurídicos europeos con la sanción de las constituciones luego de la Segunda Guerra Mundial.

Un primer interrogante que podemos plantearnos, es determinar si el neoconstitucionalismo, es un movimiento ideológico propio del Estado constitucional o estamos en presencia de una nueva teoría del derecho. Como fenómeno jurídico –que ha cobrado más fuerza desde mediados del siglo xx en adelante–, vuelve a traer a discusión, el viejo debate entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico, acerca de la relación entre derecho y moral.

³⁰ HOERSTER, *En defensa del positivismo jurídico*.

Otro interrogante es poder establecer qué tipo relación puede haber entre el constitucionalismo decimonónico con el neoconstitucionalismo. COMANDUCCI³¹ señala la diferencia entre constitucionalismo en sentido amplio y constitucionalismo en sentido estricto: “El constitucionalismo en sentido amplio es la ideología que requiere la creación de una –cualquiera– Constitución, a fin de limitar el poder y prevenir el despotismo. El constitucionalismo en sentido restringido es la ideología que requiere la creación de un específico tipo de Constitución a fin de limitar el poder y de prevenir el despotismo.” Este sentido restringido, es aquél al cual estaría vinculado el neoconstitucionalismo. Desde el punto de vista ideológico, MOLLER³², considera al neoconstitucionalismo “como el movimiento jurídico de oposición a la lógica del Estado decimonónico, donde imperaba el legalismo, el culto a la ley y la concepción de actividad judicial como actividad mecánica y autómatas de aplicación de la ley”. Como teoría del derecho, pretende que la norma además de ser válidamente dictada, sea justa, eficaz y operativa, sobre la base de los derechos fundamentales, para que ellos estén garantizados en la práctica.

Para SANTIAGO³³ la Constitución, su contenido, sus principios, valores, su función jurídica, política y no la ley formal, pasan a ser el centro de la reflexión jurídica, de la teoría jurídica del neoconstitucionalismo.

Junto con el enfoque ideológico y teórico, aparece el punto de vista denominado “neoconstitucionalismo metodológico” propuesto por autores como DWORKIN y ALEXY.

En oposición al positivismo metodológico o conceptual –según el cual es posible identificar y describir al derecho como es, y diferenciarlo del deber ser–, el neoconstitucionalismo metodológico, sostiene el contrario, que desde el punto de vista de los derechos constitucionales –los derechos y principios fundamentales–, son el vínculo entre el derecho y la moral, por lo tanto adhiere a la tesis de conexión necesaria entre ambos órdenes. Entre los autores clásicos según cuyas argumentaciones, podemos agruparlos como teóricos del neoconstitu-

³¹ COMANDUCCI, “Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico”, en CARBONELL SÁNCHEZ (coord.), *Neoconstitucionalismo (s)*, p. 77.

³² MOLLER, *La aplicabilidad de los derechos sociales prestacionales en los sistemas jurídicos contemporáneos*, p. 114.

³³ SANTIAGO, “El (neo) constitucionalismo”, en sesión privada del Instituto de Política Constitucional, 3/4/08.

cionalismo, mencionaremos a los aportes de RONALD DWORKIN³⁴, ROBERT ALEXY³⁵, GUSTAVO ZAGREBELSKY³⁶, CARLOS NINO³⁷ y LUIGI FERRAJOLI³⁸.

Por su parte, LIZANA³⁹ señala que “lo que se puede reprochar al neoconstitucionalismo doctrinario es que traslada la discusión democrática de todas las cuestiones políticas verdaderamente relevantes al plano de la formulación del texto constitucional (ya que bajo la constitución todo está ya decidido en germen, y entregado a la ponderación del juez). Se constitucionaliza el derecho, claro está, pero en ese proceso el carácter político fundamental de la constitución se pierde. Dicho de otro modo, puede que lo que compra el neoconstitucionalismo sea bueno; pero el precio que paga es la desconstitucionalización de la constitución.

b) *¿QUÉ SON LOS PRINCIPIOS?* El neoconstitucionalismo se caracteriza por su remisión principios constitucionales; preguntemos ¿qué es un principio? ¿qué queremos decir con la expresión “principios”? ¿qué es un valor? ¿qué forma tienen? Podemos advertir que entre los defensores de la doctrina de los principios, no hay un acuerdo sobre lo que se entiende por un principio o valor; ¿en qué segmento de la naturaleza los encontramos? VERNENGO⁴⁰, declara que “cuando se habla de sistemas morales. Nunca se sabe muy bien qué es; un conjunto de normas morales mezclado o totalmente aparte. Pero, además, ¿qué pautas lógicas tiene el sistema moral? ¿Cómo se crea una norma moral? ¿Cómo se deroga una norma moral? ¿Qué forma tiene? [...] se incluyen en el texto constitucional ciertos principios morales que no se sabe claramente qué son, se crea una gran vaguedad”.

Se ha argumentado que los principios sustentan o fundamentan los derechos fundamentales, ¿pero qué es un derecho fundamental?, ¿qué características debe reunir para que un derecho sea fundamental?; la diferencia radica en que mientras los defensores del objetivismo moral sostienen que estos valores son objetivos, cognosci-

³⁴ DWORKIN, *Los derechos en serio*.

³⁵ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*.

³⁶ ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *Historia y constitución*.

³⁷ NINO, *Ética y derechos humanos*.

³⁸ FERRAJOLI, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en CARBONELL SÁNCHEZ (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*.

³⁹ LIZANA, *Aproximación conceptual y crítica del neoconstitucionalismo*, “Revista de Derecho”, vol. XXIII, n° 1, jul. 2010, p. 79 a 102.

⁴⁰ VERNENGO, entrevista personal, 9/9/11.

bles racionalmente, consideramos de este trabajo que los juicios de valor son emociones que escapan al conocimiento racional, por eso no son verdaderos ni falsos; en este sentido, BULYGIN⁴¹ declara que el problema “es que ellos creen que de algún modo (estos valores que la constitución consagra) son valores objetivos y yo soy escéptico en esta materia. No creo que haya valores objetivos. Me parecen muy respetables los valores de los derechos humanos y del Estado, pero no creo que tengan correlatos en el mundo hechos que hagan verdaderas estas afirmaciones. Los derechos fundamentales dependen de nuestras preferencias”.

No tenemos una observación directa de que son los valores; preguntemos, ¿qué designa un valor?, ¿cuál es su referente?, ¿cuáles son sus notas características?

Los juicios de valor son enunciados que expresan actitudes del hablante, pero no afirman ni niegan nada del mundo, es por ello que no tienen una estructura lógica conocida. El problema que puede presentarse, es que por el consenso que puede haber sobre un juicio de valor, se termina por ontologizar este valor como si fuera algo separado del sujeto que ha emitido el enunciado. Esta aclaración tiene importancia en cuanto a la fundamentación de los derechos fundamentales o humanos; mientras algunos consideran que no puede haber derechos fundamentales sin una metafísica esencialista, otros sostenemos que son una construcción cultural.

No queda claro entre los defensores de la apelación a valores, de qué se tratan precisamente estas expresiones vagas; en este sentido BULYGIN señala que esto “abre el camino a mucha deterioridad, yo creo que es importante preservar la idea de que el derecho es algo que puede ser objetivamente conocido”.

Lo manifestado en los párrafos anteriores, tal vez exponga el problema epistemológico que traen aparejado los enunciados acerca de valores objetivos, sobre todo en lo que se refiere al intento de fundamentarlos racionalmente. El intuicionismo parecía ser el método propuesto para captar los valores; no habría ningún problema si todos pudieran intuir los mismos valores o preferencias morales, pero ¿qué pasa si un individuo intuye *A* y otro intuye *B*?, ¿quién tiene razón? Una respuesta tentativa podría ser, que en la medida en que ambos toleren lo que cada uno intuye, o cedan parte de sus preferencias hasta lograr un consenso sobre ese valor o principio, con el tiempo puede convertirse en una norma jurídica.

⁴¹ BULYGIN, entrevista personal, 6/3/12.

c) *PROBLEMAS EN EL OTORGAMIENTO DE DERECHOS*. El surgimiento del neoconstitucionalismo fue acompañado por un proceso histórico, donde se incorporaron los denominados derechos sociales y tratados internacionales a los textos constitucionales. Esto derivó no solo en problemas de orden lingüístico –por la vaguedad de los textos–, sino en la forma de otorgamiento. En este sentido, el doctor FARRELL, como declarara precedentemente en 2011⁴²: “Lo que sí aprecio es la vaguedad en el otorgamiento de algunos derechos, por ejemplo, cuando se dice que los habitantes de la Nación tienen derecho a la vivienda; esto es vago. ¿Qué quiere decir?, ¿que pueden comprar una vivienda digna? Esto está garantizado por el otorgamiento del derecho a la propiedad. ¿Quiere decir que las personas tienen que tener ayuda (en materia de viviendas) para el otorgamiento de un crédito para adquirir una vivienda digna, o quiere decir simplemente que cualquier ciudadano puede presentarse al Estado y reclamar una vivienda sin poner un peso, como algunos parecen creer?”; “esta vaguedad o ambigüedad –o como quieran llamarla– plantea el gran defecto que tienen las constituciones contemporáneas. Esto es el desprecio absoluto por el costo de los derechos; nadie se preocupa por saber cómo van a pagar todos los derechos que están otorgando; los otorgan vagamente; los otorgan generosamente y no se preocupan en absoluto por saber de dónde van a salir los recursos”.

No discutimos la cantidad de derechos otorgados, ni estamos en contra de que se sigan otorgando, pero debe hacerse una reserva técnica para saber de qué manera se van a efectivizar los mismos. Por otro lado, no se ve con claridad quiénes son los obligados a cumplir con los derechos que se otorgan. Si alguien tiene un derecho, tiene que haber otro que tenga que cumplir con la obligación de satisfacerlo, ya se trate de un deber individual (de hacer o de dar) o de un deber colectivo (tolerar ciertas conductas del titular del derecho, o no interferir con ellas). Cada vez que hay un derecho, hay una obligación de cierta clase y esa obligación se halla necesariamente en cabeza de una persona física o jurídica, de un grupo de personas o de las personas en general. Pueden concebirse, acaso, algunas obligaciones sin derecho (a menos que éste se describa como un beneficio público o se identifique con la acción penal del Estado). Pero hablar de derechos sin obligaciones correlativas (en las leyes, en la moral o

⁴² FARRELL, entrevista personal, 28/9/11.

en la práctica política) es tan ficticio como referirse a un tío sin sobrinos o a una gallina inmueble⁴³.

La incorporación de derechos en los textos constitucionales puede realizarse por la técnica de los derechos o por la técnica de las obligaciones. Las constituciones contemporáneas han optado por la primera técnica; se incorporan derechos –ya sea por vía del neoconstitucionalismo o por vía del principialismo–, sin identificar los sujetos o instituciones que tengan el deber jurídico de satisfacer los derechos otorgados. Desde el punto de vista práctico, esta dificultad para efectivizar los derechos se ha trasladado a las resoluciones judiciales, en las que los jueces, al momento de interpretar las normas y argumentar sus decisiones, deben subsanar el vacío –la falta de obligaciones– de los derechos en litigio, por lo que terminan por atribuirse facultades de los otros poderes –Ejecutivo y Legislativo–; el juez termina por convertirse en una especie de legislador –creando derechos– o impartiendo directivas al Poder Ejecutivo.

En cambio, la técnica de las obligaciones es más compleja pero sería más efectiva, porque implica establecer quién o quiénes son los obligados de satisfacer los derechos, en qué plazo deben hacerlo y qué sanción tendrían en caso de incumplimiento. Los gobernantes han optado por el camino más sencillo: limitarse a otorgar derechos en forma indiscriminada, sin la reserva técnica de cómo se van a implementar.

En este orden de ideas, el neoconstitucionalismo o el principialismo aparece como el campo propicio para consagrar derechos de esta forma, sin advertir las dificultades de orden práctico en el ámbito judicial y en la estabilidad del sistema republicano.

d) *PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA.* El método de ponderación, permitiría avanzar –de acuerdo a la posición de ALEXY– en la construcción de los derechos fundamentales como principios. Según este sistema, los jueces, en vez de limitarse a interpretar la ley, hacen una valoración moral de ella, sobre la base de principios y valores objetivos. El sistema de ponderación, se rige por medio de la denominada fórmula del peso, según la cual, ante el conflicto de dos derechos fundamentales, el juez “pesa” ambos principios para determinar cual se aplica al caso concreto. La tesis de la argumentación jurídica de ALEXY, se enmarca dentro de axiología jurí-

⁴³ GUIBOURG, “Una concepción analítica del derecho”, en BOTERO BERNAL (comp.), *Filosofía del derecho argentina*.

dica en el campo del derecho, según la cuál, por debajo de los enunciados jurídicos, existirían principios y valores que determinarían su validez. La ley de ponderación –señala ALEXY⁴⁴–, puede sintetizarse en la siguiente regla: “cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

Lo que trata de demostrar ALEXY, es la posibilidad de efectuar juicios racionales, donde el juez pueda determinar el grado de importancia del derecho fundamental que debe optimizarse. La racionalidad de un esquema inferencial –señala ALEXY⁴⁵–, dependerá de si conecta premisas que pueden ser justificadas. Con la ayuda de la lógica proposicional, de predicados y deóntica, ALEXY, propone un sistema deductivo conocido como “justificación interna” que podría ser incluido –según su posición– como teoría del discurso jurídico.

Las premisas de la fórmula del peso que se presentan en cantidades numéricas, se apoyan en juicios donde se determinará la violación o no de un derecho fundamental.

Tres preguntas podríamos realizar sobre la ponderación de principios de ALEXY.

1) De acuerdo con su tesis, los principios jurídicos se extraen de la naturaleza argumentativa del hombre. A ella podrían imputarse la libertad de palabra u otras circunstancias relativas al diálogo, pero ¿cómo se inducen de allí el derecho a la privacidad, el control constitucional o la proporcionalidad en el castigo de los delitos?

2) ALEXY afirma que los principios tienen un “peso abstracto”, independiente de su posición en el caso concreto; pero, ¿cómo se determina el peso abstracto de cada principio? ¿cómo incide ese peso abstracto en calidad de variable para la aplicación de la fórmula del peso?

3) Si, al aplicar la fórmula del peso para decidir entre dos principios en conflicto, un observador piensa que la satisfacción del principio rival requiere una afectación alta del principio desafiado y otro que esa afectación es mediana, ¿qué criterio permite decidir cuál de los dos observadores tiene mejores razones que el otro?

El problema de este razonamiento argumentativo basado en valores y principios, es que carece de una estructura lógica; por otro lado, establecer escalas numéricas, por ejemplo, escala triple, grave,

⁴⁴ ALEXY, *La construcción de los derechos fundamentales*, p. 30.

⁴⁵ ALEXY, *La construcción de los derechos fundamentales*, p. 36

mediana o leve, en cuanto a la lesión de un derecho, resulta tan arbitrario como ilusorio, para poder pensar que uno tiene una escala objetiva.

Se pretende otorgarle rigor matemático a una fórmula para “pensar valores” y termina por ser una operación fallida.

e) *CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y NEOCONSTITUCIONALISMO*. El neoconstitucionalismo propone llevar al debate judicial lo que es propio del debate legislativo, incursionando de ese modo en áreas que son propias de la función gubernamental, a cargo de los poderes de base electoral, y para lo que no está debidamente preparado ni diseñado el proceso judicial⁴⁶.

Desde “Marbury v. Madison” comenzó a debatirse el rol institucional de la Corte Suprema. Los jueces –según aquella doctrina– tienen a su cargo el control de constitucionalidad, pero ello no quiere decir que tengan la facultad para crear derechos o desplazar la actividad legislativa. La controversia sobre el control de constitucionalidad de las leyes se da en el marco de la interpretación que los jueces hagan de la ley.

Con el neoconstitucionalismo, los jueces no solo se limitarían a interpretar, sino a crear derechos. Si una ley pierde su legalidad por contradecir la Constitución, de eso no hay duda, el problema es con respecto a la interpretación. ¿Cómo se interpreta? Con vaguedades tales como “protección de principios, evolución moral o búsqueda de valores públicos o tradicionales, sin decirnos cómo el tribunal razona o ayudarnos a describir qué hace actualmente. El tribunal puede ser visto como haciendo todo o nada bajo estas premisas. Si el tribunal puede ser descripto como el guardián de los valores o principios fundamentales considerados por el proceso político, entonces el rol es una totalidad. Siguiendo esta premisa, la lista de valores o principios que pueden ser justificadamente considerados es infinita, razonamiento alejado de la realidad”⁴⁷.

⁴⁶ La Corte Suprema argentina se hizo eco parcial de esta postura cuando en el caso “Rendón”, *Fallos*, 251:53 (1962), afirmaba: “El remedio a la posibilidad genérica de que la función legislativa se aparte de las exigencias del bien común, debe buscarse en los comicios y no en los estrados de la Corte Suprema, pues la Constitución nacional no encomienda a ella la satisfacción del bienestar general, en los términos del art. 67, incs. 16 y 28”.

⁴⁷ PIETRO SANCHÍS, *El constitucionalismo de principios*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, n° XIII, 1996, p. 125 a 128.

En cambio, DWORKIN⁴⁸ propone un rol más activo de los jueces. Para él, el derecho es mucho más que una cuestión de principios y de reglas; además, todo principio político es una cuestión de derecho. DWORKIN argumenta que los jueces deben ser los árbitros, simplemente porque son jueces: la supremacía del derecho implica la supremacía de los jueces en la política. Esta posición deja acotado el actuar de la Legislatura; pero si los jueces, en el ejercicio del control de constitucionalidad, se atribuyen facultades de órganos con origen electoral, hay una clara violación al sistema republicano de la división de poderes en desmedro de la voluntad popular que ha elegido esos órganos.

El problema no es solo la invasión en el ejercicio de otros poderes, sino la manera en que se adoptan las decisiones basadas en un nivel de abstracción (orden objetivo de valores). Se corre el riesgo de promover el surgimiento de jueces iluminados o profetas, que se sienten llamados a resolver desde sus estrados judiciales los más difíciles y complejos problemas sociales y políticos, cuando el proceso judicial no está pensado ni diseñado para ello.

Con la supuesta presencia de “principios” se deja de lado el método de la subsunción por el de “ponderación”. A partir de ahora, el juez interpreta el derecho sobre la base de las exigencias de un orden objetivo de valores aplicables al caso concreto. Hay una clara incidencia de la interpretación moral en el texto jurídico.

El neoconstitucionalismo sugiere un cambio de método: se reemplaza la subsunción por la ponderación. El juez ahora tiene la labor de adecuar las normas elaboradas por el legislador al texto constitucional. El juez deja de lado la interpretación de la norma –libre de toda valoración moral–, para pasar a interpretar “principios”, desde sus preferencias morales o desde la ficción de valores objetivos, incidiendo de esta manera en el texto del derecho.

Debido a este peculiar papel asumido por el juez, este tiende a configurarse como un fundamental elemento racionalizador del sistema jurídico⁴⁹.

El juez adquiere un mayor protagonismo al insertar en la argumentación jurídica la valoración moral. Un derecho basado en principios privilegia la función judicial. El problema se plantea con el enfoque que cada juez le daría a la noción de principio o valor.

⁴⁸ DWORKIN, *Los derechos en serio*.

⁴⁹ POZZOLO, *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación de la Constitución*, “Doxa”, n° 21, vol II.

Siempre vale la pena recordar la sabia advertencia del juez estadounidense FRANKFURTER⁵⁰: “Si los jueces quieren ser predicadores, deberían dedicarse al púlpito; si pretenden ser primariamente configuradores de una política, el Parlamento es su lugar. Los jueces obstinados son los menos defendibles entre todos los que atacan al imperio del derecho”.

§ 6. *CONCLUSIONES*

a) *RESPECTO DE LA HIPÓTESIS*. En primer lugar, conviene determinar si realmente estamos en presencia de una doctrina. Como ocurre con el derecho natural, el neoconstitucionalismo no presenta una homogeneidad entre los autores que lo exponen y defienden. Asimismo, la mayoría de estos autores no se denomina neoconstitucionalista, ni mucho menos iusnaturalista, pero sí presentan algunos tópicos en común que permiten agruparlos en referencia a su posición metaética y epistemológica.

Los autores analizados presentan posiciones metaéticas vinculadas al objetivismo moral. De acuerdo con estas tesis, los valores morales son objetivos, aunque no todos concuerdan en su carácter cognoscible.

En este sentido, los enunciados sobre los juicios de valor describirían valores, principios y la posibilidad de conocerlos, ya sea desde una variante utilitarista o intuicionista.

La existencia de valores superiores era sostenida por RADBRUCH⁵¹, quien al mismo tiempo admitía que no había posibilidad racional o científica de establecer una jerarquía de valores, por lo que era el propio individuo quien debía tomar la decisión –como un asunto privado de conciencia– para establecer tal jerarquía. Esto de alguna manera pone en evidencia la dificultad metodológica para conocer los valores, al igual que ocurre con los principios.

Un “asunto privado de conciencia” –como alega RADBRUCH– para establecer la jerarquía de los valores es lo que, de alguna manera, está ocurriendo con la actividad de cada juez, es decir, termina siendo un asunto de conciencia el valor que cada juez le asigne al principio o derecho constitucional en conflicto.

⁵⁰ FRANKFURTER, *The Marshall and the judicial function*, p. 31.

⁵¹ RADBRUCH, “Cinco minutos de filosofía del derecho”, en *El neokantianismo en la filosofía del derecho*.

Es importante recordar esta cita de RADBRUCH, que de alguna manera sintetiza su vinculación a un objetivismo moral y al neoconstitucionalismo: “Hay por tanto principios jurídicos básicos que son más fuertes que cualquier precepto legal, de modo que la ley que los contradice carece de validez”⁵².

Asimismo, FINNIS⁵³ es otro de los autores que expone un objetivismo moral y la defensa de los principios que constituirían la ley natural. En este sentido, los principios de la ley natural son los que justificarían el ejercicio de la autoridad en la comunidad y otorgarían fuerza obligatoria a las leyes positivas. También ATIENZA⁵⁴, DWORKIN⁵⁵ y ALEXY⁵⁶ promulgan la conexión entre derecho y moral y la implicancia práctica de los principios en las decisiones judiciales. ATIENZA, en primer lugar, pone de relieve el papel de la justicia y la moral como fuentes generadoras de las normas jurídicas y otorga a los principios una función amplia en materia de interpretación frente a la “finitud” y carácter “cerrado” de las normas jurídicas.

Al igual que ATIENZA, DWORKIN destaca la amplitud de los principios al carácter “limitado” de las normas jurídicas, sobre todo en los denominados “casos difíciles”. ALEXY propone un sistema de ponderación de principios desde una escala “objetiva de valores”, donde el juez podría determinar qué principio debe prevalecer sobre el otro. Estos autores proponen una derivación de principios desde la conexión entre derecho y moral (objetiva) al igual que las doctrinas del iusnaturalismo.

La diferencia en la invocación de principios por parte de los neoconstitucionalistas y iusnaturalistas radica en que, los primeros invocan los principios suministrados por el propio derecho positivo; en cambio, los segundos invocan los principios que deben aplicarse y regir el derecho positivo. Ambas doctrinas defienden una forma de interpretar estos principios, aunque no pueda demostrarse su método para identificarlos y aplicarlos.

La utilización y el carácter relevante que neoconstitucionalistas e iusnaturalistas otorgan a los principios –aun sin precisar su conte-

⁵² RADBRUCH, “Cinco minutos de filosofía del derecho”, en *El neokantianismo en la filosofía del derecho*, p. 629.

⁵³ FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*.

⁵⁴ ATIENZA, *Las piezas del derecho*.

⁵⁵ DWORKIN, *Los derechos en serio*.

⁵⁶ ALEXY, *La construcción de los derechos fundamentales*.

nido y alcance— nos permiten sostener que las tesis iusfilosóficas de DWORKIN o ALEXY confirmarían la primera parte de la hipótesis. En este orden de ideas, podríamos considerar que el neoconstitucionalismo constituiría una doctrina acerca de la utilización de principios —derivados de una moral objetiva— en la interpretación de las normas jurídicas.

Desde el punto de vista técnico, las dificultades provienen de problemas lingüísticos. La vaguedad de los principios positivizados en enunciados jurídicos provoca un alto grado de indeterminación al momento de interpretar la ley. Estas dificultades se trasladan a la argumentación, donde se advierte que las decisiones judiciales se alejan del texto de la ley por la invocación continua de principios constitucionales o derechos fundamentales. Como hasta el momento no se ha podido definir o precisar qué son los principios o los derechos fundamentales o cómo se conocen, los jueces tienen vía libre para invocar principios y aplicarlos conforme a sus convicciones éticas.

Cada vez es más frecuente encontrar fallos en los que los razonamientos carecen de pautas objetivas y criterios racionales para conocer de qué forma el juez resolvió un caso concreto. Ello obedece a que en las decisiones judiciales se invocan principios por intermedio de un lenguaje emotivo, alejado de datos empíricos que permitan corroborarlo.

El problema técnico tiene un origen epistemológico. Al postular la existencia de un “orden moral objetivo” conectado con el derecho, se positivizaron los valores y principios de ese “orden moral” en el texto de ley. De ahí que se haya manifestado durante el desarrollo del trabajo que el iusnaturalismo había trasladado sus problemas al derecho positivo. En este proceso de incorporación de valores y principios al derecho positivo —que comenzó con las Constituciones de posguerra—, se apeló a un lenguaje vago, lo cual no debía sorprender, porque sin poder precisar los mismos “principalistas” y “iusnaturalistas” que entendían por “principio” cuál era su contenido, sus alcances y límites, y sin una estructura lógica que permitiera un análisis lingüístico, terminó siendo un problema de lenguaje. Por ello, las Constituciones consagran una multitud de catálogos de derechos, sin haber hecho una reserva técnica de cómo ellos se van a implementar.

Al hablar de actitudes, precauciones y métodos adecuados, postulamos una vía epistemológica y metodológica para evitar los problemas técnicos señalados en los párrafos anteriores. En el marco

teórico establecimos los parámetros, desde donde se efectúa este trabajo y se critica al neoconstitucionalismo. La actitud y la precaución tienen implicancias epistemológicas. Previamente a postular lo que entendemos por conocimiento y lo que podemos conocer, es conveniente tener en cuenta los enunciados que empleamos al formular proposiciones relativas a lo que afirmamos y negamos.

En este orden de ideas, las decisiones judiciales deberían elaborarse sobre la base de interpretaciones y argumentaciones construidas racionalmente por intermedio de criterios racionales y datos objetivos, que permitan identificar las normas jurídicas. Una concepción analítica del derecho nos ofrece la posibilidad de tener un control en la estructura lógica del discurso jurídico. En cambio, el neoconstitucionalismo –como el principalismo y el iusnaturalismo– pretende una interpretación y una argumentación inspiradas en una realidad metafísica de las normas, que excede los límites racionales del discurso jurídico, por carecer de criterios objetivamente válidos.

b) *RESPECTO DE LOS OBJETIVOS.*

1) *Determinar la concepción epistemológica del neoconstitucionalismo.* El análisis de la concepción epistemológica del neoconstitucionalismo, en este trabajo, comenzó desde de las teorías metaéticas, principalmente el descriptivo ético, desde el momento en que se postula la posibilidad de conocer valores objetivos y fundamentar racionalmente los juicios de valor.

El análisis de las bases teóricas del iusnaturalismo, como de algunas doctrinas afines y su modo de interpretar y validar las normas jurídicas, nos permite identificar el neoconstitucionalismo con el iusnaturalismo, aun cuando hacemos la salvedad de que no todos los neoconstitucionalistas se consideran al mismo tiempo iusnaturalistas o nieguen vínculo alguno con el iusnaturalismo.

El vínculo en común de ambas doctrinas tiene su base en la postulación de principios como fuente para validar las normas de derecho positivo y resolver conflictos.

La iniciativa de buscar y fundamentar el derecho en el contenido de los principios, identifica epistemológicamente el neoconstitucionalismo con el iusnaturalismo. Ambas corrientes fundamentan los derechos constitucionales en principios “incuestionables” y “evidentes”.

¿Cuál es la fuente de esos principios o derechos naturales, que constituyen el fundamento de los derechos constitucionales? En esta cuestión, ni iusnaturalistas ni neoconstitucionalistas se han

puesto de acuerdo. El neoconstitucionalismo ha seguido la concepción de los derechos al estilo del iusnaturalismo, pero incluyendo los principios en el texto del derecho positivo. Concluimos que el neoconstitucionalismo es un regreso al iusnaturalismo por intermedio del derecho constitucional.

2) *Analizar las consecuencias o los efectos prácticos que pueda tener la adhesión hacia la doctrina del neoconstitucionalismo.* Las consecuencias prácticas de la adopción del neoconstitucionalismo dejan varios interrogantes y dudas. Se da por sentado que los principios constitucionales se interpretarían de la misma manera al tener un núcleo objetivo; pero no se indaga en los problemas metodológicos, acerca de lo que estemos dispuestos a llamar “principios”. Tal vez, haya un exceso de confianza en la “recta razón” del juez para conocer y aplicar principios.

Entre los referentes de esta corriente, se coincide en afirmar que existe un orden constitucional de valores, un sistema moral constitucional, que establece un objetivismo ético por debajo de los enunciados constitucionales y legales, pero que adolece de ambigüedades, vaguedades y márgenes de indeterminación, que pueden ponerse de manifiesto por intermedio del análisis del lenguaje, desde las perspectivas semántica, sintáctica y hasta pragmática.

Desde el neoconstitucionalismo se afirma que las soluciones se desprenden de un orden axiológico constitucional que puede ser conocido y aplicado por los jueces, pero ¿cuál es la herramienta metodológica que tendrían los jueces para conocer ese orden de valores objetivos?

Los jueces comienzan a reemplazar al legislador, enmendando y excepcionando la ley, sobre la base de un orden moral constitucional. Como la Constitución es la fuente de la verdad moral, solo los jueces serían quienes arbitrariamente interpretarían la Constitución en base a un esquema moral de valores objetivos.

El problema tal vez no se presente en la identificación de principios; de hecho, desde una postura positivista se puede sostener la promulgación de principios. Distinto es el caso de la aplicación práctica de los principios que puedan ser identificados, es decir: ¿Cómo se aplican? Y esta pregunta no ha sido respondida por ALEXY ni DWORKIN ni por los defensores del neoconstitucionalismo. Corremos el riesgo de que cada juez aplique los principios según sus propias preferencias morales y políticas, es decir, termina siendo –como sostiene RADBRUCH– un asunto privado de conciencia y, en consecuencia, comenza-

rían a coexistir diferentes sistemas jurídicos, de acuerdo con la manera en que cada juez identifique, interprete y aplique principios.

La valoración de las normas jurídicas para determinar su validez conforme a una moral determinada fue trasladada desde el iusnaturalismo por el neoconstitucionalismo hacia el texto del derecho positivo. Si indagamos la historia del derecho, podemos advertir los peligros de basar el derecho en juicios de valor. Recordemos la Escuela de Kiel, que en el ámbito del derecho penal introdujo la valoración en el texto del derecho positivo para interpretar principios como “el espíritu del pueblo” o “la nación aria”. Este exceso de valoraciones condujo a una irracionalidad en la búsqueda de los “enemigos” del Estado alemán nazi.

Reflexiones: ¿Qué quiso decir LARENZ⁵⁷ con la frase “la sangre tiene que convertirse en espíritu y el espíritu en sangre”, en Alemania en 1934? Este discípulo hegeliano se refería a las “ideas rectoras” de un orden estatal; pensemos las consecuencias de las “ideas rectoras” del nazismo o fascismo sobre los ciudadanos y los jueces encargados de aplicarlas.

Lo concreto es que no existen criterios objetivos para determinar lo correcto o lo incorrecto. Un enunciado de este tipo solo puede fundarse en el interés de quien lo formula. Claro que la lucha del poder político y los intereses en juego influyen en la elaboración de las normas jurídicas, por ello es importante proponer –y en este sentido seguimos a HOESTER– una posición jurídica intersubjetivamente aceptable, sobre la base de una concepción subjetivista de fundamentación de las normas fundamentales o constitucionales que limiten el poder político.

3) *Demostrar la dificultad argumentativa que representa para los jueces la adopción del neoconstitucionalismo.* Con el neoconstitucionalismo, la argumentación abandona las normas jurídicas y las reemplaza por principios. La redacción vaga y defectuosa de los principios dificulta la tarea interpretativa del juez al momento de argumentar. ¿De qué manera el juez puede extraer soluciones de los principios y construir un argumento racional? La falta de elementos objetivos válidos dificulta la interpretación judicial y queda relegada a la valoración moral que cada juez haga de los derechos constitucionales.

⁵⁷ LARENZ, “Volkgeist und Recht”, en *Zeitschrift für Deutsche Kulturphilosophie*.

Si *A* invoca un principio y *B* invoca otro principio, ¿quién de los dos tiene razón?; ¿cuál de los dos principios debería aplicarse o ceder frente al otro? La posición neoconstitucionalista de que cada juez puede elegir qué principio aplicar por el “peso” de cada uno en el caso concreto, termina siendo una ilusión. La propuesta, por ejemplo, de ALEXY, de otorgar valores a los derechos constitucionales en conflicto, es una ficción que enmascara la preferencia moral o convicción ideológica del juzgador, que es la que determina la inclinación por uno u otro principio o derecho constitucional en conflicto.

Estamos en presencia de soluciones cuya argumentación jurídica parte de la invocación de un principio, en el cual se busca el contenido del derecho. Pero como no queda claro hasta el momento qué es un principio o qué son los derechos constitucionales, todo queda relegado a la valoración moral del observador. Tampoco se ha respondido sobre cuál es el peso de los principios, o cómo se determina el peso de los principios, teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo y lugar. ¿Qué es más importante: la igualdad o la libertad? ¿Qué debe ceder: libertad de prensa o la privacidad de la persona?

Pareciera ser que la conciencia del juez podría buscar la solución correcta; pero, en realidad, la incidencia de su sistema de creencias es la que termina por asignar subjetivamente un valor. Si la interpretación y la argumentación parten del contenido de las normas del derecho positivo, el razonamiento del juez tiene su apoyo en una estructura lógica, aunque no estemos de acuerdo con el resultado al cual el juez haya arribado, pero no tendremos inconvenientes para conocer cuáles fueron las normas jurídicas que el juez interpretó y aplicó⁵⁸.

4) *Proponer una línea metodológica para evitar dificultades prácticas que deriven del neoconstitucionalismo.* La propuesta metodológica para evitar dificultades prácticas que derivan del neoconstitucionalismo consistiría en una teoría general del derecho, que ofrezca reglas claras, que precise definiciones, reduzca la ambigüedad y vaguedad del lenguaje jurídico, y con ello contribuir a una mejor interpretación y argumentación. Esta adopción metodológica implicaría adoptar una línea epistemológica positivista, que si bien no garantiza la posibilidad de que no haya reglas “injustas” o “imperfec-

⁵⁸ GUIBOURG, “Una concepción analítica del derecho”, en BOTERO BERNAL (comp.), *Filosofía del derecho argentina*.

tas”, ofrece un mayor grado de certidumbre en el caso concreto, frente al carácter indeterminado de los principios.

La identificación de las normas como derecho, desde el positivismo, ofrece pautas objetivas para reconocer qué regla de derecho debe aplicarse; tal vez ello ocurriría con los principios si estos ofrecieran pautas objetivas para definirlos y reconocerlos. El problema es que cada uno define o reconoce el principio conforme lo apruebe su sistema de creencias, compuesto por contenidos de índole moral, política, ideológica, religiosa, cultural, etcétera.

Si los principios pudieran ser identificados de manera uniforme e interpretados con el mismo método, no habría inconvenientes desde el punto de vista práctico para responder a algunos interrogantes: ¿Dónde se buscan los principios?, ¿en la naturaleza argumentativa del hombre?, ¿en las instituciones políticas de turno?, ¿en el derecho natural?, ¿en la cultura?, etcétera.

Buscar soluciones jurídicas en los principios implica un alto costo de indeterminación e incertidumbre sobre su fuente, identificación, contenido y alcance.

El contenido del derecho debe buscarse en las normas jurídicas. Si bien esto no resuelve el problema de interpretación –porque no es la intención del positivismo proponer un método interpretativo, como sí pretenden el iusnaturalismo o el neoconstitucionalismo–, sí ofrece un mayor grado de certidumbre ante la indeterminación de los principios, reduciendo la discrecionalidad que de por sí tiene la actividad de juzgar.

El positivismo, desde el punto de vista epistemológico, permite identificar las normas del derecho positivo por intermedio de criterios formales y descriptivos. Asimismo, los enunciados de las normas jurídicas, además de exigir claridad semántica y consistencia lógica, tienen que tener su correlato empírico, que permita la construcción de argumentos racionales con una estructura lógica conocida, prescindiendo de las emociones o deseos de cada intérprete.

Asumir una actitud analítica en la filosofía del derecho cambia los interrogantes de “¿qué es un principio? o ¿qué es un valor?”, por el de “¿qué queremos decir, cuando expresamos la palabra, principio o “valor?”. Si nos quedamos con el primer interrogante, estamos asignando en la misma pregunta la respuesta sobre la “existencia” o “entidad ontológica” de los principios o valores; pero en la segunda pregunta, tendremos en cuenta el sistema convencional de lenguaje de cada comunidad y respetaremos la claridad semántica de la palabra y

su uso pragmático. De esta manera, como ocurre con los conceptos jurídicos, los conceptos de “principio” o “valor” son construcciones culturales, por lo tanto, susceptibles de ser identificados y valorados empíricamente.

Si estamos de acuerdo que al hablar de “principios” o “valores” no se trata de entidades ontológicas sino de creaciones culturales, esto nos permite –ante el conflicto de principios o derechos constitucionales– identificar datos empíricos que constituyan estas expresiones (historia, cultura, educación, etc.), y otorgar datos objetivos o presupuestos fácticos al juez, sin necesidad de que éste se remita a niveles abstractos, donde entran en juego sus emociones y deseos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALDUNATE LIZANA, EDUARDO, *Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo*, “Revista de Derecho”, vol. XXIII, nº 1, jul. 2010, p. 79 a 102.
- ALCHOURRÓN, CARLOS E. - BULYGIN, EUGENIO, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 2006; 2ª ed., *Sistemas normativos*, 2015.
- ALEXY, ROBERT, *La construcción de los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2010.
- *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ATIENZA, MANUEL, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996.
- AYER, A. J., *Lenguaje, verdad y lógica*, Buenos Aires, EUDEBA, 1965.
- COMANDUCCI, PAOLO, “Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico”, en CARBONELL SÁNCHEZ, MIGUEL (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2005.
- DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, Ariel, 2009.
- FERRAJOLI, LUIGI, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en CARBONELL SÁNCHEZ, MIGUEL (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- FINNIS, JOHN, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.
- FRANKFURTER, FÉLIX, *John Marshall and the judicial function: Government under law*, Cambridge, Mass, 1956.
- GUASTINI, RICCARDO “La constitucionalización del ordenamiento jurídico”, en CARBONELL SÁNCHEZ, MIGUEL (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- GUIBOURG, RICARDO A., “Una concepción analítica del derecho”, en BOTERO BERNAL, ANDRÉS (comp.), *Filosofía del derecho argentina*, Bogotá, Temis, 2008.
- *Los jueces y la nueva estructura del sistema jurídico*, “Anuario de Filosofía Jurídica y Social”, nº 24, 2006, p. 139.
- *Teoría general del derecho*, Buenos Aires, La Ley, 1999.
- HOERSTER, NORBERT, *En defensa del positivismo jurídico*, Barcelona, Gedisa, 2000.

- LARENZ, KARL, "Volkgeist und Recht", en *Zeitschrift für Deutsche Kulturphilosophie* 1, 1934.
- MOLLER, MAX, *La aplicabilidad de los derechos sociales prestacionales en los sistemas jurídicos contemporáneos*, Burgos, Universidad de Burgos, 2008.
- NINO, CARLOS S., *Ética y derechos humanos*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2012.
- PIETRO SANCHÍS, LUIS, *El constitucionalismo de principios ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo?*, "Anuario de Filosofía del Derecho", XIII, 1996, p. 125 a 158.
- POZZOLO, SUSANNA, *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación de la constitución*, "Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho", n° 21, vol. II, 25, 2010.
- RABOSI, EDUARDO, *Emotivismo ético, positivismo lógico e irracionalismo*, "Dianoia", vol. 17, n° 17, 1971, p. 36 a 61.
- RADBRUCH, GUSTAV, *Introducción a la Filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1965.
- "Cinco minutos de Filosofía del derecho", en *El neokantismo en la Filosofía del derecho*, Chile, Universidad de Valparaíso, 1982.
- ROSS, DAVID, *The Right and the Good*, Oxford, Published to Oxford, 2003.
- SANTIAGO, ALFONSO, "El neoconstitucionalismo", en sesión privada del Instituto de Política Constitucional del 3 de abril de 2008.
- WARNOCK, MARY, *Ética contemporánea*, Barcelona, Labor, 1968.
- ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *Historia y constitución*, Madrid, Trotta, 2005.
- ZAVADIVKER, NICOLÁS, *La ética y los límites de la argumentación moral. El desafío del emotivismo*, San Miguel de Tucumán, Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Nacional de la Tucumán, 2011.

**LA “ÚNICA RESPUESTA CORRECTA” EN DISCUSIÓN:
UNA APROXIMACIÓN DESDE LAS TEORÍAS
DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO DE DWORKIN,
ALEXY Y FINNIS***

*LUCIANO D. LAISE***

Resumen. El desarrollo de este trabajo se dirige focalmente a responder la siguiente pregunta: ¿en qué medida el razonamiento práctico, en general, y el razonamiento jurídico, en particular, son capaces de determinar una única respuesta correcta? A los efectos de dar respuesta a tal interrogante, se seguirá la siguiente “hoja de ruta”: *a)* descripción de la tesis afirmatoria de la única respuesta correcta en RONALD DWORKIN; *b)* presentación de las críticas a la tesis afirmatoria formuladas desde las teorías del derecho de ALEXY y FINNIS; *c)* esbozo de las bases para un replanteamiento del problema, y *d)* conclusiones.

Palabras clave: razonamiento jurídico, razonamiento práctico, Alexy, Finnis, Dworkin.

***THE “ONLY RIGHT ANSWER” IN DISCUSSION:
AN APPROACH FROM THE THEORIES OF THE LEGAL
REASONING OF DWORKIN, ALEXY AND FINNIS***

Abstract. This paper aims at answering the following question: to what extent practical reason, in general, and legal reasoning, in particular, are able to determine a unique right

* Este trabajo se enmarca en un proyecto de investigación titulado: “Causas y límites de la discrecionalidad judicial”, financiado por la Agencia Nacional de Promoción Científica y Tecnológica (PICT-2013-3199). El autor agradece a RODOLFO VIGO, quien contribuyó significativamente a mejorar detalles del artículo. Las deficiencias remanentes corren por cuenta del autor.

** Doctor en Derecho (Universidad Austral). Profesor adjunto de Filosofía del Derecho (Universidad Austral). Correo electrónico: llaise@ius.austral.edu.ar.

answer? In order to offer an answer to that question, I shall follow the next “map road”: *a)* description of the affirmative position of the unique right answer in RONALD DWORKIN’S works; *b)* description of the of the criticisms to the DWORKIN’S position on the unique right answer in ALEXY’S and FINNIS’ works related to the subject-matter of this article; *c)* outline of proposal for re-considering the problem and *d)* conclusions.

Keywords: legal reasoning, practical reasoning, Alexy, Finnis, Dworkin.

**A “ÚNICA RESPOSTA CORRETA” EM DISCUSSÃO:
UMA ABORDAGEM A PARTIR DAS TEORIAS
DO RACIOCÍNIO JURÍDICO DWORKIN,
ALEXY E FINNIS**

Resumo. O desenvolvimento deste trabalho tem como objetivo responder a seguinte questão: até que ponto o raciocínio prático, em geral, e o raciocínio jurídico, em particular, é capaz de determinar uma única resposta correta. Para efeitos de responder a esta pergunta, este “mapa do caminho” será seguido: *a)* descrição da tese afirmatoria única resposta correta em RONALD DWORKIN; *b)* apresentação da crítica à tese afirmatoria da única resposta correta feita a partir das teorias do direito de ALEXY e FINNIS; *c)* delinear a base para uma reconsideração do problema da única resposta correta, e *d)* conclusões.

Palavras-chave: raciocínio legal, raciocínio prático, Alexy, Finnis, Dworkin.

§ 1. **INTRODUCCIÓN**

En el Estado constitucional de Derecho, por usar la expresión de ZAGREBELSKY, la figura del juez que practica el control de constitucionalidad ha pasado a tomar una relevancia que hubiera causado perplejidad en los tiempos de la hegemonía del “Estado decimonónico de derecho”¹. Esa centralidad de la función judicial exige replantear múltiples desafíos en el campo del conocimiento jurídico. Así, uno de los retos más acuciantes de la hora presente, consiste en determinar cuáles son los fundamentos y las limitaciones del juez al momen-

¹ ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, cap. 2.

to de resolver casos concretos sobre la base de un rango o margen, más o menos amplio, de respuestas jurídicamente aceptables. Con otras palabras, el Estado constitucional de derecho tiene por delante el desafío de escoger una opción entre aquellas que resulten jurídica y moralmente aceptables.

Una de las soluciones a tal desafío fue dada por la tradición analítica anglosajona actual. Esta última considera que el lenguaje por el cual se mediatiza el derecho, permite que haya ciertos casos en que la aplicación de la norma jurídica pueda resultar indeterminada. Así, todas las palabras y frases del lenguaje jurídico podrían resultar vagas frente a un caso concreto; es decir, todos los términos carecen de un acuerdo generalizado sobre la extensión o rango de aplicación. En tales zonas de indeterminación jurídica, como supo precisar HART, la discrecionalidad judicial ha de ser muy amplia, si bien la conclusión a la que arribe el juez no ha de llegar al extremo de ser arbitraria o irracional². Por lo tanto, como sugiere WALUCHOW, tal discrecionalidad supone un acto de “elección entre alternativas abiertas”³. Dicho de otro modo, la indeterminación del lenguaje jurídico derivaría en una noción amplia de la discrecionalidad judicial.

En tal contexto de ideas, DWORKIN desarrolló una noción de razonamiento jurídico que opuso a la *analytical jurisprudence* hartiana y poshartiana. El citado filósofo sostenía que el razonamiento práctico –en general– y el razonamiento jurídico –en particular– son capaces de alcanzar siempre una única respuesta correcta. Así, DWORKIN mantiene la posibilidad de determinar una única respuesta correcta, incluso cuando el juez se enfrenta a un “caso difícil” (*hard case*). Por lo tanto, el razonamiento práctico-jurídico sería capaz de resolver todos y cada uno de los casos difíciles por medio de la determinación de una solución que podría considerarse como una respuesta insuperablemente más correcta que las demás. Ahora bien, una de las principales dificultades que plantea la tesis dworkiniana es que no precisa qué se ha de entender por “casos difíciles”. No obstante, como sostiene MASSINI CORREAS, se podría reconstruir tal definición del siguiente modo: “se trata de aquellos casos en los que la solución no puede ser derivada directa o unívocamente de una regla positiva determinada; dicho en otras palabras, cuando es posible resolver un caso de diferentes maneras, que resultan incompatibles

² HART, *The concept of law*, p. 127.

³ WALUCHOW, *Inclusive legal positivism*, p. 229.

entre sí, sin enfrentarse por ello con el texto explícito de una norma positiva"⁴.

La discusión de la posibilidad de conocer la única respuesta correcta tuvo un impacto tan significativo en la escena iusfilosófica contemporánea que, como indica ALEXY, se trata de uno de los temas más controvertidos de la filosofía del derecho actual⁵. En efecto, la tesis planteada superó los límites del debate HART-DWORKIN, al punto que en esa discusión intervienen autores provenientes de distintas concepciones o tradiciones filosóficas tales como JOHN FINNIS, quien se incardina dentro del iusnaturalismo clásico. En el ámbito continental, se podría destacar el nombre de ROBERT ALEXY, quien mantiene un concepto de derecho "no positivista", que traza conexiones conceptuales necesarias entre el derecho y la moral⁶.

La metodología del presente trabajo será la siguiente. Se partirá de la descripción de la tesis dworkiniana que mantiene la existencia y posibilidad de determinar una única respuesta correcta. Luego, pondré en discusión la posición de DWORKIN sobre la base de textos de ALEXY y FINNIS. Las razones que justificaron la elección de tales autores son: *a*) se trata de profesores-investigadores que han afrontado directamente la cuestión y, además, han dialogado de primera mano con los textos de DWORKIN; *b*) ALEXY y FINNIS representan diversas tradiciones filosóficas pero, más allá de las múltiples diferencias conceptuales y cosmovisionales, ambos comparten la posibilidad de algún tipo de objetividad en el nivel o momento técnico-aplicativo del razonamiento jurídico-judicial. En otras palabras, ambos defienden la posibilidad de alcanzar algún tipo de objetividad al momento de analizar la práctica o dinámica de derecho, y *c*) finalmente, se trata de filósofos del derecho que a lo largo de toda su carrera han dialogado intensamente no solo con autores de su propia tradición sino que han estado permanentemente dispuestos a discutir sus planteamientos con concepciones diversas –e incluso antagónicas– a la propia.

En síntesis, el desarrollo de este trabajo se dirige focalmente a responder la siguiente pregunta: ¿en qué medida el razonamiento

⁴ MASSINI CORREAS, *Dworkin, Finnis y la "única respuesta correcta"*, "Cuadernos de Extensión Jurídica", n° 13, 2006, p. 97.

⁵ ALEXY, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, "Doxa", n° 5, 1998, p. 139.

⁶ ALEXY, *The argument from injustice*, p. 23 a 27, y *On the thesis of a necessary connection between law and morality: Bulygin's critique*, "Ratio Juris", vol. 13, n° 2, 2000, p. 138 a 147.

práctico, en general, y el razonamiento jurídico, en particular, son capaces de determinar una única respuesta correcta?

§ 2. **LA DEFENSA DE LA “ÚNICA RESPUESTA CORRECTA”. LA TESIS DE RONALD DWORKIN**

Desde sus primeros escritos, DWORKIN desarrolló un marcado interés por enfrentar el problema de la única respuesta correcta, a partir de su pretensión de negar la doctrina positivista analítica, por la cual se sostiene que los jueces resuelven los “casos difíciles” de manera discrecional. En tal sentido, el profesor estadounidense niega que la función de los jueces consista en crear el derecho ante tal clase de casos, como pregonaba la teórica analítica hartiana. Por el contrario, afirma que quienes ejercen la magistratura judicial “descubren” los derechos que le corresponden a las partes intervinientes⁷. Sin embargo, no se trata de una solución que necesariamente se manifestará de una manera uniforme en todos los tribunales. Se trata solamente de la mejor solución que el juez considera para el caso singular y particular⁸. También reconoce que tal “descubrimiento”, puede ser falible y que no necesariamente dejará satisfechas a todas las partes intervinientes. No obstante, considera que es mejor asignar esta tarea al Poder Judicial que a otra institución o que los jueces deban sujetarse a directrices políticas (*policies*), o a cualquier otro criterio que les impida atenerse a su mejor apreciación sobre los derechos que les corresponden a los justiciables⁹.

En trabajos posteriores, la argumentación dworkiniana en defensa de la única respuesta correcta se focaliza en una cierta comprensión de la lógica aplicada al derecho. Esta se funda en la idea de que los conceptos jurídicos son dispositivos, esto es, enunciados que atribuyen al juez el deber de fallar en un único sentido o dirección. En caso de no comprender tal deber, al menos en principio, corresponde que el tribunal resuelva la misma petición en un sentido opuesto¹⁰. Esta visión de la lógica trasvasada al campo del derecho, de acuerdo a DWORKIN, se apoya en la idea de que todos los enunciados jurídicos son bivalentes, esto es, o verdaderos o falsos –disyun-

⁷ Cfr. DWORKIN, *Taking rights seriously*, p. 80.

⁸ DWORKIN, *Taking rights seriously*, p. 282.

⁹ DWORKIN, *Taking rights seriously*, p. 281.

¹⁰ Cfr. DWORKIN, *A matter of principle*, p. 119.

ción excluyente—. En este sentido, el derecho ha de ser aplicado de forma bivalente porque no existe la posibilidad de ningún valor veritativo intermedio¹¹. Dicho de otro modo, según el profesor estadounidense, la afirmación de la existencia de más de una respuesta correcta llevaría a la contradicción de sostener que dos proposiciones contrarias pudieran ser verdaderas al mismo tiempo.

Finalmente, DWORKIN profundiza su comprensión de la lógica aplicada al derecho en sus últimos escritos. En tal sentido, explicita algo que no resultaba claro pero que se podía inferir de su propuesta teórica; esto es, la determinación de una única respuesta correcta presupone ciertos juicios de valor (*value judgments*) que son efectuados por los operadores jurídicos frente a casos particulares y concretos. Así, los juristas, frente a diversos conjuntos de principios morales que compiten entre sí, deben decidir cuál de todos ellos es el que proporciona justificación moral más convincente de la práctica jurídica considerada globalmente¹².

Recapitulando, el razonamiento jurídico ha de culminar en la determinación de una única respuesta correcta para todos los casos que se presentan en la práctica jurídica. De esta manera, como sintetiza MASSINI CORREAS a la posición dworkiana, incluso los casos difíciles se resuelven por medio de la aplicación de uno o varios principios que provean un criterio de solución, en última instancia unívoco, para aquellas situaciones en los que la legislación resulta vaga o ambigua¹³.

§ 3. **LA ÚNICA RESPUESTA CORRECTA COMO "IDEAL REGULATIVO".** **LA TESIS DE ALEXY**

Directamente ALEXY afronta el tema en *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*¹⁴. Así, el citado autor germánico examina la tesis afirmatoria de la única respuesta correcta, a la luz de una valoración crítica de la teoría de los principios jurídicos formulada por DWORKIN. Siendo más preciso, ALEXY afirma que la tesis dworkiniana oscila entre dos modos de distinguir entre reglas y principios.

¹¹ DWORKIN, *A matter of principle*.

¹² DWORKIN, *Justice in robes*, p. 144 y 145.

¹³ MASSINI CORREAS, *Dworkin, Finnis y la "única respuesta correcta"*, "Cuadernos de Extensión Jurídica", nº 13, p. 98.

¹⁴ ALEXY, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, "Doxa", nº 5, 1998, p. 139.

Por un lado, siempre según el profesor de Kiel, DWORKIN diferencia a los principios de las reglas según diversos niveles de generalidad y, por el otro, según diferencias estructurales entre ambas clases de normas. A continuación examinaremos tales argumentos por separado.

a) *PRIMER ARGUMENTO. LA DISTINCIÓN ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS SEGÚN NIVELES DE GENERALIDAD.* ALEXY comienza el estudio de las tesis dworkinianas con un primer argumento para distinguir entre reglas y principios. Los últimos serían normas de un grado de generalidad relativamente alto y las reglas, en cambio, tendrían un nivel relativamente bajo¹⁵. Por un lado, una norma funcionaría como principio cuando, por ejemplo, el art. 41 de la Const. de la Nación Argentina establece que “todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano” y, por el otro, se trataría de una regla aquella norma que prescribe el deber de registrar el nacimiento de los hijos en un plazo de cuarenta días¹⁶. En tal sentido, sostiene ALEXY, podría parecer que las reglas y los principios tan solo se distinguirían por ser normas con diferentes grados o niveles de generalidad, tal sería el caso de la “tesis débil de la separación”. En cambio, podría mantenerse que la distinción entre reglas y principios no solo obedece a una cuestión de grado sino de tipo cualitativo. Tal sería el caso de la distinción dworkiniana¹⁷.

Así, en primer lugar, DWORKIN mantiene que las reglas se aplican a todo o nada (*all-or-nothing-fashion*), pero no los principios. Estos, en efecto, no determinan enteramente el modo de solucionar un caso sino que se limitan a proporcionar razones que hablan a favor de una u otra decisión. En cambio, si concurre el supuesto de hecho de una regla, existen solo dos posibilidades: o la regla es válida, y entonces deben aceptarse las consecuencias jurídicas; o bien es inválida y, por lo mismo, ha de excluirse del razonamiento jurídico¹⁸. De hecho, realmente existe un conflicto entre reglas cuando se está frente a normas que prescriben conductas enteramente contradictorias entre sí. Tal es el caso de la norma jurídica del Estado fede-

¹⁵ ALEXY, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, “Doxa”, n° 5, 1998, p. 141.

¹⁶ Ley nacional 26.413, art. 28.

¹⁷ ALEXY, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, “Doxa”, n° 5, 1998, p. 141.

¹⁸ ALEXY, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, “Doxa”, n° 5, 1998, p. 141.

ral, que prohíbe la apertura de puestos de venta los miércoles hasta las 19 horas y la norma jurídica del Lund que lo prohíbe los miércoles hasta las 13 horas. Ese caso judicial fue resuelto por medio de una norma de conflicto propia de una organización constitucional de tipo federal: la norma federal prevalece sobre la local. Aquí, según el profesor de Kiel, se está claramente frente a un conflicto de reglas¹⁹. Más específicamente, se trata de dos normas contradictorias entre sí. Lo que una permite, la otra lo prohíbe. Tal contradicción, en efecto, se resuelve declarando la inaplicación de una norma y, por ende, el deber de aplicar la otra.

b) *SEGUNDO ARGUMENTO. LA DISTINCIÓN ENTRE PRINCIPIOS Y REGLAS SEGÚN CRITERIOS ESTRUCTURALES.* El segundo argumento mantiene que los principios se caracterizan por una "dimensión de peso" (*dimension of weight*) que no poseen las reglas. De manera tal que si colisionan dos principios, se le atribuye un valor decisivo al principio que, en el preciso marco de un caso concreto, tenga un peso relativamente mayor²⁰. En efecto, la colisión de principios exige determinar cuál es el principio que tiene mayor peso en el contexto particular del caso concreto. ALEXY ilustra esto con un ejemplo paradigmático de colisión de principios; a saber, la decisión de llevar a cabo un juicio oral contra un inculpado al que amenaza el peligro de una apoplejía y un infarto. Así, por un lado, se encuentra la norma del art. 2º, ap. 2, párr. 1 de la ley fundamental de la República Federal de Alemania, que reconoce al individuo un derecho fundamental a la vida y a la integridad física y, por el otro lado, un principio iusfundamental del Estado de derecho que impone al Estado el deber de garantizar un funcionamiento eficiente y eficaz de las instituciones jurídico-penales²¹.

Según ALEXY, este segundo modo de comprender a la distinción de principios y reglas es el más apropiado. Esto obedecería, siempre a que en el núcleo de la distinción entre reglas y principios radican estructuras completamente diferentes²². Así, el núcleo de una deci-

¹⁹ ALEXY, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, "Doxa", n° 5, 1998, p. 142.

²⁰ ALEXY, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, "Doxa", n° 5, 1998, p. 141.

²¹ ALEXY, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, "Doxa", n° 5, 1998, p. 142.

²² ALEXY, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, "Doxa", n° 5, 1998, p. 141 y 142.

sión judicial que ha de enfrentar un conflicto entre principios consiste en determinar cuál es el principio que tiene mayor peso relativo en el marco de un caso particular y concreto. Volviendo al caso del inculpado con riesgo a su vida e integridad, no se trata de que ambos principios están en contradicción o, lo que es lo mismo, el asunto no pasa por especificar cuál de los principios es válido y cuál no lo es. De hecho, la resolución de tal caso supone llevar a cabo una ponderación y, por esto, todo el asunto se reduce a determinar si el interés del inculpado contrario a la celebración del juicio, en el marco del caso concreto, posee un peso mayor que los intereses estatales a los que sirve el proceso penal. Dicho de otra manera, no se trata de declarar la invalidez de un principio sino de determinar cuál tiene mayor peso en el marco de un caso particular.

La estructura y dinámica de tal juicio de ponderación es, sin lugar a duda, una de las contribuciones más significativas de la teoría discursiva-dialógica de ALEXY y sus discípulos a la filosofía del derecho y a la dogmática iusfundamental del presente. Ahora bien, en lo que interesa centralmente a este trabajo, tales cuestiones se abordarán desde un *scope* preciso que se podría resumir de la siguiente manera: ¿en qué medida el juicio de ponderación supone necesariamente la existencia y posibilidad de determinar una única respuesta correcta? La respuesta de ALEXY es que solo sería posible identificar una única respuesta correcta si las exigencias del discurso práctico –del que discurso jurídico no es sino un caso especial– fueran capaces de arribar siempre a un consenso²³. Ahora bien, ¿es eso posible? ¿O acaso las condiciones del discurso jurídico no son simplemente ideales regulativos?

c) *DE LAS CONDICIONES IDEALES DEL DISCURSO JURÍDICO A LA ÚNICA RESPUESTA CORRECTA COMO IDEAL REGULATIVO*. Las exigencias procedimentales del discurso jurídico que ALEXY propone, como el mismo reconoce, solo se cumplen de manera aproximada bajo condiciones reales²⁴. Así, no cabría la posibilidad de un consenso para cada cuestión o caso particular. Por lo tanto, sería posible seguir manteniendo la existencia de una única respuesta correcta sobre la base de cinco idealizaciones: 1) tiempo ilimitado; 2) información ilimitada; 3)

²³ ALEXY, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, "Doxa", nº 5, 1998, p. 150.

²⁴ ALEXY, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, "Doxa", nº 5, 1998, p. 151.

claridad lingüística conceptual ilimitada; 4) capacidad y disposición ilimitada para el cambio de roles, y 5) carencia de prejuicios ilimitados²⁵. Con todo, esas idealizaciones también se cumplen siempre de modo aproximado y, por lo tanto, su realización ha de ser necesariamente imperfecta. En otras palabras, las condiciones sobre las cuales reposan la existencia de una única respuesta correcta representan ideales a los que los juristas han de ajustar sus prácticas jurídicas concretas.

Por lo tanto, ALEXY concluye que no existe un procedimiento discursivo que permita arribar ineludiblemente al conocimiento de una única respuesta jurídica correcta para cada uno de los casos concretos que suscita la práctica del derecho. No obstante, ello no implica renunciar a la idea de la única respuesta correcta sino que es necesario precisar su estatus. Más en concreto, ALEXY sugiere que si los participantes del discurso jurídico aspiran a dotar de sentido a sus argumentaciones y fundamentaciones, requieren atribuir a sus pretensiones el rango de la única respuesta correcta posible para el caso concreto. Así, los operadores jurídicos deberían asumir la existencia de una única respuesta correcta no como un objetivo perfectamente realizable sino como un ideal regulativo. Esto no quiere decir que se afirme que efectivamente existe la posibilidad de reconocer sin dificultades la única respuesta correcta. Simplemente implica presuponer que en algunos casos existe una respuesta correcta y ya que no es posible saber de antemano cuándo eso habrá de acontecer, en todos los casos se debe buscar alcanzar el conocimiento de la única respuesta correcta²⁶.

En definitiva, las reglas sobre las que se estructura el discurso jurídico configuran una suerte de código de la razón práctica que apunta a dotar de sentido a las argumentaciones que desarrollan los operadores jurídicos. En tal orden de ideas, los operadores jurídicos deberían asumir la posibilidad de reconocer o determinar la única respuesta correcta como ideal regulativo, con el fin de atribuir un sentido pleno a sus argumentaciones con el que intervienen en el discurso práctico-jurídico. Dicho de otra forma, más allá de la discusión teórica sobre la existencia o inexistencia de una única respuesta correcta para los casos en los que existe un conflicto entre princi-

²⁵ ALEXY, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, "Doxa", nº 5, 1998, p. 151.

²⁶ ALEXY, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, "Doxa", nº 5, 1998.

pios, los operadores jurídicos debieran actuar como si esta existiera y, sobre todo, como si fuera posible reconocer una respuesta insuperablemente más correcta que las demás opciones jurídicamente aceptables.

§ 4. **DE LA DETERMINACIÓN DE LA ÚNICA RESPUESTA CORRECTA
A LA EXCLUSIÓN DE RESPUESTAS INCORRECTAS.
LA TESIS DE JOHN FINNIS**

Se trata de uno de los autores contemporáneos que se incardinan en la "tradición central de occidente", quien se caracterizó por rechazar la tesis afirmatoria de la única respuesta correcta de DWORKIN. Sin embargo, antes de discutir de modo directo la propuesta teórica dworkiniana, el citado profesor australiano estima necesario disipar ciertas ambigüedades que se presentan al abordar cuestiones relativas al razonamiento jurídico. Concretamente, FINNIS se apoya en dos distinciones que resultan sumamente útiles para analizar el problema: la distinción entre razones (*reasons*) y sentimientos (*feelings*), y la distinción entre obrar y hacer. Por un lado, cabría notar las diferencias y conexiones entre dos aspectos de nuestra personalidad que nos impulsan en el plano de la acción y decisión: las emociones y la razón. Por el otro, cabría advertir una diferencia entre el obrar; esto es, la configuración de la propia existencia mediante elecciones personales racionalmente motivadas y, por otra parte, el hacer que refiere al ejercicio de una técnica por medio de la actividad sobre alguna forma de objeto o método cultural²⁷. En las próximas páginas se expondrán tales distinciones en un mayor nivel de detalle y posteriormente se analizará la crítica que FINNIS plantea directamente a la tesis afirmatoria de la única respuesta correcta de DWORKIN.

a) **LA DISTINCIÓN ENTRE RAZONES Y SENTIMIENTOS.** Según FINNIS, los estados de cosas que paradigmáticamente buscamos concretar tienen un doble aspecto: la meta que estimamos que involucra nuestros sentimientos y el beneficio inteligible que se presenta ante nuestra racionalidad como capaz de realizar, inmediata o mediatamente, algún bien humano básico. Así, por un lado, algunos de los propósitos a los que se dirige la inteligencia humana son alcanzados exclusivamente por medio de sentimientos. Por otra parte, algunos de tales propósi-

²⁷ FINNIS, "Legal reasoning and practical reason", en FINNIS, *Reason in Action*, vol. I, p. 212.

tos están motivados esencialmente por una comprensión de algún bien humano básico y, por lo mismo, en algún aspecto de la razón²⁸. Esto plantea algunos interrogantes: ¿se trata de dos propósitos que nuestra inteligencia procura de manera desconectada? ¿Existe alguna vinculación entre guiarse por sentimientos y orientar la propia conducta en orden a concretar algún bien humano básico?

Para FINNIS los bienes humanos básicos son diversos y racionalmente atrayentes. Esto torna frecuente y necesario que opere una libre elección entre los modos o intensidad de realizar cada uno de tales bienes. Sin embargo, la palabra "elección", como cualquier otro término de la filosofía práctica, suele sufrir de algunas incomprendiones que son una consecuencia directa de algunas distinciones efectuadas por la tradición empirista moderna que supo escindir tajantemente a la razón de los sentimientos. Situados en tal contexto de ideas, FINNIS aclara que el significado fuerte o central de la elección libre consiste en la adopción de una entre dos o más opciones alternativas, racionalmente atractivas e incompatibles. Solo en virtud de esa misma elección es posible determinar cuál opción habrá de ser elegida y procurada²⁹. Así, muchos aspectos relevantes de la vida en comunidad e individual y muchas obligaciones resultan estructurados por una elección entre opciones racionalmente deseables, cuyo atractivo consiste en su posibilidad de realizar, directa o indirectamente, en mayor o menor medida, alguno de los bienes humanos básicos³⁰.

Entonces, cabría preguntarse, ¿qué razones pueden esgrimirse para identificar las opciones que, a pesar de ser racionales, deben ser rechazadas ya que deben considerarse como irrazonables, incorrectas o inmorales? A lo que FINNIS responde que "el pensamiento moral es simplemente racional". Esto significa que tal pensamiento incorpora emociones y sentimientos, pero sin someterse a ellos³¹. Así, el citado autor mantiene que el principio fundamental de la racionalidad práctica es tomar como premisa al menos una de las razones básicas para la acción y seguirla hasta llegar al punto de concretar ese bien

²⁸ FINNIS, "Legal reasoning and practical reason", en FINNIS, *Reason in Action*, vol. I, p. 212.

²⁹ FINNIS, "Legal reasoning and practical reason", en FINNIS, *Reason in Action*, vol. I p. 214.

³⁰ FINNIS, "Legal reasoning and practical reason", en FINNIS, *Reason in Action*, vol. I.

³¹ FINNIS, "Legal reasoning and practical reason", en FINNIS, *Reason in Action*, vol. I, p. 215.

en alguna acción particular y singular³². Dicho de otra manera, el principio fundamental de la moral se podría sintetizar en la frase: “sé enteramente razonable”. La “recta razón” a que refiere “la tradición central de occidente” no sería más que una “razón destrabada”; vale decir, una razón no gobernada exclusivamente por las pasiones y las emociones.

De esta manera la voluntad, y la razón son integradas a través del “principio moral fundamental” (*morality master principle*) que prescribe elegir solamente aquellas posibilidades que al quererlas resulten compatibles con dirigir la voluntad hacia el completo desarrollo de todos los seres humanos, considerando todos los bienes humanos básicos, en orden a alcanzar el ideal de la realización humana integral (*integral human fulfilment*)³³. Así, por ejemplo, alguien podría experimentar un sentimiento que lo inclina a destruir la vida de otro ser humano. Tal podría ser el caso de un viudo que quiere vengar el homicidio de su esposa asesinada a sangre fría hace pocos días. Sin embargo, resultaría inmoral y, por lo mismo inaceptable, conformarse y limitarse a ese sentimiento. Ello sería así porque junto a tales sentimientos opera un principio moral intermedio que conecta a los bienes humanos básicos con el primer principio moral y con normas jurídico-positivas que determinan las consecuencias que se siguen de un homicidio. Este principio moral intermedio excluye la posibilidad de la venganza privada o justicia por mano propia³⁴.

Recapitulando, los sentimientos y la razón ciertamente son distintos aspectos de las elecciones sobre las que se estructura la faz dinámica de la razón práctica; esto es, el razonamiento en orden a la acción y la decisión. Sin embargo, no cabe separar tajante y radicalmente a la dimensión racional de la emotiva o sentimental. De lo que se trata es de someter a los sentimientos a la guía o, mejor dicho, a la normatividad de la razón práctica. Dicho de otra manera, las emociones se integran al razonamiento práctico pero bajo el dominio o gobierno de la razón que ordena o guía a la persona hacia la realización de alguno de los bienes humanos básicos.

³² FINNIS, “Legal reasoning and practical reason”, en FINNIS, *Reason in Action*, vol. I.

³³ FINNIS, “Legal reasoning and practical reason”, en FINNIS, *Reason in Action*, vol. I.

³⁴ FINNIS, “Legal reasoning and practical reason”, en FINNIS, *Reason in Action*, vol. I.

b) *LA DISTINCIÓN ENTRE TÉCNICA Y MORAL.* Siguiendo FINNIS a TOMÁS DE AQUINO³⁵, describe el cuádruple orden de las ciencias³⁶. En primer lugar, existe un orden llamado “especulativo” que la razón no construye, cuyo objeto solamente considera o contempla, en tanto existente por fuera de la obra del hombre como, por ejemplo, el orden de las cosas de la naturaleza. Tal es el caso de las llamadas ciencias naturales como la astronomía, la física y la química³⁷. En segundo término, está el orden lógico que se halla conformado por las ciencias a través de las cuales la inteligencia ordena y conecta nuestros pensamientos –v.gr., la lógica en su sentido más amplio ya que ordena conceptos entre sí y las palabras que son los signos de los conceptos–. En tercer lugar, se halla el orden práctico, por el cual la razón considera que se ha de obrar concretamente en operaciones de la voluntad tales como la deliberación, las elecciones entre distintas alternativas posibles y las acciones voluntarias –v.gr., la política, la economía y la moral–. Este último orden no considera meramente un objeto que “ya está ahí” sin el concurso de la actividad humana, y que solo puede ser contemplado sino un conocimiento operable; vale decir, un conocimiento que se dirige hacia algo que ha de ser puesto en existencia concreta por medio de la acción y decisión humana. Finalmente, se encuentra el orden técnico por el cual la razón, siguiendo ciertas reglas, adquiere la habilidad para producir y construir cosas exteriores de las que ella misma es causa –v.gr., la construcción de un navío o un edificio–³⁸.

En el marco de estos cuatro órdenes de las ciencias, el conocimiento jurídico es una ciencia del cuarto orden, es decir, de tipo téc-

³⁵ Cfr. FINNIS, *Aquinas: Moral, political, and legal theory*, p. 21. La cuádruple clasificación de las ciencias que plantea FINNIS descansa sobre la siguiente obra medieval: TOMÁS DE AQUINO, *Comentario a la Ética para Nicómaco de Aristóteles*, Libro 1, Lección I.

³⁶ El término “ciencia” que emplea FINNIS (*science*) no parece ser utilizado en su acepción moderna sino de acuerdo al significado que TOMÁS DE AQUINO le atribuía a la voz latina “scientia”. Así, “el Aquinate define a la *s. (scientia)* como una virtud intelectual, es decir, una virtud que perfecciona el entendimiento, por la cual se conocen las verdades que son últimas no absolutamente, sino en un determinado género de lo cognoscible. Procede por demostración, considerando al mismo tiempo los principios de tal género y las conclusiones, en las que se explicitan esos principios”. Cfr. MAGNAVACCA, *Léxico técnico de filosofía medieval*, p. 622 (voz “scientia”).

³⁷ Cfr. CASAUBÓN, *El conocimiento jurídico*, p. 9.

³⁸ FINNIS, *Aquinas: Moral, political, and legal theory*, p. 21; FERRATER MORA, *Diccionario de filosofía*, p. 763 (voz: “técnica”).

nico o poiético³⁹. En ese sentido, el profesor australiano ha sostenido que “el razonamiento jurídico es, entonces (por lo menos en gran parte) un razonamiento técnico, no moral. Como todo razonamiento técnico, está ordenado a conseguir un propósito particular, un estado definido de cosas alcanzables por medio de la disposición eficiente de los medios hacia el fin. El fin particular es aquí la resolución de las disputas (y otras imputaciones de inconducta), por medio de la provisión de una directiva, suficientemente definida y específica, para identificar a una parte como correcta (en-lo-correcto) y a la otra como incorrecta (no-en-lo-correcto)”⁴⁰.

En este nivel técnico del razonamiento jurídico se pueden ubicar a los múltiples artificios legales, los términos definitorios y las reglas especificatorias, que con suficiente claridad artificial establecen márgenes que tornan “cuestiones fáciles” a las tantas cuestiones que surgen en la vida jurídica. En tal sentido, las definiciones jurídicas y las reglas están para proveer al ciudadano, al asesor jurídico y al juez de un algoritmo (cálculo) para decidir en tantas cuestiones como sea posible –en principio, para cada cuestión– si (o no) este curso de acción podría (o no) ser legítimo; si este acuerdo es válido; si el contrato se puede rescindir; si tales erogaciones son deducibles del impuesto a las ganancias; por citar solo algunos ejemplos. En síntesis, la ley (*the law*) pretende, en la mayor medida posible, proveer recursos de razonamiento –leyes y reglas basadas en las leyes, reglas del *common law* y costumbres– capaces de jerarquizar (*capable of ranking*) resoluciones alternativas a las disputas como correctas o incorrectas y, por lo tanto, como mejores o peores⁴¹.

Finalmente, el citado profesor australiano considera que las habilidades de los abogados para hallar y usar los recursos autoritativos, son medios al servicio de un propósito lo suficientemente específico para constituir una técnica o, al menos, una modalidad del razonamiento técnico. Ese propósito es la resolución inequívoca de cada disputa y que estas puedan, de alguna manera, ser previstas y solucionadas. En tal orden de ideas, FINNIS sostiene que “esta búsqueda de la certeza por medio de un conjunto completo de respues-

³⁹ FINNIS, “Commensuration and public reason”, en FINNIS, *Reason in Action*, p. 233.

⁴⁰ FINNIS, “Legal reasoning and practical reason”, en FINNIS, *Reason in Action*, vol. I, p. 220; en español, *Derecho natural y razonamiento jurídico*, “Persona y Derecho”, vol. 33, 1995, p. 22.

⁴¹ Cfr. FINNIS, “Legal reasoning and practical reason”, en FINNIS, *Reason in Action*, vol. I, p. 220.

tas, unívocamente correctas, está en sí misma al servicio de un bien más amplio que, como todos los bienes humanos básicos, no es reducible a una meta definida sino que más bien es un bien abierto, ilimitado, en el que las personas y sus comunidades pueden participar, sin capturar nunca, o exhaustiva, el bien de la justa armonía. Este bien es un bien moral en tanto es promovido por sí mismo y respetado como un aspecto del desarrollo integral humano ideal. Como bien moral, sus implicaciones están especificadas por todos los principios morales que le están vinculados⁴².

c) *LA INCONMENSURABILIDAD DE LAS DIMENSIONES QUE INTEGRAN EL RAZONAMIENTO JUDICIAL. LA CRÍTICA A LA TESIS AFIRMATORIA DE DWORKIN.* Una vez que se efectuaron las distinciones que operan tanto entre moral y técnica como entre razón y sentimientos, corresponde pasar a exponer la tesis negatoria de la única respuesta correcta que propone FINNIS. En este sentido, el citado profesor de la Universidad de Oxford destaca que la tesis dworkiniana considera que en el razonamiento judicial hay dos criterios de juicio que son utilizados y que guardan una cierta analogía con la inconmensurabilidad de los bienes humanos básicos involucrados en elecciones significativas y racionalmente motivadas. El primero de esos criterios pertenece al orden práctico-moral y se corresponde con el juicio de ajuste *-fit-*. Esta dimensión de "ajuste" remite a la necesidad de guardar una coherencia con los materiales jurídicos existentes, originados por decisiones políticas preexistentes tales como la legislación y las decisiones judiciales autoritativas *-precedentes-*. En segundo lugar, se encuentra la dimensión de "justificación" que se dirige a demostrar que hay una única respuesta correcta, incluso para los "casos difíciles"⁴³.

Así, la descripción de DWORKIN asume una doble dimensión de la evaluación judicial, que permite afirmar que un caso es difícil para la decisión judicial no solo cuando hay más de una respuesta que no está en evidente contradicción con una regla aplicable, sino también si las respuestas que están disponibles pueden ser jerarquizadas en diferentes órdenes, en razón de cada uno de los criterios de evaluación pertinentes. En el caso de los razonamientos jurídicos estos han de

⁴² FINNIS, *Derecho natural y razonamiento jurídico*, p. 23.

⁴³ Cfr. FINNIS, "Legal reasoning and practical reason", en FINNIS, *Reason in Action*, vol. I, p. 221.

juzgarse por su adaptación a la legislación previa y al precedente y, de alguna manera, por su inherente profundidad moral⁴⁴.

Sin embargo, FINNIS señala la inherente inconmensurabilidad de las dos dimensiones o criterios con que DWORKIN conceptualiza el razonamiento judicial. ¿Pero en qué consiste tal inconmensurabilidad? Pues en la ausencia de un único y objetivo baremo racionalmente identificable que permita medir o cuantificar los méritos y deméritos, los bienes y los males de las opciones en debate⁴⁵. Esta inconmensurabilidad es mucho más profunda de lo que se desprende de la descripción dworkiniana del razonamiento jurídico. En tal sentido, se puede hablar de la inconmensurabilidad en opciones relativamente simples tales como jugar al fútbol o ver una película. Pero en el caso del razonamiento jurídico, ¿cuándo es posible conmensurar las opciones y cuándo no?

El ámbito propio de la conmensuración de las opciones jurídicas es la racionalidad técnica que se advierte paradigmáticamente en el análisis costo-beneficio; vale decir, la comparación de los costos de las alternativas disponibles en una deliberación o elección. Sin embargo, tal análisis solo puede ser llevado a cabo cuando concurren las siguientes condiciones: 1) las metas están bien definidas; 2) los costos pueden ser medidos con una específica unidad de medida –v.gr., dinero–; 3) los beneficios también pueden ser medidos o cuantificados y comparables unos con otros, y 4) las diferencias entre los medios, costos y beneficios mensurables no resultan significativas. Ninguna de estas condiciones se advierte en el razonamiento moral⁴⁶. Si se pudiera racionalmente efectuar conmensuraciones en el orden práctico-moral, pues no habría lugar para las elecciones o, mejor dicho, estas serían superfluas porque no serían más que una conformación de la decisión a los resultados de cálculos efectuados a través de un razonamiento técnico. Dicho de otro modo, las elecciones práctico-morales resultan posibles y necesarias en la medida en que el razonamiento técnico resulta insuficiente para resolver un determinado asunto.

En contraste, el razonamiento práctico-moral supone una elección entre varias opciones razonables o, lo que es lo mismo, acepta-

⁴⁴ Cfr. FINNIS, "Legal reasoning and practical reason", en FINNIS, *Reason in Action*, vol. I, p. 221 y 222.

⁴⁵ Cfr. FINNIS, "Postscript", en FINNIS, *Natural law and natural rights*, p. 450.

⁴⁶ FINNIS, "Legal reasoning and practical reason", en FINNIS, *Reason in Action*, vol. I, p. 224.

bles en términos morales. No obstante, la razón práctica podrá llegar a excluir opciones moralmente incorrectas o inaceptables pero de ello no se puede derivar que siempre sea posible identificar una única respuesta correcta. Aún más, lo propio de una elección consiste, precisamente en seleccionar o escoger entre varias opciones racionalmente aceptables. En cambio, el resultado de deliberaciones de opciones conmensurables, de acuerdo a las características del razonamiento técnico que fue descrito *supra*, no finaliza en una elección –en el sentido que hemos utilizado en este trabajo– sino en una decisión racional que concluye en una acción o, mejor dicho, en una aplicación de criterios cuantificables⁴⁷.

En síntesis, el campo específico de las elecciones supone una deliberación práctica en la cual se escoge una opción entre varias moralmente aceptables; es decir, entre diversas opciones que realizan algún aspecto o dimensión de los bienes humanos básicos. Esa deliberación no podrá conmensurar o determinar qué tan mejor o más deseable es una alternativa sobre la otra porque estarían en juego opciones moralmente aceptables que serían inconmensurables entre sí. Esto señala un desafío de crucial importancia para la teoría del razonamiento práctico-jurídico de FINNIS: ¿cuáles son los límites de tal razonamiento? ¿Existe acaso alguna frontera que delimite el rango de las elecciones que pueden tomar los agentes al momento de actuar y decidir? La respuesta a tales interrogantes, en la obra del citado profesor australiano, ha de encontrarse en la noción de absolutos morales.

§ 5. **LOS ABSOLUTOS MORALES: UN LÍMITE NEGATIVO DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO**

La noción de absolutos morales que propone FINNIS sostiene que estos configuran el armazón o esqueleto del razonamiento jurídico⁴⁸. De esa forma, el razonamiento jurídico se topa con un límite que supone excluir todas aquellas alternativas que, por ejemplo, supongan un homicidio intencional (*intentional killing*); una lesión intencional a la persona o los intereses económicos de una persona,

⁴⁷ FINNIS, "Legal reasoning and practical reason", en FINNIS, *Reason in Action*, vol. I, p. 225.

⁴⁸ FINNIS, "Legal reasoning and practical reason", en FINNIS, *Reason in Action*, vol. I, p. 226.

el ardid deliberado para obtener los resultados deseados, la esclavización que supone tratar a un individuo humano como un objeto de menor entidad, un sujeto humano autónomo⁴⁹.

Ahora bien, es preciso aclarar que la absolutez a la que se refiere en el concepto de “absolutos morales”, no pretende designar algún tipo de potencia ilimitada sino que significa que una norma es inexcusable: vale decir, que cuando se toma una decisión jamás cabe realizar positivamente una acción que no haga más que lesionar directa e intencionadamente un bien humano básico⁵⁰. En este sentido, FINNIS ha precisado la noción de normas absolutas morales del siguiente modo: “Un absoluto moral sustantivo (no meramente formal) es una norma en la que un acto humano está descrito en términos que, aunque no sean morales, nos capacitan para afirmar que ningún acto de esa descripción precisa puede ser elegido sin preferir una emoción a la razón, es decir, sin seguir ciertas preferencias emocionales a expensas del tipo de razón constituido por una determinación de un bien humano básico, por ejemplo: la vida humana (en el caso de asesinato directo), la verdad en la comunicación (como en el caso de la mentira, propiamente definida), la armonía interpersonal (como en el caso de la esclavitud, comprendida más precisamente de lo que ARISTÓTELES o el Aquinate lo hicieron; o de la manipulación de seres humanos), o el complejo de los bienes básicos de la vida y la armonía interpersonal e intrapersonal involucrados en la relación conyugal, sexualmente expresada, de amistad procreadora (como en el caso del adulterio)”⁵¹.

No obstante, FINNIS se ocupa de aclarar que las normas morales absolutas configuran tan solo un segmento de la moralidad, pero no todo el razonamiento moral. Son la explicitación o manifestación de los principios básicos o fundamentales de la moral que prescriben que lo que tanto las personas como las comunidades deberían elegir siempre –e incluso desear–, en todo tiempo y en todo lugar; esto es, principios que merecen ser adoptados como un ideal modélico y crítico de la vida práctica. Este principio no es otra cosa que una expre-

⁴⁹ FINNIS, “Legal reasoning and practical reason”, en FINNIS, *Reason in Action*, vol. I, p. 226 y 227.

⁵⁰ Cfr. FINNIS, *Moral absolutes*, p. 3 y 4; MASSINI CORREAS - GARCÍA-HUIDOBRO, “Valoración e inclusión en el derecho”, en CIANCIARDO *et al.*, *Razón jurídica moral*, p. 144.

⁵¹ Cfr. FINNIS, *Aristóteles, Santo Tomás y los absolutos morales*, “Persona y Derecho”, vol. 23, 1993, p. 25.

sión de la captación práctica inteligente de la normatividad integral de los bienes humanos básicos, como razones abiertas para la acción, tal como lo son todas las razones para la acción⁵².

§ 6. ***ESBOZO DE UNA CONTRIBUCIÓN AL DEBATE DE LA ÚNICA RESPUESTA CORRECTA. LA INTEGRACIÓN DE LOS LÍMITES NEGATIVOS CON CRITERIOS POSITIVOS***

La distinción que plantea FINNIS entre la dimensión técnica y la dimensión moral del razonamiento jurídico resulta de suma utilidad para explicar las posibilidades y limitaciones que tiene la inteligencia o razón humana para llegar a una única respuesta correcta. En ese sentido, en la faz técnica del razonamiento jurídico sí resultaría posible poder identificar a una opción como la más correcta o más justa. En tal dimensión técnica –o poética– existe una unidad de medida que posibilitaría determinar con suma precisión cuál es la solución que mejor se ajusta al caso concreto. Así, la determinación de las respuestas jurídicas correctas resulta una cuestión ciertamente problemática en la dimensión moral del razonamiento jurídico; vale decir, cuando el intérprete jurídico puede disponer de varias opciones moralmente aceptables que resultan inconmensurables entre sí.

Situados en este contexto de ideas, en este epígrafe sostendré que los desafíos del nivel moral del razonamiento jurídico –en el sentido expuesto en el párrafo precedente– podrían ser analizados diferenciando entre un nivel abstracto y un nivel concreto. En efecto, inspirándome en este punto en la distinción entre interpretación abstracta e interpretación concreta formulada por GUASTINI⁵³, sostendré que es preciso distinguir entre límites del razonamiento práctico-jurídico que operan fundamentalmente en el nivel abstracto –v.gr., las normas absolutas morales– y otras limitaciones positivas que se ubican centralmente en un nivel concreto, tales como las emociones.

Quisiera dejar en claro que de ningún modo pretenderé caracterizar exhaustivamente los límites del razonamiento jurídico en las páginas que siguen. Sin lugar a dudas, se podría extender el estudio de tales límites a otras cuestiones como, por ejemplo, el espacio de las virtudes judiciales en una teoría del razonamiento jurídico.

⁵² FINNIS, *Aristóteles, Santo Tomás y los absolutos morales*, "Persona y Derecho", vol. 23, 1993.

⁵³ Cfr. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, p. 15, y *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, p. 30.

Con todo, a mi modo de ver, las normas morales absolutas y las emociones representan dos tópicos que resultan de fundamental importancia para llevar a cabo elecciones racionales entre varias alternativas moralmente correctas.

a) *UNA DISTINCIÓN PRELIMINAR. LA DIMENSIÓN ABSTRACTA Y LA DIMENSIÓN CONCRETA.* La distinción entre la dimensión abstracta y la dimensión concreta que se empleará en este trabajo se tomará, *mutatis mutandis*; vale decir, cambiando lo que haya que cambiar, de la distinción que GUASTINI ha planteado en el campo de la teoría de la interpretación jurídica. Así, cabría distinguir dos dimensiones en el plano del razonamiento jurídico. Por un lado, la dimensión abstracta supone identificar el contenido normativo –la norma o normas– expresado por, o lógicamente implícito en, un texto normativo; sin referencia a algún supuesto de hecho concreto⁵⁴. Con otras palabras, el plano abstracto supone dilucidar el significado de un enunciado normativo sin realizar ninguna conexión o referencia a un caso concreto o particular. En cambio, la dimensión concreta radica en la subsunción de un supuesto de hecho concreto en el campo de aplicación de una norma previamente identificada “en abstracto”⁵⁵. Por lo tanto, si bien la interpretación concreta arrastra las conclusiones a las que se arribó en el nivel abstracto, la primera se caracteriza por ciertos desafíos cognoscitivos específicos o propios. En tal sentido, parafraseando un tanto libremente a GUASTINI, si bien la dimensión concreta presupone lógicamente a la dimensión abstracta del razonamiento jurídico, se trata de dos momentos enteramente diferentes⁵⁶.

b) *LOS ABSOLUTOS MORALES COMO LÍMITES NEGATIVOS. SU UBICACIÓN EN NIVEL ABSTRACTO DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO.* Las normas absolutas morales funcionan como un límite negativo del razonamiento práctico-jurídico que excluiría a determinadas opciones disponibles en una elección entre alternativas abiertas. En tal sentido, resulta conveniente efectuar una precisión conceptual que supo realizar FINNIS: los absolutos morales no obligan a abstenerse de producir determinados resultados, sino más bien, a abstenerse de quererlos o de ele-

⁵⁴ GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, p. 15, y *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, p. 30.

⁵⁵ GUASTINI, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, p. 30.

⁵⁶ GUASTINI, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*.

girlos, como fin o como medio del propio obrar⁵⁷. El núcleo central de los absolutos morales radica en otorgarle prioridad a las acciones humanas dirigidas a concretar los bienes humanos básicos por sobre preferencias morales que no hacen sino lesionar o cercenar tales bienes. En esa orientación, como sostiene FINNIS, se debe otorgar preeminencia a la elección de mantener vida humana sobre la realización de un homicidio doloso; la veracidad en la comunicación por sobre la difamación; la armonía en relaciones interpersonales por sobre la esclavitud, entendida como enajenación de otro ser humano cual si fuera una cosa semoviente⁵⁸.

Cabe remarcar que el caso focal o central de los absolutos morales, radica en mostrar los principios básicos del razonamiento práctico-moral; del que el razonamiento jurídico no sería sino un caso especial o derivado⁵⁹. Así, tales normas muestran las direcciones básicas o fundamentales que han de dar forma a las deliberaciones prácticas de las personas pero no apuntan, al menos no de modo central, a dirigir las decisiones en un nivel de máxima determinación o concreción⁶⁰. Por consiguiente, se podría sugerir que la normatividad de los absolutos morales se ubica principalmente en el nivel abstracto del razonamiento jurídico. Así, las normas morales absolutas se dirigen no tanto a proporcionar direcciones positivas hacia las cuales se ha de ordenar la acción y decisión sino más bien, como sugiere RHONHEIMER, se dirigen a brindar criterios negativos; vale decir, brindan razones prohibitivas que justifican abstenerse de actuar en un determinado sentido o dirección⁶¹.

De hecho, en el nivel abstracto es en donde se aprehende o capta racionalmente los tipos de acción que prescriben las normas absolutas morales, en tanto sirven como límites negativos de la decisión o razonamiento práctico-jurídico. Por consiguiente, la captación de los absolutos morales se despliega central pero no exclusivamente en un plano abstracto. Sin embargo, esto no implica negar que una de

⁵⁷ Cfr. FINNIS, "Moral absolutes in Aristotle and Aquinas", en FINNIS, *Reason in Action*, p. 194.

⁵⁸ Cfr. FINNIS, "Moral absolutes in Aristotle and Aquinas", en FINNIS, *Reason in Action*, p. 197.

⁵⁹ Cfr. FINNIS, "Moral absolutes in Aristotle and Aquinas" en FINNIS, *Reason in Action*.

⁶⁰ Cfr. FINNIS, "Moral absolutes in Aristotle and Aquinas" en FINNIS, *Reason in Action*.

⁶¹ RHONHEIMER, *The perspective of the acting person*, p. 6.

las alternativas en juego en un “caso difícil” exigen determinar si los supuestos de hecho se subsumen o no a lo que disponen las normas morales absolutas; esto es, los absolutos morales también se caracterizan por su despliegue en una dimensión concreta. Dicho de otra manera, también en el nivel concreto surgen desafíos cognoscitivos en lo que hace a la determinación de si un elenco de hechos se subsume o no dentro de lo que disponen las normas morales de tipo absoluto. Sin embargo, la normatividad de los absolutos morales se ubica eminentemente en el plano abstracto; vale decir, prescribiendo genéricamente qué acciones no han de elegirse o escoger, en toda circunstancia posible.

En suma, como sostiene FINNIS, “los absolutos morales dan al razonamiento legal su esqueleto”⁶², pero no a través de una especificación de alguna de las alternativas moralmente aceptables como la más justa o más correcta. En cambio, los absolutos morales más bien prescriben negativamente que alternativas han de ser excluidas, de modo inexcusable del razonamiento jurídico. Esas normas morales absolutas orientan al razonamiento jurídico en su nivel eminentemente abstracto al indiciar los tipos genéricos de acciones que se han de realizar. Sin embargo, también los absolutos morales poseen una dimensión concreta; es decir, tales normas también suponen especificar si un determinado hecho particular se subsume o no dentro del significado abstracto de esas normas morales absolutas. Con todo, el caso focal o central de los absolutos morales radica en prohibiciones que prescriben que ciertos tipos de acción y decisión jamás, bajo ninguna circunstancia, han de ser elegidas o seleccionadas por ninguna persona.

C) *EL ROL DE LAS EMOCIONES COMO CRITERIOS POSITIVOS DEL RAZONAMIENTO PRÁCTICO JURÍDICO.* En las páginas anteriores de este epígrafe, se ha analizado en qué medida las normas absolutas morales suponen diversos límites negativos al razonamiento jurídico. En cambio, aquí abordaré la cuestión relativa a los criterios positivos que posibilitarían optar entre varias alternativas abiertas; esto es, entre varias opciones moralmente aceptables. A tal efecto, sobre la base de algunos textos de FINNIS, propondré otorgarles a los elementos emotivos un lugar de central importancia dentro del razonamiento jurídico que se despliega para resolver lo que DWORKIN llamaba “casos difíciles”. Además, pretendo conectar explícitamente esto último con la noción de “cien-

⁶² FINNIS, *Derecho natural y razonamiento jurídico*, p. 33.

cias prácticas”. Tal practicidad, según el propio FINNIS, supone una orientación hacia decisión y la acción⁶³. Situados en tal contexto, las indagaciones que siguen se estructurarán sobre la siguiente pregunta, ¿qué espacio tienen las emociones en un razonamiento práctico-jurídico orientado a resolver un “caso difícil”?

En primer lugar, cabe poner de resalto que la elección que supone la resolución de un caso difícil se enmarca en el orden de las ciencias prácticas tales como la moral, el derecho, la política, la economía, que se caracterizan por tener objeto formal de conocimiento que podría caracterizarse como operable. Esto, tal como sugiere FERNÁNDEZ SABATÉ significa que el sujeto que pretende conocer lo que ha de obrar o decidir no se ubica frente a un objeto de conocimiento completamente concluido sino ante un objeto en estado de proyecto⁶⁴. Por tanto, quien ejercita la razón en su modalidad práctica no se enfrenta a un objeto que simplemente espera ser conocido en sus especificaciones o determinaciones más minuciosas sino frente a un objeto que espera ser culminado mediante el concurso de la propia acción humana. Así, la razón, en su dimensión o modalidad práctica, se circunscribe a imprimirle una forma acabada a esa obra en estado de proyecto. Aún más, la imagen de la “obra en estado de proyecto” remarca que el sujeto cognoscente no parte del vacío o de la nada y, por lo mismo, el objeto del conocimiento práctico no resultaría ser un mero constructo racional. En consecuencia, el objeto formal del conocimiento práctico –ya sea jurídico, ya sea moral–, en alguna medida, preexiste en un estado potencial⁶⁵.

Ahora bien, lo último podría llevar a pensar que el razonamiento jurídico se integra exclusivamente por actos de conocimiento dirigidos a conocer ese “objeto en estado de proyecto”. Así, lo que debe actuar y decidir en el plano de la máxima determinación o concreción del razonamiento práctico-jurídico; esto es, lo que se le debe a una persona en el contexto de un caso particular y concreto, se determinaría exclusivamente a partir de una serie de actos cognoscitivos. Sin embargo, como hemos visto *supra*, la propuesta de FINNIS es mucho más modesta porque se limita a incluir dentro de la dimensión racional del razonamiento jurídico a la exclusión de opciones inaceptables por lesionar o cercenar normas absolutas morales. Con

⁶³ FINNIS, *Natural law and natural rights*, p. 12.

⁶⁴ FERNÁNDEZ SABATE, *Los grados del saber jurídico*, p. 18.

⁶⁵ FERNÁNDEZ SABATE, *Los grados del saber jurídico*, p. 18 y 19.

todo, después de haber excluido tales alternativas inaceptables, resulta preciso preguntarse lo siguiente, ¿cómo elegir entre opciones moralmente aceptables? ¿De qué modo el razonamiento práctico sería capaz de seleccionar una alternativa entre varias opciones aceptables en términos morales?

La respuesta de FINNIS implica la exclusión de razones por ser moralmente inaceptables, porque atentan contra los absolutos morales o lesionan directamente los bienes humanos básicos. Con todo, tras haber dejado de lado tales opciones, se le otorga un lugar de central importancia a las emociones. ¿Cómo es esto posible? A lo que cabría responder que FINNIS parte de que la filosofía práctica es un conocimiento orientado a determinar lo que se debe hacer (*ought to do*). Así, la razonabilidad práctica consiste en ser razonable al momento de decidir, de asumir compromisos, en escoger y llevar a cabo determinados proyectos y, en general, en toda acción humana. "*Practical philosophy is a disciplined and critical reflection on the good that can be realized in human action and the requirements of practical reasonableness*"⁶⁶. Todo esto pone de relieve que el espacio que le cabe a las emociones en el razonamiento práctico-jurídico ha de estar supeditado a no vulnerar la consecución de tales bienes humanos básicos.

En este contexto de ideas, si se asumen los absolutos morales como límites negativos que configuran un coto de acciones que nunca, bajo ningún concepto han de ser escogidas deliberadamente, las emociones podrían resultar un elemento de capital importancia para optar entre alternativas abiertas. Así, el espacio de las emociones en el razonamiento jurídico no se reduce a un manojo de impulsos desordenados, sin ninguna teleología o dirección, como lo hubiera sugerido HUME, sino todo lo contrario. De esta manera, los sentimientos (*feelings*, como dice FINNIS) poseen una dirección que supone un rechazo a la mera arbitrariedad, en la medida en que se apoyen en el principio moral fundamental (*moralitý's master principle*) que prescribe una apertura hacia la realización del desarrollo humano integral; tanto en la propia vida como en la vida de todos los seres humanos, en todas las comunidades⁶⁷.

Con todo, la orientación que provee tal principio conducirá no tanto al reconocimiento de una respuesta como la más justa o la más

⁶⁶ FINNIS, *Natural law and natural rights*, p. 12.

⁶⁷ FINNIS, "Practical reason's foundations", en FINNIS, *Reason in Action*, p. 32.

correcta sino, parafraseando a AARNIO, a “una respuesta definitiva”⁶⁸ –*final answer*–; vale decir, una respuesta que cierra una deliberación entre varias opciones moralmente aceptables. Tal respuesta, como sostiene el citado profesor escandinavo, no siempre será la única correcta. Sin embargo, con FINNIS se podría sostener que, en la medida en que se respeten los absolutos morales, no se tratará de una respuesta injusta sino razonable; aunque bien puedan existir otras aún más razonables o proporcionadas. Dicho de otra manera, se tratará de una solución definitiva que podría ser calificada como razonable pero no necesariamente la única correcta; ni siquiera la más correcta de todas las alternativas disponibles.

§ 7. **CONCLUSIONES**

A la pregunta inicial: ¿en qué medida el razonamiento práctico, en general, y el razonamiento jurídico, en particular, son capaces de determinar una única respuesta correcta?, cabría responder lo siguiente:

a) Según DWORKIN, existe siempre la posibilidad de determinar una respuesta que podría calificarse como la más correcta, incluso frente a los “casos difíciles”. Sin embargo, como reconoce tal autor, eso no significa que su determinación o especificación será sencilla o, lo que es lo mismo, que será pacíficamente aceptada por todos los operadores jurídicos.

b) Para ALEXY, en cambio, la posibilidad de una única respuesta correcta depende de las condiciones del discurso práctico y del discurso jurídico –que no sería sino un “caso especial” del discurso práctico-moral–. No obstante, como el propio autor lo reconoce, tales condiciones representan condiciones ideales que, por definición, siempre se cumplen de modo incompleto o imperfecto. Con todo, vale reconocer la relevancia de la única respuesta correctano como una posibilidad real sino como un ideal regulativo de toda la práctica del derecho. Es decir, los operadores jurídicos, si aspiran a que sus pretensiones luzcan como fundamentadas y sólidamente argumentadas, deben defender sus respuestas a los “casos difíciles”, como si se tratara de la solución más justa o más correcta.

c) FINNIS tiene una posición mucho más refractaria a la posibilidad de determinar una única respuesta correcta o, lo que es lo mis-

⁶⁸ AARNIO, *Essays on the doctrinal study of law*, p. 165.

mo, una única solución para los “casos difíciles” que resulte insuperablemente más justa o más correcta. Así, el profesor oxoniense plantea que el razonamiento jurídico se apoya en un “límite” o “techo superior” que lo configuran las normas morales absolutas; es decir, normas morales inexcusables que proscriben la posibilidad de asumir determinadas respuestas que no hagan sino lesionar directamente los bienes humanos básicos; esto es, aspectos fundamentales de la realización humana integral, tanto de la persona considerada individualmente como de todas las comunidades. Sin embargo, como remarca RHONHEIMER, las normas morales absolutas son prohibitivas y, por ende, no indican cursos positivos de acción sino que implican la exclusión de determinadas opciones de toda deliberación práctica –ya sea de índole jurídica o moral–. Es en este contexto en que las emociones, guiadas por el principio moral fundamental, que prescribe una apertura hacia la realización del desarrollo humano integral –tanto en la propia vida como en la vida de todos los seres humanos y de todas las comunidades– brindan criterios positivos para escoger entre diversas alternativas correctas o, mejor dicho, moralmente aceptables.

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, AULIS, *Essays on the doctrinal study of law*, Dordrecht, Springer, 2011.
- ALEXY, ROBERT, *On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Buliygin's Critique*, “Ratio Juris”, vol. 13, n° 2, 2000, p. 138 a 147.
- *The argument from injustice: a reply to legal positivism*, trad. B. LITSCHIEWSKI - L. P. STANLEY, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, trad. M. ATIENZA, “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, n° 5, 1998, p. 139.
- CASAUBÓN, JOSÉ, *El conocimiento jurídico*, Buenos Aires, EDUCA, 1984.
- CIANCIARDO, JUAN, *et al.*, *Razón jurídica moral. Estudios sobre la valoración ética en el derecho*, México, Porrúa, 2011.
- DWORKIN, RONALD, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.
- *Justice in robes*, Cambridge, Harvard University Press, 2006, p. 144 a 45.
- *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.
- FERNÁNDEZ SABATE, EDGARDO, *Los grados del saber jurídico*, Tucumán, UNT, 1968.
- FERRATER MORA, JOSÉ, *Aristóteles, Santo Tomás y los absolutos morales*, trad. C. I. MASSINI CORREAS, “Persona y Derecho”, vol. 23, 1993, p. 25.
- *Diccionario de Filosofía*, 5ª ed., Buenos Aires, Sudamericana, 1964 [voz: “técnica”].
- FINNIS, JOHN, *Aquinas: Moral, political, and legal theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998.

- “Commensuration and public reason”, reimpr. en FINNIS, JOHN, *Reason in action*, Oxford, Oxford University Press, 1990.
- *Derecho natural y razonamiento jurídico*, trad. C. I. MASSINI CORREAS, “Persona y Derecho”, vol. 33, 1995, p. 22.
- “Legal reasoning and practical reason”, en *Reason in action: collected essays*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- *Moral Absolutes. Tradition, Revision and Truth*, Washington, The Catholic University of America Press, 1991, p. 3 y 4.
- “Moral absolutes in Aristotle and Aquinas”, en FINNIS, JOHN, *Reason in action*, Oxford, Oxford University Press, 1990.
- “Postscript”, en FINNIS, JOHN, *Natural law and natural rights*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2011.
- *Reason in action: collected essays*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- GUASTINI, RICCARDO, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011.
- *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, trad. M. CARBONELL - P. SALAZAR, México, UNAM, 2008.
- HART, HERBERT L. A., *The concept of law*, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 1994.
- MAGNAVACCA, SILVIA, *Léxico técnico de filosofía medieval*, Buenos Aires, Miño y Dávila, 2005, voz: “scientia”.
- MASSINI CORREAS, CARLOS I., *Dworkin, Finnis y la “única respuesta correcta”*, “Cuadernos de Extensión Jurídica”, n° 13, 2006, p. 97.
- MASSINI CORREAS, CARLOS I. - GARCÍA-HUIDOBRO, JOAQUÍN, “Valoración e inclusión en el derecho. La máxima ‘lex injusta non est lex’ y la iusfilosofía contemporánea”, en CIANCIARDO, JUAN, *et al.*, *Razón jurídica moral. Estudios sobre la valoración ética en el Derecho*, México, Porrúa, 2011.
- RHONHEIMER, MARTIN, *The Perspective of the Acting Person: Essays in the renewal of thomistic moral philosophy*, Washington, The Catholic University of America Press, 2008.
- WALUCHOW, WILFRID. J., *Inclusive legal positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1994.
- ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, 10ª ed., trad. M. GASCÓN, Madrid, Trotta, 2011.

VERDAD, DERECHO Y JUSTICIA. LA CONFLUENCIA DE NORMAS CONTRADICTORIAS EN LAS TIERRAS DE TEBAS Y LA LUCHA POR EL “NÓMOS” EN “ANTÍGONA” DE SÓFOCLES*

*EDUARDO E. MAGOJA***

Resumen. Es común ver en la literatura la creencia acerca de que, *Antígona* de SÓFOCLES se plantea el conflicto entre normas religiosas y eternas y normas positivas que emergen del orden legal de la ciudad. Así, se piensa esta dicotomía como una clara representación en los debates de la filosofía del derecho del enfrentamiento entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico. Este trabajo tiene como propósito demostrar que el problema jurídico de la obra no es la oposición entre ley divina (o natural) y ley positiva (o humana), sino que la disputa entre Antígona y Creonte gira en torno a determinar cuál es el derecho que en última instancia se impone en las tierras de Tebas. En realidad, la tragedia expone una incesante lucha por la verdad, el derecho y la justicia, en la cual los personajes pretenden definir argumentativamente qué tipo de norma debe regular el entierro de Polinices.

Palabras clave: Antígona, derecho, verdad, justicia, argumentación.

* El presente trabajo fue presentado al concurso “Joven Investigador” en Filosofía Jurídica y Social de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, 2015, y obtuvo el premio por fallo unánime del tribunal y fue expuesto durante las “XXIX Jornadas de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho”, celebradas en Ushuaia, Tierra del Fuego, los días 1, 2 y 3 de octubre.

** Abogado, Magíster en Filosofía del Derecho y becario doctoral (Universidad de Buenos Aires). Auxiliar docente de Teoría General y Filosofía del Derecho (Universidad de Buenos Aires). Correo electrónico: magojaeduardo@gmail.com.

**TRUTH, LAW AND JUSTICE. THE CONFLUENCE
OF CONTRADICTORY NORMS IN THE LANDS
OF THEBES AND THE STRUGGLE FOR THE “KNOTS”
IN “ANTIGONE” OF SOPHOCLES**

Abstract. It is common to see in the literary criticism the belief that Sophocles' *Antigone* shows the conflict between eternal religious norms and norms arising from the positive legal order of the city. This dichotomy is thought to be a clear representation of the confrontation between natural law and legal positivism within the discussions of the philosophy of law. This paper aims to demonstrate that the legal problem of the play is not the opposition between divine and positive law, but the dispute between Antigone and Creon revolves around determining which is the law that prevails in the land of Thebes. The tragedy exposes an incessant struggle for truth, law and justice in which the characters try to define with arguments which kind of norm must regulate the burial of Polynices.

Keywords: Antigone, law, truth, justice, argumentation.

**VERDADE, DIREITO E JUSTIÇA. A CONFLUÊNCIA
DE CONFLITO DE NORMAS, NA TERRA DE TEBAS
EA LUTA PELA “NOMOS” EM “ANTÍGONA” DE SÓFOCLES**

Resumo. É comum notar na literatura a crença de que *Antígona* de Sófocles expõe o conflito entre as normas religiosas e eternas e as normas positivas que emergem da ordem jurídica da cidade. Então, essa dicotomia é pensada, nas discussões da filosofia do direito, como uma representação clara do confronto entre o direito natural e o positivismo jurídico. Este artigo pretende demonstrar que o problema jurídico da peça não é a oposição entre a lei divina (ou natural) e a lei positiva (ou humana), mais o problema da determinação, na disputa entre Antígona e, Creonte, de qual é a lei que em última instância prevalece na terra de Tebas. Na verdade, a tragédia expõe uma luta incessante pela verdade, direito e justiça, em que os personagens pretendem argumentativamente esclarecer o tipo de norma que deve regular o enterro de Polinices.

Palavras-chave: Antígona, direito, verdade, justiça, argumentação.

§ 1. **INTRODUCCIÓN**

Sin duda *Antígona* de SÓFOCLES es la tragedia que más ha seducido a los estudiosos del derecho a investigar acerca del problema normativo que hay en ella. Presenta un conflicto que se produce a partir de la existencia, por un lado, de la norma de Creonte que prohíbe dar sepultura a Polinices y, por el otro, de la norma ancestral y divina que invoca Antígona para cumplir con el entierro de su hermano. Se trata, pues, de dos normas jurídicas que coexisten en un mismo campo social y que, al establecer una regulación distinta sobre un mismo asunto humano, rivalizan una con otra y generan un conflicto.

Generalmente la literatura ha visto en *Antígona* de SÓFOCLES la existencia de normas religiosas, eternas y familiares, de carácter natural, que contrastan con normas positivas que emergen del orden legal de la ciudad¹. Se piensa a esta dicotomía como una clara

¹ La bibliografía al respecto es sumamente amplia y hacer mención de toda ella en esta instancia sería algo imposible y, a la vez, innecesario. Sin embargo, a modo ilustrativo se pueden mencionar, además de la canónica interpretación de HEGEL, los estudios de KNAPP, *A point in the interpretation of the Antigone of Sophocles*, "The American Journal of Philology", vol. 37, 1916, p. 300 a 315; JAEGER, *Paideia: los ideales de la cultura griega*, p. 259 y 260; ERRANDONEA, *Sófocles y su teatro*, t. 1, 1942, p. 304; BOWRA, *Sophoclean tragedy*, p. 78 a 80; WHITMAN, *Sophocles: A study of heroic humanism*, p. 85; BOYD, *The isolation of Antigone and Lady Macbeth*, "The Classical Journal", vol. 47, nº 5, 1952, p. 174 a 177; ADAMS, *The Antigone of Sophocles*, "Phoenix", vol. 9, nº 2, 1955, p. 47 a 62; LEVY, *Antigone's motives: A suggested interpretation*, "Transactions and Proceedings of the American Philological Association", vol. 94, 1963, p. 137 a 144; KNOX, *The heroic temper. Studies in Sophoclean tragedy*, p. 94 y ss.; SEGAL, *Sophocles' praise of man and the conflicts of the Antigone*, "Arion: A Journal of Humanities and the Classics", vol. 3, nº 2, 1964, p. 46 a 66; WINNINGTON-INGRAM, *Sophocles: An interpretation*, p. 120 y ss.; SEGAL, *Tragedy and civilization. An interpretation of Sophocles*, p. 169; CIURO CALDANI, *Notas para la comprensión iusfilosófica de "Antígona" de Sófocles*, "Revista del Centro de Investigaciones en Filosofía Jurídica y Filosofía Social", vol. 2, 1984, p. 29 a 49, y OSTWALD, *From popular sovereignty to the sovereignty of law. Law, society and politics in fifth-century Athens*, p. 149; GOLDHILL, *Reading greek tragic*, p. 96 y 97; SOURVINOU-INWOOD, *Assumptions and the creation of meaning: Reading Sophocles' Antigone*, "The Journal of Hellenic Studies", vol. 109, 1989, p. 139; PINKLER-VIGO (tr.), *Sófocles. Antígona*, p. 48 y ss.; THOMAS, "Written in stone? Liberty, equality, orality and the codification of law", en FOXHALL - LEWIS, (eds.), *Greek law in its political setting: Justifications not justice*, p. 17; GARCÍA-HUIDOBRO, *Antígona: el descubrimiento del límite*, "Persona y Derecho", nº 39, 1998, p. 85 a 108; SOARES, *Anaximandro y la tragedia. La proyección de su filosofía en la Antígona de Sófocles*, p. 106 y ss.; BEER, *Sophocles and the tragedy of athenian democracy*, p. 73; SANTAMARÍA, *Implicaciones éticas de la Antígona de Sófocles. Una re-*

representación en los debates de la filosofía del derecho del enfrentamiento entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico. Sin embargo, el problema jurídico que representa *Antígona* es mucho más complejo. Hay muchas más variables en la argumentación que instalan los personajes, desde el uso de determinados lexemas, los recursos retóricos y hasta el tipo de fundamento que se emplea, que deben ser tenidas en cuenta para comprender la cuestión de fondo. La riqueza filosófica de la obra excede la dicotomía derecho natural-derecho positivo. Basta por ahora con decir que para algunos autores es un error pensar la ley (*nómos*) que invoca Antígona como una norma natural o impuesta por los dioses, sino que es más bien un *nómos* cívico, consensuado, producto de la tradición y las costumbres de los miembros de la pólis. En cambio, la norma de Creonte está lejos de ser un *nómos*. Esta es simplemente un decreto (*kérygma*) que se fundamenta en el poder del tirano. Entonces, existe una dicotomía de normas que no dejan de tener carácter humano, pero que ofrecen distintos niveles de justificación. El principal exponente de esta línea de interpretación es HARRIS, quien a partir de un análisis de los enfrentamientos argumentativos que mantienen Antígona y Creonte sostiene que el problema de la obra no es el conflicto entre la ley humana y la ley divina, sino que la discusión, en realidad, gira en torno a determinar quién de ellos tiene el *nómos* de su lado². Esta propuesta, entonces, nos permitirá realizar otra lectura sobre *Antígona*, que no vea en la obra simplemente el conflicto de dos normas de naturaleza distinta, sino la defensa de una norma tradicional y ancestral de la voluntad autoritativa del soberano de Tebas.

De acuerdo con estas consideraciones, este trabajo tiene como propósito demostrar que el problema jurídico de fondo en Antígona no es la oposición entre ley divina (o natural) y ley positiva (o humana), sino que la disputa entre Antígona y Creonte gira en torno a determinar cuál es el derecho que en última instancia se impone en las tierras de Tebas. La tragedia expone, pues, una incesante lucha por la verdad, el derecho y la justicia, en la cual los personajes pretenden definir argumentativamente qué tipo de norma debe regular el entierro de Polinices en virtud de su corrección, validez y legitimidad.

flexión sobre el pensamiento trágico griego, p. 85; *Bases del pensamiento jurídico*, p. 39; RAAFLAUB, "Sophocles and political thought", en MARKANTONATOS (ed.), *Brill's companion to Sophocles*, p. 480.

² Conf. HARRIS, "Antigone the lawyer, or the ambiguities of Nomos", en HARRIS - RUBINSTEN (eds.), *The law and the Courts in ancient Greece*, p. 19 a 56.

§ 2. **EL PROBLEMA JURÍDICO EN “ANTÍGONA”**

De manera muy semejante a los litigios judiciales, los hechos controvertidos en *Antígona* son introducidos inmediatamente en escena para que el auditorio, como si fuera un tribunal, tome conocimiento del caso y se prepare a escuchar los argumentos de las partes. La confluencia de dos normas jurídicas contradictorias en las tierras de Tebas es anunciada en los primeros versos de la obra. Antígona, mientras dialoga con su hermana Ismene sobre los males que padeció la familia, da a conocer las desgracias, la deshonra y la vergüenza que se acerca a sus seres queridos luego de que Creonte promulgara un “decreto” (κήρυγμα, v. 8) para “la ciudad entera” (πανδήμῳ πόλει, v. 7), que regula con injusticia y arbitrariedad la sepultura de sus hermanos³.

Los hijos de Edipo se han asesinado mutuamente al disputar el trono de Tebas y Creonte, como nuevo gobernante, ha decidido brindar un trato desigualitario a los difuntos. De acuerdo con las palabras de Antígona, a Eteocles ha juzgado digno de los “ritos fúnebres” (τάφου, v. 21) y “de acuerdo con la *dike* y el *nómos*” (σὺνδίκη/... καὶ νόμῳ, v. 23-24) ordenó su entierro para que sea “honrado por los muertos” (ἔντιμοννεκροῖς, v. 25). En cambio, al cuerpo de Polinices, por considerarlo indigno de los ritos funerarios, “ha proclamado en un edicto” (ἐκκεκηρῶχθαι, v. 27) que se lo deje sin llanto ni tumba, como un “dulce tesoro” (γλυκὺν/θησαυρὸν, v. 29-30) para las aves rapaces que avizoran con qué saciar su voracidad. Tanta importancia le ha dado Creonte al asunto que ordenó que aquel que viole la norma reciba “muerte por lapidación pública en la ciudad” (φόνον... δημόλευστον ἐν πόλει, v. 36).

Sin embargo, Antígona, amparada en la *dike* y el *nómos* que impone el deber de rendir honores a los difuntos, se apartará de la norma prohibitiva de Creonte y sepultará a su hermano. Ella afirma que enterrará a Polinices y será hermoso morir a raíz de tal acción, “habiendo cometido un crimen sagrado” (ὄσια πανουργήσασ’, v. 74). Esta paradójica expresión no hace más que marcar el fuer-

³ El texto griego corresponde a la edición de Pearson (ed.), *Sophocles fabulæ*. Sin embargo, a los fines de evaluar las variantes textuales se ha realizado un cotejo filológico con las ediciones de JEBB (ed.), *Sophocles. The plays and fragments. Part III: The Antigone*; LLOYD-JONES - WILSON, *Sophocles fabulæ*; GRIFFITH (ed.), *Sophocles. Antigone*; MAZON (ed.), *Sophocle. Antigone*. Todas las traducciones del griego al español me pertenecen.

te contraste que hay entre el deber religioso y ancestral de sepultar a los muertos y el decreto del tirano que contradice esta tradición. Será un crimen de acuerdo con la normativa del soberano de Tebas, pero a la luz de las normas tradicionales y ancestrales se impone como un deber sagrado.

Hasta aquí, queda claro que Antígona se halla bajo el dilema de respetar una norma consuetudinaria y de carácter divino que dispone el entierro de su hermano, y obedecer una norma legal establecida por Creonte que se lo impide y que pretende ser el único derecho válido. En el marco de este dilema moral, la heroína está plenamente convencida de que el decreto de Creonte es injusto. En este sentido, se puede decir que la tragedia expone –usando la famosa expresión de IHERING– una verdadera “lucha por el derecho”⁴. En efecto, el derecho, como idea práctica, indica un fin y un medio. Ese fin es la paz y el medio para alcanzar ese estado es la lucha⁵. No se trata de cualquier lucha, por supuesto, sino de la lucha contra la injusticia. Esta es una característica que no es ajena a la noción de derecho; la lucha es más bien una parte integrante de su existencia. De acuerdo con esta idea, Antígona está dispuesta a defender por todos los medios el derecho que no es aceptado por Creonte. La defensa no será realizada de un modo pacífico. Esta se ejerce mediante la acción y la resistencia, porque el derecho es una idea de fuerza, de intereses que buscan ser escuchados y pretenden superar cualquier forma de opresión.

Entonces, Antígona no es un individuo que permanece en silencio, como sí sucede con Ismene⁶. Está claro en la obra que la decisión de Creonte no le es indiferente. En términos jurídicos, no hay que considerar su actitud rebelde como caprichosa e infundada. En un sentido profundo, en realidad, si ella se negara a actuar y no ejerciera la resistencia contra el mandato del soberano, su actitud sería

⁴ Conf. IHERING, *La lucha por el derecho*.

⁵ IHERING, *La lucha por el derecho*, p. 7.

⁶ Sin embargo, hay autores que han destacado un rol más activo de Ismene en la obra. Ya mucho tiempo atrás, HARRY y ROUSE habían propuesto que el primer entierro de Polinices fue realizado por Ismene. Más recientemente esta idea ha sido desarrollada por HONIG y KIRKPATRICK. Conf. HARRY, *Studies in Sophocles*, “University of Cincinnati Studies”, vol. 7, nº 3, 1911, p. 20 a 25; ROUSE, *The two burials in Antigone*, “Classical Review”, vol. 25, nº 2, 1911, p. 40 a 42; HONIG, *Ismene’s forced choice: Sacrifice and sorority in Sophocles’ Antigone*, “Arethusa”, vol. 44, nº 1, 2011, p. 29 a 68; KIRKPATRICK, *The prudent dissident: Unheroic resistance in Sophocles’ Antigone*, “The Review of Politics”, vol. 73, nº 3, 2011, p. 401 a 424.

una clara negación al derecho. La lesión de las normas ancestrales es lo que hace surgir el valor para rechazar la agresión y hacer efectivo ese derecho, es decir, de dejar en claro la importancia de su reconocimiento en el entramado social.

Esto explica por qué Antígona considera que debe resistir la decisión arbitraria de Creonte. Se trata de defender su existencia moral y también el derecho frente a una acción injustificada, desmedida e injusta. Contra la decisión de Creonte, quien quiere imponer su verdad y su propia racionalidad, Antígona no permanecerá callada. Ella ejercerá la resistencia y se dará un juego de poder, de fuerzas activas que rivalizan y contrastan las unas con las otras y que ocasionarán los acontecimientos trágicos.

Por lo demás, con su actitud Antígona no solo defiende un deber para consigo misma, sino también un deber que tiene también para con la comunidad. Es un deber que trasciende el campo moral del individuo y se instala en el campo público. En la medida en que Antígona defiende esa norma ancestral y tradicional, aun en su caso particular, también defiende el derecho y el orden establecido en la sociedad que es considerado valioso por los ciudadanos. En el fondo, Antígona protege un valor comunitario y contribuye a mantener una obra común que no tolera la arbitrariedad. En efecto, si Antígona lucha por proteger la ley no es solo porque la decisión de Creonte vulnera un aspecto de esta. La ley no admite afectaciones por partes, sino en su totalidad, y su defensa no admite tampoco una parte, sino su totalidad. La ley no es divisible, no se puede partirla sin hierirla en un aspecto y en otro no. Tampoco la trasgresión admite grados: no se puede transgredir más o menos la ley. Es una relación de todo o nada. Quien defiende su derecho, entonces, lo defiende en su totalidad. Así pues, cuando Antígona defiende su interés protegido por ley, defiende en última instancia también el derecho de toda la comunidad.

§ 3. ***DERECHO, ARGUMENTACIÓN Y RETÓRICA DESDE DOS LEGALIDADES DISTINTAS***

En el primer episodio de la obra se crea toda una atmósfera política en la cual la decisión de Creonte es presentada al auditorio bajo el ropaje de un *nómos* y no simplemente como un decreto o *kérygma*⁷. En efecto, inmediatamente después de que Antígona es sor-

⁷ Como advierte SCABUZZO, cuando Creonte define su decreto como un *nómos*, resultaba un acto claramente abusivo para los espectadores, ya que con este término

prendida en flagrante desobediencia, el Coro es quien en primer lugar designa la norma dictada por Creonte con el vocablo de *nómos*: para ser más precisos, concibe las disposiciones del tirano como “leyes reales” (βασιλείουσιν... νόμοις, v. 382). Creonte no se apartará del uso de este concepto y, cuando acusa a Antígona de haber desobedecido la norma, sostendrá que la orden que estableció es un verdadero *nómos*. Así, en el agón que mantiene con Antígona, Creonte le objeta atreverse a “transgredir estas leyes” (τούσδ' ὑπερβαίνειν νόμους, v. 449) a pesar de que tenía pleno conocimiento de su vigencia (v. 446-448)⁸. En el verso 481 vuelve a utilizar el vocablo *nómos* y le agrega a esas normas el carácter de “preestablecidas” (προκειμένους). Se puede decir que el rey de Tebas se vale del concepto de *nómos* y lo hace suyo. Sabe que un simple *kérygma* no es suficiente como para prohibir dar sepultura a los muertos, romper con la tradición y las costumbres ancestrales y, por eso, utiliza un concepto que en el campo jurídico de la Atenas clásica tiene mucha más fuerza legal, más peso a la hora de regular las conductas humanas. Sin embargo, Antígona, sin perder de vista la naturaleza de las instituciones jurídicas de la pólis, afirmará que una norma jurídicamente válida y legítima debe tener base divina. De acuerdo con ello, Antígona alega para justificar su conducta que las leyes no escritas, que ordenan dar sepultura a los muertos, no pueden ser transgredidas por los simples mandatos de Creonte, ya que estos carecen de fuerza de ley (v. 450-457):

οὐ γάρ τί μοι Ζεὺς ἦν ὁ κηρύξας τάδε,
οὐδ' ἡ ξύνοικος τῶν κάτω θεῶν Δίκη
τοιούσδ' ἐν ἀνθρώποισιν ὤρισεν νόμους,
οὐδὲ σθένειν τοσοῦτον ῥόμην τὰ σὰ
κηρύγμαθ' ὥστ' ἄγραπτα κάσφαλῆ θεῶν
νόμῳ δύνασθαι θνητὸν ὄνθ' ὑπερδραμεῖν.
οὐ γάρ τι νῦν γε κάχθές, ἀλλ' ἀεὶ ποτε
ζῆ ταῦτα, κούδεις οἶδεν ἐξ ὅτου φάνη.

se designaba la norma surgida del acuerdo de todos los ciudadanos (conf. SCABUZZO, *Tragedia y códigos legales: una nueva lectura de Antígona de Sófocles*, “Cuadernos de Filología Clásica. Estudios griegos e indoeuropeos”, nº 9, 1999, p. 111).

⁸ Es interesante ver que Creonte se asegura de que Antígona, además de ser la transgresora de la norma, haya sido consciente de esa conducta. En un sentido jurídico, se dan los elementos objetivos y subjetivos como para que la heroína sea sancionada.

[Pues no era Zeus quien me decretaba esto, ni Díke, que habita con los dioses de abajo, estableció tales leyes entre los hombres; ni creía que tus decretos (*kerýgmata*) tuvieran tanta fuerza como para que, siendo mortal, se pudiera transgredir las leyes no escritas (*ágrapta nómima*) y firmes de los dioses. Pues [estas leyes] no son de hoy ni de ayer, sino de siempre, y nadie sabe desde cuándo aparecieron.]

Este pasaje resulta clave para comprender el conflicto jurídico de la obra. En efecto, de acuerdo con los argumentos jurídicos instalados por Antígona, la norma de Creonte es solo concebida como un *kérygma*. En cambio, Antígona utiliza aquí el concepto de *nómima* (v. 455), y al poco tiempo el de *nómos* (v. 519), para referirse a la norma divina que impone el deber de enterrar a los muertos (la norma de los dioses). Además, Antígona establece una estrecha relación entre las nociones de *nómos* y *díke*, la justicia o el orden natural que regula las relaciones humanas⁹. Ella expresamente dice que Díke debe instaurar los *nómoi* que regulan la vida social, lo cual significa que la divinidad opera como fundamento de la ley humana (v. 451-452). Se muestra, pues, la necesidad de que el *nómos* tenga sustento divino para ser una norma válida en el seno de la pólis. Los usos que a veces se hacen de *díke* y *nómos*, en toda la tragedia, como normas estrechamente relacionadas resultan muy elocuentes al respecto. Así sucede, por ejemplo, cuando Antígona dice en los v. 23-24 que Creonte ordenó dar sepultura a Eteocles de acuerdo con *díke* y *nómos*. También se emplean los vocablos con un sentido que los hace parecer intercambiables, aunque claramente no lo son. En los v. 454 y 455 Antígona ampara su deber de enterrar a Polinices expresamente en el *nómos* de los dioses, mientras que en el v. 921 se refiere a *díke* como la ley divina que ha obedecido. Incluso el vínculo entre *nómos* y los dioses se advierte cuando, al final del quinto episodio, Creonte finalmente se somete a la autoridad de los “*nómoi* establecidos” (*καθεστῶτας νόμους*, v. 1113), una expresión que claramente alude, según JEBB, a las leyes no escritas de los dioses¹⁰.

El enfrentamiento de normas que hay en la obra es entre el *nómos* que invoca Antígona, sustentado en *díke*, y el *kérygma* del tirano¹¹. Se trata de dos normas que no están al mismo nivel. *Nómos* es la ley derivada del consenso de los ciudadanos; es el fruto de un

⁹ Conf. LLOYD-JONES, *The justice of Zeus*, p. 128.

¹⁰ JEBB (ed.), *Sophocles. The plays and fragments*, p. 198.

¹¹ Conf. HARRIS, “Sophocles and athenian law”, en ORMAND (ed.), *A companion to Sophocles*, p. 290.

proceso de deliberación pública y ciudadana en el marco de los espacios institucionales de creación de normas jurídica de la pólis; ni más ni menos que la representación misma de la voluntad del pueblo¹².

Todo esto explica por qué la heroína le da tanto valor al *nómos* como norma jurídica que justifica en última instancia su conducta. El *nómos* que invoca Antígona, si bien no remite a ninguna norma derivada de un órgano legislativo en particular, se identifica con una norma consuetudinaria y de carácter religioso que está ligada a los valores subyacentes de la pólis y los vínculos enraizados en la propia comunidad¹³. Su pretensión de validez y legitimidad reposa sobre el consenso y la voluntad del cuerpo cívico. El mandato de Creonte, seguramente al carecer de tales requisitos, nunca es considerado por Antígona como un *nómos*, sino simplemente como un *kérygma*¹⁴. Solo Creonte busca valerse de este término tan importante en el imaginario jurídico ateniense, pero de manera claramente ilegítima¹⁵.

Queda claro que en este agón que tiene como protagonistas a Antígona y Creonte se produce todo un manejo estratégico de los principales conceptos del vocabulario jurídico de la Atenas clásica. Es una lucha por adueñarse del concepto de *nómos*. La argumentación persuasiva se vuelve el medio por excelencia para sostener la propia postura y vencer a la contraria. No se trata, por supuesto, de argumentos asociados con lo pasional o lo irracional: la persuasión aquí está acompañada de la razón. Además, los argumentos cobran sentido de acuerdo con el significado de los términos jurídicos empleados y las instituciones sociales que se invocan. Cada personaje tiene un concepto diferente de lo que es la ley y tanto las afirmaciones de Creonte como las de Antígona generan cierta credibilidad en el oyente. Sin embargo, esto no significa que tengan la misma fuerza argumentativa. Ya en este segundo episodio de la obra se puede advertir que es Antígona quien ofrece los mejores argumentos y parece entender mejor las instituciones jurídicas¹⁶. No así Creonte, quien

¹² Al respecto, ver el trabajo de OSTWALD, *Nomos and the beginnings of athenian democracy*.

¹³ Conf. BURNS, *Sophocles' Antigone and the history of the concept of natural law*, "Political Studies", vol. 50, 2002, p. 553.

¹⁴ HARRIS, *Antigone the lawyer, or the ambiguities of Nomos*, p. 35 y 36.

¹⁵ HARRIS, *Antigone the lawyer, or the ambiguities of Nomos*, p. 41.

¹⁶ HARRIS, *Antigone the lawyer, or the ambiguities of Nomos*, p. 45.

en virtud de las desgracias que se derivarán de la estricta aplicación de su norma terminará por perder el poder soberano y todo tipo de legitimidad en la pólis.

Por lo demás, no hay que pasar por alto en esta instancia que el enfrentamiento de Antígona con Creonte representa en Atenas los contrastes entre las nuevas instituciones jurídicas que se iban gestando en la pólis democrática y los valores tradicionales y religiosos que la comunidad arrastraba desde tiempos inmemorables. Así, si se considera que la norma de Creonte representa la ley de la pólis, Antígona invitaba al auditorio a reflexionar sobre el valor de un derecho no escrito (*nómos ágraphos*) frente a la existencia de un naciente derecho positivo que empezaba a oponérsele, a confluir con este y a generar dudas y tensiones en cuanto a su aplicación. La tragedia, pues, da cuenta del nuevo panorama que había en Atenas en cuanto a la determinación de las fuentes del derecho. En tal caso, el enfrentamiento entre los personajes del drama podría llegar a reflejar, como creen HESTER y OSTWALD, los conflictos normativos que generó la legislación vigente en la Atenas del siglo v a.C. Se trata, específicamente, de la ley ateniense que prohibía enterrar a los traidores a la patria y cuya existencia está atestiguada en TUCÍDIDES (1.138.6) y JENOFONTE (*Helénicas*, 1.7.22)¹⁷. Entonces, Antígona no sería más que la representación de la oposición que existía entre aquella norma prohibitiva y el deber religioso y tradicional de dar sepultura a los muertos.

Si bien la interpretación es válida, parece ser que la legislación democrática nunca originó un conflicto de semejante envergadura como el presentado en *Antígona*¹⁸. En efecto, de acuerdo con la ley era lícito negarle sepultura al traidor en su tierra natal, pero nada impedía que fuera enterrado más allá de los límites de la ciudad. En JENOFONTE (*Helénicas*, 1.7.22) claramente se dice que la prohibición del entierro es solo en suelo ático.

Es fácil advertir que la conducta de Creonte excede las disposiciones de la ley de Atenas, ya que en la tragedia el tirano directamente despoja a los familiares del difunto de la posibilidad de practicar el ritual¹⁹. La única intención de Creonte es que el cuerpo de Polinices quede insepulto y sea devorado por los perros y las aves. La expo-

¹⁷ OSTWALD, *From popular sovereignty to the sovereignty of law*, p. 151; HESTER, *Sophocles the unphilosophical. A study in the "Antigone"*, "Mnemosyne", vol. 24, nº 1, 1971, p. 19 a 21.

¹⁸ Conf. RODRÍGUEZ ADRADOS, *La democracia ateniense*, p. 254.

¹⁹ HARRIS, *Antigone the lawyer, or the ambiguities of Nomos*, p. 39.

sición pública que sufre el cuerpo de Polinices no era para nada la práctica de las póleis griegas: por eso, el trato que se le da al difunto en la obra seguramente fue muy perturbador para los espectadores²⁰. Como bien señala LESKY, Creonte no es la voz de la pólis que conoce cuáles son sus derechos y también cuáles son sus limitaciones²¹. En la figura de Creonte no hay limitaciones, sino excesos y transgresiones al orden divino y los valores tradicionales.

Sepultar a los muertos era un deber sumamente importante en el mundo griego y en varias fuentes ese requerimiento estaba asociado con las normas de los dioses²². Dentro del género trágico, recordemos *Áyax* de SÓFOCLES. En el cuarto episodio se genera un problema similar al presentado en *Antígona*, cuando Menelao quiere obligar a Teucro que no le dé sepultura al héroe por considerarlo un traidor (v. 1047 y siguientes). No obstante, nada impedirá que Teucro cumpla con los ritos fúnebres, ya que es un deber impuesto por las “leyes de los dioses” (δαμόνων νόμους, v. 1130).

De hecho, la historia acerca del entierro de Polinices y de los muertos en batalla durante la expedición de los siete jefes de Argos contra Tebas se convirtió en un tema de reflexión común en el pensamiento griego²³. De entre las diversas fuentes, me interesa destacar la *Oración fúnebre* de LISIAS. El gran orador narra que cuando Adrasto y Polinices condujeron su ejército contra la pólis tebana y fueron vencidos, los cadmeos no les permitieron enterrar a sus muertos²⁴. Frente a esta negativa, los atenienses enviaron primero a unos mensajeros para instarlos a que cedan con esa conducta, ya que consideraban que el acto era sumamente impío. Como no obtuvieron ningún resultado favorable, decidieron combatir contra Tebas, no porque tuvieran algún conflicto anterior ni tampoco para congraciarse con los argivos vivos, sino porque consideraban justo que los muertos en batalla obtuvieran lo que les corresponde por ley. Los cuerpos fueron recuperados y enterrados finalmente en Eleusis. Así

²⁰ Conf. PARKER, *Miasma. Pollution and purification in early greek religion*, p. 47.

²¹ Conf. LESKY, *Historia de la literatura griega*, p. 307.

²² Sobre la importancia de enterrar a los muertos, ver ROHDE, *Psyche. The cult of souls and the belief in immortality among the Greeks*, p. 162 y siguientes.

²³ Conf. *Siete contra Tebas* de ESQUILO (v. 1005 y ss.); *Suplicantes* de EURÍPIDES; HERÓDOTO, 9.27.3; ISÓCRATES, 12.168-171 y 4.55-58; *Plutarco, Teseo* 29.4; *Pausanias*, 1.39.2.

²⁴ Ver LISIAS 2.7-10.

pues, de acuerdo con este relato se puede decir, junto con HARRIS, que si en esa oportunidad los atenienses se vieron obligados a marchar contra Tebas y arriesgar sus vidas para mantener la vigencia del *nómos* que establece el deber de enterrar a los muertos, la acción de Antígona debió haber sido considerada por los espectadores como razonable y justificada²⁵.

Tan importante era ese deber que incluso en las guerras había un *nómos* común de los griegos que permitía a los enemigos recuperar los cadáveres de sus compañeros para darles sepultura. Tucídides (4.97-98) relata que en la batalla de Delio, que tuvo lugar en el año 424 a.C., los beocios se rehusaron a devolver a los atenienses los cuerpos de los caídos en combate hasta que ellos evacuen la ciudad. Los atenienses, en cambio, exigían el permiso para recoger a sus muertos, pero no con la condición de marcharse, sino mediante la realización de una tregua establecida por “la costumbre ancestral” (τὰ πάτρια).

Todo esto explica la tenaz defensa que realiza Antígona al deber de practicar los ritos fúnebres a Polinices, es decir, su lucha por el derecho. No es fácil despojar a un individuo de los derechos y deberes que se hallan arraigados en la costumbre de su pueblo. La energía con la cual Antígona defiende el *nómos* que ordena dar sepultura a los muertos sin duda está en relación proporcional con el valor que implica esa práctica para los miembros de la comunidad.

§ 4. **LA INTEGRACIÓN DEL “NÓMOS” DIVINO CON LOS PRINCIPIOS DE LA CIUDAD. EL DISCURSO FINAL DE ANTÍGONA**

Hasta aquí se podría pensar que el deber de obediencia de Antígona se justifica simplemente en las leyes no escritas y firmes de los dioses. Sin embargo, más adelante la protagonista introduce otros elementos que complejizan las razones de su accionar: me refiero, por supuesto, al famoso discurso final de la heroína de los vv. 891-928. Como veremos, y trataré de demostrar, estos nuevos motivos que expresa Antígona no se centran en las normas divinas, sino que se focalizan más en la opinión y la aceptación que pudiera tener el pueblo de Tebas sobre el entierro de Polinices. Ya Antígona apeló a la divinidad para justificar su conducta, pero ahora se trata de considerar el factor comunidad. El cuerpo político de ciudadanos no

²⁵ Conf. HARRIS, *Antigone the lawyer, or the ambiguities of Nomos*, p. 38.

resulta un aspecto menor, pues serán ellos quienes juzguen la corrección de la conducta asumida por la heroína y son también ellos, en última instancia, quienes pueden legitimar las normas que invoca Antígona para transgredir el decreto de Creonte. Claramente Antígona no pierde de vista que por más injusto que ella considere el decreto de Creonte, este constituye una norma válida y legítima que regula las relaciones humanas en la comunidad de Tebas. Creonte es efectivamente el gobernante y cuenta con las atribuciones para establecer las normas que considere más apropiadas para proteger los intereses de la comunidad²⁶. Sin embargo, esto no significa que el contenido de sus normas pueda ser cualquiera: existen limitaciones, como por ejemplo los valores que la comunidad considere socialmente superiores. De acuerdo con ello, Antígona deberá demostrar que la situación especial en la que ella se encuentra es de interés público y que el *kérygma* de Creonte compromete valores esenciales: la heroína tiene, pues, la difícil tarea de brindar frente al pueblo argumentos que prueben que obró de acuerdo con sus deberes filiales y también conforme a las normas y los principios de la ciudad. Se trata de obtener legitimidad y cuestionar la razonabilidad de la norma tiránica. Solo así Antígona logrará ganar la adhesión de los ciudadanos y demostrar finalmente que su transgresión a los mandatos del gobernante de Tebas está por demás justificada. Sin embargo, no es tan sencillo afirmar, sin más, que en esta instancia de la obra Antígona se presenta frente al pueblo para justificar su conducta y alegar que su acción es la correcta. Todo esto exige una explicación más detallada, ya que el pasaje de la obra en el que se instala este argumento es sumamente problemático.

Antes de morir, Antígona percibe ciertas voces de desaprobación de su conducta: el Coro de ancianos tebanos sostiene que ella descende al Hades sin gloria y sola, “por su propia ley” (*αὐτόνομος*, v. 821) y por haberse estrellado “contra el elevado pedestal de Díke” (*ὑψηλὸν ἐς Δίκας βᾶθρον*, v. 854). Frente a esta acusación, Antígona alega en su discurso final que, a los ojos de los ciudadanos sen-

²⁶ De hecho, al comienzo de la obra Creonte es designado por Antígona como *strategós* (v. 8). Este era un cargo muy importante en la Atenas clásica, que involucraba diversas capacidades y competencias jurídicas. Una de ellas era la facultad de dictar decretos con el fin de regular la conducta humana en situaciones de conflicto bélico. Así, GRIFFITH explica que “an Athenian *stratēgos* on campaign could issue a *κήρυγμα* on his own initiative (even one invoking the death penalty)” (*Sophocles. Antigone*, p. 122).

satos, honró debidamente a su hermano y, además, agrega que si hubiera tenido un esposo o un hijo que hubiesen muerto, nunca habría obrado así, “en contra de la voluntad de los ciudadanos” (βία πολιτῶν, v. 907). Inmediatamente, Antígona termina de completar su argumento con la introducción de un *nómos* especial que explica legalmente el modo de su obrar (v. 908-915):

τίνος νόμου δὴ ταῦτα πρὸς χάριν λέγω;
 πόσις μὲν ἄν μοι καθανόντος ἄλλος ἦν,
 καὶ παῖς ἀπ’ ἄλλου φωτός, εἰ τοῦδ’ ἤμπλακον,
 μητρὸς δ’ ἐν Ἄιδου καὶ πατρὸς κεκευθότοι
 οὐκ ἔστ’ ἀδελφὸς ὅστις ἄν βλάστοι ποτέ.
 τοιῶδε μέντοι σ’ ἐκπροτιμήσασ’ ἐγὼ
 νόμῳ, Κρέοντι ταῦτ’ ἔδοξ’ ἀμαρτάνειν
 καὶ δεινὰ τολμᾶν, ὧ κασίγνητον κάρα.

[¿En virtud de qué *nómos* ahora digo esto? Si un esposo se muere, otro habría para mí, y un hijo de otro hombre, si de este fui privada; pero, cuando la madre y el padre están en el Hades, no es posible que nazca un hermano algún día. Y yo, en efecto, te he honrado entre todos por tal *nómos*; [sin embargo] a Creonte le pareció una acción errada y una terrible osadía, oh hermano querido.]

En esta ocasión, como se advierte, la protagonista justifica su conducta mediante un *nómos* que la obliga a enterrar a su hermano en virtud de las circunstancias especiales en las que ella se encuentra²⁷. Las palabras que introduce la heroína en su discurso, sin embargo, pueden llegar a oscurecer algunos aspectos de la tragedia y generar malentendidos: especialmente en lo que se refiere a las razones que la motivaron a llevar a cabo el entierro de su hermano. En efecto, a partir de una lectura atenta en la que se coteje este nuevo argumento de Antígona con los otros argumentos que ella utilizó para jus-

²⁷ Este argumento está basado en un pasaje de HERÓDOTO (3.119.3-6), en el cual se narra cómo la mujer de Intafrenes clama ante el rey Darío por la vida de su hermano. Si bien el texto de HERÓDOTO y el de SÓFOCLES son muy parecidos, existe una gran diferencia: en el caso de Antígona se trata del entierro del hermano, mientras que en el caso de Intafrenes se trata de salvarle la vida. Otra diferencia, como destaca OBRIST, es que HERÓDOTO utiliza el sustantivo *gnóme* (“pensamiento”) para designar la razón de elegir a ese familiar por sobre otros; en cambio, en la reelaboración sofoclea se utiliza la palabra *nómos*. Conf. OBRIST, *Y te llevaste en andas al ángel de los perdedores. El nómos de Antígona en su discurso final a partir del vocabulario legal en Antígona de Sófocles*, “Sociedades Precapitalistas”, vol. 2, nº 1, 2012, p. 4 y 5.

tificar el entierro (básicamente las leyes no escritas), surgen ciertos problemas textuales que permiten sostener, por lo menos, tres actitudes frente al texto que me interesan destacar: primero, admitir que existe una contradicción por parte de SÓFOCLES o sostener que hay un abandono de las leyes no escritas por parte de Antígona²⁸; segundo, sostener que la contradicción es aparente²⁹; tercero, afirmar que hay una interpolación en el texto³⁰. La enorme cantidad de trabajos y los grandes debates que hay dentro de la literatura crítica sobre cómo se debe interpretar el discurso final de Antígona con relación al contexto general de la obra, dan cuenta de los problemas hermenéuticos que originó este nuevo *nómos*. A mi juicio, si bien resulta innegable la dificultad que genera ese discurso final con el resto de la obra, no creo que en el texto haya una interpolación, ni una contradicción ni un abandono del *nómos ágraphos*, sino más bien una relación de armonía entre los argumentos de la protagonista. En efecto, Antígona advierte que los ciudadanos podrían percibir su conducta como injusta y por eso se vale de un *nómos* particular que tiene como fin justificar la desobediencia. La protagonista quiere dejar en claro frente a la comunidad que no desafía al gobernante de la ciudad por el solo hecho de hacerlo y en cualquier situación: de hecho, en el hipotético caso de que hubiera tenido un esposo o un hijo que murieran, desistiría de realizar el entierro prohibido. Obviamente también los difuntos padre o hijo deben ser enterrados de acuerdo con las leyes an-

²⁸ KNOX, *The heroic temper. Studies in Sophoclean tragedy*, p. 103 a 105.

²⁹ NORWOOD, *Greek tragedy*, p. 139; HESTER, *Sophocles the unphilosophical*, p. 37; SEGAL, *Tragedy and civilization*, p. 201; FOLEY, "Antigone as moral agent", en SILK (ed.), *Tragedy and the tragic. Greek theatre and beyond*, p. 54; REHM, *Sophocles' Antigone and family values*, "Helios", vol. 33, 2006, p. 189; CROPP, *Antigone's final speech (Sophocles, Antigone 891-928)*, "Greece & Rome", vol. 44, 1997, p. 150; OBRIST, *Y te llevaste en andas al ángel de los perdedores*; ETXABE, *Antigone's nomos*, "Animus", vol. 13, 2009, p. 60 a 73; ETXABE, *The experience of tragic judgement*, p. 101 a 106.

³⁰ En este sentido, JACOB cuestiona la autenticidad de los vv. 905-913, DINDORF la de los v. 900-928 y JEBB, KNAPP, PAGE, MÜLLER y WINNINGTON-INGRAM la de los v. 904-920. Conf. JACOB, *Sophocle æquæstiones*, vol. 1, p. 365 a 368; DINDORF, (ed.), *Sophoclis tragœdiæ*, p. lvii; JEBB(ed.), *Sophocles. The plays and fragments*, p. 164; KNAPP, *A point in the interpretation*, p. 310; PAGE, *Actor's interpolations in greek tragedy*, Oxford, p. 81 a 91; MULLER (ed.), *Sophokles. Antigone*, p. 197 a 200 y 206; WINNINGTON-INGRAM, *Sophocles: An interpretation*, p. 145 y 146. En caso de haber existido realmente esta interpolación, por cierto, debió hacerse no mucho tiempo después de la muerte del tragediógrafo, pues ARISTÓTELES (*Retórica*, 1417a32-33) cita los v. 911-912 como si fueran auténticos de *Antígona*.

cestrales y divinas, pero Antígona no cree que sea su responsabilidad hacerlo: en estos supuestos no se habría enfrentado a la norma de Creonte.

Solo en el caso del difunto Polinices, Antígona considera que tenía el deber de darle sepultura y esto es algo que –según ella– “los de buen entendimiento” (τοις φρονούσιν εὔ, v. 904) reconocerán fácilmente. Pues bien, la situación a la que se enfrentaba Antígona es excepcional: muertos los padres, ya no es posible tener otro hermano y como ella es la única hermana y familiar directo que queda para realizar el entierro se justifica su accionar³¹. Claro que se debería considerar la existencia de Ismene; sin embargo, en la obra claramente es Antígona el único familiar que se presenta para cumplir con el deber de honrar a los muertos, pues su hermana había desistido de hacerlo desde un principio (v. 49-68). Es muy probable que por ello el Coro diga que Antígona forma parte de “las últimas raíces sobre las cuales se había extendido una luz en la casa de Edipo” (ἔσχάτας ὑπὲρ / ῥίζας ἐτέτατο φάος ἐν Οἰδίπου δόμοις, v. 599-600). De hecho, ella misma se ve como “la única de la realeza que queda” (τῆν βασιλειδᾶν μούνην λοιπὴν, v. 941).

Hay que tener en cuenta, además, que la elección del hermano por sobre otro miembro de la familia no tiene un significado banal, sino todo lo contrario. En efecto, en la Grecia antigua la relación que había entre los hermanos era muy fuerte³². De hecho, este vínculo fraterno y el reconocimiento de los deberes hacia su hermano por parte de la comunidad, son destacados por Antígona en varias ocasiones de la obra (como surge por ejemplo de los v. 465-468, 502-504 y 510-511).

Pero esto no es todo. El aspecto más importante es que la muerte de Polinices, como destaca ETXABE, significa la extinción del linaje de los Labdácidas, la representación de la destrucción de la familia (*oikos*)³³. En efecto, en la Atenas clásica, la ausencia de descendencia masculina podía causar la desaparición del *oikos* paterno. Sin embargo, la sociedad disponía de ciertas instituciones le-

³¹ Conf. FOLEY, *Antigone as moral agent*, p. 54; PATTERSON, *The place and practice of burial in Sophocles' Athens*, “Helios”, vol. 33, 2006, p. 37; REHM, *Sophocles' Antigone and family values*, p. 189; OBRIST, *Y te llevaste en andas al ángel de los perdedores*, p. 9 y 10.

³² COX, *Household interests. Property, marriage strategies, and family dynamics in ancient Athens*, p. 114 a 116.

³³ Conf. ETXABE, *Antigone's nomos*, p. 68.

gales que estaban destinadas a salvaguardar la integridad del *oïkos*, la célula fundante de la pólis. Una de ellas era el epiclerato. De acuerdo con esta institución, la *epikleros*, es decir, la mujer que recibía los bienes de su difunto padre frente a la carencia de hermanos varones, podía casarse con el pariente más cercano por línea paterna y continuar la familia de su progenitor. Su marido solo administraba los bienes, pero nunca los heredaba, ya que una vez que la pareja tuviera un hijo (lo cual era una exigencia) este se convertía en el sucesor legal del abuelo. Otro de los mecanismos legales de preservación de la familia era la adopción de un hijo varón. Ninguna de las instituciones es aplicable al caso particular del *oïkos* de Edipo. Va de suyo que la adopción no es posible y, en cuanto al epiclerato, si bien Antígona es *epikleros* no hay ningún pariente paterno con el cual ella se pudiera casar.

El último eslabón masculino del linaje labdácida está muerto y con su deceso se han desvanecido todas las posibilidades de continuar el *oïkos* de Edipo. A los ojos de los ciudadanos, es un hecho sumamente calamitoso que, como tal, se convierte en un asunto civil. De ahí que en esta situación tan extrema, el cuerpo de Polinices merezca ser sepultado y recibir los ritos fúnebres. Entonces, las palabras que introduce Antígona no hacen más que invocar la situación especial en la que se encuentra con el fin de que sea reconocida por la comunidad cívica como un asunto familiar que, si bien es de carácter privado, debe ser de interés público de acuerdo con la importancia que tiene en el marco de las prácticas sociales y la vida institucional de la pólis. Se trata, entonces, de un reclamo de legitimidad. Antígona, en este sentido, muestra toda su astucia, pues en los momentos previos a que fuera enterrada viva llama a todos los cadmeos para que sean testigos del modo injusto en que va morir: sin llantos, amigos ni cantos nupciales; solo en virtud del decreto del tirano Creonte, cuyo contenido es claramente excesivo (v. 839 y siguientes). Con su estrategia, Antígona busca obtener la adhesión y el consenso del pueblo en cuanto al modo en que obró frente al decreto de Creonte: la heroína quiere justificar, por todos los medios, la desobediencia y qué mejor que mostrando las injusticias que se derivan de la obediencia incondicionada a la autoridad del tirano. Esto último se conecta con la razonabilidad del decreto de Creonte, que Antígona claramente cuestiona: la norma del *týrannos* no supera el tamiz de la razonabilidad porque tiene una clara falta de sentido de justicia.

El *kérygma* de Creonte, pues, tiene que ceder ante el caso particular y especial que alega Antígona. Esto es lo que ella pretende demostrar con sus argumentos. Esto no significa, claro está, que Antígona haya dejado de justificar su accionar en el *nómos* divino. Este es el principal móvil de su conducta; jamás Antígona dice lo contrario. En su discurso final, la heroína solo destaca que las características particulares y extraordinarias de la situación en la que se encuentra permiten desoír los mandatos de Creonte: se trata, en definitiva, de justificar su conducta frente a los ciudadanos. Uno y otro caso son cosas completamente distintas. Incluso en términos jurídicos se podría pensar que Antígona quiere hacer valer una norma abrogatoria (parcial), es decir, una norma que anula o limita en parte los efectos de otra norma preexistente: es una norma que obliga a reconocer como abolida, en las circunstancias indicadas, la norma prohibitiva de Creonte. Si bien esta lectura puede ser válida, creo que la argumentación de Antígona va más allá de eso si consideramos que en realidad cuestiona la legitimidad y razonabilidad del *kérygma* de Creonte.

Como ya se ha señalado, el uso del vocablo *nómos* por parte de Antígona en su discurso final resulta un aspecto muy importante en la argumentación, ya que ella pretende encuadrar su conducta dentro de una ley, un *nómos* que derrota el *kérygma*. Sin embargo, solo podrá ampararse bajo esa norma si la expresa de manera pública frente a los ciudadanos para que ellos la evalúen, reflexionen acerca de su contenido y, luego, se expidan sobre su aceptación o rechazo³⁴. Claramente, Antígona considera que aquel *nómos* es una norma socialmente válida que justifica su desobediencia y que debe ser reconocida por los ciudadanos³⁵. La última palabra de eso, naturalmente, la tiene el pueblo: la verdadera fuente de validez de toda ley³⁶.

En un contexto en donde, además, toda norma jurídica se establecía por medio de la deliberación pública, el uso de argumentos persuasivos e influyentes en el pensamiento de los ciudadanos resulta determinante al momento de la toma de decisiones políticas. Si Antígona quiere que su pretensión prospere, debe manejar las palabras adecuadas y generar las emociones correctas sobre sus oyen-

³⁴ Conf. OBRIST, *Y te llevaste en andas al ángel de los perdedores*, p. 11.

³⁵ Al respecto, ver ETXABE, *Antigone's nomos*.

³⁶ Conf. ALLEN, "Greek tragedy and law", en GAGARIN - COHEN (eds.), *The Cambridge companion to ancient greek law*, p. 389 y 390.

tes. El rechazo de considerar la norma de Creonte como un *nómos* y solo como un simple *kérygma*, es quizás el argumento jurídico más fuerte que instala Antígona.

Todo esto demuestra la habilidad que tiene Antígona en el manejo de las instituciones legales y la comprensión de su naturaleza. Mediante sus argumentos ella sustenta su conducta no sólo en la norma divina y los valores tradicionales, sino también en el consenso y la voluntad del pueblo. Antígona es quien sabe concordar y conciliar el orden humano con el orden divino. El propio Coro ya había destacado la necesidad de mantener esta unión. Un ciudadano honrado en la ciudad se forma “mezclando las leyes de la tierra y la justicia de los dioses que obliga por juramento” (νόμους περραίνων χθονός θεῶν τ’ ἔνορκον δίκαν, v. 368-369).

§ 5. *LA DEBILIDAD DE LA ARGUMENTACIÓN DE CREONTE*

La argumentación instalada por Creonte resulta sumamente débil frente a la de Antígona. Esta deficiencia en los argumentos de Creonte hace que sus disposiciones autoritativas sean puestas en duda por parte de distintos personajes de la obra, no solo por la heroína. En el momento en que el Guardián anuncia a Creonte que alguien ha dado sepultura al cadáver de Polinices y se ha marchado sin dejar ningún rastro (v. 245-252), el Corifeo insinúa que eso ha sido obra de los dioses (v. 278-279). Esta parte de la escena da comienzo a un aspecto interesante que gira en torno a la ilegitimidad del mandato de Creonte. En efecto, el Guardián, a causa de las amenazas que recibe del soberano para encontrar al transgresor de la norma, vuelve con sus compañeros al lugar del entierro y tienden una trampa: ellos desentierran el cadáver de Polinices y esperan escondidos a que aparezca nuevamente el autor del crimen para poder aprehenderlo. Es aquí cuando terminan atrapando a Antígona, ya que ella es quien entierra por segunda vez el cuerpo de su hermano. Ahora bien, está claro que hasta esta escena de la obra hubo dos entierros de Polinices y el segundo de ellos fue ejecutado por Antígona: por lo menos ella admite esto una vez que es llevada con Creonte para brindar las explicaciones necesarias. Sin embargo, nada se dice acerca de si la heroína realizó el primero de ellos. En toda la tragedia, jamás dice que ejecutó ambos actos, ni SÓFOCLES excluye la posibilidad de que el entierro haya sido obra de los dioses³⁷. Esta vaguedad

³⁷ Conf. SEGAL, *Tragedy and civilization*, p. 159 y 160.

permite suponer que los dioses no estaban tan conformes con el decreto establecido por Creonte. Las insinuaciones que había hecho el Corifeo sobre esta posibilidad cobran sentido y muestra su cuota de verdad. De hecho, cuando los guardias desentieran a Polinices la voluntad de los dioses se manifestó rápidamente y no de un modo agradable: un torbellino levantó una tormenta de polvo que destruyó todo el follaje de los árboles y cubrió el extenso cielo (v. 417-421); una verdadera “plaga divina” (θείαν νόσον, v. 421). Entonces, si bien no se puede afirmar que los dioses intervinieron en el primer entierro, creo que no hay ninguna duda sobre el juicio que emiten contra la conducta de los guardias y, en última instancia, contra la decisión de Creonte de dejar al muerto sin sepultura³⁸.

No es un aspecto menor, tampoco, que en esta misma oportunidad, si bien Creonte considera imposible que los dioses hayan sentido preocupación por el cuerpo de alguien que quiso devastar sus templos, las tierras y las leyes de Tebas, reconoce que algunos hombres de la ciudad no aceptan su decreto e inducen a otros con dinero a desobedecer su mandato (v. 282-294). El tirano, pues, percibe que su *kérygma* no cuenta con la fuerza obligatoria que él espera que tuviese. Esta inseguridad que invade la mente del tirano también muestra que el cargo que ostenta y, principalmente, las normas jurídicas que impone sobre las tierras que gobierna son puestos en duda por el pueblo. En un sentido jurídico esto se traduce en un cuestionamiento a la autoridad del gobernante. Pues bien, la noción de autoridad legítima implica que aquellos que la ejercen tienen el derecho de establecer normas jurídicas que deben ser obedecidas por los ciudadanos³⁹. Cuando se tiene autoridad legítima se debe tener

³⁸ En efecto, los dioses están detrás de todo esto: primero, para evitar que el cuerpo de Polinices sea devorado por aves y perros; segundo, ellos preparan el terreno para que reciba el entierro formal por parte de Antígona, más allá de que al final ella es atrapada antes de consumar el rito. Conf. ADAMS, *The Antigone of Sophocles*, p. 54.

³⁹ De acuerdo con ello, entre la autoridad política y la obligación política existe una correlación. Conf. PITKIN, *Obligation and consent II*, “The American Political Science Review”, vol. 60, nº 1, 1966, p. 39 y 40; RAPHAEL, *Problems of political philosophy*, p. 78; WOLFF, *In defense of anarchism*, p. 5; BERAN, *In defense of the consent theory of political obligation and authority*, “Ethics”, vol. 87, nº 3, 1977, p. 260; ANSCOMBE, *On the source of the authority of the State*, “Ratio”, vol. 20, nº 1, 1978, p. 1 a 28; RAZ, *Authority and consent*, “Virginia Law Review”, vol. 67, nº 1, 1981, p. 117, y *Authority and justification*, “Philosophy & Public Affairs”, vol. 14, nº 1, 1985, p. 6; FERNÁNDEZ GARCÍA, *La obediencia al derecho*, p. 57; KLOSKO, “Presumptive benefit, fairness, and political obligation”, en EDMUNDSON (ed.),

éxito en mantener la norma emitida y esta pretensión se encuentra justificada en la medida de que exista hacia ella un deber de obediencia⁴⁰. En el caso puntual de Creonte, en tanto es el único soberano de la pólis, su autoridad supone que tiene un derecho de exigir obediencia de los requerimientos que impone sobre sus súbditos. Sin embargo, cuando este derecho deja de ser reconocido por ellos, la autoridad del tirano empieza a derrumbarse y sus normas pierden fuerza obligatoria y eficacia. Esto es lo que le sucederá gradualmente al tirano: el cuestionamiento a la autoridad del *kérygma* se incrementará con el correr de los versos hasta que él deba renunciar por completo a su mandato. Su pretensión de legitimidad quedará, en definitiva, desvanecida y su autoridad no tendrá otro sustento que el miedo, la fuerza o la violencia. En efecto, en el agón que se produce entre Antígona y Creonte, la heroína expresa la falta de poder que tiene el tirano como para obtener obediencia sin necesidad de recurrir a la coacción. Su decisión es desaprobada por los miembros de la comunidad, quienes por miedo al castigo se mantienen en silencio. Más bien la sepultura de Polinices es el acto reconocido y aceptado por el cuerpo ciudadano, como expresa Antígona en los v. 502-507:

καίτοι πόθεν κλέος γ' ἂν εὐκλεέστερον
κατέσχον ἢ τὸν ἀντάδελφον ἐν τάφῳ
τιθεῖσα; τούτοις τοῦτο πᾶσιν ἀνδάνειν
λέγοιτ' ἂν, εἰ μὴ γλῶσσαν ἐγκλήοι φόβος.
ἀλλ' ἡ τυραννὶς πολλά τ' ἄλλ' εὐδαιμονεῖ
κάξεστιν αὐτῇ δρᾶνλέγειν θ' ἅ βούλεται.

[Sin embargo, ¿dónde hubiera conseguido, por cierto, una fama más gloriosa que colocando a [mi] hermano en una tumba? Podría decirse que esto les agrada a todos estos, si el miedo no les cerrara la boca. Pero la tiranía entre otros muchos privilegios puede hacer y decir lo que quiere.]

Si volvemos al inicio de la obra y comparamos este pasaje con los v. 58-64, advertimos que la situación cambió radicalmente. Antígona ya no está más sola, como cree Creonte; no es la “única” (μύνη, v. 508) entre los cadmeos que considera que actúa con justicia. En el fondo, el resto del pueblo también ve las cosas del mismo modo

The duty to obey the law, p. 222 y 223; FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, p. 261 a 281, y “Positivism and ‘authority’”, en FINNIS, *Philosophy of Law. Collected Essays*, vol. IV, p. 82 a 87; SIMMONS, “Political obligation and authority”, en SIMON (ed.), *The blackwell guide to social and political philosophy*, p.18 a 20.

⁴⁰ Conf. RAZ, *The morality of freedom*, p. 26.

que Antígona, solo que cierran la boca ante la presencia del tirano (v. 509), evidentemente por temor a seguir la misma suerte que la hija de Edipo.

La legitimidad del decreto de Creonte no tarda en cuestionarse por completo en el diálogo que mantiene con su propio hijo Hemón. Una vez que Creonte resuelve que ni siquiera las futuras bodas que su hijo iba a tener con Antígona constituyen una excepción a la aplicación de la sanción (v. 568-569), invoca como fundamento de esa “sentencia irrevocable” (τελείαν ψῆφον, v. 632) el poder absoluto que le provee su posición de mando. Según el tirano, este cargo supone el derecho de exigir una obediencia incondicionada de sus decisiones por parte de los ciudadanos (v. 663-667):

ὄστις δ' ὑπερβὰς ἢ νόμους βιάζεται,
ἢ τοῦπιτάσσειν τοῖς κρατύνουσιν νοεῖ,
οὐκ ἔστ' ἐπαίνου τοῦτον ἐξ ἐμοῦ τυχεῖν.
ἀλλ' ὄν πόλις στήσειε, τοῦδε χρὴ κλύειν
καὶ σμικρὰ καὶ δίκαια καὶ τὰναντία.

[En cambio, quien tras excederse o violenta las leyes o piensa dar órdenes al que gobierna, no es posible que ese obtenga elogio de mi parte. Sin embargo, al que la ciudad designa, es necesario obedecerlo en lo pequeño, en lo justo y en lo contrario.]

Sin embargo, Hemón, anticipando que Antígona va a morir a los ojos de la ciudad de manera indigna por realizar acciones “gloriosísimas” (εὐκλεεστάτων, v. 695), destaca que su fuerza, su poder y su autoridad no encuentran sustento en la voluntad y el consenso de los ciudadanos. En su discurso, pues, el hijo de Creonte hace oír simultáneamente la voz de la ciudad⁴¹. Todo el pueblo de Tebas –dice Hemón– afirma que Antígona ha actuado rectamente (v. 730-733) y desaprueban, de este modo, la norma del tirano. En virtud de ello, se podría especular que Creonte, al carecer de la aprobación de los cadmeos, modifica la forma de castigo de Antígona y decide que su muerte, en vez de ser por lapidación pública, sea por inanición. La heroína deberá morir oculta en una caverna donde la huella de los hombres esté ausente (v. 773-776)⁴².

⁴¹ Conf. REINHARDT, *Sófocles*, p. 99.

⁴² Antígona será enterrada viva con algo de alimento que servirá de expiación y evite el *miasma* (la polución religiosa) sobre la ciudad. Se creía que de este modo el condenado moría no por causa de la mano del hombre sino de manera natural.

§ 6. **CREONTE Y LAS ATRIBUCIONES QUE NO SON PROPIAS**

Una de las lecciones jurídicas que nos deja *Antígona* es que el *kérygma* del tirano no se puede identificar sin más con un verdadero *nómos*, ya que se trata de dos instrumentos jurídicos que presentan grandes diferencias tanto en lo formal como en lo sustancial. No pretendo ser exhaustivo en la distinción, sino señalar las que a mi entender resultan más relevantes de acuerdo con el problema iusfilosófico de la obra. En primer lugar, *kérygma* y *nómos* operan de distinto modo dentro la estructura social y política: uno es claramente vertical, impuesto por una autoridad superior que concentra todo el poder político de manera individual; el otro es horizontal y se instaura por medio de las prácticas sociales del grupo. En segundo lugar, como consecuencia de lo dicho anteriormente, se deduce que la fuente del *kérygma* es el tirano y su fundamento es el poder soberano; en cambio, la fuente del *nómos* es la comunidad y su fuerza legal descansa en tradición, la costumbre y los valores compartidos entre los miembros. En tercer lugar, el momento en que se da origen al *kérygma* es perfectamente identificable; el *nómos* es una creación consuetudinaria de modo que su origen no se puede identificar con una situación específica: de ahí que Antígona diga que las leyes que amparan su conducta “no son de hoy ni de ayer, sino de siempre, y nadie sabe desde cuándo aparecieron” (οὐ γάρ τι νῦν γε κἀχθές, ἀλλ’ αἰεί ποτε / ζῆ ταῦτα, κούδεις οἶδεν ἐξ ὅτου φάνη, v. 456-457). Finalmente, se puede decir, en relación con las características expuestas, que el *nómos* fue –usando la terminología de DWORKIN– uno de los grandes triunfos políticos del pueblo de Atenas. Con la instauración de la democracia, la ley no derivaba de la voluntad de un solo individuo, sino que era producto de la deliberación y el consenso ciudadano en el espacio cívico establecido a tales efectos: la Asamblea. Obviamente, en la tragedia, por estar situada en la edad heroica, no se nos muestra el *nómos* como producto de ese órgano. Sin embargo, en la medida en que la ley es producto de la tradición y la costumbre del pueblo, Antígona no deja de presentar al *nómos* situado en el centro de los ciudadanos: así la norma se localiza equidistante entre los integrantes de la comunidad. Todos ellos están en igual relación con la norma porque es el fruto de la práctica legislativa que la comunidad hace sobre sí misma, sin perjuicio de que esta sea de manera consuetudinaria. No solo los órganos cívicos son centro de producción de normas; la costumbre también es fuente de derecho y de mucha importancia en una comunidad como la griega. Sin em-

bargo, la distinción más importante en lo que atañe al texto de Antígona, es que el decreto de Creonte pretende regular un asunto humano que excede sus atribuciones. Se trata, entonces, de una cuestión de competencia. En efecto, cuando Creonte explica los motivos por los cuales emitió el *kérygma*, el Coro apoya la decisión del tirano y de un modo disparatado sostiene que él tiene el poder de valerse de “toda ley” (νόμῳ... παντί, v. 213) para legislar como quiera sobre los muertos y los vivos (v. 214). Sin embargo, en esa ocasión el Coro se muestra dubitativo. HARRIS advierte muy bien que cuando el Coro le dice a Creonte que él tiene el poder para administrar todas las leyes, se utiliza en el v. 213 el adverbio ποῦ⁴³ (“quizá”, “probablemente”), que expresa un sentido de incerteza en lo que dice el hablante y hasta guarda cierta ironía: “yo pienso”, “yo supongo”⁴⁴. De hecho, la ironía del Coro se termina de comprender en virtud del final que tiene la tragedia y las desgracias que sufre Creonte por tomarse atribuciones que no le corresponden. La decisión de enterrar a los muertos no está en manos del tirano. Él no puede establecer excepciones a la regla general que impone la norma divina, pues “el Hades, por cierto, requiere leyes iguales” (ὁμῶς ὁ γ’ Αἰδῆς τοὺς νόμους ἴσους ποθεῖ, v. 519).

El ejercicio de un derecho del cual Creonte no es titular será denunciado finalmente por el adivino Tiresias, quien enfatizará el hecho de que legislar sobre los muertos es una cuestión que ni siquiera le compete a los dioses uránicos, sino que es competencia de “los dioses infernales” (τῶν κάτωθεν... θεῶν, v. 1070). Como consecuencia de la transgresión del orden social y cósmico causado por Creonte,

⁴³ En la mayoría de los manuscritos se lee ποῦ τ’. PLATT sugirió como variante τοῦτ’, que es la que acepta PEARSON y otros editores como LLOYD-JONES y WILSON. Sin embargo, ERFURDT propuso como opción ποῦ γ’, que es la enmienda aceptada por editores como GRIFFITH. A diferencia de la variante textual que sigue PEARSON, que es la edición utilizada en este trabajo, creo que en realidad la enmienda de ERFURDT es más adecuada, ya que, como destaca HARRIS, la palabra τοῦτ’ removería del pasaje el sentido de duda del Coro y además es superflua. Claro que esta interpretación no está exenta de problemas. Por ejemplo, en opinión de MÜLLER, la variante ποῦ γ’ no debe ser aceptada, ya que en griego solo γέ που es posible. Conf. PLATT, *Sophoclea*, “The Classical Review”, vol. 13, nº 3, 1899, p. 147; PEARSON (ed.), *Sophoclis fabulæ*; LLOYD-JONES - WILSON, *Sophoclis fabulæ*, p. 122; ERFURDT (ed.), *Sophoclis tragœdiæ*, vol. 1, p. 55; GRIFFITH (ed.), *Sophocles. Antigone*, p. 163; HARRIS, *Antigone the lawyer, or the ambiguities of Nomos*, p. 55; MÜLLER (ed.), *Sophokles. Antigone*, p. 68.

⁴⁴ Conf. HARRIS, *Antigone the lawyer, or the ambiguities of Nomos*, p. 42.

las Erinias estarán a su acecho para que sufra los mismos males (v. 1074-1076)⁴⁵.

Las desgracias que padece el pueblo cadmeo en virtud del comportamiento de Creonte confirman esta lectura. El *kérygma* del tirano es devastador para Tebas y trae consigo los mayores infortunios: al decidir que el cuerpo de Polinices quede sin sepultura y sea pasto de las aves de rapiña y de los perros, todos los altares públicos y privados están infectados, y los dioses no aceptan más súplicas en los sacrificios que se hacían con aquellos animales impuros por haber devorado carne de un cadáver (v. 1015-1022). Pero esto no es todo: las ciudades vecinas se han unido y formado una alianza de enemistad contra Creonte, ya que sus altares han recibido el hedor impuro que transportan los animales (v. 1080-1083). De hecho, cuando el Guardián narra cómo habían desenterrado el cadáver de Polinices para atrapar a quien lo volviera a enterrar, la voluntad de los dioses se había pronunciado contra semejante impiedad.

Al final de cuentas, Creonte no tendrá otra opción que sacar a Antígona de la morada subterránea y levantar un túmulo al difunto Polinices. Tendrá que aceptar, como dice con sus propias palabras, que lo mejor es cumplir con “las leyes establecidas” (τοὺς καθεστῶτας νόμους, v. 1113). Lamentablemente, es una decisión que adopta tarde, ya que no podrá evitar aun así el dolor que sufrirá por el suicidio de su hijo Hemón y de su esposa Eurídice. Pero no llega “demasiado tarde” porque los acontecimientos sucedieron repentinamente o con excesiva rapidez, sino porque su condición humana es excesivamente limitada⁴⁶. Las palabras que le dirige el Coro son elocuentes: “Ah, qué tarde parece que ves la justicia” (οἴμ’ ὡς ἕοικας ὀψὲ τὴν δίκην ἰδεῖν, v. 1270).

§ 7. CONCLUSIONES

Derecho, verdad y justicia son tres ejes temáticos centrales que se articulan en el entramado discursivo que nos ofrece Antígo-

⁴⁵ Las Erinias son invocadas como divinidades que, en su función de impartir justicia vindicativa, vienen a restituir un equilibrio que se ha roto. En este sentido, es muy interesante ver la conexión que guardan ellas con Díke. En el v. 451, Antígona se refiere a Díke como divinidad “que habita con los dioses de abajo” (ξύνοικος τῶν κάτω θεῶν). Esto resuena en HERÁCLITO, quien denominaba a las Erinias como “servidoras de Díke” (Δίκης ἐπικούροι, DK 22 B 94).

⁴⁶ Conf. REINHARDT, *Sófocles*, p. 106.

na. Sin embargo, la vinculación que presentan estos tópicos no es azarosa, sino que gira en torno a un foco de atracción común, y de carácter estrictamente jurídico, que origina todos los acontecimientos trágicos: la existencia de dos normas jurídicas en un mismo campo social que regulan de manera distinta un mismo asunto humano, es decir, el *nómos* que impone el deber de enterrar a los muertos y el *kérygma* del tirano Creonte que prohíbe celebrar ese ritual sobre el difunto Polinices. En el marco de este conflicto normativo, los personajes de la obra rivalizan argumentativamente entre sí para definir qué es derecho, qué requisitos y condiciones debe cumplir una norma jurídica para ser reconocida como tal por el cuerpo social. Si bien cada uno de ellos ofrece argumentos sumamente persuasivos y convincentes, Antígona será quien demuestre, al final de cuentas, que una norma socialmente válida, vinculante y legítima, debe tener sustento en la comunidad y el orden divino.

La toma de posición jurídica de Antígona, además de razonable, acentúa el valor que tenía el *nómos* como expresión de la voluntad popular. La protección que se le debía dar, frente a cualquier otro interés, especialmente frente a aquellos de carácter individual como los del tirano Creonte, es una de las principales lecciones que nos deja la lectura de la composición dramática. El *nómos* de Antígona no es la ley de un solo hombre, sino de muchos: es la norma que se produce a través de las prácticas sociales que se van solidificando en el tiempo y se van sedimentando en la tradición y la costumbre. Esto revela, pues, cómo la norma de Creonte es una orden improvisada que no respeta las condiciones y requisitos que las normas debían cumplir en el imaginario jurídico ateniense. Sin duda la audiencia era consciente de esto. *Antígona* destaca, en este sentido, la importancia que tenía el deber cívico de ejercer la resistencia contra la injusticia y la voluntad arbitraria del tirano, así como también la búsqueda implacable por preservar las instituciones básicas de la comunidad y mantener el imperio del *nómos*. La conducta de Antígona, por eso, será coronada con el triunfo en el campo público y obtendrá la simpatía del cuerpo ciudadano.

Pero ese reconocimiento que obtendrá Antígona cobrará pleno sentido con su propio sacrificio: un precio demasiado alto que deberá pagar la heroína para dejar a salvo las leyes firmes e inquebrantables de los dioses y por su lucha por la verdad, el derecho y la justicia.

BIBLIOGRAFÍA

ADAMS, S. M., *The Antigone of Sophocles*, "Phoenix", vol. 9, nº 2, 1955, p. 47 a 62.

- ALLEN, DANIELLE, "Greek tragedy and law", en GAGARIN, MICHAEL - COHEN, DAVID (eds.), *The Cambridge companion to ancient greek law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 374 a 393.
- ANSCOMBE, ELIZABETH M., *On the source of the authority of the State*, "Ratio", vol. 20, nº 1, 1978, p. 1 a 28.
- BEER, JOSH, *Sophocles and the tragedy of athenian democracy*, London, Praeger, 2004.
- BERAN, HARRY, *In defense of the consent theory of political obligation and authority*, "Ethics", vol. 87, nº 3, 1977, p. 260 a 271.
- BOWRA, CECIL M., *Sophoclean tragedy*, Oxford, Clarendon Press, 1944.
- BOYD, CATHERINE B., *The isolation of Antigone and Lady Macbeth*, "The Classical Journal", vol. 47, nº 5, 1952, p. 174 a 177.
- BURNS, TONY, *Sophocles' Antigone and the history of the concept of natural law*, "Political Studies", vol. 50, 2002, p. 545 a 557.
- CIURO CALDANI, MIGUEL Á., *Bases del pensamiento jurídico*, Rosario, Universidad Nacional de Rosario, 2012.
- *Notas para la comprensión iusfilosófica de "Antígona" de Sófocles*, "Revista del Centro de Investigaciones en Filosofía Jurídica y Filosofía Social", vol. 2, 1984, p. 29 a 49.
- COX, CHERYL A., *Houshold interests. Property, marriage strategies, and family dynamics in ancient Athens*, Princeton, Princeton University Press, 1998.
- CROPP, MARTÍN, *Antigone's final speech (Sophocles, Antigone 891-928)*, "Greece & Rome", vol. 44, 1997, p. 137 a 160.
- DINDORF, WILHELM, *Sophoclis tragœdiæ, Leipzig*, B. G. Teubner, 1866.
- ERFURDT, CAR G. A. (ed.), *Sophoclis tragœdiæ*, vol. 1, Antígona, Leipzig, Ernst Fleischer, 1830.
- ERRANDONEA, IGNACIO, *Sófocles y su teatro*, Madrid, Escelicer, 1942.
- ETXABE, JULEN, *Antigone's nomos*, "Animus", vol. 13, 2009, p. 60 a 73.
- *The experience of tragic judgement*, Abingdon, Routledge, 2013.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, EUSEBIO, *La obediencia al derecho*, Madrid, Civitas, 1994.
- FINNIS, JOHN, *Ley natural y derechos naturales*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2000.
- "Positivism and 'authority'", en FINNIS, J., *Philosophy of Law. Collected Essays*, vol. 4, Oxford, University Press, 2011, p. 74 a 87.
- FOLEY, HELENE, "Antigone as moral agent", en SILK, M. S. (ed.), *Tragedy and the tragic. Greek theatre and beyond*, Oxford, University Press, 1998, p. 49 a 73.
- GARCÍA-HUIDOBRO, JOAQUÍN, *Antígona: el descubrimiento del límite*, "Persona y Derecho", nº 39, 1998, p. 85 a 108.
- GOLDHILL, SIMON, *Reading greek tragic*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986.
- GRIFFITH, MARK (ed.), *Sophocles. Antigone*, Cambridge, University of Cambridge Press, 1999.
- HARRIS, EDUARD M., "Antigone the lawyer, or the ambiguities of Nomos", en HARRIS, EDUARD M. - RUBINSTEN, LENE (eds.), *The law and the Courts in ancient Greece*, London, Duckworth, 1986, p. 19 a 56.
- HARRIS, EDUARD M., "Sophocles and athenian law", en ORMAND, KIRK (ed.), *A companion to Sophocles*, Oxford, Wiley-Blackwell, 2012, p. 287 a 300.
- HARRY, JOSEPH E., *Studies in Sophocles*, "University of Cincinnati Studies", vol. 7, nº 3, 1911, p. 20 a 25.

- HESTER, D. A., *Sophocles the unphilosophical. A study in the "Antigone"*, "Mnemosyne", vol. 24, nº 1, 1971, p. 11 a 59.
- HONIG, BONNIE, *Ismene's forced choice: Sacrifice and sorority in Sophocles' Antigone*, "Arethusa", vol. 44, nº 1, 2011, p. 29 a 68.
- HULTON, A. O., *The double burial of the Antigone*, "Mnemosyne", nº 16, 1963, p. 284 y 285.
- IHERING, RUDOLF VON, *La lucha por el derecho*, Bs. As., Heliasta, 1993.
- JACOB, AUGUST, *Sophocleae quaestiones*, vol. 1, Warsaw, Impensis Auctoris, 1821.
- JAEGER, WERNER, *Paideia: los ideales de la cultura griega*, México, FCE, 2010.
- JEBB, RICHARD C. (ed.), *Sophocles. The plays and fragments. Part III: The Antigone*, Amsterdam, Adolf M. Hakkert, 1962.
- KIRKPATRICK, JENNET, *The prudent dissident: Un heroic resistance in Sophocles' Antigone*, "The Review of Politics", vol. 73, nº 3, 2011, p. 401 a 424.
- KLOSKO, GEORGE, "Presumptive benefit, fairness, and political obligation", en EDMUNDSON, WILLIAM A. (ed.), *The duty to obey the law*, Lanham, Rowman & Littlefield, 1999, p. 193 a 212.
- KNAPP, CHARLES, *A point in the interpretation of the Antigone of Sophocles*, "The American Journal of Philology", vol. 37, nº 3, 1916, p. 300 a 315.
- KNOX, BERNARD M. W., *The heroic temper. Studies in Sophoclean tragedy*, Berkeley, University of California Press, 1964.
- LESKY, ALBIN, *Historia de la literatura griega*, Madrid, Gredos, 1989.
- LEVY, CHARLES S., *Antigone's motives: A suggested interpretation*, "Transactions and Proceedings of the American Philological Association", vol. 94, 1963, p. 137 a 144.
- LLOYD-JONES, HUGH, *The justice of Zeus*, Berkeley, University of California Press, 1971.
- LLOYD-JONES, HUGH - WILSON, NIGEL G., *Sophoclis fabulae*, Oxford, Clarendon Press, 1990.
- MAZON, PAUL(ed.), *Sophocle. Antigone*, Paris, Les Belles Lettres, 2013.
- MÜLLER, GERHARD(ed.), *Sophokles. Antigone*, Heidelberg, C. Winter, 1967.
- NORWOOD, GILBERT, *Greek tragedy*, London, Methuen, 1942.
- OBRIST, KATIA, *Y te llevaste en andas al ángel de los perdedores. El nómos de Antígona en su discurso final a partir del vocabulario legal en Antígona de Sófocles*, "Sociedades Precapitalistas", vol. 2, nº 1, 2012, p. 1 a 18.
- OSTWALD, MARTÍN, *From popular sovereignty to the sovereignty of law. Law, society and politics in fifth-century Athens*, Berkeley, University of California Press, 1986.
- *Nomos and the beginnings of athenian democracy*, Oxford, Oxford University Press, 1969.
- PAGE, DENYS L., *Actor's interpolations in greek tragedy*, Oxford, Oxford University Press, 1934.
- PARKER, ROBERT, *Miasma. Pollution and purification in early greek religion*, Oxford, Clarendon Press, 1996.
- PATTERSON, CYNTHIA B., *The place and practice of burial in Sophocles' Athens*, "Helios", vol. 33, 2006, p. 9 a 48.
- PEARSON, ALFRED C. (ed.), *Sophoclis fabulae*, Oxford, Clarendon Press, 1957.

- PINKLER, LEANDRO - VIGO, ALEJANDRO (tr.), *Sófocles. Antígona*, Buenos Aires, Biblos, 1994.
- PITKIN, HANNA, *Obligation and consent II*, "The American Political Science Review", vol. 60, nº 1, 1966, p. 39 a 52.
- PLATT, ARTHUR, *Sophoclea*, "The Classical Review", vol. 13, nº 3, 1899, p. 147 y 148.
- RAAFLAUB, KURT A., "Sophocles and political thought", en MARKANTONATOS, ANDREAS (ed.), *Brill's companion to Sophocles*, Leiden, Brill, 2012, p. 471 a 488.
- RAPHAEL, DAVID D., *Problems of political philosophy*, New York, Praeger Publishers Inc., 1970.
- RAZ, JOSEPH, *Authority and consent*, "Virginia Law Review", vol. 67, nº 1, 1981, p. 103 a 131.
— *Authority and justification*, "Philosophy & Public Affairs", vol. 14, nº 1, 1985, p. 3 a 29.
— *The morality of freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1986.
- REHM, RUSH, *Sophocles' Antigone and family values*, "Helios", vol. 33, 2006, p. 187 a 218.
- REINHARDT, KARL, *Sófocles*, Madrid, Gredos, 2010.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, FRANCISCO, *La democracia ateniense*, Madrid, Alianza, 1983.
- ROHDE, ERWIN, *Psyche. The cult of souls and the belief in immortality among the Greeks*, London, Kegan Paul, Trench & Trubner, 1925.
- ROUSE, W. H. D., *The two burials in Antigone*, "Classical Review", vol. 25, nº 2, 1911, p. 40 a 42.
- SANTAMARÍA, ANA L., *Implicaciones éticas de la Antígona de Sófocles. Una reflexión sobre el pensamiento trágico griego*, Madrid, Plaza y Valdés, 2009.
- SCABUZZO, SUSANA, *Tragedia y códigos legales: una nueva lectura de Antígona de Sófocles*, "Cuadernos de Filología Clásica. Estudios Griegos e Indoeuropeos", nº 9, 1999, p. 109 a 127.
- SEGAL, CHARLES, *Sophocles'praise of man and the conflicts of the Antigone*, "Arion: A Journal of Humanities and the Classics", vol. 3, nº 2, 1964, p. 46 a 66.
— *Tragedy and civilization. An interpretation of Sophocles*, Norman, University of Oklahoma Press, 1999.
- SIMMONS, JOHN, "Political obligation and authority", en SIMON, ROBERT L. (ed.), *The Blackwell-guide to social and political philosophy*, Massachusetts, Blackwell, 2002, p. 17 a 37.
- SOARES, LUCAS, *Anaximandro y la tragedia. La proyección de su filosofía en la Antígona de Sófocles*, Buenos Aires, Biblos, 2002.
- SOURVINOU-INWOOD, CHRISTIANE, *Assumptions and the creation of meaning: Reading Sophocles' Antigone*, "The Journal of Hellenic Studies", vol. 109, 1989, p. 134 a 148.
- THOMAS, ROSALIND, "Written in stone? Liberty, equality, orality and the codification of law", en FOXHALL, LIN-LEWIS, ANDREW D. E. (eds.), *Greek law in its political setting: Justifications not justice*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 9 a 31.
- WHITMAN, CEDRIC H., *Sophocles: A study of heroic humanism*, Cambridge, Harvard University Press, 1951.
- WINNINGTON-INGRAM, REGINALD P., *Sophocles: An interpretation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1980.
- WOLFF, ROBERT P., *In defense of anarchism*, Berkeley, University of California, 1998.

**DE NUEVO LA TENSIÓN
UNIVERSALISMO-MULTICULTURALIDAD.
EXAMEN DE UNA “TERCERA VÍA” A PROPÓSITO
DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL
LATINOAMERICANA EN MATERIA INDÍGENA**

RENATO RABBI-BALDI CABANILLAS*

§ 1. **INTRODUCCIÓN**

Uno de los desafíos más complejos que debe afrontar una teoría general de los derechos humanos lo constituye lo que podría caracterizarse como el test de universalidad. ¿Son estos válidos aquí y allá; ayer, hoy y mañana? ¿Existe un fondo común que compromete a toda persona en tanto que tal y de la que se infieren exigencias básicas que anclan en la “unidad de la especie humana”, como reflexiona TODOROV?¹. O, por el contrario, la multiculturalidad –y el pluralismo jurídico que de ella deriva– revela concepciones incompatibles, que torna inútil todo juicio de valor y, más aún, cualquier juicio de reproche sobre conductas que puedan catalogarse como intrínsecamente perversas o radicalmente encomiables. En ese contexto, ¿puede defenderse una teoría universal de los derechos humanos en el horizonte del multiculturalismo? En este papel me propongo responder de forma positiva a esta pregunta: propicio, en línea de principio, que la multiculturalidad no es incompatible con el universalismo, por lo que cabe, con buenas razones, defender una noción de los derechos humanos que reconozca las diversidades culturales y, que se enriquezca con ellas, de modo que termine por ofrecer una teoría mínimamente universal en punto al resguardo de ciertos bienes básicos de las per-

* Doctor en Derecho, Universidad de Navarra, España. Profesor titular de Teoría general y filosofía del derecho, Universidad de Buenos Aires. Correo electrónico: renatorabbibaldi@gmail.com.

¹ TODOROV, *Nosotros y los otros. Reflexión sobre la diversidad humana*, p. 437.

sonas a partir del dato de la multiculturalidad². Me valdré para ello del desarrollo teórico que proporciona la denominada “interculturalidad” y que, según estimo, halla un interesante banco de prueba en la incipiente jurisprudencia constitucional latinoamericana en punto a las relaciones de las comunidades indígenas entre sí y con respecto a las autoridades estatales y grupos y personas ajenos a dichas etnias.

La “interculturalidad” asoma como una propuesta superadora del par universalismo-multiculturalismo³. Como es sabido, el “universalismo” postula la existencia de ciertos bienes básicos al ser humano, lo que indica que se trata de títulos anejos a cada una de las personas; cognoscibles por todos y desde los que es posible formular un juicio laudatorio o de reproche respecto de una determinada conducta⁴. Esta tesis encuentra correlato en la legislación internacional (incluso en documentos, como el convenio 168 de la OIT, que procuran resguardar y desarrollar la diversidad cultural) y en el derecho constitucional comparado. Si bien su fortaleza estriba en plantear un escenario de máximo reconocimiento de los bienes básicos de la humanidad (tanto en una perspectiva de “moral densa” como de “moral tenue”, para seguir a WALZER⁵), su debilidad se halla en que da por supuesto lo que muchos controvierten y, acaso más relevante aún, en que ignora las particularidades culturales que constituyen una dimensión insoslayable del ser humano. Desde estos presupuestos, el salto hacia perspectivas liberales o “singularistas” (pienso en RAWLS) es tan corto como infecundo⁶. Y asimismo es corto y nada satis-

² Más referencias al respecto, pueden leerse en RABBI-BALDI CABANILLAS, *Universalismo vs. Multiculturalismo en la encrucijada contemporánea de los derechos humanos. Algunos ejemplos históricos y recientes de la jurisprudencia argentina*, Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Bs. As., 2013, vol. 40, p. 17 a 55.

³ He planteado este asunto por primera vez en RABBI-BALDI CABANILLAS, “Reflexiones desde la jurisprudencia sobre comunidades indígenas. De la tensión universalismo-multiculturalismo a la interculturalidad”, en DOUGLAS PRICE - DUQUELSKI (COORDS.), *Multiculturalismo, interculturalidad y derecho*, XXVII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social, p. 55 a 78 (reproducido, con correcciones y actualizaciones en MARTÍNEZ MUÑOZ, *Multiculturalismo y derechos humanos*, p. 317 a 338).

⁴ Cfr., por todos, ALEXY, *¿Derechos humanos sin metafísica?*, “Ideas y Derecho”, n° 6, 2008, p. 14.

⁵ WALZER, *Moralidad en el ámbito local e internacional*, p. 35.

⁶ RAWLS, *The law of peoples with the idea of public reason revisited*, p. 554 y 555.

factorio el tránsito hacia perspectivas “etnocentristas” (postura que considera la cultura propia como la única válida, por lo que todas las demás deben adecuarse a ella), las que reconocen diversos ejemplos históricos y actuales en todas las geografías del orbe.

Este último aspecto plantea una radical diversidad cultural que torna estéril cualquier intento de consensuar mínimos compartidos y, menos, un juicio de valor sobre las conductas de que se trate, pues impera un escepticismo en materia cognoscitiva. Si bien se destaca en el ámbito penal, donde brega por evitar sanciones con sustento en la tesis del “error culturalmente condicionado”, ello no resuelve la justicia o injusticia de la conducta en cuestión. ¿Cabe entonces abstenerse de todo juicio?; es más, ¿corresponde fomentar dicha abstención de modo que los Estados asuman una suerte de “*laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même*” a toda cultura, cualquiera sea la índole de las conductas que estas desarrollen? TODOROV ha descrito con precisión las consecuencias de adoptar una respuesta del tipo que, en definitiva, remite a un horizonte relativista: “el relativismo consecuente renuncia a la unidad de la especie humana lo cual es un postulado aún más peligroso que el etnocentrismo ingenuo de algunos colonizadores. La ausencia de unidad permite la exclusión, la cual puede llevar al exterminio. Por añadidura, el relativista, incluso el moderado, no puede denunciar ninguna injusticia [...] por temor a que estas formen parte de una tradición cualquiera, distinta de la suya: ni la escisión, ni los sacrificios humanos, merecen ser reprobados; por lo tanto, se podría decir que los propios campos de concentración pertenecen, en un momento dado de la historia rusa o alemana, a la tradición nacional. La situación no es mucho mejor en el caso de esas formas particulares del relativismo que son el nacionalismo y el exotismo”⁷. De ahí que, afirma GARZÓN VALDÉS, “no es verdad que de la diferencia de las culturas pueda inferirse sin más su incomensurabilidad”, proposición que, de ser verdadera, en cuanto aquí interesa, conduciría a señalar que no resultará “posible afirmar la vigencia universal de los derechos humanos”⁸.

Parecería, entonces, que si un multiculturalismo así planteado no proporciona una respuesta satisfactoria para una teoría universal de los derechos humanos, el universalismo que se propicia no puede

⁷ TODOROV, *Nosotros y los otros. Reflexión sobre la diversidad humana*, p. 437.

⁸ GARZÓN VALDÉS, *Cinco confusiones acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural*, p. 12 y 15.

prescindir del papel que desempeña la historia en la peripecia humana y, por tanto, las circunstancias de tiempo y lugar que le son conaturales. Un esfuerzo por superar ambas tesis lo asume la denominada perspectiva “interculturalista”.

Con todo, cabe aquí efectuar una precisión. Bajo esta denominación no se propicia, como sucede con algunos autores (p.ej., FORNET-BETANCOURT o, más claramente, OCHOA GARCÍA⁹) un diálogo entre culturas que meramente se ciña a *describir* las obvias diferencias existentes sin emitir juicio valorativo respecto de estas. Si así fuera, nada se habría avanzado, pues un “interculturalismo” concebido de ese modo colapsa en el “multiculturalismo”. Por el contrario, el “interculturalismo” defendido en este texto y que encontraría sustento en la jurisprudencia a examinar, busca algo más: abandona la sola descripción para internarse en el difícil campo de lo *prescriptivo*, por cuanto asume que ninguna forma de vida puede pretenderse inmune a toda evaluación moral. Y al hacerlo se huye de un etnocentrismo simplista y, por tanto, arrogante, propiciando, por el contrario, y como escribe HABERMAS, una “colaboración recíproca”, pues “únicamente” sobre esa base “los derechos fundamentales pueden cumplir la promesa moral de respetar por igual la dignidad humana de cada persona”¹⁰.

Rescato esta idea de “colaboración recíproca” la que, en cuanto aquí interesa, traduzco como el desafío de integrar los particularismos históricos de todos los participantes, para trascenderlos en aquellos aspectos que concitan, como se mencionó recién, “la unidad de la especie humana”. Autores que asumen tan diversas filosofías como JOSEF RAZ o ROBERT P. GEORGE parecen compartir esta tesitura. El primero postula que las distintas culturas son “precondición y factor que da forma y contenido a la libertad individual” ya que “solo a través de su socialización en una cultura puede uno escoger las opciones que dan sentido a la vida”¹¹. El segundo expresa que “para la tradición del derecho natural, la obligación de una autoridad internacional de respetar la autonomía cultural y por lo tanto de permitir la diversidad cultural, está basada en el principio de subsidiariedad y en la

⁹ Cfr., por todos, GONZÁLEZ DE PRADA, *Pueblos indígenas: hacia la construcción de un derecho intercultural. El plurijuridismo*, LL, 2014-A-512.

¹⁰ HABERMAS, *El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos*, “Diánoia”, LV, 64, may. 2010, p. 9 (énfasis añadido).

¹¹ RAZ, “Multiculturalism: a liberal perspective”, en *Ethics in the public domain. Essays in the morality of law and politics*, p. 177.

diversidad de bienes comunes básicos y de los modos razonables en los que los individuos concretan esos bienes en sus vidas”¹².

En ese contexto, como se adelantó, la alternativa intercultural halla una plataforma de trabajo de la mayor relevancia en el estudio del derecho indígena en su relación con el derecho estatal en los países latinoamericanos. En estos, en efecto, se perciben fuertes tensiones en la relación entre las costumbres de las comunidades aborígenes y las normas escritas del sistema estatal, lo que está dando lugar a una rica jurisprudencia que, al tiempo que procura ir aportando soluciones de especie, puede permitir que, analizadas dichas decisiones en conjunto, surjan elementos de interés para una configuración de una teoría de los derechos humanos de validez general o universal. No se trata, como es obvio, de una empresa sencilla que, como se adelantó, se halla en pleno desarrollo. Sin embargo, compartiré en lo que sigue ciertas conclusiones que, acaso, pueden brindar alguna ayuda para esta compleja cuestión a partir del análisis de tres casos resueltos por la jurisprudencia constitucional procedente de Ecuador, Colombia y Argentina: se trata de tres casos que tienen que ver con el exigente desafío de una coexistencia posible entre comunidades indígenas y de estas con no indígenas.

§ 2. **RELEVANCIA PRÁCTICA DEL TEMA**

a) **DERECHO A LA VIDA Y A LA LIBERTAD Y ERROR DE PROHIBICIÓN ANTE EL DELITO DE HOMICIDIO Y DE SECUESTRO.** Corte Constitucional de Ecuador, caso 72-14-CN, 6/8/14.

1) En materia penal es conocido que la ausencia de comprensión de la ilicitud de una determinada conducta acarrea la exclusión de pena. Se trata, ciertamente, de un supuesto excepcional. Quienes lo prohíjan hacen referencia que resulta aplicable respecto de individuos pertenecientes a grupos que viven en estado de aislamiento total, hipótesis cada vez más difícil de hallar. Y aun en estos casos, la doctrina no lo admite, sin más, respecto de graves delitos, dando a entender que existiría un fondo común, en cuanto concierne a ciertos bienes básicos, que atraviesa sincrónica y diacrónicamente el decurso humano¹³.

¹² GEORGE, “Natural law and international order”, en *In defense of natural law*, p. 242.

¹³ Sobre este tópico, a partir de la autoridad, entre otros, de ZAFFARONI o GARCÍA VITOR, cfr. RABBI-BALDI CABANILLAS, “Reflexiones desde la jurisprudencia sobre co-

La jurisprudencia ecuatoriana ofrece un ejemplo de interés originado, en la que se examinará la cuestión prejudicial planteada por el juez de primera instancia ante la instrucción fiscal por el presunto delito de genocidio que habrían cometido miembros de la nacionalidad Waorani (pueblo indígena de reciente contacto), quienes a raíz del homicidio de dos ancianos de su comunidad a manos de los Tarmenane (pueblo indígena en aislamiento), “organizó una incursión a la selva con el propósito de buscar rastros” y “localizar a familias de pueblos aislados con el propósito de darles muerte”, procediendo a sustraer dos niñas de 3 y 6 años de edad y de “dar muerte a varios miembros de las familias en aislamiento” (Descripción de los hechos...). La consulta se basa en que la Corte determine si el artículo innumerado anterior al art. 441 del Cód. Penal (“quien con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso [...] ocasionare la muerte de sus miembros, será sancionado”) viola el art. 57 de la CE [“Se reconoce y garantizará a las comunas (...) indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos (...) internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos”, entre los que mencionó, a título ejemplificativo: “1. Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social”].

2) El planteo hace al núcleo del tema bajo examen: una consideración irrestricta de las culturas, en el sentido de que por el mero hecho de existir exige no solo su respeto sino, en rigor, el aliento de las estructuras estatales, conduciría a bloquear cualquier tipo de reproche respecto del caso de especie. Es más, en puridad, lo que las autoridades estatales deberían realizar es fortalecer tales conductas de modo que no desaparezcan. Se trataría, pues, de una peculiar forma de “paternalismo”, ya que, como se anticipó, el Estado es llamado a “intervenir” bien que en nombre de la “no intervención”. Se está, pues, ante la hipótesis del “aislamiento moral” que conduce a STEINER y ALSTON a expresar, críticamente, que “un Estado compuesto de regímenes de autonomía segregada se parecería más a un museo de antigüedades sociales y culturales que a un ideal de derechos humanos”¹⁴. Por el contrario, una consideración lineal del art. 57, en

munidades indígenas”, en DOUGLAS PRICE - DUQUELSKI (coords.), *Multiculturalismo, interculturalidad y derecho*, XXVII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social, p. 55 a 78.

¹⁴ STEINER - ALSTON, *Ideals and counter-ideals in the Struggle over autonomy regimes for minorities*, “Notre Dame Law Review”, n° 66, p. 28.

tanto sujeta las tradiciones ancestrales a lo que prescribe la Constitución y los pactos internacionales tampoco resuelve satisfactoriamente el tema, pues podría revelar un etnocentrismo que prescinde de la consideración del otro y del horizonte comprensivo en que este actúa como punto de partida para lograr ese “ideal de derechos humanos” recién sugerido que está en la base del proyecto constitucional y, acaso también, en el de la comunidad Waorani, pues como expresa su defensor “los hechos que hoy se quieren juzgar desde la cosmovisión del mundo Waorani son hechos constitutivos para merecer una sanción, están establecidos en sus códigos de honor estas conductas como actos antijurídicos” (doctor JORGE ACARO).

¿Cómo razona la Corte? Para ella, si bien el art. 441 “es una norma penal imperativa, no puede ser aplicada fuera del contexto del principio de diversidad étnica y cultural que el caso concreto exige”, esto es, “desde una perspectiva intercultural [...] acercándose objetivamente a los rasgos y prácticas culturales de los respectivos grupos involucrados”, ya que la norma en cuestión “no presenta vicios de constitucionalidad”, por lo que de lo que se trata es de que “su aplicación al caso concreto [no] generaría una afectación a los derechos colectivos de pueblos ancestrales que desconocen el contexto de la norma por ser ajena a su cosmovisión ancestral dado el conflicto entre un pueblo en asilamiento Taramenane y un pueblo de reciente contacto Waorani” (II, 1, p. 19).

¿Cuáles son, entonces, esos principios de “diversidad étnica y cultural” convocados para discernir este aspecto? En otro precedente (sent. 008-09-SAN-CC) la Corte acudió a los de “continuidad histórica” de los pueblos en cuestión, los que “no obstante su colonización [...] están presentes con sus identidades diferenciadas del resto de las sociedades nacionales”; el de la “diversidad cultural” de esas comunidades respecto de otras; el de “interculturalidad”, el que alude a un “diálogo fundamentalmente epistémico” en el que “los pueblos indígenas [no] sean los convidados de piedra”, máxime “al existir posiciones hegemónicas” de modo que los “pueblos hacen uso de diversas formas de producir [...] conocimiento para relacionarse entre sí, con la naturaleza” y el de la “interpretación intercultural”, el que entraña “una nueva forma de interpretar las situaciones y las realidades nacionales” a partir del “enfoque sustentado en la diversidad cultural”.

Ahora bien, en ese horizonte hermenéutico, el tribunal plantea reglas de interpretación que se acomodan a un esquema jerárquico de

las fuentes del derecho, para lo cual sigue a la Corte Constitucional de Colombia. Dicho esquema expresa: “1. A mayor conservación de usos y costumbres mayor autonomía”, bien que “2. Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares”. Es más: “3. Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural” y “4. Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas”.

3) De lo expuesto emanan interesantes lugares de trabajo para nuestro tema. Deseo remarcar ahora dos aspectos. El primero tiene que ver con el “diálogo epistémico”, el que surge como oposición a las “posiciones hegemónicas” que, si bien se miran exhiben procedencias diversas: no solo se originan, respecto de las comunidades indígenas, por parte de los Estados nacionales, sino, también, entre los grupos originarios (como sucede en este caso y en el próximo) o desde estos hacia personas procedentes de culturas no indígenas (como se verá en el último ejemplo de este papel). En efecto, el abuso de la fuerza no es un dato ajeno, pero tampoco lo es el esfuerzo de la Razón por “domesticarla”, para apropiarme de una expresión de Saint Exupéry que me recuerda, a su vez, al famoso diálogo de Sócrates con Calicles en el *Gorgias* platónico¹⁵. El segundo, que la presentación de las fuentes del derecho ubica a los derechos constitucionales en la cúspide jerárquica, constituyendo un “mínimo obligatorio de convivencia”.

Obsérvese ahora este último aspecto, bien que ello no entraña abandonar el primero: ¿no significa esa jerarquización asumir un planteamiento hegemónico?, ¿no supone dar por sentado lo que, precisamente, debe desentrañarse, a saber, un mínimo no negociable concerniente a los bienes primarios de todo ser humano? La prevención planteada parece salvada con el párrafo siguiente: “corresponderá al juez de la causa, a través de peritajes antropológicos, sociológicos y todos los elementos de convicción necesarios, determinar en qué medida los presuntos infractores desconocían el contexto de la norma que contiene el delito cuya responsabilidad se les imputa así como si dentro de su cultura se evidencian estas prácticas como actos

¹⁵ Cfr., en relación con esto último, RABBI-BALDI CABANILLAS, *Teoría del derecho*, p. 149 a 152.

propios de su cultura, o si por el contrario son ajenas a la misma y por lo tanto objeto del derecho penal”.

El *dictum* introduce dos consideraciones de relevancia. La primera es metodológica, cuestión sobre la que tanto se insiste en este papel. Es posible que la comunidad Waorani asuma como propio el mínimo obligatorio de convivencia estructurado en torno de los derechos fundamentales constitucionales, tal y como estatuyen las leyes supremas comparadas; los pactos internacionales y la jurisprudencia dictada en su consecuencia. Pero a ello se *llega* al cabo de un laborioso camino que incluye, como bien pide la Corte, el concurso de antropólogos y sociólogos, rasero que permite otra mirada –más amplia– del caso. No es un punto del que se parte, sino al que se arriba. Sobre tales bases, si fuera cierto lo indicado por el defensor de esa comunidad, en el sentido de que esta asume como reprochable la conducta en cuestión (puesto que forma parte de su “código de honor”), la existencia de un núcleo de principios comunes a todo ser humano con prescindencia de sus accidentes estaría garantizada, cuanto menos en lo que concierne al derecho a la vida de quienes fueron privados de ella y a la libertad de los menores raptados. El franco encuentro intercultural propiciado por el tribunal habría entonces rendido frutos provechosos. Por el contrario, si no fuera verdadero lo indicado por la defensa, entonces el valladar de la incomprensión de la conducta reprochada liberaría de sanción a quienes incurrieron en los actos referidos. Con todo, como lo he señalado en el trabajo citado en la nota 3, ello no resuelve la cuestión en torno de la injusticia o justicia intrínseca del acto en cuestión, que es lo determinante. Empero, aun en esta última hipótesis, no es poco lo que se ha avanzado: el encuentro intercultural es una metodología virtuosa pues huye deliberadamente del bloqueo en el que incurren tanto la perspectiva multicultural cuanto una versión reductiva de lo universal.

La segunda es lo que resta de ese tránsito. Dicho esfuerzo implica que el grado de conocimiento intersubjetivo es muy superior al de inicio y que, en consecuencia, el parejo respeto por el otro ha aumentado significativamente. Desde allí, el salto a la afirmación del reconocimiento del *neminem lædere* grabada a fuego desde la Roma estoica en adelante no parece tan lejana en el supuesto de que la incomprensión de las conductas bajo examen fueran ciertas (lo que, como se dijo, no parece que lo sean). Como se ve, más allá de algunas inconsistencias o reproches, la jurisprudencia glosada parece en-

caminarsse mediante una interculturalidad no meramente descriptiva o constatativa, sino dispuesta a penetrar en el corazón antropológico del otro, hacia una universalidad de la que quepan extraer conductas mejor o peor configuradas para una coexistencia social pacífica.

b) *LA PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN Y LA PROHIBICIÓN DEL DESTIERRO Y DE CONFISCAR BIENES ANTE CONDENAS QUE TRASPASAN EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL.* Corte Constitucional de Colombia, Sentencia 254/94, sent. 30/5/94.

1) En esta causa se revisa la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Tolima, confirmatoria de la decisión del Cabildo Indígena de El Tambo, el cual, según surge de las constancias de la causa, reunido en asamblea y luego de diversas amonestaciones previas, había expulsado de la comunidad al recurrente y a su familia, a raíz del hurto de cultivos, animales y productos agrícolas en los que aquél habría incurrido (cfr. sentencia, consids. 1 y 12). A juicio de este último, la decisión vulnera diversas normas constitucionales.

Como primera medida, la Corte precisa los criterios que guiarán su decisión. Así, reconoce que la Constitución Política de Colombia ha creado una jurisdicción indígena (art. 246) bien que tanto esta como las funciones de autogobierno encomendadas a los consejos de esa naturaleza (art. 330) “deben ejercerse [...] según sus usos y costumbres pero respetando las leyes imperativas sobre la materia que protejan valores constitucionales superiores” (consids. 7.3 y 7), precisando, a ese respecto, las reglas de interpretación que se han mencionado en la citada causa de la Corte Constitucional ecuatoriana 0072-14-CN (cfr. consids. 7.1, 7.2, 7.3 y 7.4) a la luz de las cuales deben resolverse “las diferencias conceptuales y los conflictos valorativos que puedan presentarse en la aplicación práctica de” estos “ordenes jurídicos diversos” (consid. 7). De ello se concluye que la Corte sujeta los procedimientos indígenas a que no sean contrarios a la Constitución.

Se postula, entonces, en el contexto de una reconocida multiculturalidad, un universalismo de base representado por los “derechos fundamentales”, los que “constituyen un límite material al principio de diversidad étnica y cultural y a los códigos de valores propios de las diversas comunidades indígenas que habitan el territorio nacional” (consid. 7.2), cuyos usos y costumbres, en consecuencia, “deben ser, *en principio*, respetados” (consid. 7.1, énfasis añadido). El matiz “en principio” es indicativo de la perspectiva filosófica que late en el pronunciamiento, el que se refuerza con la cita de AGNES HELLER

y de NORBERTO BOBBIO. La primera rechaza un “relativismo ético extremo”, acogiendo el “respeto de la especificidad cultural salvo los casos en que esta encubra un inaceptable doble código de valores y una situación de fuerza o coacción susceptible de afectar la vida, la integridad o la libertad de la persona”. Desde esta lógica, el segundo considera a las cartas internacionales de derechos humanos como “la más grande prueba histórica que jamás se haya dado del *consensus-ominiumgentium* sobre un determinado sistema de valores” (consid. 10).

Se advierte, pues, que la sentencia fija ese “consenso entre todos los hombres” en el resguardo de los derechos más básicos o primarios de las personas y en la exclusión de la violencia, pues de lo contrario, resultaría imposible no ya un esquema de descubrimientos recíprocos (que denomino “situación de no diálogo”), sino ni siquiera el dato mismo de la coexistencia (que menciono como “situación de supresión del otro”). Es entonces sobre tales bases que el Tribunal examina si la decisión comunitaria cercenó los derechos constitucionales invocados por la recurrente.

2) Así, en lo relativo al agravio suscitado por su expulsión de la comunidad, considera que “no vulneró la prohibición del destierro” pues esta “solo se refiere a la expulsión del territorio del Estado y no a la exclusión de las comunidades indígenas que habitan un espacio de dicho territorio” (consid. 12). Sin embargo, no corren idéntica suerte adversa los agravios relativos a la confiscación y a la proporcionalidad de la sanción. Comenzaré por este último.

Para el Tribunal “la pena impuesta [...] involucró la expulsión de este y de su familia [...] colocando a” estos últimos “en una situación económica y social de desventaja por sus circunstancias especiales. De esta forma, la pena trascendió a la persona del infractor [...] evidenciándose como desproporcionada y contraria a los tratados internacionales sobre derechos humanos”, que descartan expresamente esa trascendencia. La Corte no se ciñe, empero, al simple recurso normativo: “para ellos, la expulsión acarrea la completa ruptura de su entorno cultural y la extinción de su filiación antropológica; de otro lado, la [...] forzosa inserción en un marco cultural diferente, supone *la* alteración radical de su modo de vida y la necesidad de interactuar en condiciones de inferioridad”. Asimismo, la negativa del cabildo “a aceptar asignar la parcela que trabajaba [...] a su hijo mayor [...] priva irracionalmente a sus hijos de la única fuente de subsistencia” (consid. 15, énfasis añadido), además de que añade en el mismo conside-

rando “desde el punto de vista de la comunidad indígena, la pérdida de miembros, vista su condición minoritarias, no contribuye a su objetiva conservación”.

En cuanto a la confiscación, la que es definida como “la apropiación, a título de pena, por parte del Estado [...] de los bienes de una persona sin el pago de una contraprestación”, el constituyente la ha descartado expresamente porque “impondría un doble castigo para el delincuente, extensivo a los herederos”, pues todos se “verían expuestos a una situación de indigencia y absoluto despojo”. Para el Tribunal, no cambia las cosas el carácter colectivo de la propiedad indígena, pues “el régimen punitivo no puede contener sanciones que aparezcan consecuencias tan extremas para el sujeto y su familia próxima, como las que provendrían de la pérdida absoluta de sus posibilidades de subsistencia” (consid. 13).

Sobre tales bases, la Corte casa la decisión de la anterior instancia y ordena el dictado de otra “con estricta sujeción a las normas constitucionales del debido proceso, en particular cuidando de no vulnerar los derechos fundamentales de terceros ajenos a los hechos objeto de juzgamiento”, concretamente, “la *integridad física* de sus hijos” (consid. 17).

3) Las expresiones enfatizadas remiten, sin mayor esfuerzo argumentativo, al reconocimiento de ciertas exigencias básicas que atraviesan al ser humano en cualquier circunstancia histórica: la injusticia que entraña la extensión de una pena a quien no la cometió; la no indemnización por las mejoras introducidas en un bien comunitario; la privación de medios de subsistencia a quienes son ajenos a la causa y, por tanto, la afectación de su integridad física o la negativa, acorde con usos o costumbres propios, de transferir en cabeza de un heredero no incurso en delito alguno el cuidado de la parcela asignada a una familia, parecen constituir conductas que afectan, radicalmente, a toda persona, aun cuando algunas de estas participen de grupos sociales en los que lo comunitario exhibe una relevancia superior a la de otros grupos. Desde esa lógica, la sentencia que, como se vio, había asumido un universalismo de base, con buenas razones, justifica su punto de partida respecto de los bienes fundamentales que menciona para todo ser humano, más allá de su condición o función.

Con todo, no sucede lo mismo al convalidar la expulsión so pretexto de que el destierro alude al extrañamiento del territorio nacional y no del comunitario, lo que no pasa de ser una exégesis me-

ramente normativa-fenomenica que no penetra en el corazón del problema, el que, sin embargo, es expresamente abordado por la Corte cuando refiere que “bajo una *perspectiva antropológica*, la pena de destierro comprende la sanción de extrañamiento de un miembro de la colectividad que conlleva la *pérdida de su identidad cultural* y la separación física del resto de la comunidad” (consid. 12). En todo caso, que “esta práctica de condenar al ostracismo al infractor de las normas internas de la comunidad” sea “frecuente en las organizaciones sociales en las que la defensa de la colectividad prevalece sobre los derechos individuales” ni justifica la expulsión de toda la familia (pues surge de las constancias de la causa que las amonestaciones previas a la expulsión habían sido dirigidas al causante y no a su familia), ni autoriza la expulsión del imputado sin el cumplimiento de mínimos reconocimientos (v.gr., la indemnización por lo trabajado, en tanto, surge del expediente, que dicho reconocimiento también forma parte de las prácticas comunitarias).

Más allá de esta última observación, juzgo que la resolución comentada se inscribe en la metodología y fundamentación que se viene prohijando: suscribe una interculturalidad (por lo demás, expresamente señalada por su Constitución), esto es, la necesidad de un diálogo franco entre culturas diversas que anima, además de una dimensión descriptiva, una prescriptiva a partir de puntualizar ciertas exigencias básicas a cualquier ser humano que la situación de especie desconoce y cuyo desconocimiento –y esto es lo decisivo– no es producto de una imposición extraña a la comunidad, sino que, según las constancias del caso, surge que también esta última las asume como propias. De esta manera, el planteamiento reviste especial interés pues denota la propuesta de animar una convivencia quebrada al interior de las comunidades indígenas a partir del reconocimiento de ese mínimo ético-jurídico difícil de no encontrar en toda práctica social.

c) *EL DERECHO A TRABAJAR, A PERMANECER EN EL TERRITORIO Y A LA IGUALDAD, ANTE ACTOS DISCRIMINATORIOS*. Cámara Federal de Apelaciones de Salta, Argentina, caso “Prado”, 12/10/10.

1) En esta causa se plantea el desafío de la intercomunicación no ya *ad intra* de una comunidad indígena, sino entre integrantes de esta y quienes no pertenecen a ella. El Tribunal conoce del recurso planteado por un miembro de la comunidad Kolla con asiento en Iruya, provincia de Salta, que había sido procesado por el delito de alentar a la persecución y el odio contra personas de origen no indígena, a las que conminó a que abandonen dicho pueblo, en el que

trabajaban como guía turístico y en un hotel pues, caso contrario, “se-
rían echados de cualquier manera”. Asimismo, de las constancias
de causa surgió que el encartado alienta a los estudiantes del lugar
a que “no se junten con los foráneos” y que fuera del ejido local la
comunidad indígena ejerce “facultades de jurisdicción exclusivas en
temas jurídicos [...] y administrativos” (consid. IX).

De lo expuesto, surge con claridad que el imputado invocó una
jurisdicción que, contrariamente a lo que sucede en Ecuador y Co-
lombia, no está legalmente prevista en la Argentina. Sin embargo,
más allá de ese dato –que bien podría alterarse a través de una refor-
ma legal–, lo determinante aquí es la conducta que late detrás de esa
invocación: es que aún poseyendo una jurisdicción del estilo, pocos
réditos cabrá extraer de un planteamiento que se estructura a partir
de la lisa y llana exclusión del “otro”.

A juicio del tribunal de alzada, que confirmó lo resuelto en la an-
terior instancia¹⁶, decisión que se halla firme¹⁷, la conducta y los do-
cumentos citados confrontan con los derechos constitucionales de
“entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino”; “traba-
jar y ejercer una industria lícita” y a la “igualdad”, y se arrogan fa-
cultades administrativas y judiciales a la comunidad indígena que el
actor dice que representar, de conformidad con nuestra arquitectura
constitucional, son del resorte de las autoridades municipales, provin-
ciales y nacionales. A su vez, con sustento en el Preámbulo de la
Constitución nacional que invita a “todos los hombres del mundo que
quieran habitar el suelo argentino”; en otros documentos internacio-
nales (constitucionales e infraconstitucionales) y en la inveterada ju-
risprudencia del alto tribunal, consideró que los derechos reconocidos
en aquella lo son “para todos los hombres, más allá de su raza, reli-
gión, sexo o cualquier otro accidente o condición”, por lo que confir-
mó el procesamiento al considerar que la conducta reprochada resul-
ta “potencialmente hábil para alentar la persecución o el odio contra
[...] personas residentes en Iruya pero no nacidas en esa localidad y
que no pertenecen a las etnias indígenas ni practican su pertinente
'cosmovisión' [...] y aún contra aquellas que, oriundas del lugar, se re-
lacionan con aquellos” (consid. XI, párr. 15).

Como se aprecia de lo expuesto, y al igual que lo visto en el an-
terior precedente, respecto, en especial, de terceros ajenos al deli-

¹⁶ CFed Salta, *in re*, 12/10/10 “Prado, S. y otros”.

¹⁷ CFedCasPen, *in re*, 29/3/12, Sala IV, causa 13.354.

to reprochado, la conducta del encartado incurre en la negación del “otro”, del que, por ende, estaría justificado prescindir de “cualquier manera”. Como expresa el tribunal, dicha afirmación implica “considerar a la persona como un mero objeto (y no como un sujeto); como una cosa susceptible de [...] eliminación o, para decirlo kantianamente, como ‘algo que pueda usarse como simple medio’, lo que choca no solo con las cláusulas recién citadas a título de ejemplo [...] sino, en definitiva, con el espíritu que dio vida al texto supremo y que conduce a que las personas sean consideradas ‘en todas las acciones como fin en sí’” (consid. X, párr. 5º). De ahí que, con cita de un precedente del alto tribunal, recuerda que “un fin que necesariamente debe alcanzar el Estado es [...] desalentar [...] el desarrollo de prácticas que promuevan el odio racial o religioso, y la *sujeción o eliminación de personas por el hecho de pertenecer a un grupo definido por alguna de las características mencionadas*”; este deber, añade la Corte Suprema, posee “indiscutible validez moral” (consid. X, párr. 4º, el énfasis se ha añadido) validez que, si bien se mira, es la causa que dispara la posterior recepción legislativa (nacional e internacional) de normas que consagran dicho temperamento.

2) La cámara salteña desnuda, pues, un “etnocentrismo”, en el caso de origen indígena, pero de comunes consecuencias a toda postura semejante, en tanto expropia al “otro” con sustento en la exacerbación de un particular punto de vista, lo que torna inviable toda apertura hacia una mínima base de entendimiento recíproco. ALEXY lo ha expuesto de manera persuasiva cuando reflexiona que quien jamás puede entrar en una situación de diálogo y de fundamentación “no participa en aquello que uno puede llamar ‘la forma de vida más universal de la persona’”, la cual “afirma que todas las formas humanas de vida contienen necesariamente universales teórico-argumentativos que pueden ser expresados a través de las reglas del discurso. Puede suceder que [...] estos universales tengan muy poca vigencia en la realidad. Pero solo desaparecerán totalmente si los miembros de una forma de vida pierden completa y definitivamente su capacidad de formular la pregunta: ‘¿por qué?’ [...] En esta medida, la teoría del discurso rastrea los potenciales de la razón existentes en la realidad humana. En este sentido es, para usar una formulación de Höffe, ‘un esclarecimiento de la existencia de la persona’”¹⁸.

¹⁸ ALEXY, “Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica”, en *El concepto y la validez del derecho*, p. 147.

Existiría, pues, un universalismo de base que interpela a la apertura encuentro del uno con el otro al menos, y para decirlo hermenéuticamente, desde la estructura lógica de la pregunta¹⁹. El camino es semejante tanto en el precedente colombiano como en el argentino: este universalismo constituye no un punto de llegada, sino de partida. ¿Partida hacia dónde? Hacia el referido encuentro con el “otro”, en aras de reconocerse con las diferencias de que dan cuenta geografías y tiempos históricos, pero que, no obstante, discernen lazos de exigencias compartidas. Es, pues, el turno de la interculturalidad no meramente constatativa, sino exploratoria o indagativa (para apropiarme libremente de la expresión “pensamiento indagativo” –*fragendesdenken*– de PETER HÄBERLE²⁰) en los pliegues recónditos del ser humano. El art. 75, inc. 17, de la Const. argentina, reformado en 1994, colabora en esa perspectiva.

3) Por de pronto, se hace cargo de la “preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos”, luego de lo cual, “garantiza el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural”, y reconoce la “propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan”. Lo primero es una importante asunción de un dato de la realidad. Las restantes tres proposiciones son hondas en implicancias.

La primera de ellas (“respeto a la identidad”) entraña el resguardo de lo que se ha llamado la originaria “soberanía espiritual”²¹ de personas y pueblos, hoy trágicamente desvirtuada por doquier. Si en verdad el “otro” cuenta, no cabe sino tomarlo en serio, es decir, asumir su “otredad” como dimensión intocable ante lo que, nuevamente con KANT, no se impone otra conducta que la que dimana de la palabra “respeto”²². Ahora bien, como se ha adelantado ya, de ello no se sigue que las culturas sean inconmensurables ni que, en consecuencia, quepa colapsar en un derecho “alternativo” en el que todo diálogo está vedado por inservible.

De eso da cuenta la segunda proposición (“educación bilingüe e intercultural”), que se erige en la perspectiva necesaria y comple-

¹⁹ GADAMER, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, t. I, p. 369.

²⁰ HÄBERLE, “Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken”, en *Die Verfassung des Pluralismus*, p. 3.

²¹ JUAN PABLO II, *Discurso a la Quincuagésima Asamblea General de las Naciones Unidas*, 5/10/95”, “L'Osservatore Romano”, n° 41, p. 7 a 9.

²² KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, p. 94.

mentaria de la anterior, pues está suponiendo que aquella identidad no es ni la única existente, ni se halla aislada de otras en el mundo globalizado en el que hoy se habita ni, menos aún, es pretendidamente superior a otras. Una educación del estilo (en rigor, lo educacional es un ejemplo, pues se trata de un curso de acción que cabe extender a todos los órdenes de la vida) entraña que se han puesto en práctica, como pedía ALEXEY, algunas de esas formas universales de vida desplegadas mediante las reglas del discurso. Se está ya en una perspectiva diversa en tanto, reflexiona TODOROV, “los rasgos universales provienen, no del mundo empírico, objeto de observación, sino del avance mismo del espíritu humano”²³, esto es, de lo que HERVADA denomina el “tipo humano resultante de la evolución histórica, mediante el proceso cultural y civilizador”²⁴. La apertura al “otro” supone entonces un camino que conduce no solo a la capital pregunta del “por qué”, sino que, desde ella, ahora heideggerianamente, puesto que coexistimos (*mitsein*) se infiere una preocupación por el otro (*für Sorge*)²⁵.

En ese horizonte se inscribe la tercera proposición en tanto esa clase de propiedad comunitaria viene a añadirse (no a suplantar) a la propiedad individual regulada históricamente en la Constitución. Se trata de otro modo de vincularse las personas con las cosas a partir de usos inveterados que, como escribe WALZER, se hallan “culturalmente integrados” y son “completamente significativos”²⁶ para cada tradición.

En este horizonte, el “encuentro” de culturas, sin renunciar a una “moral crítica”, como alude GARZÓN VALDÉS²⁷, permite un ascenso en el tipo humano que, llevado al ámbito jurídico, enlaza con el conocido criterio jurisprudencial de la “armonización” (también llamado de la “concordancia práctica”) de los derechos constitucionales a partir del resguardo de sus “contenidos esenciales”²⁸. El tribunal lo

²³ TODOROV, *Nosotros y los otros. Reflexión sobre la diversidad humana*, p. 31.

²⁴ HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural*, p. 103.

²⁵ Cfr., a partir del autor de *Sein und Zeit*, las sugerentes consideraciones de BALLESTEROS, *Sobre el sentido del derecho. Introducción a la filosofía jurídica*, p. 125 y 126.

²⁶ WALZER, *Moralidad en el ámbito local e internacional*, p. 37.

²⁷ GARZÓN VALDÉS, *Cinco confusiones acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural*, nota 9, p. 17.

²⁸ Cfr., por todos con referencias doctrinales y jurisprudenciales, RABBI-BALDI CABANILLAS, *Teoría del derecho*, nota 15, p. 329 a 333.

emplea cuando, de un lado, reivindica aspectos de las notas indígenas objeto de análisis que reclaman, por ejemplo, la no interferencia en su “cosmovisión indígena”; el cuidado de sus lugares sagrados; el resguardo de su pudor”; más, de otro, rechaza las amenazas de expulsión de los visitantes “estacionados temporalmente” en el lugar (conf. consid. XII, 6° párr. y IX, b, 3° párr.). De ahí que, concluye, el reconocimiento de los usos y costumbres indígenas “no entrañan –ni puede así ser considerado– la preterición de los derechos de terceros o de otros grupos (lo que se halla expresamente vedado por el art. 19 de la ley suprema)”, sino que, por el contrario, todos estos grupos, en tanto “se apoyan en una base común: la dignidad del ser humano [...] se sitúan en la línea del perfeccionamiento de los ideales constitucionales antes descriptos...”, en tanto “las diversas culturas [...] lejos de dividir y empobrecer a la humanidad, la enriquecen con el aporte de sus diversas perspectivas” (consid. XII, párrs. 4° y 5°). Y concluye que esta solución es coherente con lo dispuesto por los documentos internacionales, tal el frecuentemente invocado convenio 169 de la OIT sobre “pueblos indígenas y tribales en países independientes” (1989) o el texto de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena, organizada por la ONU (1993). El primero es categórico cuando expresa que si bien dichos pueblos tienen “el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias”, ello solo es posible “siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos” (art. 8.2). El segundo, de modo análogo, dispone que “debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos”, sin que ello implique ignorar que “todos los derechos humanos son universales, indivisibles e independientes y están relacionados entre sí” (art. 5°) (consid. cit., párr. 6°).

El pronunciamiento evade, pues, la tensa dialéctica “universalismo-multiculturalismo”: su respuesta transita la vía de la interculturalidad indagativa apostando, de la mano de la filosofía jurídica constitucional a la posibilidad del demorado “reencuentro” entre quienes siempre estuvieron y quienes se fueron integrando con posterioridad.

§ 3. *CONCLUSIONES*

Las páginas precedentes dan cuenta de la trabajosa búsqueda en torno de un fundamento común para el respeto universal de cier-

tos bienes fundamentales del ser humano. El campo de estudio ha sido la jurisprudencia constitucional latinoamericana, cuyas respuestas proporcionan estimulantes elementos de reflexión que se sitúan, si cabe la expresión, en una interculturalidad “ascendente”. Es que si algún universalismo resulta posible, este no puede realizarse al margen de la historicidad de las personas y las comunidades. Y si esa dimensión histórica alguna enseñanza ofrece, ella consiste en que su recorrido aspira a arribar al núcleo duro donde, en verdad, si dirime el sentido mismo de la existencia humana. Como explica WALZER, “cualquiera sea el origen de la idea de justicia, o cualquiera sean los argumentos en que se basa una u otra sociedad, quienes hablan de justicia terminarán encontrándose en un terreno común y concentrándose en puntos similares, tales como la tiranía política o la opresión a los pobres”²⁹.

El camino de la interculturalidad así entendido, puede ofrecer resultados más alentadores para una teoría de los derechos humanos que pretenda dar respuesta a los graves desafíos de la sociedad multicultural contemporánea. Por de pronto, permitiría despejar ciertos malentendidos semánticos. Así, que esa urdimbre de contenidos que desde la modernidad se conocen como derechos humanos se hayan tematizado de modo prevalente en Occidente, ni los hace “occidentales” (como se le reprocha, negativamente, fuera de ese ámbito geográfico-cultural o como lo asumen, positivamente, algunos –v.gr., el liberalismo–); ni tampoco los abstrae de la realidad (como advierten bien los comunitarismos en contra de las tesis “singularistas”). Es que –y esto es lo decisivo– la historia registraría que existe una universalidad dentro de las particularidades espacio-temporales que recorre la humanidad. El repudio del rapto de menores o el homicidio bajo una lógica de venganza; el destierro de quien no han cometido reproche alguno; la condena a la indigencia del inocente o la expulsión de un territorio por razón de raza, para no citar sino los ejemplos estudiados en estas páginas, parecen aludir a un universalismo, para apropiarme de una idea de ALEXY, como “idea regulativa”³⁰

²⁹ WALZER, *Moralidad en el ámbito local e internacional*, p. 38. Cfr., asimismo, p. 41, en la que se lee: “los miembros de todas las diferentes sociedades, *porque son seres humanos*, pueden reconocerse unos a otros y a sus peculiares maneras, responder a las mutuas peticiones de ayuda, aprender los unos de los otros, y manifestarse (a veces) los unos en las manifestaciones de los otros” (énfasis añadido).

³⁰ Cfr., entre otros estudios y a título ejemplificativo, ALEXY, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, “Doxa”, nº 5, 1988, p. 151.

que trasciende épocas y lugares pero que, conviene precisar, no está fuera de la historia. Por eso, escribe WALZER, el minimalismo moral es “reiterativamente particularista y localmente significativo” y se halla “íntimamente ligado con las moralidades máximas creadas aquí y allá, en lugares y tiempos específicos”³¹.

Pero, además, al requerir la interculturalidad, metodológicamente, una apertura al “otro”, pone a este último en el centro de la escena. ALEXY lo ha explicado persuasivamente: “hay dos cosas que conducen a una estructura necesariamente comunicativa de la fundamentación práctica: primero, la posibilidad de argumentar acerca del peso relativo de los intereses, que se convierte en necesidad si se quiere un equilibrio de intereses justo y por lo tanto correcto, y segundo, la exigencia de tomar en serio al otro como individuo”³².

Lo expuesto está suponiendo una apertura sociológica pero fundamentalmente antropológica que se presenta especialmente virtuoso en el ámbito jurisprudencial por cuanto la presencia del principio *audiator et altera pars* evita abstracciones y simplificaciones que redundan, invariablemente, en la exclusión del “otro”, antesala, como bien lo ha visto TODOROV, de su posible exterminio. Los casos precedentemente examinados se inscriben en esa lógica de razonamiento, más allá de que, en muchos supuestos, no brindan una respuesta con autoridad de cosa juzgada, lo que no debe extrañar, pues se está ante búsquedas y desarrollos transidos de dinamismo.

De ahí que me parezca oportuno concluir con el testimonio de muchas mujeres indígenas latinoamericanas, es decir, de quienes proceden de ámbitos en que lo personal (en el sentido de lo individual) tiende a considerarse menos gravitante que en otros contextos, por cuanto dichos estudios “manifiestan su intención de mantener tradiciones y cultura pero miran a esta con los ojos críticos de sus propias vivencias, pidiendo ‘respeto a las tradiciones que no afectan o agreden a las mujeres indígenas’”, señalando que entre la lista de costumbres propias “que sí les gustan”, se hallan “cuando los padres no obligan a las niñas a casarse”; “que nos dejen estudiar” o que “*caminen por igual, hombres y mujeres*” (causa “Ruiz”, consid. 13, párr. 4º, subrayado añadido). En definitiva, la encuesta refleja una fina enseñanza acerca del respeto incondicional del ser humano, que emerge de una firme apertura intercultural superadora de términos extremos que, para recordar a Leibniz, plantean las bases del “estado óptimo”.

³¹ WALZER, *Moralidad en el ámbito local e internacional*, p. 40.

³² ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 141.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, ROBERT, *¿Derechos humanos sin metafísica?*, trad. E. R. SODERO, "Doxa", n° 30, 2007, p. 237.
- *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, "Doxa", 5, 1988.
- *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- "Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica", en SEÑA, JOSÉ M., *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, vol. 40, Buenos Aires, 2013.
- DOUGLAS PRICE, JORGE - DUQUELSKI, DIEGO (coords.), *Multiculturalismo, interculturalidad y derecho*, Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires, 2014, y en MARTÍNEZ MUÑOZ, JUAN A., *Multiculturalismo y derechos humanos*, México, Porrúa, 2015.
- GADAMER, HANS G., *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik* (trad. APARICIO, A. y DE AGAPITO, R.), t. I, Salamanca, 1977.
- GARZÓN VALDÉS, ERNESTO, *Cinco confusiones acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 2012.
- GEORGE, ROBERT P., "Natural law and international order", en *In defense of natural law*, Oxford, University Press, 2001.
- GONZÁLEZ DE PRADA, MARÍA V., *Pueblos indígenas: hacia la construcción de un derecho intercultural*. *El plurijuridismo*, LL, 2014-A-512.
- HABERMAS, JÜRGEN, *El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos*, "Diánoia", LV, 64, 2010.
- HERVADA, JAVIER, *Introducción crítica al derecho natural*, Pamplona, Eunsa, 1990.
- HÄBERLE, PETER, "Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken", en *Die Verfassung des Pluralismus, Kögnistein/TS*, 1980.
- *El Estado constitucional*, trad. H. FIX-FIERRO, Buenos Aires, Astrea, 2006.
- JUAN PABLO II, *Discurso a la Quincuagésima Asamblea General de las Naciones Unidas*, 5/10/95, L'Osservatore Romano.
- KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (trad. E. GARCÍA MORENTE), Madrid, Espasa, 1983.
- RABBI-BALDI CABANILLAS, RENATO, *Teoría del derecho*, Buenos Aires, Ábaco, 2016.
- RAWLS, JOHN, *The law of peoples with the idea of public reason revisited*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1999.
- RAZ, JOSEPH, "Multiculturalism: a liberal perspective", en *Ethics in the public domain. Essays in the morality of law and politics*, Oxford, Clarendon Press, 1996.
- STEINER, HENRY - ALSTON, PHILIP, *Ideals and counter-ideals in the Struggle over autonomy regimes for minorities*, "Notre Dame Law Review", p. 66.
- TODOROV, TZVETAN, *Nosotros y los otros. Reflexión sobre la diversidad humana*, Madrid, Siglo XXI, 2010.
- WALZER, MICHAEL, *Moralidad en el ámbito local e internacional* (trad. y estudio introductorio de DEL ÁGUILA R.), Madrid, Alianza, 1996.

LIBRO:

KELSEN, HANS - BULYGIN, EUGENIO - ROBERT, WALTER,
Validez y eficacia del derecho
(Trad. E. BULYGIN, Buenos Aires, Astrea, 2005)



BERNARDO J. VITTA*

La obra *Validez y eficacia del derecho* es un libro singularmente fascinante, tanto desde el punto de vista teórico, como desde su perspectiva histórica. Es un entramado inseparable de reflexiones jurídicas, devenires históricos y encuentros e intercambios teóricos inesperados, casi fortuitos. Los autores (HANS KELSEN, EUGENIO BULYGIN y ROBERT WALTER) dialogan en el tiempo, a veces en diferido y otras con mayor inmediatez, sobre temas centrales y siempre vigentes en la ciencia jurídica, como son las nociones de validez y eficacia en el derecho.

Se contienen aquí más de cuarenta años de preguntas, reflexiones e intercambios, que tienen su punto de partida en el hallazgo de un manuscrito de uno de los más grandes filósofos del derecho del siglo pasado, HANS KELSEN. Vale la pena, entonces, detenerse en la particular anécdota que ha posibilitado la publicación de este libro.

Según cuenta EUGENIO BULYGIN en el Capítulo IV del libro aquí referenciado, con asombro a comienzos del año 2002 recibe una carta del profesor ROBERT WALTER, director del Instituto Hans Kelsen de Viena. Allí se le comunica la existencia de un manuscrito inédito de HANS KELSEN, titulado *Geltung und Wirksamkeit (Validez y eficacia del derecho)*, escrito aparentemente en el año 1965. Aquí KELSEN hace una serie de observaciones críticas a un artículo que el propio EUGENIO BULYGIN, siendo muy joven, había escrito también en el año 1965¹. Por lo que el profesor ROBERT WALTER le

* Abogado (UNR). Investigador becario UBACyT. Maestrando en Filosofía del Derecho (Facultad de Derecho - UBA). Correo electrónico: bjvitta@hotmail.com.

¹ Título original: *Der Begriff der Wirksamkeit (El concepto de eficacia)*, incluido en el Capítulo II del libro aquí referenciado. En este artículo BULYGIN efectúa algunas críticas a los pensamientos de KELSEN y de ALF ROSS acerca de sus concepciones sobre la eficacia del derecho.

pide que conteste estas críticas, más de treinta años después, a los fines de publicar estos trabajos.

En la nota preliminar de este libro, ROBERT WALTER relata las peripecias del manuscrito que, al morir KELSEN, en el año 1973 pasó a manos de su amigo y discípulo RUDOLF ALADAR MÉTALL, después de cuya muerte en 1975, cayó en poder del Instituto Hans Kelsen de Viena. En 2003, el Instituto publica el mencionado manuscrito de KELSEN, junto con dos comentarios de BULYGIN y ROBERT WALTER en alemán.

Finalmente EDITORIAL ASTREA, con buen criterio, decide reunir, por primera vez en castellano, en un mismo libro los artículos antes mencionados y otros trabajos sobre validez y eficacia del derecho. Se incluye, así, una presentación del profesor PABLO E. NAVARRO, quien ubica el tema de la discusión; un trabajo de ROBERT WALTER de 1961 (Cap. I); el artículo de BULYGIN de 1965 que dio lugar a los comentarios de KELSEN (Cap. II); el trabajo central de KELSEN (Cap. III); los dos comentarios publicados anteriormente por el Instituto de BULYGIN (Cap. IV) y de WALTER (Cap. V), y un trabajo reciente de BULYGIN (Cap. VI). El mismo BULYGIN se ha encargado de traducir al castellano los escritos en alemán.

Cabe destacar, en sintonía con el valor histórico de esta publicación, que se nos revela el gran nivel de apertura y rigurosidad científica de HANS KELSEN, quien no tenía ningún prurito a la hora reflexionar y poner en cuestión su propio pensamiento, con relación a uno de los primeros artículos de EUGENIO BULYGIN, por entonces un novel jurista. Asimismo, en este libro es posible observar la consistencia y el notable recorrido del pensamiento de BULYGIN a lo largo de cuarenta años con relación a la teoría general del derecho. Así como los agudos comentarios y la generosidad del profesor ROBERT WALTER al decidir reflotar el manuscrito de KELSEN, y contactar a BULYGIN.

Con relación al aspecto estrictamente teórico, la obra *Validez y eficacia del derecho* trata con un alto grado de minuciosidad y precisión los conceptos de “validez” y “eficacia” en el marco de la teoría pura del derecho. Se produce un exhaustivo intercambio de pensamientos y observaciones entre HANS KELSEN, EUGENIO BULYGIN y ROBERT WALTER, quienes, admirablemente, no cesan de preguntarse y reflexionar acerca de la noción de los mencionados conceptos y las numerosas problemáticas que se derivan de estos análisis, siendo la validez y la eficacia dos temas esenciales y particularmente complejos para la teoría positivista del derecho.

Como lectores, cada comentario de estos autores nos interroga, nos interpela y nos hace mirar desde diferentes perspectivas una misma cuestión. Es un llamamiento a desarrollar la actividad del pensamiento en general y una invitación a la toma de posición acerca del concepto de derecho en particular.

Los juristas que escriben en esta publicación, se valen de una irreprochable lógica analítica, se esfuerzan por definir los conceptos jurídicos en

tensión, tratando por todos los medios de evitar contradicciones. Se puede percibir que se han leído unos a otros con detenimiento y atención, y, en ocasiones, se permiten modificar sus propios pensamientos, en una clara señal de honestidad intelectual.

Citan y dialogan, asimismo, con autores que se insertan en otras corrientes de pensamiento dentro de la teoría general del derecho. Tal es el caso de ALF ROSS, quien intercambió cartas con BULYGIN, y valoró positivamente el escrito del reconocido profesor argentino sobre la eficacia del derecho.

Los autores se preguntan, y se responden de un modo casi *epistolar* sobre la validez y la eficacia del derecho en cada uno de sus comentarios. Se interrogan sobre sus definiciones y sus posibles conexiones (condición necesaria y condición suficiente); sobre la delimitación del ámbito de la ciencia jurídica; sobre la noción de la norma básica fundamental; sobre la posibilidad de construir una teoría científica del derecho que excluya toda valoración y sea únicamente descriptiva del derecho positivo.

En definitiva, en esta obra persevera la pregunta acerca del concepto mismo de derecho y el afán por contribuir a la construcción de una teoría positivista que sea coherente, y que permita sortear uno de los grandes desafíos de la teoría pura del derecho como es la problemática de la validez y eficacia de las normas jurídicas.